

TC
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

KİŞİLİK HAKLARININ İHLALİNDE
SORUMLULUK VE UYGULANACAK HUKUK

Fatma ESENYEL HANAZ

2502070230

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. B. Bahadır ERDEM

İSTANBUL- 2018



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : FATMA ESENYEL HANAZ Numarası : 2502070230
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF.DR.B.BAHADIR ERDEM
Tez Savunma Tarihi : 30.05.2018 Saati : 11:00
Tez Başlığı : KİŞİLİK HAKLARININ İHLALİNDE SORUMLULUK VE UYGULANACAK HUKUK

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, soruların sorularına alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.B.BAHADIR ERDEM		KABUL
2- PROF.DR.N.GÜNSELİ ÖZTEKİN GELGEL		KABUL
3- PROF.DR.HATİCE ÖZDEMİR KOCASAKAL		KABUL
4- DOÇ.DR.FARUK KEREM GİRAY		KABUL
5- DR.ÖĞR.ÜYESİ:EBRU ŞENSÖZ MALKOÇ		KABUL

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATI (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.AYFER UYANIK		
2- DOÇ.DR.EMRE ESEN		

ÖZ

Kişilik Haklarının İhlalinde Sorumluluk ve Uygulanacak Hukuk

Fatma Esenyel Hanaz

Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalde sorumluluk, kişilik hakkının çatışma halinde olduğu, ifade özgürlüğünün bir görünümünü teşkil eden, kitle iletişim özgürlüğünün dengelenmesi suretiyle tespit edilir. Kişilik hakkı içeriği kesin olarak belirlenmiş bir hak olmadığından, her uyuşmazlıkta öncelikle hakkın varlığının tespit edilmesi, daha sonra kitle iletişim araçlarıyla gerçekleşen saldırının hukuka aykırılık teşkil edip etmediğinin belirlenmesi gerekir. Bir yandan dinamik bir hak olan kişilik hakkının içeriği genişleyerek, unutulma hakkı, kişinin yaşam öyküsü üzerindeki hakkı gibi haklar hakkın kapsamına dahil olurken, diğer yandan gelişen teknolojinin sağladığı imkanlarla, hakkın ihlal edilmesi önceden tahmin edilemeyen şekillerde gerçekleşebilmektedir. Kişilik hakkı ihlallerine karşı koruyucu davalara ve tazminat davalarına başvurabilmek yanında, bir savunma hakkı olarak düzeltme ve cevap hakkının kullanılabilir olması, kitle iletişim araçlarının tek yönlü ilettikleri içeriklere karşı, zarar görenin açıklamalarını aynı mecrada iletmesi imkanını sağlayarak tarafların durumunu dengelemektedir.

Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlaline uygulanacak hukukla ilgili MÖHUK'ta özel bir hüküm yer almaktadır. MÖHUK m.35, çağdaş düzenlemelerle uyumlu ve büyük ölçüde tatminkar bir düzenlemedir. Bununla birlikte, kaynak İsviçre düzenlemesinin kişilik hakkı ihlallerine uygulanacak hukuk belirlenirken en sıkı ilişki kriterinin uygulanmasına imkan vermesi karşısında MÖHUK sisteminin aynı imkanı vermemesi düzenlemeye yöneltilebilecek en önemli eleştiri niteliğindedir. Avrupa Birliği ülkelerinde akit dışı borç ilişkileri alanında yeknesak uygulamanın sağlanması amacını taşıyan Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Tüzüğü (Roma II) hazırlık çalışmaları sırasında, kişilik

hakkına uygulanacak hukuk konusunda uzlaşma sağlanamadığından, konu tüzüğün kapsamı dışında bırakılmıştır. Avrupa Birliği hukukunda kişilik hakkı dışındaki haksız fiillere uygulanacak hukuk konusunda yeknesaklık sağlanmış olmasına karşın, kişilik hakkı ihlalleriyle ilgili, üye devletler kendi iç hukuk düzenlemeleri uyarınca uygulanacak hukuku tespit etmektedirler. Avrupa Birliği üyesi devletlerden sadece birkaçının mevzuatında kişilik hakkıyla ilgili özel bağlama kuralı mevcuttur. Kişilik hakkına özgü bağlama kurallarında da ika yeri kuralına yer verildiği, mağdura sınırlı hukuk seçimi imkanı sağlandığı görülmektedir. Özel bağlama kuralına sahip olmayan devletlerde uygulanacak hukuk haksız fiillere ilişkin genel bağlama kuralı uyarınca tespit edilmektedir. Kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun tespitinde, ağırlıklı olarak, farklı yorumlarla da olsa haksız fiilin ika yeri kuralının benimsendiği, kuralın alternatif bağlama noktalarına yer verilerek yumuşatıldığı, müşterek mutad mesken hukukunun bağlama noktası olarak kullanılması yönünde bir eğilim olduğu ancak bu eğilimin henüz ika yeri kuralı kadar taraftarı olmadığı söylenebilir.

Anahtar Kelimeler: Kişilik hakkı, kitle iletişim özgürlüğü, cevap hakkı, Roma II Tüzüğü, uygulanacak hukuk, bağlama kuralları, ika yeri kuralı, çifte dava edilebilirlik kuralı, Avrupa Birliği, hukuk seçimi

ABSTRACT

Responsibility and the Applicable Law in the Infringement of Personality Rights

Fatma Esenyel Hanaz

Personality rights and the right to freedom of mass communication which is a view of freedom of expression, are conflicting rights. They are two basic rights of equal value.

In infringements of the personality rights through mass media, responsibility is determined by balancing two rights in each case. The content and scope of personality rights have not been determined precisely. So, the existence of the right must first be established in each case and then it must be determined whether the attack on the right to personality right by mass media constitutes a violation of the law.

On the one hand, the content of the right to personality, which is a dynamic right, is expanding and new rights such as the right to be forgotten and the right on one's life story, are included in the scope of personality rights; on the other hand, with the possibilities provided by the developing technology, infringement of the right can take place in many unpredictable forms and ways.

When exposed to violations of personality rights by mass media, besides being able to sue for damages and protection before the court, the right to correction and reply, as a defensive right, can also be applied. The right to correction and reply is a defensive right. The situation of the parties is balanced by providing the same

means of communicating the disclosures of the victim against the content of the one-way communication of mass media.

The trend towards specialisation of the conflict-of-laws rules in the area of non-contractual civil obligations in private international law has influenced Turkish national law too. Turkish Code on International Private and Civil Procedure Law (MÖHUK) has a specific conflict-of-laws rule for non-contractual civil obligations arising from media infringements of personality rights.

According to MÖHUK art.35 on the responsibility of the infringement of personality rights, claims founded on an infringement of personality rights by the media, such as by the press, radio, television, or other means of mass communication, shall be governed at the option of the injured party by the law of the State in which the injured party has his place of habitual residence if the tortfeasor should have foreseen that the damage would occur in that State; the law of the State in which the tortfeasor has his place of business or place of habitual residence or the law of the State in which the damage caused by the infringement have occurred if the tortfeasor should have foreseen that the damage would occur in that State. The right to reply in the infringements of personality rights against the media shall be governed exclusively by the law of the State in which the publication appeared in periodicals or from which the radio or television program was broadcasted. Paragraph 1 of the article shall also apply to claims founded on an infringement of personality rights through the processing of personal data and claims founded on an impairment of the right to information concerning personal data.

Article 35 of MÖHUK is consistent with contemporary legal regulations and it's largely satisfactory. However, it is the most important criticism that MÖHUK does not allow the application of the most closest connection criterion when determining the law applicable to infringements of personality rights whereas the referenced Swiss Code does.

During the negotiations of the Rome II Regulation, Regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations, the inability to reach consensus on the applicable law to non-contractual obligations arising out of violation of privacy or of rights related to personality, led to the issue being excluded from the scope of the Rome II Regulation. So, there are different conflict-of-laws rules as many as the number of member states in EU to be applied on this issue.

Only a few of the Member States of the European Union have a special conflict-of-laws rules on the right of personality whereas most of the national legal systems of the Member States have no special rules. Special rules allow freedom of choice by the claimant but the claimant's choice is presented as limited and conditional.

In national legal systems that have no special rules for cases of violations of privacy and other rights relating to personality, *lex loci delicti commissi* criterion is used in the great majority of Member States. In those states, the general rule of *lex loci delicti commissi* is generally accompanied by exception rules. Recognition of the free will of the parties, common nationality or habitual residence of the parties or the closest connection criterion can be observed as exception rules in those conflict-of-laws rules.

Keywords: Personality rights, freedom of mass communication, right to reply, Rome II Regulation, applicable law, conflict of laws rule, connecting factors, *lex loci delicti commissi*, double actionability rule, European Union, choice of law

ÖNSÖZ

Kitle iletişim araçları hedeflerini oluşturan kitleye mensup herkese erişmeyi amaçlarken, bireyler kişilik haklarının sınırlarının aşılmasını, aşılması halinde hukuki himaye sağlanmasını talep ederler. İfade özgürlüğünün bir görünümünü oluşturan kitle iletişim hakkı ile kişilik hakkı çatışma halindedir. Eşit değerdeki hakların çatışmaları halinde hangisine üstünlük tanınacağı, somut olayın koşullarına göre belirlenir. Bu değerlendirmede, ülkelerin tarihsel arka planları ile kültürel değerleri ve demokrasi anlayışları belirleyicidir. Devletlerin kendi anlayışlarına uygun şekilde takdir marjına sahip olmayı arzu ettikleri bu alanda taviz vermeye yanaşmamaları, kişilik hakkının kitle iletişim araçlarıyla ihlalden doğan sorumluluğu uygulanacak hukuku belirleyecek bir kanunlar ihtilafı kuralı üzerinde mutabık kalınmasını engellemektedir. Halbuki kitle iletişim araçlarıyla gerçekleşen ihlallerin tipik özelliği olarak sınırötesi etki meydana gelir ve olası zararlı etki ile mücadele etmek devletlerin işbirliğini gerektirir. Özellikle kontrol altına alınması güç olan internet aracılığıyla gerçekleşen yayınlar bakımından işbirliği zorunluluktur. Şimdiye kadar bu konuda bir uzlaşma sağlanamadığı gibi yakın bir gelecekte bunun başarılacağı da şüphelidir. Bu nedenle mahkeme kararlarıyla, mozaik prensibi, menfaatlerin ağırlık merkezi prensibi gibi yaklaşımlar geliştirilmiştir. Belirtilen prensiplerin uygulanmasıyla ilgili eleştiriler olmakla birlikte, şimdilik uzak bir hedef olarak görülen daha iyi bir çözüme kadar, bu prensiplerin belirecek ihtiyaçlara göre geliştirilerek kullanılmaya devam edileceği düşünülmektedir.

Kişilik hakkıyla ilgili MÖHUK m.35 çağdaş düzenlemelere paralel içeriğiyle büyük ölçüde tatminkar bir düzenlemedir. Bununla birlikte yabancı hukuk düzenlerinde rastlanan karar çeşitliliği henüz Türk hukuku bakımından söz konusu olmadığından, düzenlemenin Türk hukukundaki etkileri belirlenememiştir.

Tez aşamasının başında farklı bir konuda çalışmayı düşünürken, tez danışmanım Sn. Prof. Dr. B. Bahadır Erdem'in yönlendirmesi ve teşviki ile belirlenen tez konusunda, gereğinden uzun süren çalışma döneminin her

aşamasından zevk alarak, konuyu severek ve şevkle çalıştım. Konunun belirlenmesinde ve sonrasında gösterdiği titizlik ve anlayış için sevgili hocama teşekkür eder, öğrencisi olmaktan ömür boyu gurur ve mutluluk duyacağımı belirtmek isterim.

Doktora eğitimimin başından sonuna kadar pozitif yaklaşımıyla desteğini hep hissettiğim, bugün kendi öğrencilerime karşı davranışlarımla ilgili ölçüyü oluşturan Sn. Prof. Dr. Günseli Öztekin Gelgel'e,

Çalışmalarımın her aşamasında ve her zaman destekleyici tavrı ile yol gösteren, en çözümsüz görünen konuları açık anlatımıyla kolaylaştıran, hem bir hukukçu hem de bir insan olarak öğrencileri için kusursuz bir rol model olan Sn. Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal'a,

Başvurduğumda nazik yardımlarını esirgemeyen İstanbul Üniversitesi milletlerarası özel kürsüsü öğretim üyelerine,

sonsuz teşekkürler.

Fatma Esenyel Hanaz

İstanbul, 2018

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT.....	v
ÖNSÖZ.....	viii
İÇİNDEKİLER.....	x
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xvii
GİRİŞ.....	29

BİRİNCİ KISIM

KİTLE İLETİŞİM ARAÇLARIYLA KİŞİLİK HAKKININ İHLALİNDE SORUMLULUK

BİRİNCİ BÖLÜM

KİŞİLİK HAKKI, ÖZELLİKLERİ VE KORUNMASI

I. Kişilik Hakkı.....	34
A. Kişilik ve Kişilik Hakkı Kavramları.....	34
1. Kişilik Kavramı.....	34
2. Kişilik Hakkı Kavramı.....	35
B. Kişilik Hakkının Öznesi.....	38
1. Gerçek Kişilerin Kişilik Hakkı.....	38
a. Prenatal Dönemde Kişilik Hakkı.....	39
b. Post Mortal Dönemde Kişilik Hakkı.....	39
2. Tüzel Kişilerin Kişilik Hakkı.....	41
C. Kişilik Hakkının Nitelikleri.....	42
1. Kişilik Hakkı Mutlak Haktır.....	42
2. Kişilik Hakkı Şahıs Varlığı Haklarındandır.....	43
3. Kişilik Hakkı Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklardandır.....	44
4. Kişilik Hakkının Ölümle Sona Erer ve Mirasçılara Geçmez..	45
5. Kişilik Hakkı Zamanaşımına Uğramaz ve Hak Düşümüne Tabi Değildir.....	46
II. Kişilik Hakkının İçeriği.....	46
A. Genel Olarak.....	46

1. Kişilik Hakkının Türk Hukukunda Genel Nitelikli Çerçeve Hükümle Düzenlenmiş Olması.....	46
2. Kişilik Hakkı Kapsamına Giren Kişisel Değerlerin Mahkemeler ve Doktrin Tarafından Belirlenmesi.....	47
B. Kişilik Hakkı Kapsamındaki Kişisel Değerlerin Sınıflandırılması....	48
1. Kişinin Maddi Kişisel Değerleri.....	50
2. Kişinin Manevi Kişisel Değerleri	52
III. Kişilik Hakkının Korunması.....	53
A. Genel Olarak.....	53
B. Kişilik Hakkı İle Kesişen Haklar.....	54
1. Kişilik Hakkı ve Temel Haklar.....	55
2. Kişilik Hakkı ve İnsan Hakları.....	56
a. Kişilik Hakkı ile İnsan Hakları İlişkisi.....	56
b. Kişilik Hakkı ile İnsan Haklarının Ortak ve Farklı Yönleri.....	57
(1) Kazanımları Bakımından.....	58
(2) Korunmaları Bakımından.....	58
(3) Amaçları Bakımından.....	58
(4) Etkileri Bakımından.....	59
(5) İçeriklerinin Belirlenmesi Bakımından.....	60
c. Değerlendirme.....	61
3. İnsan Hakları ve Temel Haklar İlişkisinin Kişilik Hakkına Etkisi.....	62
C. Kişilik Hakkının Türk Hukukunda Korunması.....	63
1. Kişilik Hakkının AİHS Çerçevesinde Korunması.....	64
a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi.....	65
b. AİHS'in Bazı Kişisel Değerler Bakımından Milli Hukukları Uyumlaştırıcı Etkisi.....	66
2. Kişilik Hakkının Kamu Hukukunda Korunması.....	68
a. Anayasa.....	68
(1) Kişilik Hakkının Anayasal Temelini Oluşturan Hükümler.....	69
(2) Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması.....	71
i. Hakların Devlet Tarafından Kanunla Sınırlanması.....	72

ii. Hakların Çatışması Halinde	
Sınırlanması.....	73
(3) AİHS'e Anayasanın 90. Maddesi ile Tanınan	
Üstünlük.....	74
b. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu.....	75
c. 5187 Sayılı Basın Kanunu.....	76
d. 2954 Sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu.....	76
e. 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve	
Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun.....	77
f. 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların	
Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen	
Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun.....	78
g. 4982 Sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu.....	78
h. Diğer Kanunlar.....	79
3. Kişilik Hakkının Özel Hukukta Korunması.....	79
a. Kişiliğin Hukuki İşlem Yoluyla Gerçekleşen	
Saldırlara Karşı Korunması (MK m.23).....	81
(1) Hak ve Fiil Ehliyeti ile Özgürlüklerin	
Korunması.....	81
(2) İrade Özerkliğini Sınırlandıran Hükümlerin	
Birlikte Değerlendirilmesi Gerekliliği.....	84
(3) Vazgeçme ve Aşırı Sınırlamanın Görünümleri	86
b. Kişiliğin Haksız Fiil Yoluyla Gerçekleşen Saldırlara	
Karşı Korunması (MK m.24).....	87
(1) Zarar Görenin Rızası.....	89
(2) Üstün Nitelikte Özel veya Kamusal Yarar	
Bulunması.....	92
(3) Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması.....	93
D. Kişilik Hakkının Mukayeseli Hukukta Korunması.....	94
1. Almanya.....	96
2. Fransa.....	102
3. İngiltere.....	106
4. Amerika Birleşik Devletleri.....	110

İKİNCİ BÖLÜM
KİTLE İLETİŞİM ARAÇLARI VE KİTLE İLETİŞİM ARAÇLARI İLE
KİŞİLİK HAKKININ İHLALİ

I. Kişilik Hakkı İle Çatışan Hak: İfade Özgürlüğü.....	115
A. İfade Özgürlüğü Hakkı ve Kitle İletişim Özgürlüğünün Unsurları.....	115
1. İfade Özgürlüğü Hakkı ve Kitle İletişim Özgürlüğü.....	115
2. İfade Özgürlüğü ve Kitle İletişim Özgürlüğünün Unsurları.....	118
3. İfade Özgürlüğü Hakkının Öznesi.....	120
4. İfade Özgürlüğü Hakkı Bakımından Devletin Yükümlülüğü...	120
5. İfade Özgürlüğü Hakkının ve Kitle İletişim Özgürlüğünün Hukuksal Rejimi.....	121
B. İfade Özgürlüğü Hakkının Sınırlandırılması ve Sınırlandırmanın Sınırı.....	123
1. İfade Özgürlüğü Hakkının Sınırlarının Hakkın Norm Alanıyla Belirlenmesi.....	124
2. İfade Özgürlüğü Hakkının Mevzuat Uyarınca Sınırlandırılması.....	127
a. İfade Özgürlüğü Hakkının Sınırlandırılmasının Genel Koşulları.....	127
(1) Sınırlamaların Hukuken Öngörölmüş Olması.....	128
(2) Hakkın Sınırlandırılmasının Meşru Bir Sebebe Dayanması.....	128
(3) Sınırlama Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olması.....	130
(4) Hakların Kötüye Kullanımının Yasaklanması.....	130
b. İfade Özgürlüğünün Başkalarının Şöhret ve Haklarının Korunması Amacıyla Sınırlandırılması.....	131
(1) İfadenin Muhatabı Bakımından.....	132
(2) İfadenin Sahibi Bakımından.....	135
(3) İfadenin Konusu Bakımından.....	136
c. İfade Özgürlüğü Hakkının Sınırlandırılmasında Takdir Yetkisi.....	138

II. Kitle İletişim Araçları.....	139
A. Yazılı Basın.....	139
1. Basın Özgürlüğünün Kullanım Şekli.....	139
a. Basılmış Eser.....	140
b. Yayım.....	140
c. Basın Açıklaması Türleri.....	142
2. Basın Özgürlüğü ve Basının Görevleri.....	144
a. Basının Haber, Düşünce ve Bilgilere Ulaşma Hakkı.....	144
b. Basının Haber, Düşünce ve Bilgileri Eleştirme ve Yorumlama Hakkı.....	147
c. Basının Haber, Düşünce ve Bilgileri Yayma Hakkı.....	148
d. Basının Yaratma Hakkı.....	148
3. Basın Özgürlüğünün Sınırlandırılması.....	149
4. Basın Özgürlüğünün Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülüğü.....	149
B. Radyo ve Televizyon.....	150
1. Radyo ve Televizyon Özgürlüğü.....	151
a. Görsel İşitsel Kuruluşu İşletme Özgürlüğü.....	151
(1) Radyo ve Televizyon Yayıncılığının İzin Sistemine Bağlı Olması.....	151
(2) 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun Kapsamındaki Yayın Kuruluşları.....	153
b. Programın İçeriğine İlişkin Özgürlük.....	156
(1) Programların İçeriğinin Düzenlenmesi.....	156
(2) Programların İçeriğinin Denetlenmesi ve Denetim Organı (RTÜK).....	157
c. Görsel İşitsel Hizmetlerden Yararlanma Özgürlüğü.....	159
2. Radyo ve Televizyon Özgürlüğünün Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülüğü.....	159
a. Genel Olarak.....	159
b. Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğünün Görünümü Olarak Türkiye Radyo - Televizyon Kurumu.....	161

C. İnternet.....	162
1. İnternetin Unsurları.....	164
a. Telefon/Telekomünikasyon İdareleri.....	164
b. İnternet Servis Sağlayıcıları (Internet Service Provider- ISP).....	164
c. İnternet Erişim Sağlayıcıları (Internet Access Provider- IAP).....	165
d. İnternet İçerik Sağlayıcıları (Internet Content Provider- ICP).....	165
e. Sunucu (Server).....	166
f. İnternet Yer Sağlayıcıları (Web Host Provider).....	166
2. İnternette İletişim Türleri.....	167
a. Elektronik Posta (Electronic mail/e-mail)	167
b. Dosya Aktarım Protokolü (File Transfer Protocol-FTP).....	168
c. Posta Listeleri, Haber Grupları, Forumlar, Bilgisayar İlan Panosu Sistemleri ve Sohbet Odaları.....	169
d. World Wide Web.....	171
e. Sosyal Medya Platformları.....	172
3. İnternet Ortamında Kişilik Hakkının İhlalinin Bazı Özellikleri.....	174
III. Kitle İletişim Araçları İle Kişilik Hakkının İhlali.....	175
A. Özel Yaşam Hakkı.....	175
1. Özel Yaşama Saygı Hakkı.....	176
a. Özel Yaşam ya da Mahremiyet Hakkı.....	176
b. Özel Yaşam Hakkının Mutlak Bir Hak Olmaması.....	179
c. Özel Yaşam Kavramı ve Üç Alan Teorisi.....	180
d. Üç Yaşam Alanının Sınırlarının Mutlak Olmaması.....	182
(1) Özel Alanın Kamusal Alan Lehine Daralması.....	182
(2) Özel Alanın Kamusal Alana Genişlemesi.....	183
(3) Kamusal Alana Ait Bir Yaşam Olayının Zamanla Özel Yaşam Alanına Dahil Olması: Kişinin Unutulma Hakkı.....	186

e. Özel Yaşam Hakkına Yönelik Eleştiriler.....	191
2.Özel Yaşam Hakkının Korunması.....	192
3. Kitle İletişim Araçlarıyla Özel Yaşam Hakkının İhlali.....	194
B. Kişinin Şerefi, Haysiyeti ve Şöhreti.....	198
1. Kişinin Şerefi, Haysiyeti ve Şöhreti.....	198
a. Şeref, Haysiyet ve Şöhretin İhlalinin Bir Görünümü Olarak Ekonomik Kişiliğin İhlali ve Haksız Rekabet....	200
b. Kişinin Yaşam Öyküsü Üzerindeki Hakkı: Kişilik Hakkı ile Sanat Özgürlüğünün Çatışması.....	202
2. Kişinin Şeref, Haysiyet ve Şöhretinin Korunması.....	207
3. Kitle İletişim Araçlarıyla Şeref, Haysiyet ve Şöhretin İhlali....	208
C. Kişinin Adı Üzerindeki Hakkı.....	210
1.Kişilik Hakkı Olarak Kişinin Adı.....	210
a. Gerçek Kişilerin Adı Üzerindeki Hakkının Kapsamı....	211
b. Tüzel Kişilerde Adın Kapsamı ve Korunması.....	213
c. Elektronik Posta Adresleri ile İnternet Alan Adlarının Kişilik Hakkı Niteliğinin Değerlendirilmesi.....	214
(1) Elektronik Posta Adresleri.....	214
(2) İnternet Alan Adları.....	215
2.Kişinin Adı Üzerindeki Hakkının Korunması.....	219
a. Genel Olarak.....	219
b. Alan Adları ile Adın İhlalinde Ad Üzerindeki Hakkın Korunması.....	221
3. Kitle İletişim Araçlarıyla Kişinin Adı Üzerindeki Hakkının İhlali.....	225
D. Kişinin Sesi, Konuşması, Yazısı ve Resmi Üzerindeki Hakları.....	225
1.Kişilik Hakkı Olarak Kişinin Sesi, Konuşması, Yazıları ve Resmi.....	227
a. Kişinin Sesi ve Konuşması.....	227
b. Kişinin Yazıları.....	227
c. Kişinin Resmi ya da Görüntüsü.....	228
2.Kişinin Sesi, Konuşması, Yazıları ve Resmi Üzerindeki Haklarının Korunması.....	228
a. Kişinin Yazıları Üzerindeki Hakkının Korunması.....	229
b. Kişinin Resmi Üzerindeki Hakkının Korunması.....	231

3. Kişinin Sesi ve Konuşması, Yazıları ve Resmi Üzerindeki Haklarının Kitle İletişim Araçlarıyla İhlali.....	235
a. Kişinin Sesi ve Konuşması Üzerindeki Haklarının Kitle İletişim Araçlarıyla İhlali.....	235
b. Kişinin Yazıları Üzerindeki Hakkının Kitle İletişim Araçlarıyla İhlali.....	235
c. Kişinin Resmi Üzerindeki Hakkının Kitle İletişim Araçlarıyla İhlali.....	236

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KİŞİLİK HAKKININ İHLALİNDE SORUMLULUK VE HUKUKİ KORUMA YOLLARI

I. Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Başvurulacak Hukuki Yollar.....	240
A. Korumacı Davalar.....	241
1. Saldırının Önlenmesi Davası.....	242
2. Saldırının Durdurulması Davası.....	243
a. Yazılı Basın ve Radyo Televizyon Yayınları Bakımından Saldırının Durdurulması Davası.....	245
b. İnternet Yayınları Bakımından Saldırının Durdurulması Davası.....	246
3. Saldırının Hukuka Aykırılığının Tespiti Davası.....	248
4. Düzeltmenin veya Kararın Üçüncü Kişilere Bildirilmesi veya Yayınlanması.....	250
B. Tazminat Davaları.....	252
1. Maddi Tazminat Davası.....	252
2. Manevi Tazminat Davası.....	256
3. Sebepsiz Zenginleşme Davası.....	260
4. Vekaletsiz İş Görme Davası.....	262
C. Düzeltme ve Cevap Hakkı.....	266
1. Genel Olarak Düzeltme ve Cevap Hakkı.....	266
2. Türk Hukuk Sisteminde Düzeltme ve Cevap Hakkı.....	273
a. Yazılı Basında Düzeltme ve Cevap Hakkı.....	276
(1) Hakkın Öznesi.....	277

(2) Düzeltme ve Cevap Metninin Yayımlanması...	279
b. RTV Düzeltme ve Cevap Hakkı.....	280
c. İnternette Düzeltme ve Cevap Hakkı.....	282
(1) İnternet Yayınları Bakımından Düzeltme ve Cevap Hakkının Gerekliliği.....	282
(2) Düzeltme ve Cevap Hakkının Kullanılması Bakımından İnternet Yayınlarının Sınırlandırılması.....	284
(3) Türk Hukuku Bakımından İnternet Yayımlarına Karşı Düzeltme ve Cevap Hakkının Kullanılması.....	288
3. Düzeltme ve Cevap Hakkına Alternatif Yöntemler.....	291
II. Hukuksal Korumada Taraflar.....	293
A. Davacı.....	293
B. Davalı.....	296
1. Yazılı Basın ile Kişilik Hakkının İhlalinde Davalı.....	297
2. Radyo ve Televizyon Yayını ile Kişilik Hakkının İhlalinde Davalı.....	300
3. İnternet Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Davalı.....	303
a. İçerik Sağlayıcının Davalı Sıfatı.....	304
b. Erişim Sağlayıcının Davalı Sıfatı.....	306
c. Yer Sağlayıcının Davalı Sıfatı.....	307

İKİNCİ KISIM

KİTLE İLETİŞİM ARAÇLARIYLA KİŞİLİK HAKKININ İHLALİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞA UYGULANACAK HUKUK

BİRİNCİ BÖLÜM

VASIFLANDIRMA VE KİŞİLİK HAKKI İHLALİNİN GERÇEKLEŞME YERİ

I. Genel Değerlendirmeler.....	309
II. Vasıflandırma ve Kişilik Hakkı İhlalinin Vasıflandırılması.....	312

A. Vasıf İhtilafı Doğması.....	313
1. Bağlama Noktasında Vasıf İhtilafı.....	314
2. Bağlama Konusunda Vasıf İhtilafı.....	314
3. Vasıf İhtilafının Çözümü.....	315
B. Türk Hukukunda Kişilik Hakkı İhlalinin Vasıflandırılması.....	316
III. Kişilik Hakkının İhlalinin Gerçekleşme Yeri.....	317
A. Genel Bakış.....	317
B. Kişilik Hakkının İhlalinin Gerçekleşme Yeri.....	319
1. Kişilik Hakkının Kitle İletişim Araçları Kullanılmadan Sınırlanması İhlali.....	319
2. Kişilik Hakkının Kitle İletişim Araçlarıyla İhlali.....	320
C. Kişilik Hakkının Kitle İletişim Araçlarıyla İhlalinde Yayının Aşamaları.....	322
1. Yayın İçeriğinin Hazırlanması.....	322
2. Yayın İçeriğinin Okuyucu, Dinleyici ve İzleyicilere Gönderilmesi.....	323
a. Yayın Kavramıyla İlgili Terminolojik Karmaşa.....	323
b. İçeriğin Belirsiz Sayıda Alıcıya Gönderilmesi Gerekliliği.....	326
c. Kitle İletişim Aracının Türüne Göre İçeriğin Gönderilmesi.....	327
(1) Yazılı Basında İçeriğin Gönderilmesi.....	328
(2) Radyo ve Televizyon Yayınlarında İçeriğin Gönderilmesi.....	329
(3) İnternet Yayınlarında İçeriğin Gönderilmesi.....	330
3. Yayın İçeriğinin Üçüncü Kişiler Tarafından Alınması.....	331
4. Yayın İçeriğinin Üçüncü Kişilerce Öğrenilmesi: Haksız Fiilin Tamamlanması.....	332
a. Yayının Algılandığı Yerde Mağdurun Korunmaya Değer Menfaati Bulunması Gerekliliği.....	334
b. Zararın Yerinin Doğrudan Zarar Yeri Olarak Anlaşılması Gerekmesi.....	334
c. Kitle İletişim Aracının Türüne Göre Zarar Yeri.....	335
(1) Yazılı Basında Zarar Yeri.....	335

(2) Radyo ve Televizyon Yayınlarında	
Zarar Yeri.....	336
(3) İnternet Yayınlarında Zarar Yeri.....	338
5. Üçüncü Kişilerce Algılanan Yayın İçeriğinin Bir Takım	
Sonuçlara Neden Olması.....	340
6. Yayın İçeriğinin Sonuçlarının Etkilerinin Mağdur	
Tarafından Hissedilmesi.....	341
D. Değerlendirmeler.....	341

İKİNCİ BÖLÜM

KİŞİLİK HAKKI İLE İLGİLİ BAĞLAMA KURALLARI

I. Kişilik Hakkının İhlalinden Doğan Sorumluluğa Uygulanacak	
Hukuka İlişkin Düzenlemeler.....	344
A. Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkının İhlalinden Doğan	
Sorumluluğa Uygulanacak Hukuka İlişkin Düzenlemeler.....	344
1. Genel Olarak.....	344
2. Türk ve İsviçre Hukuklarında Haksız Fiillerden Doğan	
Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk.....	348
3. Değerlendirme.....	351
B. Avrupa Birliği Hukukunda Kişilik Hakkının İhlalinden Doğan	
Sorumluluğa Uygulanacak Hukuka İlişkin Düzenlemeler.....	354
1. Milletlerarası Hukuk Alanında Avrupa Birliği Düzenlemeleri..	354
2. Roma II Tüzüğü.....	356
a. Genel Olarak.....	356
b. Roma II Tüzüğü'nün Kapsamı.....	358
c. Kişilik Hakkının İhlali Konusunun Roma II	
Tüzüğündeki Yeri.....	363
3. Avrupa Birliği Ülkelerinde Mevcut Durum.....	370
4. Roma II Tüzüğü Sonrası Dönemde Konuyla İlgili	
Savunulan Çözüm Önerileri.....	371
a. Mevcut Durumun Korunması.....	373

b. Kişilik Hakkının İhlaline İlişkin Maddi Hukukların Uyumlu Hale Getirilmesi.....	375
c. Kişilik Hakkının İhlaline İlişkin Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uyumlu Hale Getirilmesi.....	376
(1) Kişilik Hakkı Konusunda Yeknesak Bağlama Kuralıyla İlgili Doktrinden Bazı Öneriler.....	378
(2) Avrupa Parlamentosu'nun 10 Mayıs 2012 Tarihli Önerisi.....	379
II. Kişilik Hakkının Kitle İletişim Araçları İle İhlalinden Doğan Sorumlulukla İlgili Kanunlar İhtilafı Kuralları.....	383
A. Kişilik Hakkının Kitle İletişim Araçları İle İhlalinde Sorumluluğa Akit Dışı Sorumlulukla İlgili Genel Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanması.....	384
1. Kanunlar İhtilafı Kurallarında Hukuk Seçimi İmkanına ve Fer'i Bağlama Noktalarına Yer Verilmesi.....	385
2. Kanunlar İhtilafı Kurallarında Yer Alan İka Yeri Kriterinin İçtihat Yoluyla Genişletilmesi.....	387
3. Çifte Dava Edilebilirlik Kuralı.....	389
B. Kişilik Hakkının Kitle İletişim Araçları İle İhlalinde Sorumluluğa Kişilik Hakkına Özgü Özel Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanması.....	391
1. Kişilik Hakkına Özgü Özel Kanunlar İhtilafı Kuralının Sadece Hakkın Kitle İletişim Araçları İle İhlalinde Sorumluluğa Uygulanması.....	392
a. Türk ve İsviçre Hukuklarındaki Düzenlemeler.....	392
b. Avrupa Birliği Üye Devletlerindeki Düzenlemeler.....	397
2. Kişilik Hakkına Özgü Özel Kanunlar İhtilafı Kuralının Hakkın Her Şekilde İhlalinde Sorumluluğa Uygulanması.....	398
3. Düzeltme ve Cevap Hakkına Uygulanacak Hukuka İlişkin Düzenlemeler.....	400
C. Bazı İstisnai Düzenlemeler.....	408
1. Kişilik Hakkının Varlığı ve İçeriğine Uygulanacak Hukuk ile İhlali Halinde Hakkın Korunmasına Uygulanacak Hukukun Farklı Kriterlere Göre Belirlenmesi.....	408

2. Bağlama Kuralının Sınırlamalar İçermesi.....	409
D. Kişilik Hakkının İhlalinde Sorumlulukla İlgili Kanunlar İhtilafı	
Kurallarına Göre Tespit Edilen Hukukun Uygulama Alanı.....	411
1. Haksız Fiillere İlişkin Kanunlar İhtilafı Kurallarının	
Uygulama Alanı	411
a. Sorumluluğun Temeli ve Şartlarına İlişkin Meseleler....	411
b. Sorumluluktan Doğan Taleplere İlişkin Meseleler.....	412
2. Kişilik Hakkına Özgü Özel Kanunlar İhtilafı Kurallarının	
Uygulama Alanı.....	412
3. Değerlendirme.....	413

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KİŞİLİK HAKKI STATÜSÜNÜN TESPİTİNDE KULLANILAN BAĞLAMA NOKTALARI

I. Genel Bakış.....	416
II. Haksız Fiilin Gerçekleştiği Yer Hukuku.....	418
A. Haksız Fiilin Gerçekleştirildiği Yer ile Zararın Meydana Geldiği	
Yerin Farklı Olması Durumunda İka Yerinin Belirlenmesi.....	421
1. Kuralın Basit Şekilde Düzenlenmesi.....	421
a. Fiilin Gerçekleştiği Yerin İka Yeri Olarak Kabul	
Edilmesi.....	423
(1) İka Yeri Olarak Fiil Yerinin Tercih	
Edilmesinin Nedeni.....	423
(2) Kitle İletişim Araçları İle Kişilik Hakkının	
İhlalinde Sorumluluğa Fiil Yeri Hukukunun	
Uygulanması.....	424
(3) İka Yerini Fiil Yeri Olarak Benimseyen	
Hukuk Düzenleri.....	427
b. Zararın Gerçekleştiği Yerin İka Yeri Olarak Kabul	
Edilmesi.....	428
(1) İka Yeri Olarak Zarar Yerinin Tercih	
Edilmesinin Nedeni.....	428

(2) Kitle İletişim Araçları İle Kişilik Hakkının İhlalinde Sorumluluğa Zarar Yeri	
Hukukunun Uygulanması.....	430
(3) İka Yerini Zarar Yeri Olarak Benimseyen	
Hukuk Düzenleri.....	432
c. ABAD'ın Fiil Yeri ve Doğrudan Zarar Yeri	
Hakkındaki Yorumu.....	435
2. Kuralın Kapsamlı Şekilde Düzenlenmesi.....	439
a. İka Yeri Kuralının Kapsamlı Şekilde Düzenlenmesi.....	439
b. İka Yeri Kuralını Alternatif Sisteme Göre	
Yorumlayan Hukuk Düzenleri.....	441
B. Fiilin Gerçekleştirildiği Yer veya Zararın Meydana Geldiği Yerin	
Birden Fazla Olması Durumunda İka Yerinin Belirlenmesi.....	445
1. Birden Fazla Fiil Yeri Ya Da Zarar Yeri Bulunması Halinde	
İka Yerinin Belirlenmesi.....	445
2. Kitle İletişim Araçları İle Gerçekleşen Kişilik Hakkı İhlalleri	
Bakımından Konunun Değerlendirilmesi.....	447
a. Birden Fazla Fiil ve Zarar Yerine Sahip Haksız Fiillerin	
Lokalize Edilme Sorunu.....	449
(1) Çoklu Yayın Kuralı.....	451
(2) Tek Yayın Kuralı	458
(3) Değerlendirme.....	462
b. Uygulanacak Hukukun Mozaik Prensibine Göre	
Belirlenmesi.....	463
(1) Mozaik Prensibi.....	463
(2) Mozaik Prensibine Yönelik Eleştiriler.....	469
c. İnternet Yayınlarında Zarar Yeri Kriterine Göre	
Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi.....	472
(1) İnternet Yayınlarından Doğan Sorumluluğa	
Farklı Ya Da Mevcut Kuralların	
Uygulanması.....	473
i. İnternet Yayınlarından Doğan	
Sorumluluğa Farklı Kuralların	
Uygulanması.....	473

ii. İnternet Yayınlarından Doğan Sorumluluğa Mevcut Kuralların Uygulanması.....	475
(2) İnternet Yayınlarından Doğan Sorumluluğa Uygulanacak Hukukun İka Yeri Kuralına Göre Belirlenmesi.....	477
i. İka Yeri Olarak Fiil Yeri Hukukunun Uygulanması.....	477
ii. İka Yeri Olarak Zarar Yeri Hukukunun Uygulanması.....	479
(3) İnternet Yayınlarında Zarar Yerinin Belirlenmesi.....	483
i. Erişilebilirliğin Mozaik Prensibi ile Sınırlandırılması.....	486
ii. Erişilebilirliğin Hedefleme Testi ile Sınırlandırılması.....	488
(4) eDate/Martinez Kararının Uygulanacak Hukukun Belirlenmesine Etkisi.....	494
C. Yayıncı ile Mağdurun Menfaatlerinin Dengelenmesi:	
Öngörülebilirlik.....	499
1. Davacı Bakımından Öngörülebilirlik.....	500
2. Davalı Bakımından Öngörülebilirlik.....	501
a. Davalının Sorumluluğunun Yayını Ulaştırma Amacının Bulunduğu Yerlerde Meydana Gelen Zararlarla Sınırlandırılarak Öngörülebilirliğin Sağlanması.....	502
b. Davacının Sosyal Bağlantılara Sahip Olduğu Yer Esas Alınarak Dağıtım Çevresinin Sınırlandırılması.....	506
c. Davacının Sosyal Bağlantılara Sahip Olduğu Bir Yer Olmaması Halinde Dağıtımın Kapsamına Göre Zarar Yerinin Belirlenerek Dağıtım Çevresinin Sınırlandırılması.....	508
4. Kuralın Yumuşatılması.....	509
5. Kurala Yönelik Bazı Eleştiriler.....	510

III. Forumun Hukukunun Uygulanması (Lex Fori).....	511
A. Yabancı Hukukun Kamu Düzeni Engeli Nedeniyle Uygulanmayarak Forumun Hukukunun Uygulanması.....	513
B. Forumun Hukukunun İka Yeri Hukuku ile Kümülatif Olarak Uygulanması.....	515
C. Forumun Hukukunun Tazminatın Belirlenmesinde Etkili Olması.....	516
D. Forumun Hukukunun Davalının Forumun Vatandaşı Olması Halinde Etkili Olması.....	517
IV. Çifte Dava Edilebilirlik Kuralı (Double Actionability Rule).....	517
A. Çifte Dava Edilebilirlik Kuralının Gelişimi ve Niteliği.....	520
B. Kuralın Uygulanması.....	524
C. Şeref ve Haysiyetin İhlali ile İlgili Uyuşmazlıklarda Çifte Dava Edilebilirlik Kuralının Korunmasının Amacı ya da Kuralın Bağlama Noktası Olarak Tercih Edilmesinin Nedeni.....	525
D. Çifte Dava Edilebilirlik Kuralına Bir Eleştiri Örneği: İrlanda Hukuk Düzeninin Uygulanması.....	527
V. Müşterek Mutad Mesken ve Müşterek Milli Hukuk	529
A. Müşterek Mutad Mesken Hukuku	529
1. Müşterek Mutad Mesken Hukukunun Bağlama Noktası Olarak Tercih Edilmesinin Nedeni.....	530
2. Kitle İletişim Araçları İle Kişilik Hakkının İhlalinden Doğan Sorumluluğa Mutad Mesken Hukukunun Uygulanması.....	531
3. Müşterek Mutad Mesken Hukukunun Uygulanmasını Benimseyen Hukuk Düzenleri.....	533
B. Müşterek Milli Hukuk.....	535
1. Müşterek Milli Hukukunun Bağlama Noktası Olarak Tercih Edilmesinin Nedeni.....	535
2. Kitle İletişim Araçları İle Kişilik Hakkının İhlalinden Doğan Sorumluluğa Müşterek Milli Hukuk Hukukunun Uygulanması.....	536
3. Müşterek Milli Hukukun Uygulanmasını Benimseyen Hukuk Düzenleri.....	537

C. Müşterek Mutad Mesken ve Müşterek Milli Hukuk Kriterlerinin Bir Arada Bulunarak Aynı Hukuku Göstermeleri Halinde Uygulanması.....	539
VI. Zarar Gören veya Zarar Veren Tarafın Mutad Mesken veya İşyeri Hukuku.....	540
A. Zarar Gören Tarafın Mutad Mesken veya İşyeri Hukuku.....	540
1. Zarar Gören Tarafın Mutad Mesken Hukukunun Bağlama Noktası Olarak Tercih Edilmesinin Nedeni.....	540
2. Kitle İletişim Araçları İle Kişilik Hakkının İhlalinde Sorumluluğa Zarar Gören Tarafın Mutad Mesken Hukukunun Uygulanması.....	546
3. Zarar Görenin Mutad Mesken Hukukunun Uygulanmasını Benimseyen Hukuk Düzenleri.....	547
B. Zarar Veren Tarafın Mutad Mesken veya İşyeri Hukuku.....	550
1. Zarar Veren Tarafın Mutad Mesken Hukukunun Bağlama Noktası Olarak Tercih Edilmesinin Nedeni.....	550
2. Kitle İletişim Araçları İle Kişilik Hakkının İhlalinden Doğan Sorumluluğa Zarar Veren Tarafın Mutad Mesken Hukukunun Uygulanması.....	553
3. Zarar Veren Tarafın Mutad Mesken Hukukunun Uygulanmasını Benimseyen Hukuk Düzenleri.....	554
VII. Seçim Özgürlüğü.....	555
A. Tek Taraflı Hukuk Seçimi.....	558
B. Tarafların Uzlaşmasına Dayalı Hukuk Seçimi.....	561
VIII. En Sıkı İlişkili Hukuk.....	562
IX. Değerlendirme ve MÖHUK m.35 İçin Değişiklik Teklifimiz.....	572
SONUÇ.....	577
KAYNAKÇA.....	581

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
Ae.	: Aynı eser
age	: adı geçen eser/eserler
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AKMP	: Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi
aşa.	: aşağıda
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz./bkz.	: bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dn.	: dipnot
E.	: Esas
ECHR	: European Court of Human Rights
FSEK	: 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eseleri Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICANN	: Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
IP	: Internet Protocol
K.	: Karar
Kıs.	: Kısaltılmış
LICRA	: International League against Racism and Anti-Semitism
m.	: madde
MHMÖH	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk

MK	: Medeni Kanun
MÖH	: Milletlerarası Özel Hukuk
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
no	: numara
RTÜK	: Radyo Televizyon Üst Kurulu
s.	: sayfa
S.	: Sayı
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TCK	: Türk Ceza Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
www	: World Wide Web
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
Yuk.	: Yukarıda

GİRİŞ

Kişinin maddi ve manevi bütünlüğü üzerindeki hakkı olarak ifade edilebilecek kişilik hakkı, temel hak niteliğindedir. Kişilik hakkının korunması konusunun tam manasıyla incelenbilmesi, hakkın kesiştiği ve çatışma halinde olduğu diğer haklarla birlikte ele alınması halinde mümkündür. Temel haklar ve insan hakları ile kesişen kişilik hakkı, vazgeçilemez ve devredilemez mutlak hak niteliğindedir. Esasen Medeni Kanun'da düzenlenen hakkın kamu hukuku ile güçlü ilişkisi nedeniyle hibrid karakterde olduğu belirtilmektedir. Kişilik hakkının mutlak hak niteliğine karşın, korunması mutlak değildir. Kitle iletişim araçları ile ihlali halinde kişilik hakkının korunmasının sınırını, kitle iletişim özgürlüğü oluşturur. Bu durumda temel hak niteliğindeki kişilik hakkının karşısında yine temel hak niteliğindeki ifade özgürlüğü hakkı bulunduğundan, somut koşullara göre her bir hakkı temsil eden menfaatlerin dengelenmesi suretiyle hakka ne ölçüde koruma sağlanacağı belirlenmektedir.

Çalışmamızın kişilik hakkının kitle iletişim araçları ile ihlalinde sorumluluk konusunun incelendiği birinci kısmı üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde kişilik hakkının başlangıcı, sona ermesi, nitelikleri, genel olarak hakkın içeriği ve korunması meseleleri ele alınmıştır. Kişilik hakkının korunmasıyla ilgili bölümde önce hakkın kesiştiği temel haklar ve insan haklarıyla ilişkisine değinilmiş, sonra Türk hukukunda kişilik hakkını koruyucu düzenlemeler incelenmiştir. Bu kapsamda, kişilik hakkının iç hukukun parçası olan AİHS'in 8. maddesi çerçevesinde korunması ile kamu hukukunda ve özel hukukta korunması konuları ele alınarak, hakkın yasal temelini oluşturan hükümler üzerinde durulmuştur. Daha sonra, Almanya, Fransa, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri hukukları esas alınarak, kişilik hakkının mukayeseli hukukta korunması hakkındaki açıklamalarla birinci bölüm tamamlanmıştır.

İkinci bölümde kişilik hakkı ile çatışma halinde olan ifade özgürlüğü hakkı, kitle iletişim araçları ve kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlali konularına yer verilmiştir. Bu bölümde ilk olarak, kişilik hakkının korunmasının sınırlarını belirleyen kitle iletişim özgürlüğünün kaynağını oluşturduğundan, kitle iletişim özgürlüğü ile ifade özgürlüğü hakkı birlikte ele alınarak, her iki hakkın unsurları ve sınırlandırılması konusu incelenmiştir. Sonra, kitle iletişim özgürlüğünden yararlanan aktörleri oluşturan ve çalışmamızda esas alınan kitle iletişim araçları olarak yazılı basın, radyo televizyon ve internet yönünden kitle iletişim özgürlüğünün kullanımının görünümleri incelenmiştir.

İkinci bölümün son konusu olarak, kitle iletişim araçlarıyla en fazla ihlal edilen kişisel değerler incelenmiştir. Bu kapsamda özel yaşam hakkı, kişinin şeref, haysiyet ve şöhreti, kişinin adı üzerindeki hakkı ve kişinin sesi, konuşması, yazısı ve resmi üzerindeki haklarının korunması ile bu hakların kitle iletişim araçları ile ihlali meseleleri ele alınmıştır. Önceleri özel yaşam hakkı kapsamında değerlendirilirken günümüzde kazandığı öneme istinaden başlı başına milli ve milletlerarası düzenlemelerle korunan kişisel veriler üzerindeki hak konusu, başlı başına bir çalışma konusu oluşturduğundan, bilinçli olarak çalışmanın kapsamı haricinde bırakılmıştır. Kişinin şeref, haysiyet ve şöhretine ilişkin kişisel değeri incelenirken, bu kişisel değer ihlalinin haksız rekabet kurumu ile ilişkisine de kısaca değinilmiştir. Ayrıca, ifade özgürlüğünün bir başka görünümünü teşkil eden sanat özgürlüğü ile kişilik hakkının çatışmasına neden olan kişinin yaşam öyküsü üzerindeki hakkının ihlaline de yine bu bölümde yer verilmiştir. Kişinin adı üzerindeki hakkına ilişkin bölümde, alan adları konusuna da yer verilerek, alan adı ile kişinin adı üzerindeki hakkının ihlali değerlendirilmiştir. Kişinin sesi, konuşması, yazısı ve resmi üzerindeki haklarıyla ilgili bölüm, bu haklar aynı zamanda Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile de korunduğundan, kişilik hakkı ile eser sahibinin manevi hakları arasında bir kesişme bulunup bulunmadığına kısaca değinerek ve konuyla ilgili FSEK hükümlerine yer vererek yazılmıştır. Çalışma esas olarak kişilik hakkının kitle iletişim araçlarıyla ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk konusuna

odaklı olduğundan, niteliği gereği çok daha kapsamlı bir çalışmayı hak eden kişisel değerlerle ilgili alt bölüm olması gerekenden sınırlı şekilde ele alınmıştır.

Kişilik hakkının ihlalinde sorumluluk ve hukuki koruma yollarının incelendiği üçüncü ve son bölümde koruyucu davalar, tazminat davaları ve düzeltme ve cevap hakkı incelenmiş, davacı ve her bir kitle iletişim aracı bakımından davalı sıfatının kime ait olduğunun belirlenmesiyle tezin birinci kısmı tamamlanmıştır.

Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk konusunun incelendiği tezin ikinci kısmı da, birinci kısım gibi üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde kısaca vasıflandırma konusuna değindikten sonra, kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun belirlenmesinde son derece önemli olan hakkın ihlalinin gerçekleşme yerinin neresi olduğu yayının aşamaları göz önünde bulundurularak açıklanmış, her bir kitle iletişim aracının teknik özellikleri nedeniyle farklılık gösterebilen fiil ve zarar yerleri tespit edilmiştir.

Kişilik hakkı ile ilgili bağlama kurallarına ilişkin ikinci bölüm ile kişilik hakkı statüsünün tespitinde kullanılan bağlama noktalarına ilişkin üçüncü bölümde, Türk, İsviçre ve Avrupa Birliği üye devletlerinin konuyla ilgili hukuki düzenlemelerine olabildiğince yer verilerek, kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun tespitiyle ilgili kuralların mukayese edilmesi amaçlanmıştır. Kitle iletişiminin teknolojik yeniliklerle birlikte her geçen gün daha da yaygınlaşması, kişilik hakkının kitle iletişim araçları ile ihlalini kolaylaştırırken, hakka yönelik saldırılarla mücadele edilmesini de zorlaştırmaktadır. İnternet yoluyla gerçekleşen ihlallerle ilgili maddi hukuka ilişkin düzenlemeler hakkındaki tartışmalar yanında, bağlama kurallarının ne şekilde tasarlanması gerektiğiyle ilgili de tartışmalar mevcuttur. Teorik olarak kişilik hakkına yönelik tüm dünyada yankı bulabilecek bir saldırıdan kaynaklanan sorumluluğa uygulanacak hukuk konusunda fikir yürütürken, tek bir ulusal hukuk düzenlemesinden hareket etmek uygun

olmadığı gibi, bu şekilde konunun kavranması da mümkün değildir. Dolayısıyla, çalışmanın elbette bir karşılaştırmalı hukuk çalışması olduğunu iddia etmeyerek, konuyla ilgili yabancı hukuk düzenlemelerine yer vermek suretiyle konunun daha geniş bir perspektiften yansıtılması amaçlanmıştır

İkinci bölümde, önce Türk ve İsviçre Hukuklarında kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemeler hakkında genel bilgiler verilmiş ve konu bütünlüğünün sağlanması adına, kitle iletişim araçları kullanılmadan gerçekleşen ihlallerden doğan sorumluluğa uygulanan haksız fiillere ilişkin bağlama kurallarından bahsedilmiştir. Sonra, Avrupa Birliği Hukukunda akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin Roma II Tüzüğü'nün hazırlık çalışmaları sırasında kişilik hakkıyla ilgili bağlama kuralı hakkındaki öneriler, kişilik hakkı konusunun Tüzüğün kapsamından dışlanmasıyla sonuçlanan süreç ve Tüzüğün yürürlüğe girmesinden sonraki dönemlerde yapılan tartışmalarla ilgili bilgi verilerek alt bölüm tamamlanmıştır.

İkinci alt bölümde, kişilik hakkının kitle iletişim araçları ile ihlalden doğan sorumlulukla ilgili kanunlar ihtilafı kuralları ikili bir ayırıma tabi tutularak incelenmiştir. İlk olarak, özel bağlama kuralına yer verilmeyip, haksız fiillere ilişkin bağlama kurallarının kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğun belirlenmesinde tatbik edildiği hukuk düzenlerinde, bağlama kurallarının formüle edilme biçiminden bahsedilmiştir. İkinci olarak, özel bağlama kurallarına sahip ülke hukuklarında yer alan düzenlemelerden örnekler verilmiş, Türk ve İsviçre hukukunda mevcut özel bağlama kuralları da bu başlık altında incelenmiştir. Düzeltme ve cevap hakkına uygulanacak hukuka ilişkin bağlama kuralına özel bağlama kuralları arasında yer verildiğinden, bu konu da aynı başlık altında ele alınmıştır. Kişilik hakkının ihlalde sorumlulukla ilgili kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit edilen hukukun uygulama alanına ilişkin açıklamalarla ikinci bölüm tamamlanmıştır.

İkinci kısmın üçüncü ve son bölümünde, kişilik hakkı statüsünün tespitinde kullanılan bağlama noktaları ele alınmıştır. Her bir bağlama noktasının benimsenmesine etken olan nedenler ile bağlama noktasının avantajlı ve dezavantajlı yönlerinin izah edilmeye çalışıldığı bu bölümde de yine mümkün olduğunca örnek düzenlemelere yer verilmiştir. Haksız fiilin ika edildiği yer kriteri, en fazla benimsenen bağlama noktası olması ve farklı şekillerde formüle edilebilmesi nedenleriyle, daha geniş şekilde incelenmiştir. Haksız fiilin işlendiği yerin fiil yeri ya da zarar yeri olarak kabul edilmesine bağlı ayırıma göre alt bölümler oluşturarak ve birden fazla yerde zararın meydana gelmesi durumunda uygulanacak hukuk konusunda belirleyici olan çoklu yayın kuralı ve tek yayın kuralı ile mozaik prensibine yer verilerek konu izah edilmiştir. İnternet yayınlarında zarar yeri kriterine göre uygulanacak hukukun belirlenmesi özellik gösterdiğinden, bu konu ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Daha sonra sırasıyla, forumun hukuku, çifte dava edilebilirlik kuralı, müşterek mutad mesken ve müşterek milli hukuk, zarar gören veya zarar veren tarafın mutad mesken veya işyeri hukuku, seçim özgürlüğü ve en sıkı ilişkili hukuk kriterleri örneklerle birlikte izah edilerek çalışma tamamlanmıştır.

BİRİNCİ KISIM

KİŞİLİK HAKKININ İHLALİNDE SORUMLULUK

BİRİNCİ BÖLÜM

KİŞİLİK HAKKI VE ÖZELLİKLERİ

I. Kişilik Hakkı

A. Kişilik ve Kişilik Hakkı Kavramları

1. Kişilik Kavramı

Farklı alan ve amaçlara yönelik çeşitli kurullarla bir bütün oluşturan hukukun merkezinde kişi vardır. Hakların muhakkak surette bir hak sahibine bağlı olması zorunluluğu nedeniyle, kişi hukukun en temel kavramlarından biridir.¹ Hukuki anlamda kişi, haklara ve borçlara sahip olabilen varlıklardır.

Kişilik teriminin, Türk Medeni Kanununda da benimsendiği üzere, biri dar kapsamlı diğeri geniş kapsamlı olmak üzere iki anlamı vardır. Dar anlamda kişilik, kişi kavramını ifade eder. Başka bir deyişle dar anlamda kişilik, kişinin MK m.8 anlamında sahip olduğu hak ve mükellefiyetlerdir. Geniş anlamda kişilik ise, hukuk düzeninin koruduğu tüm kişisel değerleri, başka bir deyişle kişi olma niteliğine bağlı değerleri içerir.² Geniş anlamda kişiliğin kapsamına, kişinin hak ehliyeti yanında fiil ehliyeti, yaşı, cinsiyeti, nesep durumu gibi kişisel halleri, sahip olduğu yaşam, sağlık, şeref ve haysiyet, özel yaşam gibi tüm kişisel değerler dahildir. İsviçre-Türk hukukunda kişilik terimi geniş anlamıyla benimsenmiştir.³

¹ Jale G. Akipek, Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman: **Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, 10. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş, 2013, s.234, dn.9'da anılan Schwarz, A.B.: *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul 1935, s.140.

² Kişilik terimi ile kişinin kişi olmak dolayısıyla içinde bulunduğu hukuki durumun ifadesine çalışıldığı belirtilmektedir. Abdülkadir Arpacı: **Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler**, 2. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş, 2000, s.2.

³ Özsunay, Atayın görüşünü benimseyerek, kişi ve kişilik kavramlarının aynı şey olduğunu ve kişi kavramının Türk hukukunda geniş anlamıyla benimsendiğini ileri sürmektedir. Ergun Özsunay: **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 4. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979, s.9; Aydın Zevkliler, Ayşe Havutçu, Şeref Ertaş, Damla Gürpınar Beşir Acabey, K. Emre Gökyayla: **Medeni Hukuk: Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku**, 5. Bası, Ankara, Seçkin

2. Kişilik Hakkı Kavramı

Kişilik en geniş anlamda kişiyi diğer canlılardan ayıran maddi, manevi ve toplumsal özelliklerin bütünü demektir.⁴Kişilik hakkı da kişinin tüm bu özelliklerinin üzerindeki hak olarak ifade edilebilir. Ulusal ve kişilik hakkına ilişkin değerlere yer veren uluslararası düzenlemelerle teyit edildiği üzere, genel anlamda kişilik hakkının, üst kavram olarak tüm diğer unsurları da kapsayan insan onurundan kaynaklandığı kabul edilmektedir.⁵ Kişiden ve onun faaliyetlerinden ayrılmış bir konuya ilişkin hakların, bu konu gayri maddi olsa bile kişilik hakkı sayılmadığı kabul edilmektedir.⁶

Kişilik hakkının içeriğini, kişinin yaşamı, vücut bütünlüğü ve sağlığı, özel yaşamı, şeref ve haysiyeti, itibarı, adı, resmi, sesi gibi kişisel değerleri oluşturur. Kişiliğin çok yönlülüğü ve dinamizmi, kişilik hakkının içeriğini çeşitlendirmekte ve hakkı dinamik kılmaktadır. Hakkın içerdiği kişisel değerlerin çeşitliliği ve her bir kişisel değer farklı sınırlarda ve farklı şekillerde ihlal edilebilir olması nedeniyle, genel olarak hakkın içerik ve sınırlarını kesin bir şekilde belirleyen bir tanım yapmak mümkün değildir.⁷Ayrıca, kişilik hakkına ilişkin kesin bir tanımın yapılması, kişiliğin özünün kesin sınırlar içine alınması anlamına gelmesi nedeniyle de⁸ mümkün değildir. Diğer yandan, kişilik hakkının sınırlandırılması, hukukun, özellikle hızlı teknik gelişimin gerisinde kalması ve hakka ilişkin yeterli koruma sağlanamaması sonucunu doğuracaktır. Bu nedenlerle, hakka ilişkin kesin bir tanımın yapılmaması uygun olup, kişilik hakkına ilişkin yasal düzenlemelerde de kazuistik yöntemden uzak durulması, bunun yerine genel bir kişilik hakkıkonseptinin kabul

Yayıncılık, 1997, s.191; Selahattin S. Tekinay: **Medeni Hukuka Giriş Dersleri**, 3. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978, s.248;Ahmet Kılıçoğlu: **Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk**, 3.Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010, s.3, dn.9; Akipek, Akıntürk, Ateş Karaman, s.232.

⁴ Ülker Gürkan, “Kişilik Kavramının Evrimi”,**Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 498, Ankara, 1995, s.42.

⁵ Sultan Uzeltürk: **1982 Anayasası ve İnsan hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2004, s.10.

⁶ August Simonius: “Şahsiyet Hakları”, Çev.: Fikret Arık, **Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.10, S.1, Ankara, 1955, s.187. Yazar bu konuda fikri mülkiyet haklarını örnek vermektedir. Kişilik hakkı ile fikri mülkiyet hakkı arasındaki ayırma aşağıda değinilecektir.

⁷ Simonius, s.188; W.Siebert: “Şahsiyet Hakları ile ilgili Meseleler”, Çev.: Bilge Öztan, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XXVI, Sayı 1-2, Yıl 1969, s.252.

⁸ S. Hülya İmamoğlu: “Çocuğun Kişiliğinin Anaya Babaya Kaşı Korunması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 54, Sayı 2, Yıl 2005, s.185, dn.9’da anılan Müller.

edilmesinin yerinde olduğu haklı olarak savunulmaktadır⁹. Türk hukukunda da kişilik hakkı kanunda tanımlanmamış, hangi kişisel değerlerin kişilik hakkı kapsamında olduğu sayılmamış ve hakkın kesin sınırları belirlenmemiştir. Kişilik hakkına ilişkin doktrin¹⁰ ve Yargıtay¹¹ tarafından çeşitli tanımlar yapılmışsa da, tanımların anlamsal içeriklerinde esaslı bir fark bulunmamaktadır. Kişilik hakkını tanımlarken içeriğindeki kişisel değerleri tek tek sayma ya da kişisel değerleri genel bir hükümle ifade etme yöntemlerinden hangisinin benimsendiğine bağlı olarak tanım değişebilmektedir.¹²

⁹Siebert, s.226, dn.45’de anılan Hubmann.

¹⁰ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir: **Kişiler Hukuku**. 16. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s.164; Kişiliğin ehliyetler, kişisel durumlar, maddi manevi ve ekonomik değerlerden oluşan bir bütünlüğün ifadesi olduğu, kişilik hakkının, gerçek kişiler ve tüzel kişilerin, söz konusu bütünlüğü koruyan hukuki menfaatleri olduğu yönünde bkz. Derya Ateş: “İrade Özerkliği Kapsamında MK m.23/II Hükmü ve Karar Özgürlüğü”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı 2007/2, Yıl 65, s.136 (Kıs: İrade Özerkliği); Kişilik hakkının kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hakkı olduğu yönünde bkz. Mustafa Dural, Tufan Ögüz: **Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku**, Cilt II, 16. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015, s.100; Kişiliğin, kişinin kişi olması nedeniyle sahip olduğu hak ve fiil ehliyeti, hayatı, sağlığı, bedeni bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, itibarı, sırları, adı ve diğer değerleri üzerindeki hakların tamamı olduğu, kişilik hakkının ise anılan değerlerin tümü üzerindeki hak olduğu yönünde bkz. Arpacı, s.103; Kişilik kavramının kişinin hürriyeti alanına dahil temel hak ve talepleri kapsadığı şeklindeki tanımdan, pozitif anlamda kişinin serbest karar vermesi ve kendini serbestçe geliştirmesi, negatif anlamda kişinin vücut ve ruh bütünlüğünün dokunulmazlığının anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Bilge Öztan: **Şahsın Hukuku: Hakiki Şahıslar**, 7. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 1997, s.111; Kişinin insan olarak yaradılışından doğan bazı değerlere sahip olmanın yanında toplum içinde yaşamasından kaynaklanan bazı değerlere de sahip olduğu belirtilerek, kişilik hakkının kişinin var olmak, gelişmek, özgür olmak ve saygı görmek konusundaki hakkı olduğu yönünde Özsunay, s.97; Kişiliğin konusunu oluşturan değerlerin hepsine birden “manevi mamelek” denilebileceği de ifade edilerek, kişilik hakkı kişinin bedeni, manevi ve fikri varlığının tamlığı üzerindeki hakkı olduğu yönünde, Hıfzı Veldet Velidedeoğlu: **Türk Medeni Hukuku: Şahsın Hukuku**, Cilt I, Cüz 2, 6. Bası. İstanbul, Nurgök Matbaası, 1960, s.100, 103

¹¹ Hukuk Genel Kurulu'nun 09.04.1982 gün ve E:1981/4-56, K:1982/348 sayılı kararına göre, kişilik hakları, kişinin kendi hür ve bağımsız varlığının bütünlüğünü sağlayan, herkese karşı ileri sürülebilen ve kaynağını Anayasa'dan alan, yani Anayasa'nın teminatı altında bulunan mutlak bir haktır. www.kazanci.com (erişim tarihi 05.01.2013); “...Bir şahsın kişiliğine bağlı, fiziki, manevi ve fikri varlığı üzerinde kişi olma sıfatıyla sahip bulunduğu kişisel değerler üzerindeki mutlak hakka kişilik hakkı denir. Kişilik kavramı en geniş anlamda kişiyi ve onun kişilik haklarını kapsamaktadır..... Kişilik hakkı çeşitli kişisel değerlerden oluşan bir bütünlük arz eder. Kişilik hakkı bir şahsın kişiliğini oluşturan maddi ve manevi değerleri kapsar. Kişinin özel yaşamı, beden bütünlüğü, şeref, haysiyeti, onuru, saygınlığı, sağlığı, özel yaşamının gizliliği, resmi adı, eseri, sözü, ekonomik hareket serbestliği ve özgür olma hakkı bu değerlerdendir...” Yargıtay HGK E. 2011/4-687, K. 2012/26, T. 1.2.2012 www.kazanci.com (erişim tarihi 05.01.2013)

¹² Sibel Özel: **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.27. (Kıs.:Kişilik Hakkının Korunması)

Kişilik hakkı, savunmaya yarayan bir hak olup, kişiyi üçüncü kişilerce gerçekleştirilen ihlallerden korumayı amaçlar.¹³ Genel bir kişilik hakkı kavramı ve kişiliğin kendi bütünlüğünde korunması ilk defa İsviçre Medeni Kanununda bir genel hüküm olarak yer almış, oradan da Türk Medeni Kanunu'na geçmiştir.¹⁴ Kanun koyucu çeşitli kişisel değerleri koruma altına alan kişilik hakkını genel hükümlerle düzenlemiştir.¹⁵ Ancak, genel bir kişilik hakkının varlığı bazı kişisel değerlerin münferiden düzenlenmesine engel olarak görülmemektedir. Türk hukukunda kişilik hakkının çerçevesi MK m.23 ve m. 24 ile çizilirken, ad üzerindeki hak MK m.26 ile özel olarak düzenlenmiştir. Aynı şekilde BK m.56,FSEK m.14 vd., m.70, m.85-87, TTK m.56-58 münferit düzenlemelere örnek olarak sayılabilir. Bu hükümler, MK m.26 gibi doğrudan kişiliğin korunmasını amaçlamasa da dolaylı olarak kişiliğin korunmasına da hizmet ederler.¹⁶

Diğer yandan, münferit kişisel değerler, kişilik hakkının görünümünü oluşturduklarından, bir kişisel değerlerin özel olarak düzenlenmesi, bu değeri diğer kişisel değerlere nazaran üstün konuma getirmez; zira özel normun içeriği esasen genel normun içeriğinde mevcuttur. Her kişisel değer ayrı bir hakkın konusunu mu oluşturduğu yoksa kişiliğe bağlı değerlerin tümü üzerinde tek bir kişilik hakkının mı mevcut olduğu yönündeki teorik tartışmada, baskın görüş kişilik hakkını tek bir hak olarak kabul etmektedir.¹⁷ Buna göre kişilik hakkı, kişiliğinçeşitli görünümünü yansıtan kişisel değerlerin üzerinde ve tümünü kendi bünyesinde barındıran tek bir haktır. Özel olarak düzenlenmiş kişilik hakkı ise, genel kişilik hakkından farklı bir

¹³ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.161.

¹⁴ Velidedeoğlu, s.115.

¹⁵ Doktrinde genel anlamda kişiliği korumayı amaçlayan hükümle korunan değer "genel kişilik hakkı", kişilik hakkının farklı görünümlerinin "özel kişilik hakkı" veya münferit kişilik hakkı olarak da isimlendirilebildiği görülmektedir. Bu tür yaklaşımlar korunan hukuki değeri somutlaştırmakla birlikte, hakkın kapsamındaki tüm kişisel değerler aynı şekilde korunurlar. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.164; Dural, Ögüz, s.100-101.

¹⁶ Öztan, s.114; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.27.

¹⁷ Tartışmalar için bkz. Serap Helvacı: **Gerçek Kişiler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012, s.72, dn.235'te anılan yazarlar; Akipek, Akıntürk, Ateş Karaman, s.342.

hak değil onun görünümünden biridir.¹⁸Kişisel değerlerin herhangi birinin ihlali, genel kişilik hakkının ihlali anlamına gelir.

B. Kişilik Hakkının Öznesi

Hukukun kişi olarak kabul ettiği varlıklar, gerçek kişiler ve tüzel kişiler kişilik hakkına sahiptir. Kişilik hakkının kişinin varlığına bağlı olması kuraldır. Ancak bazı hallerde, genel kurala istisna olarak kişinin varlığından önceki ve sonraki dönemlerde kişilik hakkının mevcut olabildiği görülmektedir.

1.Gerçek Kişilerin Kişilik Hakkı

Ayırım gözetilmeksizin, her insan kişi sayılır ve eşit olarak hak ehliyetine, dolayısıyla kişilik hakkına sahiptir.¹⁹Kişinin varlığına bağlı bir hak niteliğindeki kişilik hakkı, gerçek kişilerde doğumla birlikte, herhangi bir kazandırıcı işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden kazanılır. Gerçek kişiler ölümlerine kadar ayrılmaz bir biçimde kişilik hakkına sahiptirler.²⁰

¹⁸Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.164; Öztan, s.115’de anılan Egger; Haluk Tandoğan: “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Korunması” (1963- 1964 Öğretim Yılı Açılış Dersi),**Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 20, Sayı 1-4, Yıl 1963, s.12-14. (Kıs: Şahsiyetin Korunması);Dural, Öğüz, s.101; Özsunay, s.97; Arpacı, s.103; Zevkliler, Acabey, Gökyayla, s.444, 445; Birden fazla kişilik hakkı olduğunu savunan yazarların görüşleri için bkz. Zevkliler, Acabey, Gökyayla, s.442 vd. ile Akipek, Akıntürk, Ateş Karaman, s.345.

¹⁹ Arpacı, s.2; Anayasanın kanun önünde herkesin eşit olduğunu düzenleyen 10/1 maddesinin medeni hukuktaki görünümü niteliğindeki, kişiler hukukuna hakim ilkelerden eşitlik ilkesi gereği, her insanın hak ehliyeti vardır ve insanlar bu bakımdan eşittirler. (MK m.8). Tüzel kişiler için aynı yönde düzenleme MK m.48’de yer almaktadır. M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas: **Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**,22. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım Ltd.Şti., 2016, s.53; “Hak ehliyeti kişinin iradesinden ve davranışlarından bağımsız olarak, kişi olma vasfı nedeniyle kazanmış olduğu ehliyettir”, Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.42.

²⁰ Serap Helvacı:**Türk İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar: MK md.24/a fıkra I/ İMK m.28a fıkra I**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2001, s.42. (Kıs.:Koruyucu Davalar); Kılıçoğlu, s.7.

a.Prenatal Dönemde Kişilik Hakkı

MK m.28/1 uyarınca kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar. Kişilik tam ve sağ doğumla birlikte başlamasına karşın çocuk, sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak hak ehliyetini elde eder (MK m.28/2). Buna göre, ana rahmine düştüğü andan başlayarak hak ehliyetine sahip olan çocuğun kişilik kazanması sağ olarak doğum şartına bağlı olduğundan, çocuğun hak ehliyetini elde etmesinin geciktirici şarta bağlı olduğu ifade edilmektedir.²¹ Geciktirici şart yani tam ve sağ olarak doğum gerçekleştiğinde, hak ehliyeti, kişilik ve kişilik hakkı çocuğun ana rahmine düştüğü ana kadar geçmişe etkili olacaktır. Türk hukukunda sağ olarak doğum koşuluna bağlanan kişiliğin başlangı anının, farklı hukuklarda değişik esaslara bağlanmış olması, davacı sıfatının varlığının belirlenmesine ve dolayısıyla davanın esasının incelenmesine girişilmesi veya reddine karar verilmesine ilişkin kararlarda belirleyicidir.²²

Ceninin geciktirici şarta bağlı hak ehliyetine sahip olması nedeniyle, şart gerçekleşmeden haklarının kanuni temsilci vasıtasıyla kullanılması mümkün değildir.²³ Doğum öncesi dönemde cenin, annenin bir parçası olarak kabul edilir ve gerçekleşen saldırılar annenin kişilik hakkını ihlal ettiği ölçüde önlenemez. Çocuk doğduktan sonra, henüz ceninken gerçekleşmiş kişilik hakkının ihlali nedeniyle dava açma hakkına sahiptir.²⁴

b.Post Mortal Dönemde Kişilik Hakkı

Gerçek kişilerde kişilik ölümle sona erer. Kişinin varlığına bağlı bir hak olan kişilik hakkı da ölümle birlikte son bulur. Kişilik hakkının mirasçılara geçmesi mümkün bulunmadığından, ölenin kişilik hakkına yönelik, ölümden önce veya sonra

²¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.17.

²² Örneğin Türk hukukunda çocuğun tamamen doğduğu anda sağ olması ve dakikalarla ölçülebilecek kısıklıkta bir süre yaşaması kişiliğin kazanılması için yeterli görülürken, Fransız hukukunda çocuğun kişilik kazanması için bu şartlara ilaveten yaşama yeteneğine sahip olması koşulu aranır. Akipek, Akıntürk, Ateş Karaman, s.242; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.12.

²³ Helvacı, Gerçek Kişiler, s.28; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.18.

²⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.17; Akipek, Akıntürk, Ateş Karaman, s.245.

gerçekleşmiş saldırılarla ilgili, mirasçılarının dava açma hakkı bulunmamaktadır.²⁵ Bu tip saldırılar, yakınlıkları nedeniyle oluşan duygusal bağdan dolayı, geride kalanların kişilik hakkına saldırı olarak değerlendirilebildikleri ölçüde, bu kişiler bakımından dava sebebi oluştururlar. Ancak, açılmış bir davaya kişinin ölümünden sonramirasçılarını devam edebilirler.²⁶ Kişilik hakkının mirasçılara geçmeyeceği kural olmakla birlikte, istisnaen bazı değerlerin ölüm sonrası varlıklarını devam ettirerek, ölenin yakınları tarafından koruyucu davalarla korunacağı ileri sürülmektedir.²⁷ FSEK m.19, m.85 ve m.86 ölenin yakınlarına kişiliğin saldırılara karşı korunması hakkını vermekte ve ayrıca tazminat isteme hakkı da tanımaktadır. Ayrıca, kişiliğe dair paraya çevrilebilir değerlerin mirasçıya geçeceği ve ihlal halinde mirasçılarının tazminat talep edeceği görüşü doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir.²⁸

Kişilik hakkı ölümle sona erdiğinden, cesede yönelik muameleler ile ölenin kişilik hakkının ihlali mümkün görülmemektedir. Bununla birlikte, hem ölenin yakınlarının ölene olan sevgi ve saygı hisleri nedeniyle cesedin onların kişilik hakkına dahil olması²⁹ hem de kamu düzeni nedeniyle (TCK m.130) cesede yönelik saldırılar hukuk düzenince engellenmektedir.³⁰

²⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.25.

²⁶Harun Bulut: **Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Hukuk Davaları**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006, s.9; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.25; Alman Federal Mahkemesi post mortal kişilik korumasını Alman Anayasasının kişilik hakkına ilişkin ikinci maddesinin ilk fıkrasına değil, insan onuruna dokunulamayacağını düzenleyen birinci maddesinin ilk fıkrasına dayandırmaktadır. Mustafa Aksu: “Eser Yaratıcısının Eseri Üzerindeki Manevi Hakları (Eser Yaratıcısının Kişilik Hakkı) ile Genel Kişilik Hakkı İlişkisi Üzerine Bir Deneme”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, İstanbul, XII Levha Yayınları, Cilt I, 2010, s. s.128, dn.24.

²⁷ Akipek, Akıntürk, Ateş Karaman, s.347; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.25, dn.59’da anılan Akkanat, s.87 ve Serozan, Engin, s.99.

²⁸Bulut, s.9; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.25.

²⁹ Ceset üzerinde ölenin yakınlarının kişilik hakkı bulunup bulunmadığı konusunda farklı görüşler mevcuttur. Alman hukukunda savunulan, İsviçre ve Türkiye’de de bazı yazarlarca benimsenen “Ölünün etkileri devam eden kişilik hakları” olarak adlandırılabilir görüşe göre, ölenin hak ehliyeti sınırlı olarak devam eder, bir takım hakların ölümden sonraya da uzadığı kabul edilir. Bu değerlere saldırı gerçekleştiğinde, ölenin kişilik hakkının korunması için dava açma hakkı bulunmadığına göre, bu hak mirasçılara veya yakınlarına tanınmalıdır. Serozan, ceset üzerinde yakınların kişilik hakkı olacağını kabul etmenin, ölü ile ticaret yapılması sonucunu doğuracağını ileri sürerek bu görüşü savunmaktadır. Rona Serozan: “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, **İÜ Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 14. Sayıdan Ayrı Bası, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1978, s.109. (Kıs.:Kişilik Hakkının Korunması). Aynı yönde bkz. Kılıçoğlu, s.433; Öztan, s.24-25;İkinci görüşe göre, cesede hukuka aykırı bir müdahalenin varlığı, ölenin yakınlarını rencide eder ve bunlar dolaylı olarak saldırıya uğramış olurlar. Dolayısıyla, cesede yapılan hukuka aykırı müdahale ile

2. Tüzel Kişilerin Kişilik Hakkı

Tüzel kişiler cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki³¹ bütün haklara ve borçlara sahiptirler (MK m.48). Böylece, tüzel kişiler, insana özgü niteliklere bağlı olan kişisel değerler dışındaki kapsamıyla kişilik hakkına da sahiptirler. Buna göre, tüzel kişiler, şeref, onur, sır çevresi, ad, fikri ve ekonomik bütünlük gibi kişilik hakkı kapsamındaki birçok kişisel değere sahip olup, bu konuda gerçek kişiler gibi hem hukuki işlemlerle yapılan ihlallere karşı hem de diğer saldırılara karşı korunurlar.³²

Kişilik hakkının tüzel kişiler için de korunmasının, tüzel kişilerin faaliyetlerini gereği gibi yerine getirmelerinin önünün açılması ile bir bütün olarak toplumun ihtiyaçlarına cevap veren bu kurumların ayakta ve işler halde tutulması amaçlarına hizmet ettiği ifade edilmektedir.³³ Özellikle tüzel kişilerin manevi tazminat talep edebilmelerine yönelik itirazlar olsa da, tüzel kişilerin kişilik hakkının manevi boyutuyla tanınması ve korunması da savunulmaktadır. Tüzelkişinin şöhreti, belirsizlik nedeniyle karar planlaması yapılamaması, şirketin yönetilmesinde yaşanan kesinti ve yöneticilerin yaşadığı kaygı ve tedirginlik unsurlarının da dikkate alındığı bazı davalarda, AİHM Büyük Dairesi oybirliği ile tüzelkişiler için manevi tazminata karar vermiştir.³⁴ Kanaatimizce, kişilik hakkının tüzelkişilere uyarlanması sonucu hakkın ihlali durumunda tazminat ödenmesine hükmedilmesi yerinde olmakla

ölenin yakınlarının kişilik hakkı saldırıya uğramış sayılır. (Helvacı, Koruyucu Davalar, s.58, dn.205'te anılan yazarlar.); Üçüncü görüş, ceset üzerinde yakınların mülkiyete benzer mutlak bir hakka sahip olduğunu kabul eder. Helvacı, Koruyucu Davalar, s.58, dn.206'da anılan yazarlar.

³⁰ Arpacı, s.127; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.26.

³¹ Tüzel kişilerin, insana özgü olan seçme seçilme hakkı, vücut tamlığına ilişkin haklar, ölüme bağlı tasarruf yapma gibi haklardan yararlanmaları mümkün değildir. Tüzel kişilerin üyelerine karşı sahip olduğu aidat isteme (MK m.70), üyelikten çıkarma (MK m.67) gibi bazı haklar ise tüzel kişilere özgü olup gerçek kişilerin bunlara sahip olması söz konusu değildir, Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.279.

³² Arpacı, s.148; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.283.

³³ Doruk Gönen: **Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.45.

³⁴Gülşay Arslan Öncü: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2011, s.29, dn.59'da anılan Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey, (App. No: 23885/94), Judgement of the ECHR (GC) of December 1999, para. 57; Comingersoll SA v. Portugal, (App. No. 35382/97) Judgement of the ECHR (GC) of 6 April 2000, paras. 35–36.

birlikte, bu tazminatın manevi tazminat olarak adlandırılması, manevi tazminat kurumunun ruhuna aykırıdır.

Tüzel kişiler kuruldukları andan itibaren herhangi bir kazandırıcı işleme gerek kalmaksızın hak ehliyetini ve kişilik hakkını kendiliğinden kazanırlar ve tüzel kişiliksona erene kadar ayrılmaz bir biçimde kişilik hakkına sahip olmaya devam ederler.³⁵Ancak kuruluşun tamamlanmasına kadar olan safhada kurulacak şirketi hedef alan ihlaller karşısında, gerçek kişilerdeki prenatal döneme ilişkin düzenlemeler benzeri bir yaklaşım benimsemek, aşırı zorlama bir yaklaşım olacaktır. Bu dönemdeki ihlallerin, ortada henüz kurulmuş bir tüzel kişi bulunmadığından tüzel kişiye değil kurucularına dava açma hakkı kazandıracağı söylenebilir.

Tüzel kişilerin sona ermesi ya kanunda gösterilen sebeplerle kendiliğinden ya kendini feshederek ya da mahkeme kararı ile ortaya çıkar. Tüzel kişiliğin sona ermesiyle kişilik hakkı son bulur.³⁶Tüzel kişiliğin son bulmasından sonraki dönemde gerçekleşecek ihlaller için de, artık tüzel kişiliğin değil, tüzel kişiliğin türüne göre ortak veya ortaklarının kişilik hakkının ihlalinen bahsedilebileceği kanaatindeyiz.

C.Kişilik Hakkının Nitelikleri

Tüm kişisel değerleri bünyesinde barındıran tek bir hak olarak kabul edilen kişilik hakkının nitelikleri nitelikleri tüm kişisel değerler için geçerlidir.³⁷

1.Kişilik Hakkı Mutlak Haktır

Kişilik hakkının mutlak haklardan olması, hakkın herkese karşı ileri sürülebilmesi ve herkesin ilgili hakka saygı göstermesi gerektiği anlamına gelir. Hak

³⁵ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.42; Kılıçoğlu, s.7; Tüzel kişilerin hak ehliyeti gerçek kişilerin hak ehliyetiyle nitelik olarak değil içerik olarak farklılaşır. Gönen, s.26, dn.117'de anılan yazarlar.

³⁶ Gönen, s.34; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s.297; Dural, Öğüz, s.241.

³⁷ Aynı yönde bkz. Gönen, s.40.

sahibi üçüncü kişilerden hukuken korunan bu hakkının tanınmasını talep edebilir ve hakka yönelik hukuka aykırı saldırıları önleyebilir.³⁸

Kişilik hakkının mutlak hak niteliğine ilişkin birtakım tartışmalar mevcuttur.³⁹ Kişilik haklarının mutlak hak olduğu ifadesinin hakkın içeriğinin sınırsız olduğu izlenimini uyandırdığı, bu yanlış anlaşılmayı ortadan kaldırmak için mutlak hak yerine yasaklayıcı hak deyiminin kullanılmasının daha yerinde olacağı ileri sürülmüştür.⁴⁰ Ancak sonuç olarak hakkın mutlak karakteri kabul edilmekte olup bu konudaki teorik tartışmaların pratik önemi bulunmadığı ifade edilmektedir.⁴¹

2.Kişilik Hakkı Şahıs Varlığı Haklarındandır

Kişilik var olmayı, malvarlığı ise sahip olmayı ifade eder.⁴² Kişinin varlığına bağlı, yaşam, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyet, özel hayat gibi değerleri, kişilik hakkının koruma alanında yer alan, para ile ölçülemeyen değerler olup şahıs varlığı hakları olarak değerlendirilirler. Kişilik hakkı şahıs varlığı haklarından olmasına karşın, bazı hallerde malvarlığına yönelik etki yaratabilir. Örneğin, kişiliğin ekonomik zarara yol açan bir saldırıya uğraması halinde maddi veya koşulları varsa manevi tazminat olarak bir miktar paraya hak kazanılabilir. Kişilik haklarının ihlali nedeniyle parayla ilgili sonuçlar oluşabilmesi, bu hakların şahıs varlığı hakkı olma niteliğini değiştirmez.⁴³ Ancak, önemle belirtilmelidir ki, bazı hukuk sistemlerinde kişiliğin ticari yönü olarak isimlendirilen, hukukumuzda daha ziyade FSEK ve haksız rekabet hükümleriyle korunan mülkiyet hakkı kapsamında değerlendirilebilecek “ticari kişilik” haklarının ihlali nedeniyle tazminata hak kazanma ile şahıs varlığı

³⁸ Arpacı, s.106; Kılıçoğlu, s.8; Özsunay, s.150; Öztan, s.117; Serozan, Kişilik Hakkının Korunması s.93; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s.162; Velidedeoğlu, s.107, dn.23’de yer verilen Federal Mahkeme Kararı (BGE 52 II, s.376) uyarınca, şahsiyet hakları mutlak aynı haklar gibidir; bunlar herkese karşı dermeyan olunabilirler; herkes bu hakları ihlalden kaçınmakla mükelleftir.

³⁹ Tartışmalar için bkz. Kılıçoğlu, s.8-9.

⁴⁰ Zevkliler, Acabey, Gökyayla s.442.

⁴¹ Serozan, Kişilik Hakkının Korunması, s.94.

⁴² Helvacı, Koruyucu Davalar, s.42, dn.133’de anılan Tercier, Personnalité, s.18; Kişilik hakkının sınırları, malvarlığı hakkının aksine belli değildir. Kişilik hakkının sınırı yapılan saldırıya göre değişir. Öztan, s.116.

⁴³ Arpacı, s.106; Özsunay, s.150; Öztan, s.116; Tandoğan, Şahsiyetin Korunması, s.9; Helvacı, Koruyucu Davalar, s.47; Kılıçoğlu, s.8.

haklarından olan kişilik hakkının ihlalinin malvarlığına yönelik etkileri nedeniyle tazminata hak kazanılması birbirinden farklı konulardır. Bu konuya aşağıda değinilecektir.

3.Kişilik Hakkı Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklardandır.

Kişilik hakkı kişinin varlığında mevcut bir hak olup, ayrılmaz bir şekilde kişiyeye bağlıdır. Kişiyeye sıkı sıkıya bağlılığının sonucu olarak kişilik hakkı sadece hak sahibinin hakimiyeti altındadır ve onun tarafından kullanılabilir. Bu özelliğe hakkın teknelci niteliği ya da inhisarilik de denilmektedir. Bu hakka başkasının malik olması mümkün değildir ki kişilik hakkı bu yönü ile de malvarlığı haklarından ayrılır.⁴⁴Belirtilen özelliklerinden dolayı kişilik hakkı devredilemez ve kural olarak bu haktan feragat edilemez. Başkasına devredilemeyen kişilik hakkının, icra takibine konu oluşturması, bir borç için haczedilmesi veya rehnedilmesi ya da iflas masasına girmesi de mümkün değildir. Ancak, kişilik hakkının ihlali nedeniyle açılacak tazminat davasından doğan alacak icra takibine konu olabilir, haczedilebilir ve iflas masasına girer.⁴⁵ Aynı şekilde, kişilik hakkından doğan karşı tarafça kabul edilmiş veya dava konusu olmuş talepler devredilebilir veya bunlardan feragat edilebilir.⁴⁶

Kişilik hakkı kapsamındaki bazı değerlerin üçüncü kişiler tarafından kullanılmasına izin verilmesi mümkündür.Ancak bu durum kişilik hakkının devredilemeyeceği esasını etkilemez.⁴⁷ Devredilen, sadece hakka ilişkin kullanım hakkı olup hakkın özü hak sahibindedir. Kullanım hakkının devrinin geçerliliği devrin hukuka veya ahlaka aykırılık teşkil etmemesine bağlıdır. Örneğin bir kimse anılarının bir dergide yayımlanmasına izin verebilir; ancak yaşam boyu hikayesinitüm detaylarıyla aktarmaya devam edeceği yönündeki taahhüdüşarınıtelikte olup, ahlaka aykırı ve geçersiz kabul edilir.

⁴⁴ Öztan, s.116; Helvacı, Koruyucu Davalar, s.47; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.163; Serozan, Kişilik Hakkının Korunması, s.94;

⁴⁵ Özsunay, s.150; Öztan, s.117; Helvacı, Koruyucu Davalar, s.48.

⁴⁶ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.47; Öztan, s.117; Kılıçoğlu, s.7, dn.22; Zevkliler, Acabey, Gökyayla, s.446; Helvacı, Koruyucu Davalar, s.47.

⁴⁷ Arpacı, s.106; Özsunay, s.150; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.163.

Kişilik hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan, MK m.16 uyarınca ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızasına ihtiyaç bulunmadan kişilik hakkını kullanabilirler. Bu gruptakiler, kişilik hakkının ihlali halinde koruyucu davaları veya tazminat davalarını tek başlarına açabilirler. Tam ehliyetsizler bakımından hakkın korunması, istisnai hallerde yasal temsilcileri tarafından gerçekleştirilir. Bu bakımdan, kişilik hakkının korunmasında kişiye sıkı biçimde bağlılığın yoğunluğunun azaldığı ifade edilmektedir.⁴⁸

4. Kişilik Hakkının Ölümle Sona Erer ve Mirasçılara Geçmez.

Kişilik hakkı kişinin varlığında mevcut bir hak olduğundan, kişinin varlığının sona ermesiyle son bulur. Dolayısıyla mirasçılara intikali mümkün değildir. Ölenin cesedi eşya olarak kabul edilmediği gibi, kişiliğin bir uzantısı olarak da kabul edilmez. Dolayısıyla, hak sahibinin ölümünden sonra gerçekleşecek saldırılara karşı, ölenin yakınlarının kişilik hakkı nedeniyle hukuki koruma sağlanır.⁴⁹

Temel kural hakkın ölümle sona ermesi olmakla birlikte, kara Avrupası hukukunda kişilik hakkının maddi katmanı ya da maddi yönü olarak, Anglo Saxon hukukunda tanıtım hakkı olarak ifade edilen ticari kişilik hakkı mirasçılara geçebilir niteliktedir. Ayrıca, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin 24 Şubat 1971 tarihli Mephisto Kararı ile Alman Anayasası'nın 1. maddesi ile insan onuruna sağlanan korumanın kişinin ölümünden sonra da devam edeceği, ölmüş kişinin onuruna yönelik saldırıların engellenebileceği ve bu amaçla sanat özgürlüğünün sınırlandırılabilceği hüküm altına alınmıştır.⁵⁰ Alman hukukunda öngörülmüş bu

⁴⁸ Serozan, *Kişilik Hakkının Korunması*, s.94.

⁴⁹ Öztan, s.116; Tandoğan, s.8, dn.24; Oğuzman, Seliçi, Oktay, s.164; Kılıçoğlu, s.7, 431 vd.; Helvacı, *Koruyucu Davalar*, s.49.

⁵⁰ Davacı, Mephisto isimli romanda tasvir edilen oyuncu ve tiyatro yönetmeni olan Gustaf Gründgens'in evlatlık oğludur. Davacının romanda babasından bahsedildiği gerekçesiyle, romanın basım yayım ve dağıtımının Anayasaya aykırı olduğunu ve babasının kişilik hakkının zedelendiğini ileri sürerek açtığı dava başarıya ulaşmıştır. Mephisto kararı, Alman hukukunda, post mortal kişilik hakkının korunmasının –insan onuru temelinde - gelişimine yol açan temel karardır. Hannes Rosler: “Dignitarian Posthumous Personality Rights: An Analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law”, 26 **Berkeley Journal of International Law**, Vol. 26, 2008, s.178, (Çevrimiçi) <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol26/iss1/4>, 28.12.2013; Mephisto (Klaus Mann/ Gustaf Gründgens), 1 BvR 435/68, Bundesverfassungsgericht, 24 February 1971, Entscheidungen des

koruma, davanın özelliklerine, özellikle konunun önemine, söz konusu kişinin tanınmışlık düzeyine ve ihlalin yoğunluğuna göre değişen sürelerde devam eder ve zaman geçtikçe kişinin sosyal alandaki kamusal bellekteki yeri azaldığından, koruma bir yerde sona erer.⁵¹

5.Kişilik Hakkı Zamanaşımına Uğramaz ve Hak Düşümüne Tabi Değildir

Kişilik hakkı zamanaşımına uğramaz ve hak düşümüne tabi değildir. Ancak, kişilik hakkının ihlali nedeniyle açılacak tazminat davasından doğan alacak hakkı zamanaşımı süresine tabidir.⁵²

II. Kişilik Hakkının İçeriği

A.Genel Olarak

1. Kişilik Hakkının Genel Nitelikli Çerçeve Hükümle Düzenlenmiş Olması

Kişilik hakkının içeriği ya da konusu, hak kapsamına dahil edilmesi mümkün, kişiliğin çeşitli görünümünü oluşturan kişisel değerlerdir. Kişilik hakkının içeriğine ilişkin bu tanım, hukukun merkezindeki kişinin temas halinde olabileceği değerlerin fazlalığı karşısında kişilik hakkının konusunun aşırı geniş belirlenmesi sakıncasını barındırdığından, tanımın işaret ettiği kişisel değerleri makul sınırlar içinde algılamak gerekir. Velidedeoğlu'nun isabetle ve aslında önemli bir tehlikeye dikkat çekerek belirttiği gibi, kişilik ve kişilik hakkının kapsamının aşırı genişletilmesi halinde, kişiliğe dahil olmayan değer, kişilik hakkının temas etmediği hak kalmaz. O zaman bütün özel hukuku birkaç ana prensiple birkaç maddeye sığdırılarak “kişiliğin korunması” adı altına konulacak hükümlerle düzenlemek mümkün olur ve büyük

Bundesverfassungsgerichts 30, 173; Neue Juristische Wochenschrift 1971, 1645, Personality Rights in Germany, (Çevrimiçi) <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/gercases.asp#Mephisto>, 19.03.2012.

⁵¹ Rosler, s.183.

⁵² Helvacı, Koruyucu Davalar, s.48; Serozan, Kişilik Hakkının Korunması, s.94; Oğuzman, Seliçi, Oktay, s.164.

kanunlara gerek kalmaz. Halbuki böyle genel esaslarla toplum düzenin, hak ve adaletin sağlanması olanaksızdır.⁵³

Türk hukukunda kişilik hakkını düzenleyici ve koruyucu hükümlere bakıldığında, yukarıda da değinildiği gibi, bu konuda genel nitelikli çerçeve hükümlerle düzenlemeler yapılmış olduğu, kanun koyucunun kişilik hakkının tanımını yapmadığı ve bazı hükümler hariç kişilik hakkının konusunu oluşturan kişisel değerleri tek tek sayarak belirtmediği görülmektedir. Mukayeseli hukukta kişilik hakkına ilişkin düzenlemelere ilgili bölümde yer verilecektir.

Hukuk, meydana gelen yeni durumları ya yeni yasal düzenlemeler yaparak, ya da mevcut yasal düzenlemeleri yorum metodlarını kullanarak yorumlayıp kapsamına alır. Kişilik hakkının çerçeve hükümlerle düzenlenmesi, genel ve soyut bir kişilik hakkının kabulü ve içeriğine girecek kişisel değerlerin dönemsel koşullara uygun olarak uygulamacılar tarafından belirlenmesi kişiliğin etkili biçimde korunmasını sağlamaktadır. Bu düzenleme şekli, esneklik sağlayarak ortaya çıkan ihtiyaçlara göre yeni kişilik hakkı değerlerinin kabul edilmesini mümkün kıldığı gibi, değişik ihlal biçimlerine karşı koruma sağlanmasına da imkan vermektedir.⁵⁴

2. Kişilik Hakkı Kapsamına Giren Kişisel Değerlerin Mahkemeler ve Doktrin Tarafından Belirlenmesi

Kişilik hakkı, genel nitelikli çerçeve hükümlerle düzenlenip, kişisel değerleri belirleme işi mahkemelere ve doktrine bırakılmıştır.⁵⁵ Hakim önüne gelen olayda, kişilik hakkını düzenleyen çerçeve hükümler doğrultusunda, öncelikle ihlal edildiği iddia edilen menfaatin kişilik hakkının konusunu oluşturan değerlerden herhangi

⁵³Velidedeoğlu, s.104 ve s.125'ten aynen alınmıştır; Alman hukukunda, kişiliğe genel bir koruma sağlanırsa kolayca ucu bucağı olmayan bir noktaya gelineceği endişesi ile Federal Yüksek Mahkeme'nin "Okur Mektubu" kararı olarak bilinen 1954 tarihli kararına kadar, genel kişilik hakkı tanınmamıştır. Ernst von Caemmerer: "Alman Hukukuna Göre Kişiliğin Özel Hukuk Yönünden Korunması", Çev.: Ergun Özsunay, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.7, S.: 10, Yıl 1973, s.72.

⁵⁴ Özsunay, s.98.

⁵⁵ Kılıçoğlu, s.4; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.164-165; Tandoğan, Şahsiyetin Korunması, s.14.

birine ilişkin olup olmadığını tespit edecektir. İkinci aşamada, kişilik hakkı niteliğinde bir kişisel değer tespit edilmişse, bu değere yönelik bir saldırının gerçekleşip gerçekleşmediği hukuka uygunluk sebeplerinin mevcut olup olmadığı da araştırılarak, hükme bağlanacaktır.

Hakim olayı değerlendirirken önce yazılı hukuka başvuracak, Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu ve diğer özel hukuk mevzuatı yanında, başta Anayasa olmak üzere kamu hukukuna ilişkin mevzuattan da yararlanacaktır.⁵⁶ Yazılı hukukta bir dayanak bulamaması halinde, örf ve adet hukukuna müracaat edecek, burada da bir mesnet tespit edemediği halde, korunmaya değer bir kişisel değer bulunup bulunmadığına, MK m.1 uyarınca bizzat hukuk yaratarak karar verecektir.⁵⁷

B. Kişilik Hakkı Kapsamındaki Kişisel Değerlerin Sınıflandırılması

Kişilik hakkı kapsamına dahil edilen değerler incelenirken, birtakım sınıflandırmalar yapıldığı ve kişisel değerlerin belirlenen bu sınıflar içinde ele alındığı görülmektedir. Kişilik hakkını oluşturan değerlerin çeşitli ayırımlara konu olması, sadece hakkın kullanımını kolaylaştırmak amacına hizmet etmektedir;⁵⁸ zira, kişilik hakkı tektir. Hakkın konusunu oluşturan değerlerden herhangi birinin veya birkaçının ihlali neticede kişilik hakkının ihlali sonucunu doğuracaktır.

Kişisel değerleri çeşitli kriterlere göre sınıflandırmak mümkün olsa da⁵⁹ doktrinde baskın olarak korumanın konusu esas alınarak sınıflandırma yapmanın

⁵⁶ Arpacı, s.107; Öztan, s.115.dn. 12,'de anılan Dural, s.101; Tandoğan, Şahsiyetin Korunması, s.15; Hem kişilik hakkının varlığının, hem de mevcut olduğu tespit edilen hakkın ihlal edilip edilmediğinin tespitinde, hakimin takdir yetkisini kullanması söz konusu olacaktır. Kişilik hakkına ilişkin genel kanun hükmü, kanun kuralı içindeki boşlukların tipik örneğini teşkil etmekte olup, hukuki vakianın ve sonucun belirlenmesinde hakimin takdir yetkisi mevcuttur. Zahit İmre: **Medeni Hukuka Giriş**, 3. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s.195 196 (Kıs: Medeni Hukuk); Simonius, s.197.

⁵⁷ Arpacı, s.107; Öztan, s.118; Tandoğan, Şahsiyetin Korunması, s.16, 17.

⁵⁸ Özsunay, s.97.

⁵⁹ Doktrinindeki sınıflandırmalara örnek olarak, İsviçreli hukukçu Egger'in belirlediği sistemi benimseyen Özsunay'a göre kişilik hakkı, kişinin insan olma varlığında temellenen değerler (doğal, mutlak ya da iç kişisel değerler) ve beraber yaşamının özel koşullarından türeyen kişisel değerler

benimsendiği görülmektedir. Bu sınıflandırmaya göre kişisel değerler, maddi, manevi ve sosyal kişisel değerler olarak üç grupta ele alınmaktadır.⁶⁰Kişinin mesleki ve ticari kişisel değerleri olarak da ifade edilen sosyal kişisel değerler, kişinin toplum içindeki yeri ile ilgili olmakla beraber, ekonomik sonuçlara sahiptirler ve bu nedenle ayrı bir grup oluşturmaktadırlar.⁶¹

Ekonomik sonuçlara sahip olmanın yanında pazarlanabilir nitelikte olan, ticari amaçlı kullanılabilen kişisel değerler, ticari kişilik hakkı olarak adlandırılmaktadır. Her ne kadar insan onurunu temel alan yüksek kişilik hakkı ülküsü ile bağdaşmasa da, mübadele edilebilir nitelikte kişisel değerlerin varlığı ve bunların ticari amaçla kullanılması hukuk düzeninde bir karşılık bulmaya muhtaçtır.⁶² Ticari amaçlı kullanım şekli bunları diğer manevi kişisel değerlerden ayırır da, hakkın kökeni aynı olduğundan, kıta Avrupası hukukunda aynı hukuki şemsiye altında korunmaktadırlar.

Bu çalışmada, kişisel değerlerin maddi ve manevi değerler olarak iki grupta ele alınması benimsenmiştir. Sosyal kişisel değerler manevi nitelikleri baskın olduğu ölçüde, manevi kişisel değerler arasında, ekonomik değerle karakterize edildikleri, ekonomik sonuçlarının baskın olduğu ölçüde ticari kişilik hakkı kapsamında değerlendirilebilmektedir. Maddi ve manevi değerlere ek olarak, özellikle son zamanlarda önem kazanan, hukuken farklı mahiyette olsa da aynı hak kökeninden

(sonradan türeyen, göreceli ya da dış kişisel değerler) olmak üzere, iki alt grup olarak incelenebilir. Özsunay, s.98. Bu görüşte olan diğer yazarlar için bkz. Helvacı, Koruyucu Davalar, s.45, dn.148; Arpacı, kişisel değerleri kişinin maddi bünyesiyle, ruhi bünyesiyle ve toplum içindeki yeri ile ilgili değerler olarak ayırmayı tercih etmiştir. Arpacı, s.108 vd.; Tercier korumanın derecesine göre yapılan ayırma göre, yaşam hakkı bir kenara ayrıldıktan sonra “kuvvetli” korunan haklar, “zayıf” korunan haklar olarak ikili bir ayırım yapılabileceğini ileri sürer. Helvacı, Koruyucu Davalar, s.45, dn.148’te yer verilen Tercier, Personnalité, s.53.

⁶⁰ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.45.

⁶¹ Uzel Türk, s.9.

⁶² Serozan isabetli bir tespitle, kapitalist ekonomik üretim ve tüketim sisteminin sonucu olarak her değer ve en fazla kutsanan manevi kişilik değerlerinin bile para karşılığı el değiştirebilir birer tecimsel mala dönüştüğünü, ekonomik ve sosyal gelişmeler karşısında “en fazla dayanıklı sayılan ” yasal kalıpların çözülmeye, en fazla kalıcı sayılan dogmaların ergeç gerilemeye mahkum olduğunu belirtmektedir. Rona Serozan, “Kişiyi Sıkı Biçimde Bağlı Manevi Hakların Mirasçığa Geçebilirliği”. **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2006, s.559-563. (Kıs: Manevi Hakların Mirasçığa Geçebilirliği)

gelen ve kişilik hakkının ticari katmanı olarak da ifade edilen ticari kişisel değerler konusuna, çalışmanın sınırlandırılması bakımından yer verilmeyecektir. Belirttiğimiz gibi, ticari kişilik hakları hariç tutularak, kişisel değerlere ilişkin sınıflandırmalar yapaydır. Bir kişilik değerinin aynı anda farklı sınıflara tabi olması veya bir saldırı ile aynı anda farklı sınıflarda yer alan kişilik değerlerinin ihlal edilebilmesi mümkündür.

1. Kişinin Maddi Kişisel Değerleri

Kişinin maddi kişisel değerleri, insanın yaşamı, beden ve ruh sağlığı, vücut bütünlüğü ve hareket özgürlüğüne ilişkin değerleri içerir. Kişiye yönelik tıbbi müdahaleler, organ ve doku nakli, cinsel hayat ve üretim fonksiyonuna ilişkin müdahaleler ve kişinin ölümünden sonra cesedi üzerindeki tasarrufları saptama hakkı da maddi kişisel değerlerdendir.⁶³

Türk hukuk sisteminde olduğu gibi İHEB⁶⁴, AIHS⁶⁵ gibi insan hakları belgelerinde de en başta yerini alan yaşama hakkı kişinin en önemli temel hakkıdır. Kişilik hakkını oluşturan değerler arasında kural olarak bir derecelendirme yapmak mümkün değilse de, tüm kişisel değerler yaşamla anlam kazanacağından, yaşam hakkının en üstün değer olduğu tereddütsüzdür.⁶⁶ Yaşama hakkı, kişinin fizik ve ruhsal bütünlüğünü koruyabilmesi, sürdürebilmesi ve varlığının çeşitli etkilerle bozulmasına engel olabilmesi hakkıdır.⁶⁷ Kişi hiçbir şekilde kendi yaşamı veya başkasının yaşamı üzerinde tasarrufta bulunamayacağı gibi, rızası bulunsa dahi başkası da onun yaşamı üzerinde tasarrufta bulunamaz.⁶⁸ Yaşama hakkı, Anayasa dışında ceza kanundaki hükümlerle de etkin şekilde korunmaktadır (TCK m.81 vd.)

⁶³ Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.19; Uzeltürk, s.9.

⁶⁴ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, m.3.

⁶⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, m.2.

⁶⁶ Yaşam hakkı Anayasa Hukuku açısından en önemli haktır. Anayasanın 17. maddesi ile herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır.

⁶⁷ Özsunay, s.99, dn.6'da anılan Bayraktar, s.13.

⁶⁸ Kişinin kendi yaşamı üzerinde karar verme hakkı bulunmadığından, çaresiz bir hastalığa yakalananların hayatlarını sona erdirmeyi seçmesi anlamına gelen ötenazi ve düello da hukuka aykırıdır ve ceza kanunu anlamında suç teşkil eder. Arpacı, s.110; Özsunay, s.99.

Kişi, yaşamı üzerinde tasarruf edemediği gibi, sağlığı ve vücut tamlığı üzerinde de tasarrufta bulunamaz. Anayasa m.17/II hükmü uyarınca, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı gibi, kişi rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

AİHS işkencenin yasaklanması suretiyle kişinin vücut bütünlüğünü devlete karşı korumaktadır (AİHS m.3) . Türk Ceza Kanununda cismani zarar, ırza geçme, toplum sağlığına yönelik suçlar gibi düzenlemelerle bu hak korunmaktadır. Medeni hukukta da ölüm ve bedensel zararlar da sorumluluğa ilişkin hükümler yer almaktadır

Kişinin ruh sağlığı ve bütünlüğü de vücut bütünlüğü içinde yer alır. Bir kimseye manevi acı çektirmek, psikolojik baskı uygulamak gibi davranışlar ruhsal bütünlüğe yönelik saldırı niteliğindedir.⁶⁹ İş yerinde uygulanan psikolojik taciz (mobbing) bu konuda örnek gösterilebilir. Günümüzün teknolojiyle biçimlenen toplum yapısında, kişinin ruhsal sağlığına yönelik çok ciddi tehditlerin varlığı karşısında, ruhsal bütünlüğün ihlali vasıtasıyla kişilik hakkının ihlal edilmesi konusunun başlı başına ele alınması gereken bir konu olduğunu belirtmek gerekir.

Kişinin maddi kişisel değerlerine yönelik haksız saldırı ve müdahalelerde bulunanlara, konuya ilişkin hukuka uygunluk sebebi mevcut olup hukuka aykırılık ortadan kalkmadıkça, hukuki ve cezai yaptırımlar uygulanır. Tıbbi müdahaleler⁷⁰, organ ve doku nakli⁷¹, cinsel hayat ve üretim fonksiyonuna ilişkin müdahaleler⁷² hakkındaki özel kanuni düzenlemelerle hukuka aykırılığın ne zaman ortadan kalkmış olacağı açıkça belirtilmiştir.⁷³Tüzel kişiler, sadece gerçek kişilere özgü olan maddi

⁶⁹ Özsunay, s.114.

⁷⁰ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.52; Arpacı, s.113 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s.169; Özsunay, s.100 vd. ; Öztan,s.121.

⁷¹ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.53 vd.; Arpacı, s.119 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s.170; Özsunay, s.103 vd. ; Öztan,s.123.

⁷² Helvacı, Koruyucu Davalar, s.56; Arpacı, s.121 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, s.173 vd.; Özsunay, s.106 vd. ; Öztan,s.126.

⁷³ Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.30.

kişisel değerler sahip olamazlar. İnsanın beden bütünlüğüne ilişkin değerlerinin kitle iletişim araçları ile ihlali mümkün olmadığından⁷⁴, bu konuda daha ileri bir incelemeye yer verilmeyecektir.

2.Kişinin Manevi Kişisel Değerleri

Kişinin manevi kişisel değerleri, kişinin adı, resmi, sesi, şeref ve haysiyeti, itibarı, özel yaşamı, özgürlükleri gibi değerleri içerir. Örnek olarak sayılan bu değerler en yaygın şekilde ihlal edilen kişisel değerler olup, bunlar dışında manevi kişisel değerler kapsamında ele alınabilecek çok sayıda kişisel değer düşünülebilir.

Somut olaylara bakıldığında, çoğu zaman bir kişisel değer ihlalinin aynı anda bir diğerinin de ihlali anlamına geldiği ya da birden fazla kişisel değer, ihlal edilen bir kişisel değer unsurlarını oluşturabildiği görülmektedir. Dolayısıyla kişilik hakkının ihlali karşısında, kişisel değerler arasında kesin sınırlar belirleyip, hangi kişisel değere yönelik saldırının gerçekleştiğini tespit etmeye çalışmak yerine, saldırıya uğrayan kişisel değerlerin bir bütün olarak kişilik hakkı ihlali sonucu yaratıp yaratmadığı araştırılmalıdır.Kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlali, özellikle manevi kişisel değerler bakımından gerçekleştiğinden, bu konu ilgili bölümde detaylı şekilde ele alınacaktır.

⁷⁴İnsanın beden bütünlüğüne ilişkin değerlerinin kitle iletişim araçları ile ihlalinin mümkün olmaması genel kural olmakla birlikte, aslında günümüzde kitle iletişim araçları yoluyla ruhsal sağlığın bozulması veya ruhsal sağlığın bozulması nedeniyle bedensel sağlığın bozulmasının söz konusu olabileceğini düşünüyoruz. Örneğin, kadın estetiğine ilişkin sıfır beden idealize edilmesi ve bu idealin devamlı kitle iletişim araçları ile yüceltilmesi, ölüme yol açabilen anoreksiya ve bulimia nevroza gibi hastalıkları tetikleyebilmektedir. Bu hastalıklar nedeniyle gerçekleşen ölümlerden sonra moda dünyasında bir dönem defilelerde sıfır beden mankenlerin görev alması yasaklanmıştı. Her ne kadar etki dolaylı gibi görünse de etkin olduğu inkar edilemez.

III. Kişilik Hakkının Korunması

A.Genel Olarak

Kişilik hakkının korunması konusu ana hatlarıyla ele alındığında, ilk vurgulanması gereken husus, kişilik hakkının mutlak hak niteliğine karşın, korunmasının mutlak olmadığıdır. Kişilik hakkı, basın özgürlüğü hakkı, sanat özgürlüğü hakkı ve aslında daha doğru bir deyişle ifade özgürlüğü hakkı ile çatışma halindedir. Bu nedenle, kişilik hakkının korunması gerektiği hallerde, kişilik hakkının karşısında ifade özgürlüğü hakkı yer aldığına, eşit değerde kabul edilen bu hakların somut olayın koşullarına göre dengelenerek korunması söz konusu olacaktır. Mutlak korumaya sahip olmayan iki hakkın, ülkelerin kendi anlayışlarına göre farklı seviyelerde korunması neticesinde, çatıştıklarında dengelenmeleri farklı hukuk düzenlerinde farklı şekillerde gerçekleşebilmektedir. Bu konu ayrıntılı şekilde aşağıda ele alınacağından, şimdilik, bu durumun, kişilik hakkının bazı ülkelerde daha yüksek bazılarında daha düşük düzeyde korunmasının sebebini oluşturduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

İkinci olarak, kişilik hakkının korunmasında, farklı hukuk sistemlerinin değişik düzenleme biçimlerini kabul ettiği ortaya konulmalıdır. Kişilik hakkı kapsamındaki birçok önemli değer anayasal düzeyde korunmaktadır. Bunun yanında, ülkelerin iç hukuklarında kişilik hakkı esas olarak medeni kanun ve ceza kanunları aracılığıyla korunmaktadır. Bazı hukuk sistemleri, Türk-İsviçre hukuk sisteminde olduğu gibi kişilik hakkını genel bir hükümle düzenlemişken, bazılarında Alman hukuk sisteminde olduğu gibi, kişilik hakkına ilişkin özel bir düzenleme olmamasına rağmen diğer hükümlerin mahkeme içtihatlarıyla genişletilmesi yoluyla kişilik hakkına koruma sağlanmaktadır. Kişilik hakkına ilişkin özel düzenleme bulunmayan hukuk sistemlerinde haksız fiil hükümleri ve kişilik hakkının ticari kullanımı söz konusu olduğunda sebepsiz zenginleşme hükümlerinden yararlandığı görülmektedir. Son olarak, kişilik hakkının anayasal düzeyde korumaya kavuşmasıyla değişime uğramaya başlamışsa da, özel yaşamın korunması, gizli bilgilerin açıklanmasının yasaklanması, başka birinin resminin veya isminin izinsiz kullanımının yasaklanması

gibi bazı kişisel değerlerin tek tek sayılarak, bu değerleri koruyan özel davalar yoluyla kişilik hakkının korunmasını benimseyen sistemden bahsedilebilir. İngiliz hukuk sistemi buna örnektir. Diğer yandan kişilik hakkı ihlallerinin değişik hukuk sistemlerindeki hukuki sonuçları oldukça benzerdir. Örneğin cevap ve düzeltme hakkının kullanılması, kişisel zarar için tazminat ödenmesi veya bazı ihlallerin suç teşkil etmesi gibi hukuki sonuçlar birçok hukuk sisteminde mevcuttur.

Son olarak, kişilik hakkı kapsamındaki kişisel değerlerin sadece özel hukukunun konusunu değil kamu hukukunun da konusunu oluşturduğu belirtilmelidir. Örneğin özel yaşamın gizliliğinin korunması hakkı, kişisel verilerin korunması hakkı gibi kişisel değerlerin insan hakları ve temel haklarla kesişme noktaları bulunmaktadır.

B. Kişilik Hakkı ile Kesişen Haklar

Kişilik hakkı, insan hakkı ve temel hak kavramları ile ilgili olan ve bunlarla kesişme noktaları bulunan bir haktır. Kişilik hakkı, kamu hukuku ve özel hukuk ayırımında tek bir tarafta yer almaz. Her ikisini de ilgilendirdiğinden hibrid karakterde bir hak olduğu söylenebilir. Hatta doktrinde, kişilik hakkının insan haklarının özel bir türü olduğu da ileri sürülmektedir.⁷⁵ Dolayısıyla kişilik hakkının sadece özel hukuktaki düzenlenişini incelemek son derece eksik ve hakkın önemini açıklamakta yetersiz kalır. Devletler hukukunda insan hakkı, anayasa hukukunda temel hak ve hürriyetler olarak ifade edilen kavramın, medeni hukukta kişilik hakkı olarak belirdiği⁷⁶ ifade edilmekle birlikte, bu hakların birbiriyle tamamen örtüştüğü söylenemez.

⁷⁵ Gert Brüggemeier: "Protection of personality rights in the law of delict/tort in Europe: mapping out paradigms", **Personality Rights in European Tort Law**, Gert Brüggemeier, Aurelia Colombi Ciacchi, Patrick O'Callaghan (Ed.), Cambridge University Press, 2010, s.5.

⁷⁶ Serap Helvacı: "**Kişilik İşlemi Hakkı: Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar**", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1993, s.64. (Kıs.:Kişilik İşlemi Hakkı); Arpacı, s.104.

1. Kişilik Hakkı ve Temel Haklar

Medeni Kanun'da yer alan kişilik hakkına ilişkin düzenlemelerin dayanağını Anayasa'da düzenlenen temel haklar oluşturur.⁷⁷ Kişilik kavramı, Anayasanın 12. maddesi ve Medeni Kanununun 23. maddesindeki düzenlemelerin ortak içeriğidir. Herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu yönündeki Anayasa m.12 ile kişiliğin vazgeçme ve aşırı sınırlandırmaya karşı korunmasına dair MKm.23 birbirine paralel düzenlemelerdir. Kişi haklarının devlete karşı düzenlenmesi temel hak ve özgürlük kavramıyla ortaya konularak kamu hukukunun konusunu oluştururken, özel kişilere karşı düzenlenmesi kişilik hakkı kavramıyla ortaya konulur ve özel hukukun konusunu oluşturur. Anayasada temel hak, Medeni Kanunda kişilik hakkı olarak adlandırılmasına karşın, her iki hak demeti de aynı kökten gelir ve ayrı alanlarda uygulanması özünde farklılık yaratmaz.⁷⁸ Bu nedenle aynı konuya ilişkin kamu hukuku hakkı ile özel hukuk hakkının birbiri ile uyuşması gerekir.⁷⁹

Devletin pozitif yükümlülüğü gereğince, temel haklar, sadece devlete karşı değil diğer gerçek kişilere ve kuruluşlara karşı da korunacaktır ve geleneksel olarak devlete yönetilen anayasal hakların diğer özel aktörlere karşı da yöneltmesinin sağlanması mahkemeler ve diğer devlet kurumlarının görevidir. Bu gelişmelerin neticesinde, kişilik hakkının kapsamının belirlenmesinin, sadece özel hukukun değil, belki de öncelikle anayasa hukukunun görevi olduğu ileri sürülmektedir. Medya ve kişiler arasındaki uyuşmazlıklar, Anayasa mahkemesine ve AİHS'e başvuru imkanı ile mahkemeler önüne getirilmektedir.⁸⁰

⁷⁷ Tandoğan, Şahsiyetin Korunması, s.15.

⁷⁸ Tennur Koyuncuoğlu: "Tarihsel Yaklaşımla Hak ve Özgürlük İlişkisinin Saptanması", **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.12, S.15, Yıl 1978, s..28; Temel hak ve özel hak olarak düzenlenen her iki hakkın da özü kişilik haklarıdır. Ae, s.47, dn.102'de anılan Egger.

⁷⁹ Kişinin başka kişilerle ilişkilerini temsil eden ve özel hukuk tarafından bahşedilen kişilik hakkı, anayasalar tarafından öngörülen ve kişin devlete karşı haiz olduğu bireysel haklardan ayrılrsa da bunlar arasında bir uygunluk ve paralellik mevcuttur. Mesela anayasayı garanti ettiği basın hürriyetine medeni hukuk alanında fikir ve kanaatleri serbestçe ifade etme hakkı karşılık gelir. Simonius, s.189.

⁸⁰ Franz Werro: "The Right to Inform v. The Right to be Forgotten: A Transatlantic Clash", George Town Public Law Research Paper, No.2, 2009, s.289, (Çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=1401357>, 05.03.2012.

2. Kişilik Hakkı ve İnsan Hakları⁸¹

a. Kişilik Hakkı ile İnsan Hakları İlişkisi

İnsan haklarının anlamı konusunda gerek Türk doktrininde gerekse yabancı doktrinlerde çeşitli tanımlar bulunmakla birlikte, tüm tanımların ortak olarak ifade ettiği husus, insan haklarının insanların sırf insan olmaları nedeniyle ve onurlu bir yaşam sürdürmeleri için eşit şekilde ve aynı içerikte sahip oldukları haklar olmasıdır.^{82, 83} Bir bütün oluşturan insan hakları, insanca bir yaşamın asgari standartlarını belirler.⁸⁴ Günümüzdeki içeriğe kavuşması uzun bir tarihsel birikime dayansa da, özellikle II. Dünya Savaşı sonrasında konunun sadece bir iç hukuk sorunu olarak ele alınması düşüncesi bırakılarak, insan hakları uluslararası düzeyde etkili bir biçimde korunmaya başlamıştır.⁸⁵

İnsan hakları hiçbir ayırım gözetilmeksizin tüm insanların eşit şekilde sahip olduğu haklar olduğundan evrenselidir. İnsan haklarının temel işlevinin öncelikle devlet karşısında kişinin bu haklarının korunması ve kişiliğinin geliştirilmesi olduğu ifade edilmektedir.⁸⁶ Bu hakların ayırt edici özelliği, hukuk sistemleri tarafından

⁸¹ İnsan hakları deyimini kapsamına giren konuların genişliği bu çalışmanın kapsamını aşmakta olup, başlı başına bir çalışma konusudur. Dolayısıyla çalışma metninde insan hakları deyimini, bütün insanlara tanınması özlenen ideal haklar listesini ifade etmek üzere soyut anlamda değil, sadece uluslararası hukuk veya iç hukuk düzenlerince hukuki güvenceye kavuşturulan haklara işaret etmek amacıyla, başka bir deyişle somut insan hakları anlamında kullanılacaktır.

⁸² Oktay Uygun: **Kamu Hukuku İncelemeleri**, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2011, s.3.

⁸³ İnsan hakları ve kişilik hakkına ilişki tanımlar, bazen haklar arasındaki farkın ilk bakışta gözden kaçmasına neden olabilmektedir. Örneğin, “Toplumsal sözleşme ile iradelerini birleştirerek siyasi bir yapıyı, devleti kuran insanların devlete devrettikleri hakları dışında, devretmeyip kendi hakimiyet alanlarında korudukları devletin dokunamadığı, müdahale edemediği ve kişinin vazgeçemediği haklar kişilik haklarını oluşturur” Zeki Hafızoğulları: “İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması”, (TRT kurumunda meslek içi eğitim toplantılarında yapılan konuşma), **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 46, Sayı 1–4, Yıl 1997 s.s.2. Kişilik hakkıyla ilgili bu tanım doğrudur. Karmaşaya neden olan bu tanımın insan hakları için de geçerli olabilmesidir.

⁸⁴ İbrahim Kaboğlu: “İnsan Haklarının Gelişimci Özelliği ve Anayasa Yargısı”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.9, Yıl 1992, s.126; Uygun, s.21.

⁸⁵ Kaboğlu, s.123; Şeref Gözübüyük, A. Feyyaz Gölcüklü: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s.4; Eskiden yaygın olarak insan haklarının kaynağının ahlakilik düşüncesi olduğu benimsenirken günümüzde hukukun güvence altına aldığı haklar için kullanılmaktadır. Ulusal ve uluslararası hukuk tarafından düzenlenen insan haklarının kaynağı olarak hukukçuların uluslararası sözleşmeleri dikkate alma eğiliminde oldukları belirtilmektedir. Uygun, s.5.; Uluslararası toplum tarafından tanınmış belgeler uygulamacıların esas kaynağı olsa da, insan haklarının bu haklarla sınırlı olduğu algısıyla hareket edilmemelidir. Yeni bir durumun hukukça korunması konusundaki gerçek bir ihtiyaç geçerli bir hak talebini yaratabilmelidir.

⁸⁶ Gözübüyük, Gölcüklü, s.4.

kabul edilen diğerk haklardan farklı olarak yaygın olarak kabul edilmesi ve uluslararası kamu düzeninin bir parçası olarak tanınmış olmasıdır.⁸⁷

Kişilik haklarına benzer şekilde, insan haklarının evrimci ve dinamik özelliğes sahip oluşu, zamanla ortaya çıkan yeni koşulların insan onuruna yönelttiğis farklı tehditlerin yarattığı korunma ihtiyaçlarına uygun olarak, yeni hakların hukukça tanınmalarına imkan sağlar. İnsan hakları kuşaklara ayrılarak, özelliklerine göre devletin olumlu ya da olumsuz bir davranışını gerektirir şekilde tanımlansa da, günümüzde bütün insan hakları devletin hem sınırlanmasını, yani negatif yükümlülüğünü hem de olumlu faaliyetini yani pozitif yükümlülüğünü gerektirir.⁸⁸

Kişilik hakkı ile insan hakları ilişkisinde, her ikisinin de özünde birebir kişinin korunması amacı bulunduğu ve korunan değerlerin kişinin en temel değerleri olduğu görülür. Ancak, temelde, her iki hakkın sağladığı korumanın farklı muhataplara yönelik olması ve hakların dinamik özelliğis nedeniyle zaman içinde yapılan yorumların haklarla ilgili farklı içerikler oluşturması karşısında, aralarındaki mevcut ortak noktalara karşın tamamen aynı oldukları söylenemez. Bununla birlikte, ayniyetten bahsedilemese bile paralellikten bahsedilebilir. Örneğın, AİHS çerçevesinde insan hakkı olarak korunan mülkiyet hakkının kişilik hakkı olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Ancak kişinin konutunda dış etkiye maruz kalmadan yaşamaya ilişkin hakkı kişilik hakkıdır.

b. Kişilik Hakkı ile İnsan Haklarının Ortak ve Farklı Yönleri

Kişilik hakkı ile insan hakları kapsamındaki paralel değerler yanında, örtüşen değerler de mevcuttur. Örneğın, kişilik hakkının görünümü olarak kabul edilen özel yaşam hakkı gibi bazı kişisel değerler aynı zamanda insan hakları kapsamındadır. Bu

⁸⁷ Tanım için bkz. Kemal Şahin: **İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2009, s.30 ve s.30, dn.61’de anılan Kamenka.

⁸⁸ Uygun, s.33; Bir hakkın devlete yüklediğis görevin negatif ya da pozitif niteliğinin görece daha büyük olması dönemin özgün koşullarına bağlıdır. Ae, s.33’de anılan Jack Donnelly.

örtüşme nedeniyle, insan hakları kapsamındaki kişisel değerler uluslararası korumaya konu olabilmektedir. Başka bir deyişle, uluslararası alanda korunan kişilik hakkının bu alanda korunmasının temel dayanağını insan hakları kavramı oluşturmaktadır.⁸⁹ İnsan hakları ile kişilik hakkı arasındaki fark ve benzerlikler, sınırlı olmayacak şekilde, aşağıdaki gibi belirlenebilir.

(1) Kazanımları Bakımından

İnsan hakları da kişilik hakkı daboğumla birlikte kazanılır ve doğrudan doğruya kişinin şahsına bağlıdır. Bu haklar başkasına devredilemezler, tasarruf işlemine konu olamazlar, onlardan feragat mümkün değildir.

(2) Korunmaları Bakımından

İnsan haklarına dayanan taleplerin diğer taleplere nazaran önceliği vardır.⁹⁰ Bundan dolayı toplumun genel çıkarlarının korunması, çoğunluğun yararının gözetilmesi ya da genel refahın sağlanması gibi ilkelerden üstündür. İnsan haklarının topluma ve devlete karşı ahlaki öncelik ve üstünlüğü vardır.⁹¹ Bu durumda ihlal edilen kişilik hakkı aynı zamanda insan hakkı niteliğinde ise, başka haklarla çatışma halinde pratik uyum ilkesinin uygulanmasında daha dikkatli olmak gerekir. Kişilik hakkına dayanan taleplerin de önceliği vardır. Bununla birlikte, ifade özgürlüğü hakkı ile çatışması halinde olduğu gibi menfaatlerin dengelenmesi neticesinde korunmaması söz konusu olabilir.

(3) Amaçları Bakımından

İnsan hakları hukuku, esas olarak birey ile devlet arasındaki ilişkileri düzenleyerek, bireyin insan haklarının devlet karşısında korunmasını amaçlamakta olup, temelde devletin gücünü sınırlandırmaya yöneliktir. Ancak, günümüzde insan haklarının korunmasında, devletin dikey sorumluluğu olarak adlandırılan bu

⁸⁹ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.31.

⁹⁰ Uygun, s.5.

⁹¹ Uygun, s.5.

sorumluluk yanında, pozitif yükümlülükler doktrininin sonucu olarak yatay sorumluluğunun bulunduğu da kabul edilmekte ve yatay sorumluluk gereğince, devletin, insan haklarının özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde de uygulanmasını sağlamak zorunda olduğu öngörülmektedir.⁹² Devletin yatay sorumluluğu gereğince, özel hukuk kişileri arasındaki ilişkilerde insan haklarının ihlali halinde, hakkı ihlal eden özel hukuk kişisi olmakla birlikte, insan hakları hukuku çerçevesinde sorumlu olan devlettir.⁹³

Kişilik hakkı kişiyi devlet ve devletin kuruluşları dışındaki özel kişilere hatta insanın kişiliğinin bizzat kendisine karşı koruma amacına sahiptir.⁹⁴ Başka bir deyişle, kişilik hakkı eşit durumdakilerin hakka saldırı niteliği taşıyan hareketlerini engeller⁹⁵ ve kişiye, maddi veya manevi bütünlüğüne ve kişisel menfaat ve ilişkilerine haksız saldırılardan kaçınılmasını diğer herhangi bir kişiden talep etme yetkisi verir.⁹⁶ Kişilik hakkının ihlali sorumluluk, hakkı ihlal eden özel hukuk kişisindedir. Kişilik hakkının bir insan hakkı ile örtüşmesi halinde, hem hakkı ihlal edenin hem devletin farklı hükümler uyarınca sorumlulukları gündeme gelebilecektir.

(4) Etkileri Bakımından

İnsan hakları genel ve evrensel niteliklidir. Kişilik hakkı ise her devletin kendi iç hukukunda düzenlenir. Kişilik hakkına sağlanan korumadan yararlanmak için de bulunulan ülkenin vatandaşı olmak şart değildir. Ancak o ülkenin hukukunun uygulandığı bir yargılamada, koruma talep edilen kişisel değer o ülke hukukunda

⁹² Devletin hakkın gerçekleşmesi için olumlu edimde bulunma yükümü olarak tanımlanabilecek pozitif yükümlülükleri ve devletin yatay sorumluluğu sınırsız değildir. Devletlerin ancak bildikleri veya bilmeleri gereken gerçek ve yakın bir tehlikeden kaçınmak için makul olarak istenebilecek önlemleri alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Gülay Arslan Öncü: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2011, s.44-45.

⁹³ Arslan Öncü, s.55-56.

⁹⁴ Zahit İmre: "Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim Hakkı Ve İsim Hakkının Korunması", **Dr.A. Recai Seçkin'e Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 351, Ankara, 1974, s.802.. (Kıs.: İsim Hakkı ve Korunması)

⁹⁵ Arpacı, s.105; Simonius, s.189.

⁹⁶ Simonius, s.188.

kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmiyorsa davacının talep hakkı olmaz. Söz konusu kişisel değer korunmadığı ülkenin AİHS'e taraf ülkelerden biri olması durumunda, ilgili kişisel değer AİHM içtihatları çerçevesinde insan hakkı olarak korunuyorsa, kişinin AİHS'e dayanarak talep hakkı doğacağı kuşkusuzdur.

(5) İçeriklerinin Belirlenmesi Bakımından

İnsan haklarının⁹⁷ hangi haklardan oluştuğu, AİHS, İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi⁹⁸ ve İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Şartı⁹⁹ gibi pozitif hukuk belgelerinde belirtilmiştir. Kabul edilmiş metinlerde yer alan haklardan birinin ihlal edilmesi halinde korunma talebinde bulunulabilir. İnsan hakları dinamik bir özelliğe sahip olduğundan, belirlenen hakların içeriğinin kapsamının mahkeme tarafından geliştirilmesi mümkündür. Ancak, hayatta gelişen yeni durumlar, belirlenmiş hakların kapsamında değerlendirilebildikleri ölçüde insan hakkı olarak kabul edilirler.

Kişilik hakkı da insan hakları gibi dinamik özelliğe sahiptir. Ancak, kişilik hakkı ile ilgili, hakların tüketici biçimde sayılarak sınırlandırıldığı, pozitif hukuk değeri olan bir metin mevcut değildir. Dolayısıyla, insan haklarından farklı olarak, yeni kişisel değerlerin türetilmesi ve korunması, tahdidi olarak belirlenmiş hak kategorileri ile sınırlı olmadan, milli mahkemeler tarafından gerçekleştirilecek bir uygulamayla mümkündür. Bu anlamda kişilik hakkı, belirlenmiş insan haklarına nazaran çok daha geniş ve genişlemeye müsait bir içeriğe sahiptir.

İnsan hakları soyut anlamıyla ele alınarak kişilik hakkıyla mukayese edildiğinde ise, her iki hak da dinamik doğalarının sonucu olarak, sınırlarına yönelen yeni tehditlere karşı korunması gereken değer kategorileri üretebilme yetenekleri bakımından benzerdir.

⁹⁷ Yukarıda belirtildiği gibi, somut insan hakları kastedilmektedir.

⁹⁸ 22 Kasım 1969 tarihinde kabul edilmiş İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi 18 Temmuz 1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁹⁹ 27 Haziran 1981 tarihinde kabul edilmiş girmiş İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Şartı 21 Ekim 1986 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

c. Değerlendirme

Her iki hak da kişiyi korumayı amaçlamakla birlikte, yukarıda belirtildiği gibi haklara yönelecek saldırıların kaynağı farklı olabilmektedir. Farklı kaynaklardan yönelecek saldırılara karşı talep edilecek hukuki himayenin türü, başvurulacak yargı kolları, uluslararası hukukun sağladığı korumaya başvurulabilme imkanları bakımından da farklılıklar oluşacaktır. Devletten gelecek tehlikelere karşı korunan kişisel değerler ile diğer özel hukuk kişilerinden gelecek tehlikelere karşı korunan kişisel değerler her zaman örtüşmez. Ancak bu iki hakkı ayırıcı unsurların, bazı değerler bakımından varlığını sürdürürken, bazılara bakımından zaman içinde belirginliklerini kaybetmekte olduğu da bir gerçektir. Örneğin AIHS Ek Protokol m.1 ile koruma altına alınmış mülkiyet hakkı insan hakkı olarak tanımlanırken, hak kişilik hakkının kapsamı dışında kalmaktadır. Kişilik hakkı kapsamındaki resim hakkı ise eskiden insan hakkı olarak değerlendirilmezken,¹⁰⁰ günümüzde, kişinin fotoğrafı onun hakkında bilgi sağladığından, kişinin görüntüsü üzerindeki hakkı da özel yaşama saygı hakkı kapsamında görülerek insan hakları kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁰¹ Böylece, bağımsız şekilde insan hakkı olarak belirlenmemiş bazı haklar, AIHM'nin genişletici yorumuyla, insan hakkı olarak belirlenmiş bir hakkın unsuru olarak insan hakları çerçevesinde koruma görebilmektedir.

Hem insan hakları hem kişilik hakkı düzenleniş ve yorumlanışları ile gittikçe sınırlarını kaybetmekte olup hemen hemen her konu ile bağlantılı hale gelme eğilimindedir. Bu eğilimin sonucu olarak, resim üzerindeki hakka ilişkin örnekteki gibi, eskiden insan hakları veya kişilik hakkı kapsamında yer almayan bazı değerler, çeşitli görünümlemlerle insan hakkı veya kişilik hakkı olarak değerlendirilebilir hale gelmektedir. Neticede tüm hukuki düzenlemelerin nihai amacı insandır. Bahsedilen eğilimin güçlenmesi, çalışmanın başında yer verdiğimiz, Velidedeoğlu'nun kişilik hakkının kapsamının aşırı genişletilmesi halinde, kişiliğe dahil olmayan değer, kişilik

¹⁰⁰ Helvacı, Gerçek Kişiler, s.74 dn.239.

¹⁰¹ Bu yöndeki AIHM kararlarına örnek olarak, Von Hannover v. Germany, (App. No. 59320/00), Judgment of the ECHR of 24 June 2004 para.50; Schüssel v. Austria (App. 42409/98) Admissibility Decision of the ECHR of 21 February 2002; Sciacca v. Italy, (App. No. 50774/99), Judgment of the ECHR of 11 January 2005, para.29; Reklós and Davourlis v. Greece, (App. No. 1234/05), Judgment of the ECHR of 15 January 2009, para.40, sayılabilir. Arslan Öncü, s.189, dn.405

hakkının temas etmediği hak kalmayacağı ve bütün özel hukukun “kişiliğin korunması” başlığı altında düzenlenmesi tehlikesi bulunduğu yönündeki uyarısına, kişilik hakkı yanında insan hakları bakımından da gerçeklik kazandıracaktır. Hakların aşırı genişletilmesi sonucunda, hakkın esas koruma konusu bulanıklaşacak ve hem kişilik hakkı hem de insan hakları bakımında öngörülmüş öncelikli ve kimi zaman acil koruma ihtiyacına cevap verilemez hale gelinecektir.

3. İnsan Hakları ve Temel Haklar İlişkisinin Kişilik Hakkına Etkisi

Anayasal düzenlemelerde yer alan temel haklar¹⁰² ile kişilik hakkı arasındaki ilişki, ilk bakışta iç hukuk çerçevesinde değerlendirilecek bir mesele olarak görülebilmekte, insan hakları ile kişilik hakkı arasındaki ilişki ise, bir ölçüde kişilik hakkının uluslararası boyutu olarak algılanabilmektedir. Aslında birbirinden beslenmekte olan haklar arasında çok sıkı bir ilişki bulunmaktadır.

İnsan hakları konusunda uluslararası bağlayıcı bir sözleşme olan AİHS’e taraf devletlerin, sözleşmesel yükümlülükleri gereği AİHS ile sağlanan asgari korumayı sağlama zorunluluğu, uluslararası belge ile temel haklar arasında güçlü bir bağ kurmaktadır. Türk hukukunda AİHS’in ulusal hukuk üzerindeki üstünlüğü Anayasanın açık hükmü (m.90/son)¹⁰³ ile kabul edilmiştir. Buna göre AİHS koruma sağladığı haklar çerçevesinde, anayasada düzenlenen temel hakların asgari standardını oluşturmaktadır. Anayasadaki temel haklar, AİHS ile güvence altına alınmış haklardan daha geniş ölçüde koruma sağladıkları takdirde bağımsız bir anlam

¹⁰²Kamu hürriyetleri olarak da ifade edilen temel hak ve özgürlükler ise insan haklarının başka bir deyişle ideal haklar listesinin devlet tarafından tanınmış ve pozitif hukuka girmiş olan bölümlerini oluşturur. Mehmet Sağlam: “Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.19, Yıl 2002, s. 233; Hasan Tahsin Fendoğlu: **Hukuk Tarihimizde Temel Haklar**, Konya, Mimoza Yayınları, 1994, s.5 (Kıs: Temel Haklar); Kamu hürriyetleri yerine bugün yaygın olarak temel haklar kavramı kullanılmaktadır. Hakkın özelliğini belirten “temel” sıfatı, bir hak ve özgürlüğün bir başkasına bağlı olmamasını, yalnız başına varlığını anlatmak için kullanılır. İnsan, insan olduğu için temel hakların sahibidir. Ae, s.5.

¹⁰³ M.90/son “...usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

ifade edebileceklerdir. Dolayısıyla, insan hakları ile kişilik haklarının örtüştüğü oranda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin konuyla bağlantılı hükümleri ve uygulanması, kişilik hakkının anayasal temelini oluşturan hükümlerin asgari standartlarını oluşturmaktadır.

Diğer yandan, iç hukukta mahkeme kararları ile kişilik hakkına ilişkin genel hüküm kapsamında değerlendirilmeyen ve özel bir hükümle de koruma sağlanmayan değerler, AİHS hükümleri ve AİHM kararları ile korunmuşsa, artık bu değerlerin de AİHS'in öncelikli uygulaması nedeniyle iç hukukta kabul edilerek korunması gerekmektedir. Bu konuda iç hukuktaki boşluklar uluslararası sözleşmenin hükümleri ve AİHM kararları ile doldurulacaktır.¹⁰⁴ İç hukuk ile çatışma olduğu hallerde halinde uluslararası sözleşmenin hükümleri üstün tutulacaktır.¹⁰⁵

C. Kişilik Hakkının Türk Hukukunda Korunması

Türk hukukunda kişilik hakkı en geniş içerikle tanınmış ve bu hakka yapılacak saldırılara karşı kişi gerek özel hukuk gerek kamu hukuku bakımından kişilik hakkını koruyucu hükümlerle çeşitli yönlerden korunmuştur.¹⁰⁶ Kişilik hakkının korunmasına ilişkin anayasal hükümler, bu konudaki tüm düzenlemelere temel teşkil ederken, kişiyi koruyan hükümlerin, ceza hukukunda da ayrıntılı düzenlemelere kavuşturulduğu görülmektedir. Kişilik hakkı farklı hukuk dallarında düzenlenmiş olsa da esas olarak incelendiği hukuk dalı medeni hukuktur.¹⁰⁷ Diğer yandan kişisel değerlerle örtüşen haklar bakımından AİHM içtihatları ile geliştirilen AİHS'in 8. maddesi, iç hukukta kişilik hakkına sağlanan korumanın asgari

¹⁰⁴Mustafa Çolaker: **Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s.74 vd.

¹⁰⁵Uluslar arası sözleşmenin üstün tutulması, sözleşme hükümlerinin iç hukuk hükümlerinden daha kapsayıcı olduğu haller için geçerlidir. İç hukuk hükümlerinin daha kapsayıcı olduğu hallerde ortada bir çatışma olmadığı, asgari standartların üstündeki iç hukuk hükümlerinin esas alınması gerektiği belirtilmektedir. Çolaker, s.79.

¹⁰⁶ Özsunay, s.149.

¹⁰⁷ Medeni hukuk, kişisel değerleri daha saldırı başlamadan önce dahi korumak imkanı sağlamakla, kişiyi ceza hukukuna nazaran daha geniş ölçüde korumaktadır. Velidedeoğlu, s.121.

standardını belirlemektedir. Aşağıda önce kişilik hakkının AİHS çerçevesinde korunması ile kişilik hakkının kamu hukukunda korunmasının temelini oluşturan özellikle anayasal düzenlemelere değinilecek, sonra özel hukukta düzenlenişi ve korunması konusu incelenecektir.

1. Kişilik Hakkının AİHS Çerçevesinde Korunması

1950 yılında Roma’da imzalanarak 3 Eylül 1953’te yürürlüğe giren “İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme”^{108, 109} başlangıçta asgari hak ve özgürlükleri içerirken, ilerleyen zaman içinde kabul edilen ondört ek protokolle kapsamına yeni haklar dahil etmiş ve insan hakları konusunda güncel gereklilikleri karşılamıştır. AİHS ile birey ilk defa uluslararası hukukta hak sahibi olmuş ve Sözleşmede tanımlanmış haklarının ihlal edilmesi halinde belirli kurallar çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine¹¹⁰ başvurabilme imkanına kavuşmuştur.¹¹¹ Sözleşmenin bu şekilde denetim mekanizmasına sahip oluşu etkinliğini önemli ölçüde artırmıştır. Günümüzde AİHM’in en azından insan haklarıyla ilgili Avrupa Anayasa Mahkemesi haline geldiği ifade edilmektedir.¹¹²

¹⁰⁸ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Türkiye’nin taraf olduğu sözleşme 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı yasa (RG 19.03.1954-8662) gereğince 18.05.1954 tarihinden itibaren yürürlüktedir. Bundan böyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) olarak anılacaktır.

¹⁰⁹ İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme (AİHS), büyük ölçüde dünyanın demokratik düzenini korumak amacıyla güden BM Örgütü’nün, 10 Aralık 1948 tarihinde kabul ve ilan ettiği, insan haklarının evrensel boyutlarını saptayıp belirleyen **İnsan Hakları Evrensel Beyanname**si temel alınarak oluşturulmuştur. BM Örgütü’nün teşviki ile 1949 yılında kurulan, Avrupa çapında insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğünün gerçekleştirilmesini amaçlayan, hükümetlerarası bir kuruluş niteliğindeki Avrupa Konseyinin çalışmaları sonucu kabul edilen AİHS, bugün hala en etkili koruma mekanizmasını işleten bölgesel düzenleme niteliğindedir. AİHS kendisinden sonra üretilen bölgesel düzenlemeler için de yol gösterici olmuştur.

¹¹⁰ AİHS’nin koruma ve denetim mekanizması olarak başvuru üzerine harekete geçen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir süre tanımlanmış görevleri çerçevesinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile birlikte yargılama faaliyetini sürdürmüştür. 1998 yılında yürürlüğe giren 11. Ek Protokol hükümleri ile komisyon ile Mahkeme birleştirilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin görevi, herhangi bir ulusal işleme AİHS hükümlerinin ihlal edilmiş olduğu iddiasıyla yapılan başvuruları, Sözleşmeye aykırılık yönünden inceleyip karar vermektir.

¹¹¹ Gözübüyük / Gölcüklü, s.11 vd.

¹¹² Werro, s.289.

a. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi

AİHS ile korunan haklar arasında kişilik hakkını oluşturan yaşam hakkı, vücut bütünlüğünün korunması gibi kişisel değerler de bulunmakla birlikte, özel hayatın ve aile hayatının korunması başlıklı 8. maddesi konumuzla doğrudan bağlantılıdır. Sözleşmenin 8. maddesinin birinci fıkrasına göre, herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Hükmün koruduğu değerlerin sınırlandırılma koşullarının belirlendiği ikinci fıkra uyarınca, bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir. Buna göre, AİHS'e taraf devletler, 8. madde kapsamındaki kişilik hakları olarak değerlendirilebilecek hakların sınırlandırılmasında 8. maddenin ikinci fıkrası ile öngörülmüş sınırlandırma sebepleri ile bağlıdırlar.

AİHS m.8 normunun güvence altına aldığı özel yaşama, aile yaşamına, konuta ve haberleşmeye saygı haklarına ilişkin hiçbir tanım yapılmamıştır. Doktrinde, bu maddede düzenlenen hakların birlikte okunması gerektiği ve AİHS m.8 çerçevesinde gerçekleşecek şikayetin bu maddede düzenlenen hangi hakkın ihlaline ilişkin olduğunun pek önemli olmadığı, ayrıca aile yaşamına, konuta ve haberleşme hakkına saygı haklarının, özel yaşamın korunması hakkının görünümünü oluşturduğu ifade edilmiştir.¹¹³Gerçekten, 8. maddenin ihlal edildiği gerekçesiyle yapılan başvurularda, olay örüntüsü incelendiğinde, bu hakların hem birbirinin görünümünü oluşturabildiği hem de kendi alt kategorilerinin üretilebildikleri görülmektedir. Nitekim m.8'in Sözleşmenin en geniş yorumlanan maddelerinden biri olduğu ifade edilmektedir.¹¹⁴Bunun yanında, özel yaşama saygı

¹¹³Arslan Öncü, s.5, dn.18'de anılan Clare Ovey, Robin White, European Convention on Human Rights, Third Edition, Oxford University Press, 2002, s.218 ve dn. 19'da anılan H. Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması, Legal Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2005, s.116-119.

¹¹⁴ Arslan Öncü, s.5, dn.23'te anılan David Feldman, "The Developing Scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights", E.H.R.L.R., Vol.3, 1997, s.265.

hakkının, maddede yer alan diğer haklardan bağımsız bir anlamı olduğu da savunulmaktadır.¹¹⁵

Bu başlık altında ele alınması gereken en önemli konu, AİHM tarafından AİHS m.8 kapsamında kabul edilen değerlerle,iç hukukta düzenlenmiş kişilik hakkı kapsamındaki değerlerin örtüşmesinin sonuçlarıdır. Bu durumda, AİHS'in iç hukuk düzenlemelerine üstün konumu nazara alınarak, örtüşen değerler bakımından, AİHS'nin 8. maddesinin iç hukukun kişilik haklarını koruyucu düzenlemelerinasgari standardını oluşturduğu kabul edilmelidir. Buna göre, iç hukukun kişilik haklarına ilişkin herhangi bir düzenlemesi AİHS m.8'in öngördüğünden daha dar kapsamlı olmayacak ve uluslararası sözleşmenin bu maddesiyle çelişemeyecektir. Çelişki halinde Sözleşmenin öngördüğü sınırlar kapsamında hak ele alınacaktır. Aynı şekilde, kişilik haklarının sınırlandırılmasında, AİHS m.8/2'de öngörülen sınırlama sebepleri dışındaki hiçbir gerekçe hakkın sınırlandırılmasında meşru kabul edilemeyecek, bu maddede öngörülen sebepler dışında bir sebeple hak sınırlandırılmayacaktır.

b. AİHS'in Bazı Kişisel Değerler Bakımından Milli Hukukları Uyumlaştırıcı Etkisi

Kişilik hakkına ilişkin iç hukuk düzenlemeleri ülkelere göre önemli farklılıklar gösterebilmektedir. Daha önce de değindiğimiz gibi bu farklılıkların en önemli nedenlerinden biri, çatışan haklar olarak ortaya çıkan kişilik hakkı ile ifade özgürlüğü hakkının ülkelerin kendi anlayışlarına göre dengelemesi ve tercihe göre hukuki düzenlemelerin bu haklardan biri lehine olabilmesidir. Bir başka önemli neden ise kişilik hakkının kapsamında değerlendirilecek kişisel değerlerin, çeşitli

¹¹⁵Arslan Öncü, s.5, dn.20'de anılan Louise Doswald-Beck, "The Meaning of the 'Right to Respect for Private Life' under the European Convention on Human Rights", Human Rights Law Journal, Vol.4, No.3, s.284; AİHM'in oldukça genişletici bir yorumla uyguladığı 8. maddenin kapsamı, konumuz bakımından kişilik hakkı ile örtüştüğü oranda önemlidir ve gereksiz tekrardan kaçınmak için bu ölçüde 8. maddenin örtüştüğü kişisel değerler incelenirken ele alınacaktır. Hakkın sınırlandırılmasının ölçütlerine yer verilen 8. maddenin ikinci fıkrası konumuz çerçevesinde, hakkın öznesinin hak ve çıkarlarının AİHS m.10 ile düzenlenen ifade özgürlüğü hakkının öznesinin hak ve çıkarları ile çatışması durumuyla sınırlı olarak ilgili bölümde ele alınacaktır.

kültür çevrelerinin kendi iç dinamiklerine göre belirlenebilmesidir. İnsan haklarının asgari standartlarını belirleyen evrensel nitelikli AİHS kapsamında korunan haklarla örtüşen kişisel değerler yönünden, AİHS'e taraf ülkelerin iç hukuklarında en azından asgari bir uyumun sağlandığı varsayılabilir.¹¹⁶

¹¹⁶ İnsan haklarının zamandan, mekandan, dolayısıyla da, kültürlerden, ideolojilerden, sosyal ve ekonomik şartlardan bağımsız olduğu fikri üzerine kurulmuş insan haklarının evrenselliğine ilişkin görüş uyarınca tüm koşullardan bağımsız olarak, insanlar bu haklara sahip olmak bakımından eşittir (**Esra Demir**: “**İnsan Hakları Bağlamında Evrensellik ve Kültürel Rölativizm Çatışması**”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s.21. Ancak, insan onurunun korunması ve insanca bir yaşam düzeninin sağlanmasının unsurları, çeşitli kültür çevrelerinin kendi iç dinamikleri çerçevesinde farklılık gösterebilmektedir. Bu noktadan hareketle, insan haklarını sosyal, politik, kültürel ve ekonomik koşullarıyla biçimlendiren batı dünyasından farklı yapıya sahip devletler, özellikle İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin belirlediği değerlerin bir kısmına yönelik itirazlarla, Batı düşünce sisteminin bir ürünü olan insan haklarının evrensel bir kapsayıcılığa sahip olmadığını savunmaktadırlar. Buna gerekçe olarak, insan hakları konusunda standart niteliğinde olduğu ileri sürülen hakların oluşum sürecine katılmadıklarını ve bu hakların ve kapsamalarının belirlenmesinde, kendi sosyal ve kültürel değerlerine uymayan Batı toplumlarının kültürel değerlerinin esas alındığını ileri sürmektedirler (Turgut Tarhanlı: “İnsan Haklarını Uluslararası Koruma Mekanizmalarında Yapısal Değişim Eğilimleri”, **Mahmut R. Belik'e Armağan**, İÜHF Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul, 1993. s.379 vd. Bu düşüncenin karşısında evrenselliği savunan görüş, insan haklarının batı dünyasında gelişmesini modern ulus devletinin ilk kez batıda ortaya çıkmış olması ile izah etmektedir. Günümüzde modern devletin artık sadece batıya özgü bir kurum olmadığı, geleneksel toplum yapılarının da değişmiş olduğu ve bunların modern devletin insan onurunu tehdit eden unsurlarını bünyelerinde barındırdığı ileri sürülürken, kapitalizm ve sanayileşmeyle biçimlenen toplum yapılarında insan onurunun korunmasının tek geçerli yolunun insan haklarının geçerliliği olduğu ifade edilmektedir (Uygun, s.24-25).

1948 yılından beri hararetli şekilde devam eden ve daha devam edeceği öngörülen tartışmalara karşın, 1993 yılında düzenlenen Dünya İnsan Hakları Konferansı'nda, Viyana Bildirisi ile insan haklarının evrensel niteliği teyit edilmiştir. Dünyanın bütün büyük kültür, din ve sosyo-politik sistemlerini temsil eden 171 devletin mutabakatıyla kabul edilen bildirinin I.1 maddesi ile insan haklarının evrenselliğinin mutlak olduğu vurgulanarak “*bu hak ve özgürlüklerin evrensel niteliğinin tartışma dışı*” olduğu ilan edilmiştir. Bildirinin I.5. maddesi ile hakların evrensel olduğunu tekrar edildikten sonra “*Kültürel ve ulusal özgürlükler ile çeşitli tarihsel, kültürel ve dini ardalanların akıldan tutulması gerekmele birlikte; siyasi, ekonomik ve kültürel sistemlerinden bağımsız olarak, bütün insan haklarını ve temel özgürlükleri teşvik ve muhafaza etmek devletlerin görevidir*” ifadesi ile, muğlak şekilde de olsa, insan haklarında kültürel rölativizmin tamamen göz ardı edilmediği ortaya konulmuştur (Demir, s.28). Kültürel rölativizmin, standart olmayan yaşam koşulları karşısında insan haklarına farklı bir bakış açısı sağlayarak insan haklarının zenginleşmesine katkı sağlayabileceği kabul edilmektedir. Ancak, kültürün homojen bir yapı olarak algılandığı toplumlarda, kültür içindeki baskın unsurların baskı unsuruna dönüşebilmesi olasıdır. Ayrıca, kültüre muhafazakar bir yaklaşımın mevcut olduğu toplumlardaki anlayışa göre, her türlü gelişimin, değişimin reddedilebilmesinin farklı olana tahammülsüzlük ve ayrımcılığa varabilecek uygulamalar gelişmesine zemin hazırlayabileceği de öngörülmektedir (Demir, s.98 dn.280'de anılan Rhoda E. Howard, Jack Donnelly, Liberalism and Human Rights: A Necessary Connection”, The Human Rights Reader: Major Political Essays, Speeches, and Documents From the Bible to the Present, Ed.: Micheline R. Ishay, New York and London, Routledge, 1997, s. 268-277).

Kanaatimizce, bazı insan haklarının yorumlanmasında, hakkın özünü zedelemeyecek şekilde farklı kültürel hassasiyetler nazara alınabilir. Ancak bu hiçbir koşulda insan yaşamının insanca sürdürülmesi için belirlenmiş asgari standartları tehdit eder boyutta olmamalıdır. Hakkının ihlal edildiği iddiasıyla korunma talebinde bulunan kişi bakımından, şikayet edilen devletin kültürel

AİHS'in, kişilik hakkı ile ilgili maddi hukuklarında yeknesaklık bulunmayan ve tamamı AİHS'e taraf olan Avrupa Birliği ülkelerinin hukuklarına yönelik birleştirici etkisi, en azından Sözleşme kapsamındaki haklar bakımından bölgesel uygulamaya eş etki yaratmıştır. Örneğin, mahremiyet hakkının kabul edilmediği İngiliz hukukunda, AİHS'in İnsan Hakları Yasası ile iç hukuka aktarılmasından sonra, bu konuda henüz bağımsız bir hak geliştirilmiş olmasa da, belirli bir koruma sağlanmıştır. Roma II Tüzüğü kapsamında, kişilik hakkının ihlali halinde uygulanacak hukuk konusunda uzlaşma sağlanmadığında, maddi hukukları uyumlaştırmak bir çözüm önerisi olarak teklif edilmiş ve AİHS uyumlaştırmanın en önemli enstrümanı olarak ileri sürülmüştür. Bu tam bir çözüm sağlamasa da, AİHS'in yorumlanmasının iç hukukların harmonizasyonu için bir yol olduğu, kişilik hakkına ilişkin sorunların en azından bir kısmına çözüm sağlayacağı ve kısmen uyumlaştırılmış Avrupa kişilik hakkına yol açabileceği söylenebilir.¹¹⁷

2. Kişilik Hakkının Kamu Hukukunda Korunması

a. Anayasa

Başlangıçta ahlaki değer olarak algılanan insan onuru, günümüzde ulusal ve uluslararası düzenlemelerle, korunması ve saygı duyulması gereken en üst değer olarak belirlenmiştir. Özellikle uluslararası düzenlemelerin bu kabulüne paralel

farklılık temelinde yaptığı savunmalara, şikayetçinin en azından kültürün o ögesinden bağımsız olmak istediği varsayılarak itibar edilmemelidir. Bu nedenle, şikayetçinin birey olması halinde kültürel rölativizme bağlı olarak hakkın farklı yorumlanması daha dar kapsamda gerçekleşmeli, şikayetçinin başka bir devlet olması halinde, devletlerin egemenliği ilkesi nedeniyle daha geniş yorumlanmalı, farklılıklar daha fazla tolere edilmelidir.

İnsan haklarının evrenselliği, hakların standartlaşması veya hakların belirlenmesinde, yorumlanmasında kültürel farklılıkların göz önünde bulundurulması (rölativizm) konusu, bu çalışmanın kapsamı haricinde düşünülebilirse de, insan hakkı olarak kişilik hakkı ele alındığında uygulanacak hukukun tespitinden sonra, tespit edilen hukukun uygulanabilirliği konusuna standartlaşma-rölativizm tartışmaları ışık tutabilecek niteliktedir. Şöyle ki, insan haklarının evrensel niteliği mutlak olarak kabul edilirse, uygulanacak hukukun bu konudaki hükümlerinin İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin belirlediği asgari standartların altında kalması halinde, uygulanmaları kamu düzenine aykırılık oluşturacağından uygulanmayacaktır. Ancak, insan haklarının evrensel niteliğine rağmen, kültürel farklılıkların kısmi etkisi kabul edilirse, uygulanacak hukukun ilgili hükümlerinin yorumlanmasında daha esnek bir yaklaşım gösterilebilecektir. Hangi yaklaşımın sonuçları kişi ve kişilik haklarına daha iyi hizmet edeceği tartışması ise bizi yine baştaki standartlaşma – rölativizm tartışmasına götürür.

¹¹⁷ Eric Allen Engle: "Harmonisation of Rights of Privacy and Personality in the European Union", **London Law Review**, Vol. 1, No.2, 2005, s.234. (Çevrimiçi)

<http://ssrn.com/abstract=1335084>, 24.11.2012.

olarak insan onurunun içeriğini oluşturduğu kişilik hakkının¹¹⁸ en üst düzeyde korunması devletlerin yükümlülüğü olarak belirlenmiştir.

Anayasanın “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı İkinci Kısımında kişilik hakkı ile ilgili önemli ve evrensel nitelikli kurallar yer almaktadır. Bu kurallar kişiyi hem devletten hem özel kişilerden¹¹⁹ gelecek saldırılardan koruyarak herkesin bireysel yaşam alanını özgür seçimleriyle oluşturmasını sağlar. Bireysel kişiliğin korunması anayasal düzeyde temel hakların kilit noktasını ve başlıca amacını oluşturur.¹²⁰

(1) Kişilik Hakkının Anayasal Temelini Oluşturan Hükümler

Anayasanın Başlangıç bölümünde, her Türk vatandaşının temel hak ve özgürlüklere, onurlu bir hayat sürdürme ve maddi, manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu belirtilmiştir.

Temel hak ve özgürlüklerin özelliğine ilişkin Anayasanın 12. maddesine göre, herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. İlgili maddenin gerekçesinde, temel hak ve özgürlüklerin devletin bir lütfu olmadığı, kişiliğin dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez bir unsurunu oluşturduğu, devletin kişiye ayrılmış bu alana ilke olarak hiçbir

¹¹⁸ İnsanın kişiliğinin içeriğini insan onurunun oluşturduğu, kişilik hakkı ile ilgili düzenlemeler içeren temel hakların kaynağının insan onuru olduğu, bu hakların düzenlenmesinin ve korunmasının da insan onurunu gerçekleştirmek amacına hizmet ettiği belirtilmektedir. Bu yaklaşıma uygun olarak, temel hakların insan onurunun bağımsızlaşan parçaları olduğu da ifade edilmektedir. Zafer Gören: Gören, Zafer: “Türk - Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.9, Yıl 1992, s.172, dn.16’da anılan Kübler, Ae, s.180.

¹¹⁹ Anayasa hükümlerinin, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları olduğunu belirten Anayasanın 11. maddesi, anayasal hak ve prensiplerin doğrudan uygulanabilmesinin pozitif hukuk açısından temelini oluşturur. 11. maddenin gerekçesinde de, yargı kuvvetinin gerektiğinde Anayasayı diğer kanunlar gibi uygulayabileceği açıkça ifade edilerek Anayasa hükümlerinin özel hukuk ilişkilerinde doğrudan uygulanmasına, başka bir ifadeyle özel hukuk kişileri arasında yatay uygulanmasına imkan verilmiştir; Doğrudan doğruya uygulamada Anayasa’daki kural ve ilkeler doğrudan doğruya uygulanır. Dolaylı uygulamada ise, Anayasa hükümleri hakim takdir hakkında ve boşluk doldurmada, maddelerin yorumunda örnek olur. Arpacı, s.107; Helvacı, Koruyucu Davalar, s.28.

¹²⁰ İfaket Aydemir: “Türk Hukukunda Kişilik ve Kişilik Haklarının Korunması”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1997, s.14.

müdahalede bulunmama ve bu özel alana girmeme yükümlülüğü altında olduğu belirtilmiştir (devletin negatif yükümlülüğü).

Devletin temel hak ve özgürlüklere müdahalede bulunmaması şeklindeki negatif yükümlülüğünün yanında, Anayasanın 5. maddesi gereğince, kişinin hayatından onun temel hak ve özgürlüklerden yararlanmasını engelleyen sebepleri ortadan kaldırmak, kişinin insan onuruna uygun bir ortam içinde yaşamasını sağlamak şeklindeki pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır.¹²¹

Aynı kısımda yer alan, “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlığını taşıyan 17. maddenin 1. fıkrası, herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu hüküm altına almaktadır.^{122,123} 17. maddenin gerekçesinde, kişinin sahip bulunduğu hak ve hürriyetlerin bu maddeden itibaren önem dereceleri göz önünde tutularak belirlendiği ifade edilmiştir. Buna göre kişinin temel hakları arasında en başta yerini alan, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının en üstün değer atfedilen ve korunan hak olduğu, kişinin maddi ve manevi varlığının her değerinin üstünde tutulduğu anlaşılmaktadır. Anayasanın, herkesin kişi hürriyeti ve

¹²¹5. madde gerekçesinden; Anayasanın 5. maddesinin “Devletin temel amaç ve görevleri, ...kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır” şeklindeki ifadesinin, 1961 Anayasasının temel hak ve özgürlüklerin gerçekleştirilmesiyle ilgili 10. maddesinden daha yumuşak ve çekingen ifadeler içerdiği yönünde bkz. Şahin, s.140’da anılan Uygun, 1982 Anayasası, s.32.

¹²² Anayasa Mahkemesi, 15 Ocak 2003 tarihli ve 24994 sayılı resmi gazetede yayımlanan 1998/35 Esas ve 1998/70 Karar numaralı, 17.11.1998 tarihli kararında bu kuralın aslında doğa kuralı olduğunu, Anayasa’da yazılı bulunmasa da yaşamın bu doğa kuralı içerisinde yürüyeceğinin söylenebileceğini ifade etmiştir. Anayasa koyucunun amacı doğa kuralını açıklamak olmadığından, kuralın konulmasındaki gerçek amacın araştırılması gerektiği belirtilmiştir. Danışma Meclisi’nin maddeye ilişkin gerekçesinde “**bu madde ile yaşama, maddi ve manevi varlığın bütünlüğü ve bunun geliştirilmesi hakkı korunmaktadır. Bu iki hakkın bir bütün teşkil ettiği, birbirini tamamladığı açıktır. Kanun güvencesi altında olan yaşama hakkını korumak için devlet, gerekli tedbirleri alacaktır**” denilmektedir. Bu durumun, 1961 Anayasası’nın 10. maddesinde daha açık bir ifade ile dile getirilmiş olduğu ve aynen “Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzurunu, sosyal adalet ve hukuk Devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar” hükmüne yer verilmiş olduğundan bahisle, 1982 Anayasası’nın 17. maddesinin, gerekçesine göre, 1961 Anayasası hükmü doğrultusunda anlaşılması gerektiğini belirtmiştir.

¹²³ Doktrinde, Anayasanın 12.ve 17. maddeleri ile insan hakları ile ilgili temel prensibin açıklandığı belirtilmektedir. Arpacı, s.104.

güvenliğine sahip olduğunu belirten 19. maddesinin ilk fıkrası, özel hayatın gizliliği ve korunmasını düzenleyen 20. maddesi de kişilik hakkının anayasal dayanaklarını oluşturmaktadır.

Anayasanın ikinci kısmının ikinci bölümündeki diğer Anayasa maddeleri ile temel hak ve özgürlüklerin çeşitli görünüşleri ele alınmış ve bu konuda ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki demokratik hukuk devletlerinde temel hak ve özgürlükler Anayasada sayılanlardan ibaret değildir. Her insan fiili farklı bir özgürlüğün konusunu oluşturur. Anayasada sayılmamış, isimsiz özgürlükler denilen özgürlükler, genellikle daha önemsiz olduklarından anayasada düzenlenmemişlerdir ancak Anayasanın 12/1 maddesi uyarınca koruma altındadırlar.¹²⁴ İsimli özgürlüklerin korunması, kişilik hakkının dinamik niteliği karşısında etkin koruma sağlanmasını temin eder niteliktedir.

(2) Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması

Toplumsal yaşam içinde kişinin özgürlüğü hem diğer kişilerin özgürlüğü ile hem de toplumsal yaşamı düzenleyen kurallarla sınırlanır.¹²⁵ Anayasanın 12. maddesinin ikinci fıkrasında da, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip kişinin, bunları kullanırken, topluma, aileye ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını göz önünde bulundurması gerektiği belirtilmiştir.¹²⁶ Bu sınırlamalar kişilik hakkının sınırlarını da oluşturur.

¹²⁴ Kemal Gözler: **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 2000, s.214-216. Gözler, isimli özgürlüklerin Anayasal dayanağı olarak m.12/1 yanında m.17/1’de yer alan “maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı”nın da kabul edilebilir olduğunu, maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkının diğer hak ve özgürlüklere göre bir genel hüküm (lex generalis); diğer hak ve özgürlüklerin ise özel hüküm (lex specialis) niteliğinde olduğunu ifade etmektedir.

¹²⁵ İHEB m.29’da “her şahsın kişiliğinin serbest ve tam gelişmesi ancak bir topluluk içinde mümkündür ve şahsın topluluğa karşı görevleri vardır” şeklinde düzenlenmiştir. Türk Anayasa Mahkemesinin de aynı yönde kararları mevcuttur; Uzeltürk, s.19, dn.26’da yer alan 1989/14E., 1989/49 K. sayılı Anayasa Mahkemesi kararına göre “Kişi ancak kendisini yaşatan, maddi ve manevi varlığını koruyup gelişmesine olanak tanıyan topluma karşı ödevler taşır. Bu olanaklar tanınmamışsa, ödevden de söz edilemez.”

¹²⁶ Hakların sınırlanması hemen tüm sistemler ve düşünürlerce kabul edilmiştir. Hak madalyonun bir yüzü, ödev ise diğer yüzü olarak ifade edilmektedir. Fendoğlu, Temel Haklar, s.10

i. Hakların Devlet Tarafından Kanunla Sınırlanması

2001 yılında, değişen siyasi ortamın ihtiyacına cevap vermek ve Avrupa Birliği'ne tam üye olma sürecinde Birlik kriterlerini yerine getirmek amacıyla Anayasada büyük ölçüde temel hak ve özgürlüklerle ilgili değişiklikler yapılmış ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusunda birtakım iyileştirmeler gerçekleştirilmiştir.¹²⁷ 2001 değişikliğinden sonra, eskiden genel sınırlama sebeplerini belirleyen 13. madde, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın, sadece Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceğini hükme bağlayan koruyucu hüküm niteliği kazanmıştır.

Sınırlamaya ilişkin düzenlemeler, ilgili maddelerde belirtilen nedenlere uygun olarak ve ancak kanunla yapılabilecektir.¹²⁸ İlgili maddelerde yer alan özel sınırlama nedenlerine göre yapılacak sınırlamalar, sınırlanan temel hak ve özgürlüğün “özüne” dokunmayacak, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmayacaktır. Hak ve özgürlüklerin sınırlandırmasının sınırı olarak “hakların özü”, “laik Cumhuriyetin gerekleri” ve “ölçülülük ilkesi”nin belirlenmesi 2001 değişikliği ile getirilmiş önemli yeniliklerdir.¹²⁹ Yapılan değişikliklerle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlama rejimi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun hale getirilmiştir.¹³⁰

¹²⁷ 2001'den önce, Anayasanın 13. maddesi temel hak ve özgürlüklerin tümüne uygulanabilecek genel sınırlama nedenlerini düzenlemekteydi. 13. maddede sayılan genel sınırlama nedenleri, anayasanın temel hak ve özgürlüklerle ilgili diğer maddelerinde yer alan “özel” sınırlama nedenlerine ek olarak uygulanabiliyordu. H.Tahsin Fendoğlu: “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. md.13.)”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.19, Yıl 2002, s.116. (Kıs: 2001 Anayasa Değişikliği); Genel ve özel sınırlandırma nedenleri nitelik bakımından aynıdır. Aralarındaki fark, özel sınırlandırma nedeninin sadece ilgili maddesinde hak ve özgürlük için geçerli olmasıdır, Mehmet Sağlam, s. 240.

¹²⁸ Temel hak ve özgürlükler 13. maddede açıkça belirtildiği gibi ancak kanunla sınırlanabilir. Yürütme makamları kanunun açıkça koyduğu çerçeveler içinde kalmak şartıyla şekle ve usule ilişkin bazı düzenlemeler yapabilir. Anayasanın 91. maddesinde sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümünde yer alan siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnemelerle düzenlenemez, Uzeltürk, s.24.

¹²⁹ Fendoğlu, 2001 Anayasa Değişikliği, s.125.

¹³⁰ Mehmet Sağlam, s.246-249.

Genel sınırlama nedenlerinin Anayasadan çıkarılmasıyla, ilgili maddede hakkında özel sınırlama sebebi öngörülmemiş temel hak ve özgürlüklerin sınırlanıp sınırlanamayacağı konusu tartışılmıştır. Doktrindeki baskın eğilime göre, her bir temel hak ve özgürlük, farklı nesnel yaşam alanı kesitini korur. İlgili yaşam alanının norm yapısına alınmış kesiti, o temel hakkın norm alanı olacaktır ve bu norm alanı üzerinde temel hakkın koruyucu normatif etkisi kendini gösterecektir. Bu şekilde, temel hak ve özgürlükler yasal düzenleme veya sınırlama olmasa da sınırsız bir kullanım olanağı sağlamamakta, nesnel içerikleri ve koruma alanları ile sınırlı bir kullanıma imkan vermektedir.¹³¹ AİHM kararlarında da aynı anlayış geçerli olup sınırsız bir özgürlük anlayışı kabul edilmemektedir.¹³² Gerek kişilik hakkının dayanağını oluşturan hükümler gerekse kişilik hakkı ile çatışan hak olarak ortaya çıkan ifade özgürlüğüne ilişkin hüküm bu anlayışla okunmalıdır.

ii. Hakların Çatışması Halinde Sınırlanması

Bir temel hak ve özgürlüğün sınırlılığı, kendi koruma alanının sınırları-nesnel sınırlılığı- yanında, başka bir temel hak ve özgürlük alanıyla veya farklı bir alana ilişkin anayasa normuyla çatışması durumunda da söz konusu olabilir.

Anayasa normları arasında hiyerarşi bulunmadığından, öncelikle normlar aralarında çelişki yaratmayacak şekilde yorumlanmalıdır. Bu yoruma rağmen çelişki çıkarsa, çatışan normlar arasında genel –özel norm ilişkisi varsa özel norm uygulanacak, genel norm sınırlandırılmış olacaktır. Çatışan normlar arasında genel-

¹³¹Fazıl Sağlam: “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.19, Yıl 2002, s.290. (Kıs: Sorunlar ve Çözüm Olanakları); Buna göre, temel hakkın kullanımı, norm alanı ile nesnel bir bağlantı içinde ise hakkın geçerlilik alanı içinde kabul edilecek, hakkın kullanımı norm alanı ile tesadüfi ya da arızı şekilde bağlantılı ise hakkın geçerlilik alanı içinde kabul edilmeyecektir. Ae, s.291.

¹³²Adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddenin 1. fıkrasında hiçbir sınırlama kaydı yer almamasına rağmen, hak arama özgürlüğünün mutlak, koşulsuz ve sınırsız olmadığı, özellikle söz konusu hakkın suiistimalini önlemek için devletlerin gerekli tedbirleri almakta serbest oldukları ancak dava hakkının kullanımına getirilen sınırlamaların amaca uygun ve amaçla orantılı olması, hakkın özüne dokunmaması gerektiği yönünde AİHM kararları için bkz. Gözübüyük, Gölçüklü, s.278.

özel norm ilişkisi mevcut değilse, çatışan haklar oranlı ölçüde sınırlanarak en uygun çözüm bulunmaya çalışılacaktır (pratik uyuşum ilkesi).¹³³

Hakların çatışması halinde sınırlandırılmaları uygulaması, konumuzla bağlantılı olarak örneğin, Anayasanın özel bir sınırlama düzenlenmemiş sözleşme özgürlüğüne ilişkin 48. maddesi ile kişilik hakkının dayanağı olan temel hakların niteliğine ilişkin 12. maddesi arasında gerçekleşebilecek çatışma nedeniyle ortaya çıkabilir. Anayasanın 48. maddesinde özel bir sınırlama nedeni düzenlenmemiştir. Buna rağmen, kişilik hakkının korunmasını hedefleyen Anayasanın 12. maddesinde temellerini bulan kimsenin özgürlüklerinden vazgeçmeyeceği veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağına ilişkin MK m.23 ile konusu hukuka ve ahlaka aykırı olan sözleşmelerin batıl olduğu yönündeki BK m.20 sözleşme özgürlüğünü sınırlandırmaktadırlar. Bu hükümlere aykırı bir sözleşme, Anayasanın 48. maddesinde özel bir sınırlandırma nedeni ya da kanunla sınırlandırılabilmesine ilişkin bir kayıt olmamasına rağmen, m.48 ile m.12 arasındaki çatışma nedeniyle sınırlandırılacaktır.¹³⁴ Konumuzla bağlantılı olarak, özel hayatın gizliliği ve korunmasının düzenlendiği 20. madde ile düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin düzenlendiği 26. maddenin norm alanları arasında çatışma mevcut olup, aralarında genel-özel norm ilişkisi bulunmadığından, pratik uyuşum ilkesi uygulanacaktır.

(3) AİHS'e Anayasanın 90. Maddesi ile Tanınan Üstünlük

1982 Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasının son cümlesi temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde çıkabilecek uyumsuzluklarda uluslararası antlaşmanın hükümlerinin esas alınacağı belirtilmesiyle, AİHS iç hukukta ayrıcalıklı bir yer

¹³³ M.Sağlam, s.258.

¹³⁴ Fazıl Sağlam, s.293.

kazanmıştır.¹³⁵ Uluslararası antlaşmanın hükümleri esas alınır denilmekle uygulayıcıya takdir hakkı bırakılmamakta ve bu anayasal emir gereğince Sözleşme hükümlerinin hukukla çatıştığı hallerde bile, sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.¹³⁶ Sözleşme hükümlerinin öncelikli ve doğrudan uygulanmasının sonucu olarak, Türk hukuku bakımından da AİHS, düzenlediği konularda asgari standartları belirlemektedir. Kişilik hakkı bakımından da, iç hukukta düzenleme bulunmayan hallerde Sözleşmenin hükümleri ile boşlukların doldurulması, Anayasanın ve diğer kanunların sözleşmeye aykırı hükümlerinin örtülü şekilde ilga edilmiş kabul edilerek Sözleşmenin hükümlerinin esas alınması gerekmektedir.¹³⁷

b. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu

Kişilik hakkına yapılan saldırı Türk Ceza Kanununda suç olarak tanımlanmışsa ceza hukuku kamu düzeni ve çıkarı adına kişiyi korumak için devreye girer. Ceza hukuku ile medeni hukuk farklı amaçlara yönelmiş olduğundan, hakkı ihlal edilen kişi, saldıran bir ceza mahkumiyeti almış olsa bile MK çerçevesinde kişiliğinin korunması için mahkemeye başvurabilir. Ceza yargılaması ile saldırının durdurulması sonucunu elde eden mağdur, MK çerçevesinde açacağı dava ile uğradığı maddi ve manevi zararın tazmini imkanını elde eder.¹³⁸

Meşru müdafaa halinin düzenlendiği TCK m.25, kişinin yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik fiillere ilişkin TCK m.81 vd., kişinin siyasi özgürlüğüne ilişkin TCK m.114, inanç ve düşünce özgürlüğüne ilişkin TCK m.115, konut dokunulmazlığına ilişkin TCK m.116, iş ve çalışma hürriyetine ilişkin TCK m.117, hakaret suçuna ilişkin m.125, kişinin hatırasına hakarete ilişkin TCK m.130, kişilik hakkını koruyan hükümlere örnek olarak sayılabilir.¹³⁹ Konumuzla bağlantılı olarak

¹³⁵ Bu düzenleme ile uluslararası sözleşmelerin iç hukukta kanunlarla eşdeğerde olduğu veya kanunların üzerinde olduğu konusundaki tartışmalar temel haklarla ilgili diğer sözleşmeler yanında AİHS bakımından da netlik kazanmıştır.

¹³⁶ Çolaker, s.72.

¹³⁷ Çolaker, s.73–77.

¹³⁸ Doğan Bülent Belli: **Basın Yolu ile Kişilik Haklarına Saldırlardan Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s.47.

¹³⁹ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.29; Kılıçoğlu, s.16; Belli, s.46.

özellikle TCK m.132–140 arasında düzenlenen özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar, kişilik hakkını koruyucu hükümler olarak önem arz etmektedirler.

c. 5187 Sayılı Basın Kanunu

Kişilik hakkının korunması ile ifade özgürlüğü ve onun bir görünümü olan basın özgürlüğü arasında ciddi bir gerilim mevcuttur. Uygulamada kişilik hakkının ihlali nedeniyle yargıya intikal eden davaların çoğu kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlaline ilişkindir. 5187 sayılı Basın Kanunu kişilik hakkını koruyucu bazı hükümlere yer vermiştir. Kanunun 3. maddesi ile başkalarının şöhret ve haklarının sağlanması amacı, basın özgürlüğünün kullanılmasının sınırlarından biri olarak belirtilmiştir. 13. maddede, basılmış eserler yoluyla işlenen fiillerden doğan maddi ve manevi zararlardan hukuken kimlerin sorumlu olduğu belirtilirken, 14. maddede düzeltme ve cevap hakkı düzenlenmiştir. Buna göre süreli yayınlarda kişilerin şeref ve haysiyetini ihlal edici veya kişilerle ilgili gerçeğe aykırı yayım yapılması halinde, bundan zarar gören kişi düzeltme ve cevap hakkını kullanabilecektir. 18. maddede düzeltme ve cevabın yayımlanmamasının yaptırımını olarak para cezası öngörülmüştür. 11. maddede basılmış eserler yoluyla işlenen suçlarda cezai sorumluluk düzenlenmiştir. Kanunun 21. maddesiyle de belirli suçların mağdurlarının, reşit olmayan fail ve mağdurların, MK'ya göre evlenmeleri yasak kimseler arasındaki cinsel ilişkiye ilişkin haberlerde bu kişilerin kimliklerinin açıklanması yasaklanmış ve ceza yaptırımını öngörülmüştür.

d. 2954 Sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu¹⁴⁰

2954 sayılı Kanunun genel yayın esaslarını düzenleyen 5. maddesinin j ve k bentlerinde kişilik hakkı koruma altına alınmıştır. Buna göre yayınlar, kişilerin özel hayatlarına, şeref ve haysiyetlerine saygılı olmak ve dürüstlük anlayışına bağlı kalmak; haberlerin toplanması, seçilmesi ve yayınlanmasında tarafsızlık, doğruluk ve

¹⁴⁰ 13.4.1994 tarihli 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesine kadar Radyo Televizyon Kanunu niteliğini taşımakta olan 11.11.1983 tarihli 2954 sayılı Kanun, 3984 sayılı kanunun yürürlüğü ile birlikte Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu (TRT) kanunu niteliğine dönüşmüştür. 3984 sayılı Kanun 15.0.2011 tarihli 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

çabukluk ilkeleri ile çağdaş habercilik teknik ve metotlarına bağlı olma esaslarına uygun olarak gerçekleştirilecektir.

Kanunun 27. maddesinde düzeltme ve cevap hakkı düzenlenmiştir. Yayınlarda bir kişinin haysiyet ve şerefine dokunulması veya kendisi ile ilgili olarak gerçeğe aykırı hususlar bulunması halinde kişi kendini savunmak için düzeltme ve cevap hakkını kullanabilecektir.

e. 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun

6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un 8. maddesinde yayın hizmeti ilkeleri sayılmıştır. Buna göre, medya hizmet sağlayıcılar, yayın hizmetlerini kamusal sorumluluk anlayışıyla bu fıkra da yer alan ilkelere uygun olarak sunarlar.¹⁴¹Kanunun 18. maddesinde düzeltme ve cevap hakkı düzenlenmiştir. Gerçek ve tüzel kişiler, kendileri hakkında şeref ve haysiyetlerini ihlal edici veya gerçeğe aykırı yayın yapılması halinde, üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmamak ve suç unsuru içermemek kaydıyla, düzeltme ve cevap hakkını kullanabileceklerdir.

¹⁴¹Medya hizmet sağlayıcılarının uyması gereken, kişilik hakkının korunması ile ilgili yayın ilkeleri şunlardır:

m.8/ç İnsan onuruna ve özel hayatın gizliliğine saygılı olma ilkesine aykırı olamaz, kişi ya da kuruluşları eleştiri sınırları ötesinde küçük düşürücü, aşağılayıcı veya iftira niteliğinde ifadeler içeremez.

m.8/e İrk, renk, dil, din, tabiiyet, cinsiyet, özürlülük, siyasi ve felsefi düşünce, mezhep ve benzeri nedenlerle ayrımcılık yapan ve bireyleri aşağılayan yayınları içeremez ve teşvik edemez.

m.8/ı Tarafsızlık, gerçeklik ve doğruluk ilkelerini esas almak ve toplumda özgürce kanaat oluşumuna engel olmamak zorundadır; soruşturulması basın meslek ilkeleri çerçevesinde mümkün olan haberler, soruşturulmaksızın veya doğruluğundan emin olunmaksızın yayınlanamaz; haberin verilisinde abartılı ses ve görüntüye, doğal sesin dışında efekt ve müziğe yer verilemez; görüntülerin arşiv veya canlandırma niteliği ile ajanslardan veya başka bir medya kaynağından alınan haberlerin kaynağının belirtilmesi zorunludur.

m.8/i Suçlu olduğu yargı kararı ile kesinleşmedikçe hiç kimse suçlu ilan edilemez veya suçluymuş gibi gösterilemez; yargıya intikal eden konularda yargılama süresince, haber niteliği dışında yargılama sürecini ve tarafsızlığını etkiler nitelikte olamaz.

m.8/o Kişi veya kuruluşların cevap ve düzeltme hakkına saygılı olmak zorundadır.

m.8/s Toplumsal cinsiyet eşitliğine ters düşen, kadınlara yönelik baskıları teşvik eden ve kadını istismar eden programlar içeremez.

**f. 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların
Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla
Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun**

5651 sayılı Kanun¹⁴² internetin yaygın kullanımıyla ortaya çıkan hukuki ve cezai sorunları çözmek amacıyla 4.5.2007 tarihinde kabul edilmiştir. Yazılı, görsel ve işitsel basına ilişkin hukuki düzenlemeler mevcutken, kendine özgü özellikleri olan internet yayınına ilişkin düzenlemenin yokluğundan kaynaklanan sorunların bu düzenleme ile aşılması amaçlanmış, ancak bu amaç gerçekleştirilememiştir. Bununla birlikte, internet yayınlarıyla ilgili düzenlemelerin yetersiz ya da tartışmalı olmasının Türk hukukuna özgü bir sorun olmadığına da belirtilmesi gerekir.

Kanunun 9. maddesi ile internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edilmesi halinde içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi, 9/A maddesinde özel hayatın gizliliğinin ihlal halinde içeriğe erişimin engellenmesi düzenlenmiştir.

g. 4982 Sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu

Kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının faaliyetlerinde uygulanan 9.10.2003 tarihli 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun amacı, demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir (m.1). Kanunda özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği, ticari sır, fikir ve sanat eserleri, bilgi alma hakkının kişilik hakkını koruyan sınırlarını oluşturur.

Kanun 21. maddesi ile kişinin izin verdiği haller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması halinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, mesleki ve ekonomik değerlerine haksız

¹⁴² 5651 sayılı Kanunun hazırlanmasında Almanya'nın 22 Temmuz 1997 tarihli "Teleservisler Kanunu"ndan faydalanılmıştır, Volkan Sırabaşı: **İnternet ve Radyo – Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007, s.239.

müdahale oluşturacak bilgi veya belgeleri bilgi edinme hakkı kapsamı dışında tutmuştur. Kamu yararının gerektirdiği hallerde, kişisel bilgi veya belgeler, kurum ve kuruluşlar tarafından, ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek yazılı rızası alınmak koşuluyla açıklanabilir. Haberleşmenin gizliliği esasını ihlal edecek bilgi veya belgeler de 22. madde ile Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun kapsamı dışında tutulmuştur.

h. Diğer Kanunlar

Kişilik hakkını koruyan kamu hukuku kurallarının yer aldığı bir diğer kanun Vergi Usul Kanunu'dur.213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun vergi mahremiyetini düzenleyen 5. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, kanunda sayılmış kişilerin, görevleri dolayısıyla, mükellefin ve mükellefle ilgili kimselerle ilgili öğrendikleri sırları veya gizli kalması gereken diğer hususları ifşa edemeyecekleri düzenlenmiştir. Aynı maddenin son fıkrasında da, vergi mükellefine ait bilgiler ele alınarak mükelleflerin haysiyet, şeref ve haklarına tecavüz edilemeyeceği düzenlenmiştir.¹⁴³

3.Kişilik Hakkının Özel Hukukta Korunması

Hukuk önünde eşit olmakla birlikte, koşulları itibarı ile eşit durumda olmayan kişilerden zayıf olanın, güçlü olan karşısında varlığını devam ettirebilmek için aşırı fedakarlıklarda ve feragatlerde bulunmasını ve zarar görmesini kişilik hakkını koruyucu hükümler engeller. Anayasal güvenceye sahip kişilik hakkı, özel hukukta esaslı şekilde Medeni Kanun ile düzenlenmiştir. Özel hukukta kişiliğin korunmasına ilişkin başlıca genel hükümler MK m.23 ve m.24 ile BK m.49 ve m.58'de yer almaktadır. Bazı kişisel değerler de özel olarak koruma altına alınmıştır. Adın korunmasına ilişkin düzenlemeyi içeren MK m.26, nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayanın kusurlu taraftan manevi tazminat talep edebileceğine ilişkin MK m.121, boşanmaya neden olan olaylar yüzünden kişilik

¹⁴³Haysiyet ve şerefe tecavüz suçu işleyenlere verilecek ceza, TCK m.125'te düzenlenen "hakaret suçu" için öngörülen ceza olacaktır. Kanunun, 362. maddesi ile vergi mahremiyetine uymaya mecbur olan kimselerden bu mahremiyeti ihlal edenlerin, Türk Ceza Kanununun 239 uncu maddesi hükümlerine göre cezalandırılacağını hükme bağlamıştır.

hakkı saldırıya uğrayan tarafın kusurlu taraftan manevi tazminat talep edebileceğine ilişkin MK m.174, ölüm veya bedensel zararlarla neticelenen haksız fiil sonucu ölen veya zarara uğrayanın ailesine manevi tazminat ödenebileceğine ilişkin BK m.56 özel düzenlemelere örnek olarak sayılabilir. Özel hükümler, kişilik hakkının korunmasıyla ilgili genel ve esas kurallar olan MK m.23 ve m.24'in görünümü niteliğindedirler.¹⁴⁴ Herhangi bir kişisel değere ilişkin özel düzenleme olmadığı hallerde, her zaman genel birer çerçeve hüküm¹⁴⁵ niteliğindeki MK m.23 ve m.24 uyarınca koruma sağlanması mümkündür. Kişilik haklarının ihlali haksız fiil niteliğinde olduğundan, gerek kişilik hakkına ilişkin çerçeve hükümler bakımından gerekse özel hükümler bakımından, BK m.49'daki "hukuka aykırılık" şartının bulunması gereklidir.¹⁴⁶

Kişilik hakkının korunmasına ilişkin temel yasal düzenlemelerden MK m.23 hükmünün kişiliği içe karşı, MK m.24 hükmünün ise dışa karşı koruduğu yönündeki görüşler doktrinde baskın olarak terk edilmiştir. Her iki hükmün de amacının kişiliği dışarıdan, yani başkalarına gerçekleştirilecek saldırılara karşı korumak olduğu kabul edilmektedir. MK m.23 ile öngörülen korumanın amacının, çeşitli dış etkenlerin zorlaması ile bir sözleşme veya hukuki işleme rıza gösteren kişinin korunması olduğu, netice olarak kişinin başkalarına karşı korunduğu ifade edilmektedir.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Medeni kanunun bu maddeleri bütün özel hukuk sisteminin temelini teşkil eden "şahsın hürriyeti" prensibine dayanmaktadır. Öztan, s.113.

¹⁴⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.164; Öztan, s.114.

¹⁴⁶ Esasen, Medeni Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacağı hüküm altına alan MK m.5'te yasal temelini bulan özel hukukun bütünlüğü prensibi gereğince, kişilik haklarının ihlali konusunda BK hükümleri uygun düştüğü ölçüde doğrudan doğruya veya kıyasen uygulanır. İmre, Medeni Hukuk, s. 31-153; Detaylı bilgi için bkz. Seyfullah Edis, "Özel Hukukun Bütünlüğü Üstüne", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 32, Sayı 1-4, Yıl 1975, s.155-172; Kişiliğin medeni hukuk bakımından bir bütün olarak korunmasında esas rol hakime düşmektedir. Hakim takdir hakkını kullanırken hakkaniyet ve nasfet esaslarına göre hareket eder. Velidedeoğlu, s.125.

¹⁴⁷ Arpacı, s.143; Akipek, Akıntürk, Ateş Karaman, s.355; Ateş, İrade Özerkliği, s.144; Helvacı, Koruyucu Davalar, s.18; Özsunay, s.151; Tandoğan, Şahsiyetin Korunması, s.5; Yaşar Karayalçın: "Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması", (1962- 1963 Öğretim Yılı Açılış Dersi, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 19, Sayı 1-4, Yıl 1962, s.266.

a. Kişiliğin Hukuki İşlem Yoluyla Gerçekleşen Saldırlara Karşı Korunması (MK m.23)

Kimsenin hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği, özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlamayacağı yönündeki MK m.23 hükmü, irade özerkliğini, özellikle sözleşme özgürlüğünü sınırlamak suretiyle kişiliğin hukuki işlem sonucu ihlalini önlemeye yönelmiştir.¹⁴⁸Bu hüküm ile kişi kendisinden madden veya manen üstün durumda olup bu üstünlüğünü kullanarak bir sözleşmenin koşullarını tek taraflı belirleyebilecek kuvvetli tarafın yöneteceği işlemlere karşı korunmaktadır. Burada kişilik, bir kimsenin kendi rızası ile yapacağı hukuki işlemlere karşı korunurken, kişinin hak ve fiil ehliyetiyle özgürlükleri, yapabileceği hukuki işlemlerin sınırı olarak belirlenmektedir. Bu düzenleme ile kişilik hakkı kapsamındaki bir değer veya değerlerden tamamen vazgeçmek veya neredeyse ortadan kalkmaları sonucunu doğuracak kadar sınırlamak yasaklanmaktadır.¹⁴⁹ MK m.23 hükmünde korumanın konusu olarak hak ehliyeti, fiil ehliyeti ve özgürlükler belirtilmişse de, kişinin kendi hukuki işlemleri ile özgürlüklerini hukuka ya da ahlaka aykırı olacak şekilde sınırlayamaması durumunun tüm kişisel değerleri kapsadığı kabul edilmektedir.¹⁵⁰Görüldüğü gibi MK m.23 akdi hukukla ilgilidir.

(1) Hak ve Fiil Ehliyeti ile Özgürlüklerin Korunması

MK m.23/I ile haklara ehliyet anlamında kişilik korunmaktadır. İstisnasız herkesin sahip olduğu, kişiliğin esasını ve özünü oluşturan hak ehliyetinden, kişinin bir hukuki

¹⁴⁸ Dural, Öğüz, s.145; Zevkliler, Acabey, Gökyayla, s.427; Öztan,s.114 ; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.196; MK m.23 kural olarak tüzel kişilere de uygulanır ancak maddenin ikinci fıkrasının uygulama alanı gerçek kişilerdeki kadar geniş değildir. Helvacı, Koruyucu Davalar, s.23.

¹⁴⁹ Akipek, Akıntürk, Ateş Karaman, s.359; MK m.23 emredici hüküm niteliğindedir ve hakim tarafından resen nazara alınması gerekir.

¹⁵⁰Bir kimsenin belirli bir sürenin sonunda edimini yerine getirememesi halinde bir uzvunu keseceği, özel yaşamının tüm detaylarıyla ifşa edilmesine izin vereceği, mesleğini ömür boyu icra etmeyeceği gibi taahhütleri, ilgili kişisel değerlerden vazgeçme niteliğinde olduğundan geçersizdir; Korumanın iktisadi özgürlük açısından da geçerli olduğu ancak kişinin hukuk karşısında özel bir statüsü olduğu takdirde, örneğin kişi tacir olduğunda, ilkenin uygulanacağı ancak hükmün yorumunda farklılıklar olabileceği yönünde bkz. Helvacı, Koruyucu Davalar, s.21, dn.75'te anılan Mehmet Helvacı, Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul 2000, s.144-145; Farklı görüşler için bkz. Ateş, İrade Özerkliği, s.144 vd.

işlemlerle vazgeçmesi mümkün değildir.¹⁵¹ Hak ehliyetinden kısmen dahi vazgeçmeye yönelik taahhütler geçersizdir. Hak ehliyeti yönünden, kişinin örneğin evlenme ehliyetinden, mal edinme (malvarlığı) ehliyetinden, ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyetinden, dava ehliyetinden vazgeçmesi bu kapsamdadır. Bir kimse hak ehliyetinden kısmen dahi vazgeçemez ancak doğmuş olan belirli bir hakkını kullanmayacağını taahhüt edebilir veya o hakkını kullanmaktan vazgeçebilir.¹⁵² Örneğin bir mal üzerindeki mülkiyet hakkından vazgeçilebilir. Vazgeçilemeyecek olan mal sahibi olabilmektir.

Kanunun belirlediği belirli niteliklere sahip olmakla kazanılan¹⁵³ fiil ehliyeti¹⁵⁴, hak ehliyeti gibi kişiliğin kendisinden ayrılması mümkün olmayan bir unsur olduğundan, MK m.23/1 uyarınca fiil ehliyetinden de kısmen veya tamamen vazgeçmek mümkün değildir. Hiç kimse bir başkası ile sözleşme yaparak kendi fiilleriyle hak edinmemeyi ve borç altına girmemeyi taahhüt edemez, bu konuda kendisini temsil yetkisini bir başkasına veremez. Aynı şekilde hiç kimse kendi hukuki işlemleriyle fiil ehliyetini kısmen dahi sınırlayamaz.¹⁵⁵ Fiil ehliyeti yönünden,

¹⁵¹Hak ehliyetinin hukuk düzenince yaş, cinsiyet, yabancı olma gibi koşullara bağlı olarak sınırlanması hali istisna olup, hukuk düzenince öngörölmüş istisnalar dışında hak ehliyetinin sınırlanması mümkün değildir; Akipek, Akıntürk, Ateş Karaman, s.281; Özsunay, s.150; Tandoğan, Şahsiyetin Korunması, s.5; Bu fıkra ile kastedilenin, kişi olmanın hak ve fiil ehliyetine yettiği, bu nedenle kişi kavramının yok edilemeyeceği inancı olduğu yönünde Koyuncuoğlu, s.30.

¹⁵² Dural, Ögüz, s.146; Helvacı, Gerçek Kişiler, s.135; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.198.

¹⁵³ MK m.10 uyarınca, ayırt etme gücüne sahip, kısıtlı olmayan ve ergin olan gerçek kişiler fiil ehliyetine sahiptir. Tüzel kişiler ise MK m.49 uyarınca kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyetini kazanırlar.

¹⁵⁴Fiil ehliyeti kişilerin bizzat hukuki işlemler yapabilme ehliyeti anlamında hukuki işlem ehliyetini, kişinin hakları üzerinde kendi fiilleriyle doğrudan doğruya etkiler yapabilme konusunda sahip olduğu iktidarı ifade eden tasarruf ehliyetini, kişinin hukuk kurallarına aykırı fiilleri sonucu başkalarına verdiği zararlardan bizzat sorumlu tutulabilmesi anlamında haksız fiillerden sorumlu olma veya sorumluluk ehliyetini, usul hukukundan doğan haklarını kullanabilme anlamında dava ehliyetini de içerir. Akipek, Akıntürk, Ateş Karaman, s.282 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.49 vd.; Helvacı, Gerçek Kişiler, s.48.

¹⁵⁵Akipek, Akıntürk, Ateş Karaman, s.372; Yaşlılığı, sakatlığı, deneyimsizliği veya ağır hastalığı sebebiyle işlerini gerektiği gibi yönetemeyen her erginin, belirtilen sebeplere dayanarak kısıtlanmak istemesi (MK m.408) ve kişinin isteği ile kısıtlanma sebeplerinin varlığı nedeniyle kişiye yetkili mahkeme tarafından kayyım atanması (MK m.428) halinde, kişinin hukuki işlemi ile değil, kişinin korunması amacıyla mahkeme kararı ile kısıtlanması söz konusudur. Arpacı, s.144; Ateş, İrade Özerkliği, s.147.

örneğin kişinin evlenmeyeceğini, malvarlığı üzerinde hiçbir tasarruf yapmayacağını, ölüme bağlı tasarruf yapmayacağını konu alan taahhütleri geçersizdir.¹⁵⁶

MK m. 23/II ile haklara ehliyetin temelini oluşturan özgürlük¹⁵⁷ korunmakta ve öncelikle kişinin özgürlüklerinden tamamen vazgeçmesi anlamına gelen işlemleri yani özgürlüklerin devri yasaklanmaktadır. Aynı şekilde, özgürlüklerin ve özgürlüklerin kullanılmasının, başka bir deyişle bireyin muayyen haller için karar verme özgürlüğünün¹⁵⁸ bir hukuki işlem ile önceden hukuka veya ahlaka aykırılık oluşturacak derecede sınırlandırılması yasaklanmaktadır.¹⁵⁹ Bir kimsenin özgürlüklerinden tamamen vazgeçmesi pek karşılaşılabilecek bir durum olmasa da, özgürlüğün hukuk ve ahlak kurallarına aykırı şekilde sınırlandırılmasına sıklıkla rastlamak mümkündür.¹⁶⁰

Esasen bir kimsenin her taahhüdü belli ölçülerde sınırlamalar getirir ve her sözleşme kişiyi yükümlülük altına soktuğu oranda özgürlüğünü sınırlar. Bu madde ile kişinin özgürlüğünü sınırlayan her türlü işlem değil, özgürlüğü hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlayan işlemler yasaklanmaktadır.¹⁶¹ MK m.23/II ile amaçlanan,

¹⁵⁶ Özsunay, s.152; Öztan, s.142.

¹⁵⁷ "... Özgürlük hakların hem gerçekleşme yolu hem de geniş kapsamlı amacıdır. Hukuk dışında kalan, felsefi ve sosyolojik bir kavram olarak özgürlük, bu açılımıyla hukuku yönlendirir..." Koyuncuoğlu, s.47.

¹⁵⁸ Hukuksal alanda tanınmış haklar açısından özgürlüğe bakınca, ilkin, bir seçme ve ayırt etme gücü olarak özgürlük hakkın değerini yansıtır. Hak sahibi olmak bu nedenle hakkı kullanma zorunluluğunu değil hakkı kullanıp kullanmama olanağı verir. İkinci olarak, hem özgür hem hak sahibi olmanın bir sonucu da kişinin yapılan saldırılara karşı hakkını ileri sürerek engel olabilmesinde görülür. İnsanın özgür olmasının en önemli sonucu yeni haklar elde etme olanağı olarak belirir. Özgürlük bu üç niteliğiyle kendi kaderini tayin etme hakkı olarak vurgulanabilir. Koyuncuoğlu, s.49,50; Öztan, s.143.

¹⁵⁹ Karar verme özgürlüğünü sınırlandıran işlem kişilik haklarına veya malvarlığı haklarına ilişkin olabilir. Tandoğan, Şahsiyetin Korunması, s.5; Belirtmek gerekir ki, kişinin hak ve özgürlüğü ayrı fıkralarda açıklanmış olmakla beraber iki fıkra arasında sıkı bir bağ mevcuttur; çünkü hak ve fiil ehliyetlerinden vazgeçmek bir anlamda kişinin özgürlüğünü aşırı derecede sınırlaması anlamına gelir. Özsunay, s.151; Öztan, s.142.

¹⁶⁰ MK m.23/II hükmü getirilmemiş olsaydı dahi özgürlüğü hukuka ve ahlaka aykırı biçimde kısıtlayan hukuki işlemler BK m. 26–27 hükümleri gereğince yapılamayacaktı. BK m. 26–27 yaptırım hükümleri, MK m.23 ise konuya ilişkin yasaklamayı belirten bir hukuk kuralı niteliğindedir. Ancak, bir hareket tarzını yaptırıma bağlayan kanun hükmü, o hareketin icrasını da yasaklamış sayılır. Arpacı, s.145.

¹⁶¹ Bu konuda kesin ve mutlak bir kural koymanın mümkün olmadığı, özgürlüğün sınırlandırılmasının ahlaka aykırılığının ve özgürlüğün ne dereceye kadar sınırlandırabileceğinin yere, zamana, medeniyet ve

sözleşmenin getirdiği sınırlamanın kişiyi aşırı derecede sınırlamasının, ekonomik varlığı bakımından tehlike yaratmasının engellenmesidir. Sınırlama hukuk ve ahlak bakımından kabul edilebilir ölçüde olmalıdır.¹⁶²

Kişilik değerlerinin ihlaline yol açan işlemlerin hukuki akıbeti kesin hükümsüzlüktür. Uzun veya belirsiz süre şartı ile yapılan, karar verme özgürlüğünü gerek süre gerek konu bakımından sınırlayan sözleşmeler MK m.23/II'nin kapsamında değerlendirilir ve hüküm doğurmazlar.¹⁶³

(2) İrade Özerkliği Sınırlayan Hükümlerin Birlikte Değerlendirilmesi Gerekliği

Anayasal sözleşme özgürlüğü prensibinin özel hukuktaki görünümü olan irade özerkliği prensibi gereğince kişiler, hukuksal ilişkilerini özgür iradeleriyle ve sözleşmelerle düzenlemekte serbesttirler.¹⁶⁴ Kişilerin, özel hukuk ilişkilerini kurarken, irade özerkliği prensibinin sonucu olarak eşit durumda oldukları, kendi kanunlarını yapabileme imkanına sahip oldukları kabul edilir.¹⁶⁵ Ancak, özel hukuk ilişkilerinde irade özerkliğinin esas olması, kişilerin mutlak ve sınırsız bir özgürlüğe sahip oldukları anlamına gelmez. İrade özerkliğinin sınırları MK m.23 yanında BK m.26 ve m.27 ile çizilmiştir.¹⁶⁶ Dolayısıyla MK m.23, BK m.26 ve m.27 ile birlikte değerlendirilmelidir.

kültür seviyesine, farklı ülke uygulamalarına hatta aynı ülkedeki farklı sınıfların anlayışlarına göre değişebileceği ifade edilmektedir. Velidedeoğlu, s.114.

¹⁶² Özsunay, s.152.

¹⁶³ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.22.

¹⁶⁴ 7.2.2008, E.2005/128, K.2008/54 sayılı Anayasa Mahkemesi kararı. <http://www.anayasa.gov.tr>; İmre, **Medeni Hukuk**, s.146; İrade özgürlüğüne sahip birey kendi davranışlarının sınırlarını kendisi belirler (bireyin kendi kendini sınırlama ilkesi) Derya Ateş: "Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları", **TBB Dergisi**, S. 72, 2007, s.79.(Kıs: Sözleşme Özgürlüğü); Ateş, İrade Özerkliği, s.136.

¹⁶⁵ Fransız Medeni Kanununda bu durum 1134. maddede açıkça düzenlenmiş, sözleşmenin kurucu unsuru olan birey iradeleri bizzat hukuk kaynağı haline getirilmiştir. Ateş, Sözleşme Özgürlüğü, s.76.

¹⁶⁶ İmre, Medeni Hukuk, s.147; "Hakim, Medeni Kanunun 1. maddesinin kendisine tanıdığı yasa koyucu gibi hareket etme yetkisine dayanarak, özellikle hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde objektif iyiniyet kurallarına uymayı öngören MK m. 2/I; kişiliğin korunmasını düzenleyen MK m.24, ahlaka aykırı sözleşmeleri yasaklayan BK m.19/II gibi genel kurallar altında sözleşme özgürlüğüne tüketiciyi koruyucu sınırlamalar getirebilir." Yargıtay 13. HD, 18.3.1996/1734 E. 1996/2495 K.

BK m.26 ile tarafların bir sözleşmenin içeriğini özgürce belirleyebileceği ifade edilmiş, genel bir yaklaşımla, içeriğin kanunda öngörülen sınırları aşmaması gerektiği belirtilmiştir. Kişilik hakkı yani MK m.23 aşılmaması gereken sınırlamalardandır. Bu durum BK m.27 hükmü ile de açıkça ifade edilmiştir. Bu anlamda, BK m.26, MK m.23 hükmünü tamamlayıcı niteliktedir.¹⁶⁷

İrade özerkliğinin sınırlarını belirleyen MK m.23 ve BK m.26, bu sınırların ihlal edilmesi halinde uygulanacak yaptırımın ne olacağına ilişkin bir hüküm içermemektedir. Anılan yasa maddelerinin ihlal edilmesi suretiyle yapılan sözleşmelerin yaptırımını belirleyen BK m.27 uyarınca, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.¹⁶⁸

Doktrinde, MK m.23'ün, burada meselenin sadece kişi özgürlüğü açısından ele alınmış olması nedeniyle, BK m.26 ve 27'ye nazaran özel hüküm niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir. MK m.23/II anlamında özgürlüklerin ahlaka aykırı olarak sınırlanması, sözleşmenin bağlayıcılığının aşırılık karakterine ilişkindir ve sadece kişinin karar verme özgürlüğünün aşırı derecede sınırlandırıldığı hallerde bu madde uygulanır. Diğer sebeplerden kaynaklanan ahlaka aykırılık halleri MK m.23/II değil BK m.26 ve m.27 hükümleri çerçevesinde değerlendirilir. Bu ayırımı rağmen hükümler arasındaki sınırın çizilmesinin çok zor olduğu da belirtilmektedir.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Arpacı, s.143.

¹⁶⁸ Ateş, İrade Özerkliği, s.142. Bu konudaki farklı bir görüş taraftarları, sözleşmedeki bir taahhüt kişilik hakkının ihlali niteliğindeyse, somut duruma göre butlan ya da iptal edilebilirlik (düzelebilir hükümsüzlük) yaptırımlarının uygulanacağını savunmaktadırlar. Buna göre, her somut olayda MK m.23/II hükmü ile BK m.27/I hükmü bir arada değerlendirilerek koruma amaçları tespit edilmeli, özgürlüğü kısıtlanan kişinin korunduğu sonucu çıkıyorsa, bu taraf istemedikçe sözleşmenin karşı tarafına ait butlan iddiası kabul edilmemelidir. Bu konuda yaptırımın butlan değil kişilik hakkı ihlal edilenler lehine iptal hakkı olması gerektiği yönünde farklı görüşler de ileri sürülmüştür.

¹⁶⁹ Öztan, s.143; Helvacı, Koruyucu Davalar, s.22, dn.81; Alman hukukunda kişilik hakkına aykırılık konusu düzenlenmemiş olup bu konudaki meseleler BGB 138'de ifade edilen genel ahlak kurallarına aykırılık ile çözülmektedir. Ateş, İrade Özerkliği, s.140.

(3)Vazgeçme ve Aşırı Sınırlamanın Görünümleri

Özgürlüğün MK m.23/II anlamında sınırlanması değişik şekillerde olabilir. Bazı durumlarda sözleşmedeki kısıtlama nitelik olarak hukuka uygundur ancak somut olayda ortaya çıkış tarzı itibarı ile MK m.23/II'ye aykırılık teşkil eder. Örneğin, ömür boyu aynı işyerinde çalışma taahhüdü, özgürlüğün kabul edilemeyecek derecede kısıtlandığı hallere örnek teşkil eder. Hukuka aykırılık sözleşmenin niteliğinden değil, özgürlüğün kabul edilemez derecede uzun süre için kısıtlanmasından yani niceliğinden kaynaklanmaktadır.¹⁷⁰ Federal Mahkeme, bir kararında bir sanatkarın menajerinin kararlarına tamamen bağlı kalma taahhüdünün geçersiz olduğunu kabul etmiştir.¹⁷¹

Bazı durumlarda bizzat sözleşme ilişkisinin kurulması “konu oldukları taahhütler bakımından”, işlemin niteliği nedeniyle, sözleşme özgürlüğünü ihlal edebilir. Özel olarak MK m.23/II hükmüne aykırı içerikli taahhütler ile kurulan sözleşmelerde durum böyledir. Burada, kanunun kesin hükmüne rağmen kişinin kendi rızası ve iradesiyle maddi, manevi, ekonomik ve sosyal bütünlüğüne ilişkin özgürlüklerinin bir sözleşme taahhüdüne konu olması söz konusudur.¹⁷² Örneğin bir kimsenin evlenmeyeceğini, mezhebini veya dinini değiştireceğini, belli bir partiye üye olacağını taahhüt etmesi, evlilik birliği devam ederken eşinin evlilik dışı ilişkisine itirazda bulunmamayı kabul etmesi, şeref ve haysiyetine yapılacak tecavüzlere razı olacağı yönünde sözleşme yapması gibi işlemler bu gruptandır.¹⁷³

¹⁷⁰ Arpacı, s.146. 818 sayılı BK m.343, bu konuda özel düzenleme getirerek hizmet sözleşmesinin işçiyi en fazla 10 yıl bağlayabileceğini hüküm altına almıştır. Bu özel hüküm olmasaydı da, ahlaka aykırılık nedeniyle böyle bir sözleşme hukuka aykırı kabul edilecekti. Nitekim 6098 sayılı BK'da bu hükme karşılık gelen bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

¹⁷¹ Öztan, s.143, dn.64'te anılan BGE 104 II 108.

¹⁷² Ateş, İrade Özerkliği, s.140. Özgürlüklerin konu edildiği bu taahhütler borçlandırıcı işlem niteliğinde olmalıdır. Tasarruf işlemleri kişilik üzerinde değil malvarlığı üzerinde etkili olduklarından bizzat MK m.23'e aykırılık yaratamazlar ancak kişilik haklarına aykırı borçlandırıcı işlemin ifası nedeniyle denetime tabi tutulabilirler.

¹⁷³ Arpacı, s.146; Bir gerçek veya tüzel kişinin ekonomik faaliyetlerini başkasının iradesine tabi kılmak veya faaliyette bulunmayacağı yönünde yapılan boğazlama sözleşmeleri, ilgili kişinin ekonomik özgürlüğünü ve varlığını yok etmeyi amaçladığından geçersizdir. Zevkliler, Acabey, Gökyayla, s.480; Rekabet yasağı sözleşmesi işçinin ekonomik varlığını tehdit eder nitelikte ise aynı zamanda MK m.23'e aykırılık söz konusudur.

Özgürlüğün aşırı sınırlanması mahiyetinde değerlendirilen bazı durumlar kanun hükmü ile belirlenerek, kanunda belirtilen bu konularda sözleşme yapılması hukuka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz kabul edilmiştir. Örneğin, nişanlılığının evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermediği yönündeki MK m.119/I karşısında nişanlı kişilerin birbirleri ile mutlaka evleneceklerine dair yaptıkları sözleşme kesin hükümsüzdür.¹⁷⁴ Bir hukuki işlemin ahlak kurallarına aykırı olup olmadığını ise takdir yetkisini kullanarak hakim belirler

Kişinin özgürlüğünü sınırlayan sözleşmeler her durumda MK m.23/II'ye aykırılık teşkil etmez. İhlal tespit edilirken her somut olay kendi koşulları ile değerlendirilir. Örneğin, sıradan birinin dış görünümü ile ilgili bazı değişiklikler yapacağı ve belli bir süre bunu koruyacağı yönündeki taahhüdü geçersiz iken bir sinema veya tiyatro oyuncusunun yöndeki taahhüdünün geçersiz olduğu söylenemeyecektir.¹⁷⁵ Ancak, böyle bir durumda, zorla ifanın mümkün olamayacağı haklı olarak savunulmaktadır. MK m.23/III'ün kıyasen uygulanması ile bu sonuca varılmakta, zorla ifanın kabulünün kişiliğin ahlaka aykırı biçimde baskı altına alınması anlamına geleceği ileri sürülmektedir.¹⁷⁶ Böyle bir durumda MK m.23/III'ün kıyasen uygulanması makul görülebilir. Ancak, MK m.23/III uyarınca ifaya zorlanamayan kişiden tazminat da istenemeyeceği yönündeki düzenlemenin kıyasen uygulanabilip uygulanamayacağı hususu kanaatimizce somut olaya göre değerlendirilmelidir.

b. Kişiliğin Haksız Fiil Yoluyla Gerçekleşen Saldırlara Karşı Korunması (MK m.24)

MK m.23 kişiliği hukuki işlemle saldırıya karşı korurken, başkasının kişilik alanına hukuka aykırı olarak müdahalede bulunulmasını yasaklayan MK m.24 hükmü kişiliği hukuki işlem dışında kalan, haksız fiille yapılan saldırılara karşı

¹⁷⁴ Bu konuda MK m.341/II, MK m.869/I, BK m.160 ve BK m.582 örnek verilebilir. Akipek Akıntürk, Ateş Karaman, s.376.

¹⁷⁵ Arpacı, s.147, dn. 163'de anılan Tekinay, s.257

¹⁷⁶ Arpacı, s.148; Öztan, s.144. Kanaatimizce bu durumda da MK m.23/III kıyasen uygulanmalıdır.

korumaktadır.¹⁷⁷ Akdi hukukla ilgili olan MK m.23'ün aksine, MK m.24 akit dışı hukuk ve sorumlulukla ilgilidir.¹⁷⁸

MK m.24/I hükmü ile kişilik hakkına yönelik saldırının hukuka aykırı olması, hukuki korunma talebinin koşulu olarak belirlenmiştir. Hüküm somutlaştırılması gereken genel hüküm niteliğindedir.¹⁷⁹ MK m.24'ün ihlalinin yaptırımını olarak MK m.25'te, genellikle haksız fiillerin tabi olduğu tecavüzün önlenmesi, men'i, tespiti, maddi ve manevi tazminat davaları gibi davalar sayılmıştır. MK m.24 vekâşilik hakkının zedelenmesiyle ilgili BK m.58 ile korunan kişisel varlıkların tamamının kişiliği vücuda getirdiği, belirtilen iki hükmün kişiliğe karşı gerçekleşen ihlallere karşı, kişisel menfaatleri haleldar olan kişilere bir takım dava hakları bahşederek, korumanın genel esaslarını sağladığı belirtilmektedir.¹⁸⁰

Hukuka aykırılık zarar verme yasağının haklı sebep olmaksızın ihlalidir.¹⁸¹ Kişilik hakkının mutlak karakteri nedeniyle kişilik hakkına yönelik müdahaleler prensip olarak hukuka aykırıdır.¹⁸² MK m.24 uyarınca öngörülmuş hukuka aykırılık, haksız fiil sorumluluğunun varlığı için BK m.49'da düzenlenmiş hukuka aykırılıktır. Buna göre bir kimsenin başkasının kişilik hakkına saldırı teşkil eden davranışları, hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça, yazılı veya yazılı olmayan hukuk kurallarını veya kanunun emredici hükümlerini ihlal ettiği takdirde hukuka aykırıdır.¹⁸³ MK m.24/II, mevcudiyetleri halinde kişilik hakkına yönelik saldırıyı haklı kılacak bazı

¹⁷⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.207; Dural, Öğüz, s.148 vd; Zevkliler, Acabey, Gökyayla s.458 vd; Öztan, s.146.

¹⁷⁸ Özsunay, s.151; HalukTandoğan: **Türk Mesuliyet Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 2010, s.6. (1961 Yılı Birinci Basısının Tıpkı Basısı) (Kıs: Mesuliyet Hukuku)

¹⁷⁹ İmamoğlu, s.188; 818 sayılı BK'nun aksine, 6098 sayılı BK yeni bir düzenleme olarak MK m.24 paralelinde m.63'e yer vermiştir. BK m.63 uyarınca Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz. Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hallerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.

¹⁸⁰ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s.6.

¹⁸¹ Helvacı, Korumacı Davalar, s.97.

¹⁸² İmamoğlu, s.188; Dural, Öğüz s.148; Helvacı, Gerçek Kişiler, s.140.

¹⁸³ İmre, İsim ve Korunması, s.804; BK m.49/II uyarınca, zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.

hukuka uygunluk sebepleri belirlemiştir. Buna göre, 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.¹⁸⁴Aşağıda kısaca maddede belirtilen uygunluk sebeplerine yer verilecektir.

(1)Zarar Görenin Rızası

Kişilik hakkınayapılmış veya yapılacak saldırıya rıza gösteren hak sahibinin hakkına yönelik müdahale, zarara neden olsa bile, hukuka aykırılık oluşturmaz. Burada vazgeçilen hak kişilik hakkının kendisi değil, belirli bir saldırı sonucu doğacak hakların kullanılmasıdır. Rızanın varlığı durumunda, kişilik hakkına verilen zararlar ilgili tazminat talebiileri sürülebileceğini kabul etmek, doğruluk ve güven kurallarına aykırı düşeceğinden hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur.¹⁸⁵

MK m.24/II'nin ifadesi, zarar görenin kişilik hakkının ihlaline rıza göstermesi ile hukuka aykırılığınkesin olarak ortadan kalkacağı anlamına gelecek, mutlak bir ifade olarak kabul edilemez. Rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabulünde her zaman MK m.23/II ve BK m.27 ile öngörülmüş sınırların göz önünde bulundurulması gerektiği muhakkak hatırlanmalıdır. Kişinin özgürlüklerinden vazgeçmesini veya hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlanmasına yönelik işlemler konusunda gösterdiği rıza geçersiz kabul edilecektir.¹⁸⁶ Aynı şekilde, kanunun

¹⁸⁴ Doktrinde, zarar görenin rızasının, bu konuda hiçbir kayıt koymadan hukuka aykırılığı kaldırmasının MK m.23'ün felsefesine aykırı olduğu ileri sürülmektedir. Üstün nitelikte özel yararı veya kamu yararının mevcudiyeti halinde ve kanunun verdiği yetkinin kullanılması hallerinde de hukuka aykırılığın ortadan kalkmasının tehlikeli sonuçlara yol açabileceği ifade edilerek hüküm eleştirilmiştir. Arpacı, s.149-150, dn.174 vd. da anılan Tekinay.

¹⁸⁵ Öztan, s.149.

¹⁸⁶ "...Kişilik haklarına saldırı niteliği taşımasına rağmen, bir basın açıklamasının kişinin rızası nedeniyle hukuka uygun sayılabilmesi için verilen rızanın MK m.23sınırları içinde kalması gerekir. BU anlamda olmak üzere rıza hukuka ya da ahlaka aykırı olmamalıdır. Hukuka ya da ahlaka aykırı olarak verilen rıza MK m.23'e aykırı olup, basın yoluyla yapılan açıklamayı hukuka uygun hale getiremez. Buna örnek olarak bir kimsenin bütün sırlarının ifşa edilmesine, aile yaşantısıyla ilgili en mahrem olan konuların açıklanmasına, şeref ve haysiyetine her türlü saldırının yapılmasına ilişkin rızalar gösterilebilir. Bu gibi hallerde yapılan açıklama, rızaya rağmen hukuka aykırıdır..." Yargıtay HGK E. 2003/4-161, K. 2003/201, T. 26.3.2003. www.kazanci.com , 25.12.2013.

emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmeler konusundaki taahhütler de kesin olarak hükümsüzdür.

Kişilik hakkına yönelik saldırılarda hukuka uygunluk sebebi olarak rıza istisnai durumlarda kabul edilir. Hak sahibinin üzerinde serbestçe tasarruf etmesi hukuken veya ahlaken mümkün kişisel değerleri söz konusu olduğunda rıza hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir.¹⁸⁷ Aksi halde, hak sahibinin rızası, MK m.24/II anlamında hukuka uygunluk sebebi teşkil eden rıza değil, BK m.52 uyarınca zarar görenin gösterdiği, kişilik hakkına saldırıda bulunanın kusurunun hafiflemesine ve verilecek tazminatta indirime gidilmesine neden olan rıza niteliğindedir. Bu durumda, kişilik hakkına saldırıya razı olmak saldırıyı hukuka uygun hale getirmeyecektir.¹⁸⁸ Örneğin, bir kimsenin fotoğraflarının bir reklam kampanyasında kullanılmasına rıza göstermesi hukuka uygunluk sebebi teşkil ederken, bir kimsenin kendisine bedensel şiddet uygulanmasına rıza göstermesi BK m.52 anlamında rıza olarak kabul edilebilir.¹⁸⁹

Kişilik hakkına yönelik saldırıdan önce veya en geç saldırı anında verilen rızanın hukuka uygunluk sebebi olarak kabulü mümkündür. Birden fazla kişiyi etkileyecek bir saldırı ile ilgili verilen rızanın hukuka uygunluk sebebi oluşturması

¹⁸⁷ Bulut, s.134; Kılıçoğlu, s.291.

¹⁸⁸ Kişilik hakkına saldırı halinin, rızanın hukuka aykırılığı gideremeyeceği en önemli hal olduğu ve bu nedenle MK'nun 24.maddesindeki "rıza" sözcüğünün kişilik hakları sistemine son derece yabancı düştüğü belirtilmektedir. Buna göre, MK m.23'ün kişiyi bizzat kendisine karşı koruyan hükümleri sayılmadan "rıza"nın, hukuka aykırılığı bu derece genel ve mutlak olarak kaldırabileceği söylenemez. Kişilik hakkına saldırıya rızanın BK m.52'de öngörülen rıza olduğu, MK m.24'te fiili hukuka uygun hale getiren rıza söz konusu olduğu halde, BK m.52'de fiil hukuka aykırı olup, zarar görenin vermiş olduğu rıza nedeniyle sadece tazminattan tenkis yoluna ya da tazminata hiç hükmetmemeye yol açan bir rıza halinin söz konusu olduğu, ikisinin karıştırılmaması gerektiği vurgulanmaktadır. Yargıtay HGK E. 2003/4-161, K. 2003/201, T. 26.3.2003 ve kararda anılan Selahattin Sulhi Tekinay Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 1992, s.259. www.kazanci.com (erişim tarihi 25.12.2013)

¹⁸⁹ AİHM, K.A. et A.D. davasında AİHS m.8 çerçevesinde sado-mazoşist grup sekse ilişkin değerlendirmeleri sonucu hüküm tesis ederken, ağırlığı özgür iradeye ve rızaya vermiştir. Bu husus doktrinde eleştirilmiş, kişisel özerklik ve rıza nosyonları yerine insan onuru kavramına dayanılması gerektiği, insan onuru değerinin kişisel özerkliğin üstünde olduğu, hiç kimsenin kendi onuruna aykırı davranılmasına rıza gösteremeyeceği savunulmuştur. (K.A. et A.D. c. Belgique, (Requetes No.42758/98-45558/99) Arrêt du 17 Février 2005, para.85) Arslan Öncü, s.43-44.

için, ilgili kişilerin tümünün rıza vermiş olması gereklidir.¹⁹⁰Saldırıdan sonra verilen rızanın hukuka aykırılığa etkisi olmayıp ancak hukuka aykırı müdahale nedeniyle doğan sonuçlardan vazgeçme anlamını taşıyabilir.¹⁹¹Rızasını açıklayan kişi, müdahale gerçekleşmedikçe, her zaman rızasını geri alabilir. Ancak rızanın geri alınması nedeniyle karşı taraf zarar uğramışsa, zararını talep hakkı doğabilir.¹⁹² Müdahaleden sonra rızanın geri alınması mümkün olmayıp, bu durumda müdahale hukuka uygun kalır. Örneğin, resminin bir dergide yayınlanmasın rıza gösteren kişi sonradan kişilik hakkının ihlali nedeniyle hukuki korunma talebinde bulunamaz. Yeter ki yapılan yayımla ilgili verilen rızanın sınırları aşılmamış olsun.

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak rızanın sınırları belirlenmiş bir müdahaleye ilişkin olması ve vazgeçmenin sonuçlarının öngörülebileceği şartlarda, bilinçli ve özgür irade ile verilmiş olması gerekir.¹⁹³ Rıza şekil şartı aranmayan hallerde sarıh veya zımni olarak verilebilir. Ancak yazılılık şartı aranan hallerde yazılı şekle uyulmadan verilen rıza geçerli değildir.¹⁹⁴

Hukuki işlem niteliği taşıyan rızanın¹⁹⁵ geçerli olması için hukuki işlem ehliyetinin mevcut olması gerekir. Tam ehliyetliler ve sınırlı ehliyetlilerin rızaları geçerlidir. Durum sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizler bakımından özellik göstermektedir. MK m.16/1'in sınırlı ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmaları için yasal temsilcilerinin rızasının gerekli olmadığı yönündeki düzenlemesi karşısında, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların geçerli olarak

¹⁹⁰ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.213; Kılıçoğlu, s.295. Bu konuda yazar bir mektuplaşmanın taraflarını örnek vererek, mektubun içeriğinin basına açıklanmasının hukuka aykırı nitelikte olmaması için mektubu gönderenin ve alıcının her ikisinin de rızasının şart olduğunu belirtmektedir.

¹⁹¹ Helvacı, Gerçek Kişiler, s.144; Kılıçoğlu, s.293.

¹⁹² Uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren tarafın, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olduğunu düzenleyen BK m.512/II hükmü, kıyas yolu ile hakkın kötüye kullanılmasını engellemek ve uygun olmayan zamanda rızasını geri alarak diğer tarafın zararını tazmin etmenin hukuki dayanağını oluşturur.

¹⁹³ Örneğin magazin muhabirlerinin karşısında fotoğrafı çekilirken poz veren bir kimsenin, fotoğrafının çekilmesine zımnen rıza gösterdiği kabul edilir. Tandoğan, Şahsiyetin Korunması, s.33. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.209; Helvacı, Gerçek Kişiler, s.142-143.

¹⁹⁴ Örneğin MK m.23/III uyarınca insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli yazılı rıza ile mümkündür.

¹⁹⁵ Bu konudaki farklı görüşler için bkz. Kılıçoğlu, s.291.

tek başlarına rıza gösterebilecekleri; ancak, saldırının önemine göre küçük ya da kısıtlı vereceği rızanın tüm sonuçlarını öngörebilecek durumda değilse, yasal temsilcisinin de onayının gerekli olduğu savunulmaktadır.¹⁹⁶ Bu görüşe karşı, hakların kullanılmasından vazgeçme sonucunu doğuracak saldırıya rıza göstermenin ancak yasal temsilcinin izniyle mümkün olması gerektiği savunulmaktadır.¹⁹⁷ Burada hakkın kullanılması değil hakkın kullanılmasından vazgeçme söz konusu olduğundan ikinci görüşe katılıyoruz. Tam ehliyetsizlerin kişilik hakkına yönelik saldırılara rıza göstermeleri ise geçersizdir ve kişilik hakkı münhasıran şahsa bağlı hak olduğundan bu konuda yasal temsilcilerinin onlar adına rıza vermesi de mümkün değildir.¹⁹⁸ Ancak, tıbbi müdahale ve benzeri gibi tam ehliyetsizin korunması için rıza gerekli olan hallerde yasal temsilcinin onun adına rıza verebileceği kabul edilmelidir.

(2)Üstün Nitelikte Özel veya Kamusal Yarar Bulunması

Üstün nitelikte özel yararın varlığı halinde kişilik hakkı saldırıya uğrayanın rızası bulunmasa da saldırıda bulunan kişinin davranışı hukuka uygun kabul edilir. Daha üstün nitelikteki özel yarar kişilik hakkından kaynaklanan ve kişisel değerleri korumayı amaçlayan durumlarda ortaya çıkmaktadır. Üstün nitelikteki özel yarar kişilik hakkı ihlal edilen kişiye, faile ya da üçüncü bir kişiye ait olabilir.¹⁹⁹ Mağdur bakımından üstün nitelikte özel yarar genellikle tıbbi müdahaleler açısından söz konusu olur.²⁰⁰ Anne babanın çocuklarına karşı velayet hakkından doğan müdahaleleri de çocuğun rızası bulunmamasına rağmen bu kapsamdadır.²⁰¹ Faile ya

¹⁹⁶ Helvacı, Gerçek Kişiler, s.142; Kılıçoğlu, s.295.

¹⁹⁷ Kılıçoğlu, s.295; Küçüklerin velayet hakkına sahip annelerinden izin alınmadan fotoğraflarının ticari amaçla çıkarılan bir dergide yayınlanması karşısında, küçüklerin yaşları itibarıyla bu konudaki istek ve rızalarının davalıların eylemlerini haklı kılmayacağı ve hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağı yönünde bkz. Yargıtay 4. HD E. 2008/6920, K. 2009/3478, T. 10.3.2009, www.kazanci.com (erişim tarihi 25.12.2013)

¹⁹⁸ Kılıçoğlu, s.294; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.212.

¹⁹⁹ Helvacı, Gerçek Kişiler, s.145; Dural, Ögüz s.150; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.214.

²⁰⁰ Acil tıbbi müdahalelerin rıza aranmaksızın yapılabilmesi Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70. maddesi uyarınca da hukuka uygundur. Ayrıca mağdurun üstün yararı söz konusu olan çoğu halde Borçlar Kanunu'nun vekaletsiz iş görmeye ilişkin hükümlerinin uygulanabilir olduğu belirtilmektedir. Helvacı, Koruyucu Davalar, s.126-127.

²⁰¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.159; Üstün nitelikte özel menfaatin varlığının sadece zarar gören yönünden değil zarar veren yönünden de söz konusu olması konusunda bkz. Öztan, s.149.

da üçüncü bir kişiye ait üstün nitelikte özel yararın hukuka aykırılığı ortadan kaldırması, saldırınınBK m.63 hükmünde öngörülen haklı savunma veya kişinin hakkını kendi gücüyle koruması niteliğinde olması veya zorunluluk hali sonucu gerçekleşmesi durumlarında da söz konusu olmaktadır. Anayasanın 36. maddesinde düzenlenmiş hak arama özgürlüğün kullanılması da hukuka aykırılığı ortadan kaldıran üstün nitelikte özel yarar olarak kabul edilmektedir.²⁰²

Toplumun genel değer ve menfaatleri ile bireyin kişilik hakkının çatışması halinde kişinin rızası bulunmasa da üstün nitelikte özel veya kamusal yarar nedeniyle kişilik hakkı sınırlanabilmektedir. Salgın hastalıklarda aşı mecburiyeti olması hali ve benzeri örnekler verilebilirse de konumuz bakımından en önemli hal kişilik hakkının kitle iletişim araçlarının faaliyetleri nedeniyle sınırlanmasıdır. Bu konu kişilik hakkı ile çatışan hak olarak ifade özgürlüğünün ele alındığı bölümde detaylı şekilde inceleneceğinden, burada sadece iki hakkın eş değerde olduğunu ve çatışmaları halinde somut koşullara göre hakların dengelenerek bir sonuca varılacağını, kitle iletişim araçlarının ifade özgürlüğünün bu dengeleme yapılmadan hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilemeyeceğini belirtmekle yetiniyoruz.

(3) Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması

Kanundan kaynaklanan bir yetkinin, kanunun tayin ettiği çerçevede yetkili kişi tarafından kullanılması sonucu bir kimsenin kişilik hakkına saldırı oluşturan fiiller hukuka aykırı kabul edilmez.²⁰³ Örneğin kanunun gösterdiği hallerde ve usulüne uygun olarak gerçekleşen kişinin üstünün veya evinin aranması, telefonlarının dinlenmesi, kanuna uygun olarak düzenlenen hacir kararının ilanı gibi eylemler hukuka aykırı değildir.

²⁰² Bulut, s.146-148.

²⁰³ Bulut, s.172.

D. Kişilik Hakkının Mukayeseli Hukukta Korunması

Modern hukuk sistemlerinde kişilik hakkı veya bazı kişisel değerlerin varlığı konusunda ortak bir anlayış bulunsa da, hakkın korunma şekli ve düzeyi bakımından bir mutabakattan bahsetmek mümkün değildir. Öncelikle ihlal edilmiş bir hakkın var olup olmadığı, hakkın varlığının ve ihlal edildiğinin kabul edilmesi halinde, ilgili ülkenin iç hukukuna göre kişilik hakkının ifade özgürlüğü hakkı ne şekilde dengeleneceği, sorumluluğun hukuki temeli, meydana gelen zararın değerlendirilmesi ve tazmin edilmesi gibi hususlar farklı esaslara tabi olabilmektedir. Ancak, hukuk düzenlerine bakıldığında, kişilik hakkına ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmiş olsun ya da olmasın, genel olarak kişilik hakkı kapsamında değerlendirilebilecek farklı kişisel değerlerin, anayasal düzeyde²⁰⁴ veya başta medeni

²⁰⁴ İspanyol Anayasası'nın 18/1 maddesi kişisel ve ailevi mahremiyeti koruma altına almaktadır. Kişinin şeref ve haysiyeti de aynı fıkra kapsamında korunur. Aynı maddenin hakkı geliştiren 2, .3. ve 4. fıkraları konut dokunulmazlığını, posta, telgraf ve telefon iletişiminin gizliliğini düzenlemekte ve bilgi teknolojilerinin kullanımı hakkında kısıtlamalar içermektedir. Özel yaşam hakkının her birey için kabul edilmiş bir hak olduğu Belçika'da, 1994 tarihli Belçika Anayasasının 22. maddesinde özel yaşam hakkı temel hak olarak sunulmuştur. Yunan Anayasasının 9. maddesinin birinci bölümünde özel yaşam ve aile yaşamı hakları dokunulmaz kişi hakları olarak tanımlanmıştır. Yunanistan'da yaşam hakkı, bireysel bütünlük, kişisel kimlik ve kişiliğin gelişimi, kişinin itibarını savunma hakkı ve mahremiyet hakkı Anayasa tarafından açıkça korunan haklar olarak kabul edilmektedir. Letonya Anayasası 96. maddesi ile özel yaşam, konut ve haberleşmenin korunmasını düzenlemektedir. Danimarka Anayasası 72. maddesinde mahremiyet hakkını düzenlemektedir. 1983 tarihli Hollanda Anayasası 10. maddesi ile mahremiyet hakkını koruma altına almakta ve Estonya Anayasası 26. maddesi ile özel yaşamın, kişisel ve aile yaşamının dokunulmazlığını ifade etmektedir. 23 Mayıs 1949 tarihli Alman Anayasasında kişisel veya aile mahremiyeti hakkını doğrudan kabul eden bir kural bulunmamasıyla birlikte, anayasada insan onurunun korunması ve kişiliğin serbest gelişiminin güvence altına alınması için hüküm mevcuttur. Anayasasının 10/1 maddesi mektupların ve iletişimin gizliliğinden bahsederken, 13. maddesi konut dokunulmazlığını kabul eder. Benzer şekilde mahremiyeti hak olarak belirleyen hiçbir söz içermeyen 27 Aralık 1947 tarihli İtalyan Anayasası 14. maddesiyle konut dokunulmazlığını ve 15. maddesiyle iletişimin gizliliğini kabul etmektedir. 2 Nisan 1997 tarihli Polonya Cumhuriyeti Anayasasının 30. maddesi, kişinin doğasında bulunan ve devredilemeyen ve vatandaşların haklarına ve özgürlüklerine kaynak oluşturan bir hak olarak insan onurunu ifade eder. Polonya Anayasasının 41/1 maddesi her birey için dokunulmazlığın ve kişisel güvenliğin sağlanması gerektiğini hüküm altına almaktadır. Özgürlüğün herhangi bir şekilde kısıtlanması veya kaldırılması ancak yasada belirtilen prensiplere ve usullere uygun olarak söz konusu olabilir. 42/2. madde iletişimin özgürlüğünü ve gizliliğini sağlar. İsveç Anayasası da mahremiyete ilişkin bir hüküm içermemekle birlikte, 6. maddesi ile konut dokunulmazlığı ve iletişimin gizliliğini koruma altına almaktadır. Benzer şekilde mahremiyet korumasına yer vermeyen Macar Anayasası, 54. maddesi ile herkesin yaşam hakkı ve insan onuru hakkına sahip olduğunu ve 59. maddesi ile kişisel itibar ve konut mahremiyetini ve kişisel verilerin gizliliğini düzenlemektedir. Comparative Study on the Situation in the 27 Member States As Regards the Law Applicable To Non-contractual Obligations Arising Out Of Violations of Privacy and Rights Relating To Personality. JLS/2007/C4/028. Final Report, s.37-40 (Kıs: Comparative Study, Final Report) (Kıs: Comparative Study, Final Report), (Çevrimiçi) ec.europa.eu/justice/civil/files/study_privacy_en.pdf, 03.04.2013; Özel yaşam hakkına etkili koruma sağlanan Fransa'da ise Anayasa'da kişilik hakkı kapsamındaki

kanun ve ceza kanunu kanunlar düzeyinde korunduğu ya da içtihat hukuku ile geliştirilmiş bir koruma sağlandığı görülmektedir. Örneğin, aşına olduğumuz İsviçre ve Türk hukukları ile Avusturya²⁰⁵ hukuku, kişilik hakkını genel bir hak olarak tanımaktadırlar. Kişilik hakkı çerçeve bir hükümlerle korunmakta, genel hükme ilaveten, bazı kişisel değerlerin özel hükümlerle düzenlenmektedir. Bu yöntem kişilik hakkına ilişkin çerçeveyi ortaya koyarak, içeriğinin belirlenmesini doktrin ve yargıya bıraktığından, kişilik hakkının dinamik özelliğine uygun ve hakkın korunmasının sağlanmasında etkin olan bir yöntemdir.

Kişilik hakkını düzenleyen bir hükme sahip olmayıp, hakkın haksız fiil prensipleriyle korunduğu ve çeşitli mahkeme içtihatlarıyla kişilik hakkı kapsamındaki kişisel değerlerin belirlendiği hukuk düzenlerine örnek olarak Fransa ve Belçikahukuklarından bahsedilebilir. Fransız pozitif hukukuna bakıldığında, kişilik hakkını koruyucu düzenlemenin Fransız Medeni Kanununun 9. maddesinde yer alan her insanın özel hayat hakkına sahip olduğu yönündeki hükümden ibaret olduğu görülmektedir.²⁰⁶ Belçika hukukunda da, 1994 tarihli Belçika Anayasasının 22. maddesinde özel yaşam hakkına temel haklar arasında yer verilmiştir. Anayasal

değerler ilişkin herhangi koruyucu bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, 4 Ekim 1958 yılında yayınlanan Fransız Anayasasının önsözünde yer alan ve Fransız anayasasının bir parçası olarak kabul edilen 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin ikinci ve dördüncü maddeleri ile de kişilik hakkının teyit edildiği kabul edilmektedir. Fransız Anayasa Konseyi, mahremiyet hakkı basın özgürlüğü gibi Fransız Anayasasında açıkça düzenlenmiş olmasa da, her iki hak da Fransız demokrasisinin yapıtaşı olan bireysel özgürlükten kaynaklandığı için, mahremiyet hakkının dolaylı olarak anayasa metninde yer aldığı görüşündedir. Karine Anterion, Olivier Moréteau: "The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media in France", **Tort and Insurance Yearbook**, Vol. 13, 2005, s.123, (Çevrimiçi)

<http://www.springerlink.com/content/j6014641vr480741/fulltext.pdf>, 11.08.2011.

²⁰⁵ 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunu'nun (Austrian Civil Code (ABGB) 16. maddesine göre, her insanın doğum olgusuna bağlı olarak "doğal hakları" vardır ve bu nedenle kişi olarak kabul edilir. Bugün, bu hüküm insanın kişiliğini, onurunu ve kimliğini koruyan genel hüküm olarak görülmekte ve içtihat hukuku tarafından, herhangi başka bir özel hüküm bulunmadığı hallerde mahremiyet ve kişilik haklarının korunmasında genel kişilik hakkı hükmü ve torba hüküm olarak yorumlanmaktadır. Comparative Study on the Situation in the 27 Member States As Regards the Law Applicable to Non-contractual Obligations Arising out Of Violations of Privacy and Rights Relating to Personality, s.3. (Kis: Comparative Study, National Reports), (Çevrimiçi)

http://ec.europa.eu/justice/doc_centre/civil/studies/doc/study_privacy_annexe_3_en.pdf, 03.04.2013

²⁰⁶ Bu madde 17 Temmuz 1970 tarihli 70/643 sayılı yasa ile getirilmiştir. Bu hüküm özel hayatın gizliliğinden ziyade özel hayata saygı hakkı ile ilgilidir. Fransa'da özel hayatın gizliliği, sadece kişisel verilerin kontrolü ile ilgili konularda özel hayat kavramı içinde yer alır. Aydemir, s.21; Comparative Study National Reports, s.44.

düzenlemede özel yaşam hakkı kişisel verilerle ilişkilendirilerek korunmaktadır.²⁰⁷ Alman hukukunun örnek gösterilebileceği diğer bir sistemde, mevzuatta kişilik hakkının korunmasına ilişkin genel bir hüküm bulunmayıp, bazı kişisel değerlerle ilgili özel hükümlerin mahkeme içtihatlarıyla genişletilmesi yoluyla kişilik hakkına koruma sağlanmaktadır. Son olarak genel bir kişilik hakkı konseptine sahip olmamakla birlikte birtakım kişisel değerlerin haksız fiil hukuku temelinde belirlenmiş çeşitli özel davalarla korunduğu İngiliz hukukundan bahsedilebilir.²⁰⁸ Alman hukukunda da başlangıçta bu sistem tercih edilip, bazı temel kişilik hakları sayılarak bunların korunması yoluna başvurulmuşsa da, daha sonra, yukarıda da belirtildiği gibi, genel bir kişilik hakkının tanınması yolu benimsenmiştir.²⁰⁹ Genel bir kişilik hakkı konseptine sahip olmayan İngiliz hukuku bakımından, diğer haksız fiiller arasında kişinin itibarı, şöhreti ve sınırlı ölçüde mahremiyeti ile ilgili menfaatlerini koruyan şeref ve haysiyetin ihlaline ilişkin haksız fiilin (defamation) birincil öneme sahip olduğunu belirtmek gerekir.²¹⁰ Aşağıda kişilik hakkının korunmasında farklı esasları benimsemiş Alman, Fransız, İngiliz ve Amerikan hukuk düzenlerinin gösterdiği özelliklere kısaca değinilecektir.

1. Almanya

Alman hukukunda bazı kişisel değerleri koruyan hükümler bulunmakla birlikte, kişilik hakkına ilişkin genel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Federal Yüksek Mahkeme (Bundesgerichtshof -BGH) ve Federal Anayasa Mahkemesinin

²⁰⁷ 8 Aralık 1992 tarihli Özel Yaşam Yasası ile de vatandaşlar kişisel verilerinin herhangi bir şekilde kötüye kullanılmasına karşı korunur. 11 Aralık 1998 tarihinde 95/46/EC AB Direktifi iç hukuka aktarılırken bu yasadaki önemli değişiklikler yapılmıştır. Comparative Study, National Reports, s.8.

²⁰⁸ Özsunay, s.167-168; Csongor István Nagy, Sarolta Szabo: “A Way Ahead Toward a Deeper Integration of EU PIL: The Unification of The Rules on Violation of Privacy and Rights Relating To Personality”, **Central and Eastern European Countries After and Before the Accession**, Eds: Somssich, Réka-Szabados, Tamás. ELTE- Jean Monnet Centre of Excellence, Vol 1. Budapest, 2011, p.192, (Çevrimiçi) http://jmce.elte.hu/docs/Disc_EUPIL/discussionpaperEU_PIL_Privacy.pdf 03.06.2014.

²⁰⁹ Aydemir, s.21.

²¹⁰ Mireille van Echoud: “The Position of Broadcasters and Other Media under the Proposed EC ‘Rome II’ Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations”, IRIS plus, No. 2006-10, 2006, s.13, (Çevrimiçi) <http://www.obs.coe.int/documents/205595/264581/IRIS+plus+2006en5LA.pdf/dfa93d5a-3d6b-48fe-b281-ae5471e1f1b7>, 08.01.2014.

(Bundesverfassungsgericht -BVerfg) kararlarından oluşan içtihat hukuku ile Almanya’da kişilik hakkı genel bir hak olarak tanınmış ve korunmaktadır.²¹¹

Almanya’da kişilik hakkının korunmasında başlangıç noktası, bazı kişisel değerlerin Anayasa ile güvence altına alınmasıdır.²¹² Genel kişilik hakkının varlığının kabulünde, Federal Yüksek Mahkeme’nin “Okur Mektubu” kararı olarak bilinen 1954 tarihli kararı²¹³ ana karardır. Bu davada Mahkeme, Anayasanın insan onuruna saygı ve kişiliğin özgürce geliştirilmesi hakkını güvence altına alan birinci ve ikinci maddeleri ışığında ve Alman Medeni hukukunun genel haksız fiil hükmü olan 823. madde hükmünden yararlanarak, kişilik hakkının temel hak olarak güvence altına alındığı sonucuna varmıştır. Mahkeme öncelikle kişilik hakkının 823. maddede belirtilen “başkasının diğer hakları” kapsamında olduğunu tespit etmiş²¹⁴ ve hakkın Anayasal korumaya sahip olduğuna hükmetmiştir.

²¹¹ Paul M. Schwartz, Karl-Nikolaus Peifer: “Prosser’s Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better than One Unitary Concept?”, **California Law Review**, Vol. 98, 2010, s.1950. (Çevrimiçi) <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1755>, 14.05.2013.

²¹² Brüggemeier, s.24; 23 Mayıs 1949 tarihli Alman Anayasasının 1. maddesi insan onurunun dokunulmazlığını, 2. maddesi kişiliğin özgür gelişiminin ve kişinin dokunulmazlığının garanti altına alınmasını düzenlemekte, 10. maddesinin birinci fıkrası iletişimin gizliliğini ve 13. maddesi konut dokunulmazlığını koruma altına almaktadır. Comparative Study, National Reports, s.61; Aksu, s.127, dn.22,23.

²¹³ Gerhard Wagner: “The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media in Germany”, **Tort and Insurance Yearbook**, Volume 13, 2005, s.140, dn.10’da anılan Hjalmar Schacht davası, Bundesgerichtshof (BGH) in [1954] BGHZ 13, 334, 338. (Çevrimiçi) <http://www.springerlink.com/content/p046n2v4lr7p6227/fulltext.pdf> , 11.08.2011; Schwartz/ Peifer, s.1951.

²¹⁴ Alman Medeni Kanununun 823. maddesi uyarınca, bir başkasının yaşam, sağlık, özgürlük, mülkiyet veya başka bir hakkına kasten veya ihmalen hukuka aykırı olarak zarar veren kişi, zarar görenin bundan kaynaklanan zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Hükmün ihlali durumunda mağdur lehine tazminata yol açacak belirli bazı hakları sayılırken, başkasının ihlal edilecek “başka bir hakkından” bahsedilerek, sayılanlarla benzer özellikteki diğer hakların hüküm kapsamında değerlendirilmesine imkan tanınmaktadır. Eşit önemde olduğu kabul edilen diğer hakları da kapsamına alarak genişleme potansiyeli nedeniyle hüküm “yarı açık” hüküm olarak değerlendirilmektedir. Federal Yüksek Mahkeme de 1954 tarihli kararında, Anayasanın ilgili hükümleri ışığında, bir insanın kişiliğine ilişkin genel hakkın medeni kanun çerçevesinde yasal geçerliliğini tespit ederek, kişilik hakkını 823. maddenin öngördüğü diğer haklar kapsamında kabul etmiştir. Comparative Study, Final Report, s.45; Personality Rights in Germany. (Çevrimiçi) <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/gercases.asp>, 19.03.2012; Aksu, s.128.

Genel kişilik hakkının varlığını defalarca teyit eden Federal Yüksek Mahkeme, 1954 tarihli kararından sonra 1958 yılında Herrenreiter davasında²¹⁵ ve 1965 yılında Süreyya davasında²¹⁶ genel kişilik hakkının varlığını teyit etmiştir. Bu davaların bir özelliği de, haksız fiil hukukunda manevi tazminatın kapsamını oldukça dar tutan Alman hukukunda kişilik hakkının ihlali halinde de manevi tazminata hükmedilebileceğinin tespit edilmiş olmasıdır.²¹⁷ Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin Prenses Süreyya davasında kişilik hakkının ihlali nedeniyle manevi tazminata hükmetmesi üzerine karara itiraz eden yayıncı, Federal Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Federal Anayasa Mahkemesi, kişilik hakkının varlığını teyit etmekten başka, olası haksız fiil faillerine karşı kişilik hakkını parasal yaptırımlarla korumanın batı dünyasının diğer hukuk sistemlerinde yaygın olduğunu ve Alman Medeni Kanununun da bu yönde değişim ve dönüşüm ihtiyacı içinde olduğunu tespit etmiştir.²¹⁸

Alman hukukunda genel kişilik hakkı yanında, kişinin adı ve görüntüsü üzerindeki hakkı özel olarak korunmaktadır. Kişinin görüntüsü üzerindeki hakkı Alman Telif Hakları Kanunu'nun (Kunsturhebergesetz-KUG) 22. maddesinde

²¹⁵Herrenreiter / "Gentleman Rider", I ZR 151/56, Bundesgerichtshof, 14.2.1958, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen 26, 349, Personality Rights in Germany, (Çevrimiçi)

<http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/gercases.asp#Herrenreiter> (erişim tarihi 17.03.2012)

²¹⁶ Wagner, s.143, dn.25'de anılan BGH in [1965] NJW, 685 et seq.; Dava Prenses Süreyya ile kişisel sorunları üzerine yapılmış olduğu ileri sürülen ancak aslında kesin olarak mevcut olmayan bir konuşmanın yayınlanması ile ilgilidir. Von Caemmerer, s.75.

²¹⁷ Alman haksız fiil hukukunda manevi zararlar için tazminat ödenmesi, istisnai hallerde gerçekleşmektedir. Alman Medeni Kanunu'nun 253. maddesinin birinci fıkrası, maddi kayıp dışında herhangi bir zarar için tazminat olarak paranın ancak kanunda öngörülen hallerde talep edilebileceğini düzenlemektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise, vücut bütünlüğüne, sağlığa, cinsel özgürlüğe verilen zarar için tazminat ödendiği hallerde, manevi kayıp için de makul düzeyde parasal tazminat talep edilebileceğini düzenlemektedir. Federal Yüksek Mahkeme, fiziksel acı için manevi tazminat ödenebileceğine ilişkin – o dönemde 847. madde olarak yürürlükte olan – hükmün kapsamını analogi yoluyla genişleterek, 823. madde kapsamında kabul edilen kişilik hakkının ihlali nedeniyle manevi tazminata hükmedilebileceği yönünde karar vermiştir. Personality Rights in Germany; Wagner, s.141–143; Comparative Study National Reports, s.61; Kişilik hakkının ihlal edildiği birçok durumda manevi zarar olduğundan, bu davalar bakımından manevi zarar ödenmesinin kabul edilmemesi halinde, genel kişilik hakkının haksız fiiller hukuku açısından tanınmasının boş bir çaba olarak kalacağı ifade edilmektedir. Von Caemmerer, s.80; Schwartz, Peifer, s.1951.

²¹⁸ Wagner, s.143, dn.28'de anılan BVerfG in [1973] BVerfGE 34, 269, 289 et seq.

düzenlenmiştir.²¹⁹ Telif Hakları Kanunu'nun m.22/1 fıkrası uyarınca bir kimsenin görüntüsü, görüntülenenin onayı bulunmadıkça çoğaltılamaz ve yayınlanamaz. Buna göre görüntünün izinsiz olarak çoğaltılması ve yayınlanması hallerinde Telif Hakları Kanununun ihlali gerçekleşirken, resim, fotoğraf veya başka bir şekilde görüntünün ilk kez üretilmesi halinde genel kişilik hakkının ihlali söz konusu olmaktadır.²²⁰ Kişinin adı üzerindeki hakkı ise Alman Medeni Kanununun 12. maddesi ile düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile ad başkalarının yetkisiz kullanıma karşı korunmaktadır. Ada ilişkin kanun hükmü kişiyi tanımlayan adı koruduğundan, kişi ile yakından bağlantılı ve kullanıldığında toplum tarafından o kişinin ifade edildiği anlaşılan ön ad ve takma adlar da düzenleme kapsamında kabul edilmektedir.²²¹

Bu özel düzenlemeler dışında kişinin şeref ve ticari itibarı ceza kanunu çerçevesinde de korunmaktadır. Medeni Kanun'un 826. maddesinde de ahlaka aykırı bir davranışla başkasına zarar verilmesi halinde zarar verenin zararı gidermekle yükümlü olacağına ilişkin genel kural bulunmaktadır. 1954 tarihli kararlarla birlikte kişilik hakkı Almanya'da temel hak olarak kabul edilmiş olup, kasten veya ihmal ile gerçekleşmiş saldırı niteliğindeki tüm fiillere karşı kişilik koruma altına alındığından, bu hüküm kişiliğin korunması bakımından işlevselliğini kaybetmiştir.²²²

²¹⁹ Alman hukukunda görüntü geniş anlamda kabul edilmektedir. Görüntünün yer aldığı yayının ortamı ve şekli önemli değildir. Görüntü bir çizim, boyama, karikatür, heykel veya oyuncak bebekte somutlaştırılmış olabilir. Kişi kendisiyle özdeşleşmiş giyim tarzı, saç stili veya jestlerle de ifade edilmiş olabilir. Bir kimsenin yüzü görünmediği hallerde dahi, bir şekilde tanınabilir olması Telif Hakları Kanunu'nun 22. maddesi çerçevesinde koruma sağlanıp sağlanmayacağı konusunda belirleyicidir. Susanne Bergmann: "Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis", 19 Loy. L.A. Ent. L. Rev. 1999, s.504. (Çevrimiçi) <http://digitalcommons.lmu.edu/elr/vol19/iss3/1>, 25.05.2013.

²²⁰ Bergmann, s.503.

²²¹ "Romy" olarak tanınan ünlü Alman aktris Romy Schneider'in adının aktrisle ilgisi olmayan bir filmde kullanılması üzerine açılan davada, Münih Temyiz Mahkemesi, Romy adının kullanılmasının genel olarak topluma Romy Schneider'i hatırlatacağı gerekçesiyle aktris lehine karar vermiştir. Bergmann, s.510, dn. 294'te anılan Oberlandesgerichte Mfinchen Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht [OLG Mfinchen GRUR] 1960, 394 'Romy.'; Belirtilmelidir ki, karıştırılma olasılığı sadece adın ayırt ediciliğine değil aynı zamanda adın sahibinin belirli bir şöhrete sahip olduğu alana bağlı olarak da değerlendirilmektedir. Buna göre, Romy adı bir film için değil de ayakkabı üreticisi tarafından kullanılmış olsaydı, bu kullanıma izin verilebilirdi. Ae, s.511.

²²² von Caemmerer, s.71.

Kişilik hakkının kapsamı Alman hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi, kesin olarak sınırlandırılmamıştır.²²³ Yukarıda da belirtildiği gibi içtihat hukuku ile varlığı kabul edilen hak yine içtihat hukuku ile geliştirilmiştir. Bugün kişilik hakkı, her birinin kendi alt kategorileri olan ve hakkın sahibine kapsamlı koruma sağlayan beş ayrı kategoride değerlendirilebilir. Sınırları olmayan bu kategoriler mahremiyetin korunması, kişinin adı ve görüntüsünün korunması, haysiyet, onur ve şöhretin korunması, tanıtım alanı ve kimlik hakkı, enformasyonel self determinasyon hakkı olarak da ifade edilen kişinin verileri üzerindeki hakkı olarak belirlenmiştir.²²⁴

Medeni Kanun'un 823. maddesi kapsamında değerlendirilen kişilik hakkının ihlali halinde, zarar gören hak sahibinin yine bu madde çerçevesinde başvurabileceği hukuki çareler mevcuttur. İleri sürülen en yaygın talepler, ihtiyati tedbir talebi ve hakkı ihlal eden bilgilerin yayınlanmasının tekrarını önlemektir. Bunun yanında düzeltme hakkının kullanılması mümkündür. Kişilik hakkına hukuka aykırı müdahaleden kaynaklanan zararın ispat edilmesi koşuluyla maddi tazminat ve manevi tazminat taleplerinin ileri sürülmesi de mümkündür.²²⁵ Şeref ve haysiyetin ya da mahremiyetin ihlali gibi manevi değerlerin ihlaline ilişkin davaların temelini haksız fiil hukuku oluştururken, kişilik hakkının ekonomik değer ifade ettiği davaların temelini sebepsiz zenginleşme teşkil etmektedir.²²⁶

Alman hukukundaki kişilik hakkının ekonomik yönü olmayan manevi hak niteliğinde olduğu yönündeki baskın görüş, 2000 yılında Marlene Dietrich kararı²²⁷ ile değişmiştir. Karardan önce de Telif Hakları Kanunu çerçevesinde kişiliğin ihlali nedeniyle oluşan zararların sebepsiz zenginleşme hükümleri temel alınarak

²²³ Alman Federal Mahkemesi daha baştan itibaren genel hükümlerin genişliği ve belirsizliği nedeniyle, genel bir kişilik hakkının kişiliğin korunmasında nereye kadar uzanabileceğinin, genel bir kural ile saptanamayacağını belirtmiştir. Mahkemeye göre burada her zaman bir değerlerin ve çıkarların dengelenmesi sorunu söz konusudur. Von Caemmerer, s.76.

²²⁴ Brüggemeier, s.25.

²²⁵ Comparative Study National Reports, s.62-63.

²²⁶ Personality Rights in Germany.

²²⁷ Personality Rights in Germany.

<http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/gercases.asp#Marlene%20Dietrich>, 19.03.2012.

giderilmesi yönünde verilen kararlar mevcut olmakla birlikte²²⁸, bu kararlar beraber kişilik hakkının manevi yönünün yanında ticari ve miras bırakılabilir bir katmanı olduğu kabul edilerek hakkın ticari kısmının hak sahibinin ölümünden sonra da varlığını sürdürerek mirasçılara geçeceği tespit edilmiştir.²²⁹ Bu kararlar birlikte Amerikan kaynaklı tanıtım hakkının (right of publicity) açıkça Alman hukukuna dahil edildiği söylene de, bu tam anlamıyla doğru bir ifade değildir; zira ticari kişilik hakkının varlığı kabul edilmiş olsa da bu hak hala geniş anlamda kişilik hakkı kapsamında bulunmakta olduğundan ve kişilik hakkının başkasına devri mümkün olmadığından, Amerikan hukukundaki tanıtım hakkının aksine, hakkın tamamen devri değil, sadece kullanım hakkının devri mümkündür.²³⁰

Alman hukukunda kişilik hakkının manevi yönü prensip olarak ölümle sona erer ve mirasçılara geçmez. Ancak postmortal dönemde kişilik hakkının korunmasına ilişkin temel karar niteliğindeki ünlü Mephisto kararında, sınırlandırılmamış temel hakların, Anayasa'nın 1. maddesinde garanti edilen en yüksek değer olan insan onuru ile sınırlı oldukları yönünde görüş bildiren Federal Alman Anayasa Mahkemesi, kişinin ölümünden sonra da insan onurunun korunması adına düşünce özgürlüğünün sınırlanabileceğine karar vermiştir.²³¹ İçtihat hukuku, insan onuruna ilişkin post mortal dönemde de devam eden korumanın en fazla otuz yıl süreceğini belirlemiştir.²³² Korumanın süresi somut olayda onura yönelik ihlalin niteliği ve yoğunluğu gibi faktörlere bağlı olarak belirlenecektir. Koruma ihtiyacının, ölenin

²²⁸ Kişilerin fotoğraflarının izinsiz olarak ve ticari amaçla kullanıldığı Nena ve Fuchsberger davalarında Federal Yüksek Mahkeme sebepsiz zenginleşme hükümleri temelinde karar vermiştir. Personality Rights in Germany, <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/gercases.asp#Nena> (erişim tarihi 17.03.2012), Personality Rights in Germany, <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/gercases.asp#Fuchsberger> (erişim tarihi 19.03.2012)

²²⁹ Marlene kararının öğretileri tartışmasız şekilde kabul edilmiş değildir. Bazı yorumcular, mücadele edilecek yerde kişilik hakkının tamamen ticarileşmesi eğiliminin desteklediğini ileri sürerek kararı eleştirmektedir. Wagner, s.162-163; Personality Rights in Germany.

²³⁰ Bergmann, s.513.

²³¹ Mahkeme kararında, kişilik hakkının ölümle sona erdiğini prensip olarak ortaya koymakla birlikte, Alman hukukuna göre, kişinin ölümünden sonra itibarsızlaştırılmasına veya küçük düşürülmesine izin vermenin insan onuru ile bağdaşmaz olduğunu, ölümün, devletin onuruna saldırılan bireyleri koruma görevini sona erdirmeyeceğini, ölümden sonra kişilik hakkının korunmasının Anayasa'nın insan onuruna ilişkin 1. maddesinin geniş kapsamında, kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Rosler, s.178, 184.

²³² Bergmann, s.516; Schwartz, Peifer, s.1968, dn.284'te anılan. Federal Supreme Court, BGHZ 107, 385 - Nolde.

yaşayan neslin hafızasından silindikçe de azalacağı kabul edilmektedir.²³³ Kişilik hakkının maddi yönünü oluşturan ticari kişisel değerlerin ise ölümden sonra mirasçılara geçerek korunmaya devam edileceği kabul edilmektedir. Ticari kişisel değerlerin ihlali halinde, ihlal edilen hakkın korunması için sadece mirasçılar başvuruda bulunabilirken, Mephisto kararı ile ortaya konulan prensip uyarınca ölen kişinin ihlal edilen kişilik hakkının korunması için başvuruda bulunmaya sadece mirasçılar değil, mirasçı olup olmadığına bakılmaksızın tüm yakınları yetkilidir.²³⁴

Medeni hukukun haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümleri ile sağlanan korumanın yanında, kişilik hakkı kapsamındaki bazı değerler ceza hukuku ile de korunmaktadır. Özellikle kişinin hakarete veya iftiraya maruz kaldığı, aşağılandığı hallerde ceza hukuku koruma sağlar.²³⁵ Kişilik hakkının kitle iletişim araçları ile ihlalinde yaygın şekilde ortaya çıkan hakaret (verleumdung) Alman hukukunda hem ceza gerektiren bir suç hem de haksız fiildir.²³⁶ Hakaret fiilinin gerçekleşmesi için iddianın yanlış olması ve yanlış olduğunun haksız fiili işleyen kişi tarafından bilinmesi gerekir. Alman hukukunda hakaret, kişinin kamusal şöhretini koruma eğiliminde olan common law'un aksine, daha idealist bir yaklaşımla kişinin onurunu korumaya odaklanır.²³⁷

2. Fransa

19. yüzyılın sonlarına kadar Fransa'da sadece mülkiyet hakkı, çok az sayıda cezai hüküm ve bazı haksız fiillerle kişinin şeref ve haysiyetinin korunması sağlanırken, kişinin manevi bütünlüğünün korunmasına ilişkin açık bir hukuki temel bulunmamaktaydı. Basın ve fotoğraf alanındaki gelişmelerle mevcut koruma şeklinin yeterli olmadığı ortaya çıkmıştır. Fransız mahkemeleri zaman içinde medya tarafından veya diğer şekillerde ihlal edilen kişilik hakkının korunduğu davalarda bir

²³³ Schwartz, Peifer, s.1968.

²³⁴ Wagner, s.164, dn.115 BGH in [1968] BGHZ 50, 133, 137; cf. also BGH in [1954] BGHZ 15, 249, 259; BGH in [1974] GRUR, 797, 798; BGH in [1989] BGHZ 107, 384, 391; Rosler, s.184.

²³⁵ Personality Rights in Germany; Ceza kanunu aracılığı ile korunan bazı kişisel değerler için bkz. Engle, s.22 vd.

²³⁶ Comparative Study National Reports, s.62-63.

²³⁷ Engle, s.22; Brüggemeier, s.99.

dizi kişisel değeri tespit etmiş olmasına karşın, altmışlı yıllara kadar kişilik hakkı hukuki kavram olarak ortaya çıkmamıştır.²³⁸ Kişinin adı, görüntüsü, mahremiyeti ve itibarı ile ilgili uyuşmazlıkların çözümünde ve tazminat taleplerinde, kişilerin kişiliklerinin unsurları üzerinde sahip oldukları iktidarın niteliği tanımlanmaksızın, Fransız Medeni Kanunu'nun 1382. maddesinde düzenlenmiş haksız fiil sorumluluğunun genel prensiplerine dayanılmaktaydı.²³⁹

Mevzuata bakıldığında çok açık olmasa da bazı kişisel değerlerin koruma altına alınmış olduğu görülür. Fransa'da kişilik hakkını koruyan en eski kanun basın özgürlüğü ile ilgili 1881 tarihli yasadır. Bu yasanın hakaretle ilgili kuralları kişinin itibarına koruma sağlamaktadır. 17 Temmuz 1970 tarihinde Medeni Kanun'a eklenen özel yaşama saygı hakkına ilişkin 9. madde ile 17 Temmuz 1970 tarihli eski Ceza Kanunu'nun mahkeme kararlarıyla geliştirilerek kişinin görüntüsü ve sesine saygı hakkın da kapsadığı kabul edilen bazı hükümleri, ilk düzenlemelerdir. Medeni Kanun'un özel hayat hakkının korunmasına ilişkin 9. maddesinin varlığı koruma seviyesini yükseltmiştir. Ancak kişilik hakkı kavram olarak ilk kez, 4 Ocak 1991 Kanunu ile 22 Temmuz 1992 Kanununun (Yeni Ceza Kanunu) kişiliğe karşı suçlara ayrılmış dördüncü bölümünde yer almıştır. 1993 ve 1994 yılında yapılan değişikliklerle Medeni Kanun'un 9/1 maddesi masumiyet karinesini, 16. maddesi insan vücudu ve onuruna saygı hakkını içermektedir. Bu konudaki son önemli gelişme, 23 Temmuz 1999 yılında verdiği bir kararla Fransız Anayasa Mahkemesi tarafından kişilik hakkının anayasal değerinin tanınması olmuştur.²⁴⁰

Kişilik hakkı kapsamındaki özel yaşam hakkı Fransız Medeni Kanunu'nun 9. maddesi aracılığıyla güçlü bir şekilde korunmaktadır. Özel yaşama hakkına ilişkin 9.

²³⁸ Fransız Yüksek Mahkemesi 1968–1969 yıllık raporunun “kişilik ve aile hakları” isimli bölümünde kişilik hakkının varlığını ortaya koymuştur. Anterion, Moréteau, s.119.

²³⁹Anterion / Moréteau, s.117-119.

²⁴⁰Anterion, Moréteau, s. 119.

maddenin Medeni Kanun'a eklenmesinden önce de içtihat hukukunda bu konuda önemli gelişmeler kaydedildiğini belirtmek gerekir.²⁴¹

Kanunen belirlenmiş bir tanımı bulunmayan özel yaşam kavramının içeriği mahkeme kararları ile belirlenmiştir. Buna göre özel yaşam, kişisel ve cinsel ilişkileri, duygusal hayatı, ev ve aile hayatını, kişinin kökenini, kişinin imajını, sesini, hamile olma gerçeğini, sağlık durumunu, dini inançları, işyerindeki yazışmalar dahil olmak üzere posta yazışmalarını içermektedir. Ünlü biri ev adresini gizli tutmak konusunda ısrarlı ise, ev adresinin de özel yaşam kapsamında değerlendirilebileceği belirtilmektedir.²⁴² Buna karşın kişinin maaşı, malvarlığı veya kendisine kalan mirasla ilgili bilgilerin yayınlanması özel yaşamın ihlali olarak değerlendirilmemektedir.²⁴³ Özel yaşamın kapsamı oldukça geniş olsa da, herhangi bir kişisel değer ihlali ancak özel yaşam hakkının ihlali kapsamında değerlendirilebildiği ölçüde 9. maddenin korumasından yararlanmaktadır. Örneğin kişinin görüntüsü üzerindeki hakkının ihlali mahremiyetini ihlalini oluşturduğunda 9. madde uygulanırken, özel yaşam ihlali olmaksızın sadece kişinin izni olmadan resminin yayınlanması söz konusu ise bu maddenin uygulanması söz konusu olmayacak, haksız fiillere ilişkin genel koruma hükmü olan Fransız Medeni Kanunu'nun 1382. maddesinin uygulanması ile koruma sağlanacaktır.²⁴⁴

²⁴¹ 1950'li yıllarda, Marlene Dietrich davasında Fransız mahkemeleri bir kimsenin özel yaşamıyla ilgili hatıralarının manevi varlığının bir parçasını oluşturduğu ve hayatı aktarılan kişinin açık ve kesin rızası olmadan, kötü niyetli olmasa bile, kimsenin bunları yayınlamayacağı yönünde karar vermiştir. Anna E. Helling: "Protection of 'Persona' in the EU and in the US: a Comparative Analysis" (2005). LLM Theses and Essays. Paper 45, s.39, dn.130'da anılan Judgment of Mar. 16, 1955, Cour d'appel de Paris, 1955 D.S.Jur. 295 (Fr.) (The Dietrich affair) (Çevrimiçi)
http://digitalcommons.law.uga.edu/stu_llm/45, 29.05.2014

²⁴² Comparative Study, National Reports, s.44; Anterion, Moréteau, s. 124.

²⁴³ Personality Rights in France, (Çevrimiçi)

<http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/francecases.asp>, 16.03.2012. Mahremiyetin ihlali kişinin özel yaşamına izinsiz olarak sızmadır. Maaşlar, malvarlığı veya miras kişisel değerler değildir. Bu tür bilgilerin yayınlanması mahremiyetin ihlalini oluşturmaz. MM. X v Société Groupe Expansion Chambre Civile 1, 20 novembre 1990, 89-13049, French Supreme Court/ Cour de Cassation, Civil 1, 20.11.1990, Bulletin 1990 I N° 257 p. 182. Personality Rights in France, (Çevrimiçi)
<http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/francecases.asp#Expansion>, 17.03.2012.

²⁴⁴ Anterion, Moréteau, s. 127.

Medeni Kanununun 9. maddesinin birinci fıkrası uyarınca herkes masumiyet karinesine saygı duyulması hakkına sahiptir. Basın özgürlüğünü ciddi şekilde sınırlayan bu madde, hakkındaki yargılama prosedürü devam ederken kişinin kamuoyunda suçlu ilan edilerek, onur ve saygınlığının zarar görmesini engeller.²⁴⁵ Masumiyet karinesini güçlendirici nitelikte hüküm içeren 15 Haziran 2000 tarihli Kanun da kelepçe takılmış kişilerin ve bazı suç mağdurlarının, izin alınmaksızın fotoğraflarının çekilmesini yasaklamaktadır. Ölmüş kişinin fotoğraflarının yayınlanması ise ailesinin iznine bağlıdır.²⁴⁶

Görüldüğü üzere kişilik hakkına ilişkin bazı hükümler bulunmasına karşın, Fransız hukukunda kişilik hakkına ilişkin genel bir hüküm bulunmamaktadır. Özel hükümlerle korunan kişisel değerler dışında kişilik hakkı kapsamında değerlendirilebilen tüm kişisel değerler Fransız Medeni Kanunu'nun haksız fiile ilişkin 1382. maddesi ile korunmaktadır. Örneğin, kişinin itibarının, görüntü ve sesinin korunması, kötülemeye ve gerçek dışı iddialara karşı korunması veya ilgili kişinin rızası olmadan bazı bilgilerin yayınlanmasına karşı korunması haksız fiil hukuku çerçevesinde sağlanır. Fransız hukukunda kişisel değerlerin korunmasının temelinde insan onurunu korumak olsa da, kişilik hakkının kullanımının ticari sonuçları da kabul edilmekte ve kişilik hakkının ticari yönü de korunmaktadır.²⁴⁷ Kişisel bir değer kişinin rıza vermesi halinde veya ifade özgürlüğü hakkının meşru kıldığı hallerde ticari şekilde kullanılması mümkündür.

Kişilik hakkı ihlal edilen kişi, hakkını ihlalini önlemek veya son vermek için, uygun olan herhangi bir tedbire karar verilmesini veya maruz kalınan zararın tazmin edilmesini talep edebilir. Sorumluluk, kusursuz sorumluluk veya kusur sorumluluğu

²⁴⁵ Bu düzenlemenin, hakkında herhangi bir hüküm verilmeden kişinin kamuoyunda suçlu ilan edilmesini engelleyen AİHS m.6'nın teyidi niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Masumiyet karinesinin korunmasında, 1881 tarihli Kanunda bulunan iftira davalarında mümkün olan gerçeklik savunması dışlanmıştır. Ancak devam eden bir yargılama prosedürü yoksa, iftiraya ilişkin hükümler uygulanır. Anterion, Moréteau, s. 129.

²⁴⁶ Anterion, Moréteau, s. 126.

²⁴⁷ Personality Rights in France.

olabileceği gibi, cezai veya hukuki temele dayanabilir.²⁴⁸ Hakaret eylemi Fransız hukukunda da hem haksız fiili hem de suç oluşturur. 1881 tarihli Basın Kanunu'nun²⁹. maddesi uyarınca bir kişinin şeref veya şöhretine saldırı teşkil eden herhangi bir iddia hakaret eylemine vücut verir.

Fransız hukukunda da kişilik hakkının manevi yönü prensip olarak ölümden sonra mirasçılara kalmaz. Kişinin görüntüsü üzerindeki hakkının maddi yönünün miras bırakılabileceği kabul edilirken, hakkın manevi yönü miras bırakılamamakta, hak sahibinin ölümünden sonra yayınlanan görüntülere ancak mirasçıların kişilik hakkını ihlal etmesi halinde koruma sağlanması kabul edilmektedir.²⁴⁹

3. İngiltere

Kara Avrupası hukukuna nazaran önemli farklılıklar gösteren İngiliz hukukunda kişilik hakkı veya kişisel değerlerin korunması ve bu korumanın sağlanması da farklı şekilde gelişmiştir. İngiliz hukukunda genel bir kişilik hakkı konsepti mevcut değildir. Kişilikle ilgili menfaatler belirli haksız fiiller kapsamında parça parça korunur. 1990 yılına kadar, kişiliği maddi olmayan zararlara karşı koruyan şeref ve haysiyetin ihlaline ilişkin haksız fiil(defamation), mülk sahibini istenmeyen ziyaretçilerden koruyan taşınmaz mala tecavüz (trespass to land) haksız fiili, kötü niyetle söylenen yalanlar veya tezvircilik olarak ifade edilen haksız fiil (malicious falsehood)²⁵⁰ kişilik hakkını koruyan davaların temelini oluşturmuştur.²⁵¹

²⁴⁸Anterion, Moréteau, s. 122, 124,127; Suç teşkil eden bazı haksız fiiller için bkz. Engle, s.20-21.

²⁴⁹Valentins Abasins: "My Image is My Property: Personal Image Protection on the Internet", s.50. (Çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=2082321>, 24.05.2013.

²⁵⁰ Tezvircilik haksız fiiline konu beyanların özelliği hakaret içermemekle birlikte gerçek olmamaları ancak zarar verici olmalarıdır. Örneğin bir şirketin ticarete son vereceği yönünde yayılan bir açıklama, hem şirketin itibarına zarar verir hem de gelecekteki işleri üzerinde ciddi olumsuz etkiler yaratma potansiyeline sahiptir. Tezvircilik davacıdan başka kişilere kötüniyetle yanlış açıklamalar yapılmasını ve bunun sonucunda davacının zarara maruz kalmasını gerektirir. Davacı, açıklamanın gerçek olmadığını ve maddi zarara maruz kaldığını ispatlamalıdır. Maddi zarar kanıtlanmadan sadece itibar kaybı bu haksız fiili oluşturmaz. Hakaretle tezvircilik arasındaki sınır her zaman net değildir. Örneğin, gerçeğe aykırı olarak bir uçağın kaçırılma riskinin yüksek olduğu ileri sürülürken, bunun sebebi şirketin güvenlik zaafı olarak gösterilirse hakaret haksız fiili oluşur. Sebep olarak şirketin çalıştığı bölgenin riskli bölge olduğu ileri sürülürse tezvircilik haksız fiili oluşur. W.V.H. Rogers "The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media in England", **Tort and Insurance Yearbook**, Volume 13, 2005, s. 85-86, (Çevrimiçi)

Özel yaşamla ilgili bir haksız fiil İngiliz hukukunda tanımlanmamıştır. Özel yaşamın çok dar kapsamlı da olsa korunmasıyla ilgili en önemli hukuki temel güvenin ihlali doktrini (breach of confidence) olmuştur.²⁵² Kısaca yazılı veya sözlü olarak gizlice verilmiş özel bilgilerin kötüye kullanılması olarak ifade edilebilecek güvenin ihlali eyleminin kriterleri Coco v. AN Clark (Engineers) Ltd davasında²⁵³ özetlenmiştir. Karara göre güvenin ihlalinden bahsedilebilmesi için kullanılan bilgi gizli nitelikte olmalı, bilginin başkasına aktarılması gizlilik yükümlülüğünü belirten koşullarda gerçekleşmeli ve bu bilgi ileten kişinin zararına yetkisiz olarak kullanılmış olmalıdır.

Şeref ve haysiyete yönelik saldırılara karşı kişiliği koruyan haksız fiili bir bütün olarak ele alan Alman hukukunun aksine, Common law sözlü (slander) ve yazılı (libel) hakaret olarak fiili ikiye ayırır. Zarara yol açan gerçek dışı beyanın bulunması ve şeref ve haysiyeti ihlal edici ifadenin üçüncü kişilere iletilmesi haksız fiilinin ortak unsurlarıdır. Hangi ifadenin hakaretimiz olduğu konusunda genellikle kabul edilen ölçüt, ifadenin makul insanların gözünde kişiyi daha az değerli hale getirip getirmediğidir. Common law sarf edilen sözleri davalının değil davacının yüklediği anlama göre değerlendirir.²⁵⁴ Belirli istisnalar dışında sözlü hakaret nedeniyle maddi zarara uğradığını ispat yükü davacının üzerindedir.²⁵⁵ Yazılı şekilde

<http://www.springerlink.com/content/p527358892810x22/fulltext.pdf>11.08.2011; Personality Rights in England (Kaye, Robertson & another, Court of Appeal (LJ Glidewell, LJ Bingham, LJ Leggatt) 23.2, 16.3.1990, [1991] FSR 62. (Çevrimiçi)
<http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/uk.asp>, 16.03.2012.

²⁵¹ Engle, s.12; Daha önce belirttiğimiz gibi, bu haksız fiiller arasında kişinin itibarı ve şöhreti ve sınırlı ölçüde mahremiyeti ile ilgili menfaatlerini koruyan ve ayrıca kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlalinde sıklıkla sözkonusu olan şeref ve haysiyetin ihlaline ilişkin haksız fiil özel bir öneme sahiptir.

²⁵² Brüggemeier, s.26; İfade özgürlüğü hakkının diğer menfaatlere daha ağır basması korumanın kapsamını çok dar bir alanda mümkün kılmaktaydı. Personality Rights in England; Güveni kötüye kullanma davası, esasta ticari sırları ve değerli ticari bilgiyi korurken, diğer yandan güven yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda özel ya da mahrem karakterdeki paylaşılmış bilginin yetkisiz kullanımını ya da ifşası için de teminat teşkil eder. Carolyn Doyle, Bagaric, Mirko: “Mahremiyet Hakkı: Cazip Ama Kusurlu”, **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Çev. Esra Demir, Yay. Haz. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.96.

²⁵³ Brüggemeier, s.27, dn.90’da yer verilen Coco v. AN Clark (Engineers) Ltd (1969) RPC 41, 47.

²⁵⁴ Rogers, s.63.

²⁵⁵ Zarar ispatlanmadan sözlü hakaretle ilgili dört halde dava açılabilir. Hapis cezasını gerektiren bir suç isnadı, tiksindirici bir hastalık isnadı, davacının ofisinde uygunsuzluk/ehliyetsizlik isnadı veya bir kadına yönelik iffetsizlik isnadı. İkinci neden yaklaşık 200 yıldır uygulanmamaktadır. Dördüncü

gerçekleşen hakarete ise davacının gerçekte maddi bir kaybı olmasa bile zararın varlığı karine olarak kabul edildiğinden ve ispat yükü davalının üzerine olduğundan, davacı oldukça elverişli konumdadır. Kitle iletişim araçları yoluyla gerçekleşen ihlaller bakımından önemli olan şeref ve haysiyetin yazılı şekilde ihlal edilmesidir. Yazılı basın ve televizyon yayıncılığı ile gerçekleşen ihlallerin libel haksız fiiline konu olabileceği açıkça düzenlenmişken, mevzuat dışında kalan görsel internet malzemesinin bu kapsamda değerlendirilmesi genel olarak kabul edilmektedir.²⁵⁶Şeref ve haysiyete saldırı teşkil eden yayının her kopyasının satışı ayrı bir haksız fiil olarak kabul edilir.²⁵⁷

Özel yaşam hakkı dahil olmak üzere kişilik hakkına dahil menfaatler belirli haksız fiillerin kapsamı ölçüsünde korunurken, İngiltere'nin AİHS'ni 1998 yılında iç hukukuna aktaran İnsan Hakları Yasası'nı kabul ederek²⁵⁸ 2000 yılında yürürlüğe sokmasıyla kişilik hakkına sağlanan korumanın kapsamı değişmiştir. Özellikle özel yaşam hakkının korunması bakımından İnsan Hakları Yasasının yürürlüğe girmesi İngiliz hukukunda dönüm noktası olmuştur. Bu zamana kadar özel yaşama belirli haksız fiillerle sınırlı olarak ve yok denecek ölçüde koruma sağlanırken, 2000 yılından itibaren AİHS m.8/1'e göre koruma sağlanmaya başlanmıştır.

neden de mevcut batı kültürel standartlarına göre çağdışı kalmış olduğundan, birinci ve üçüncü nedenlerin pratik önemi vardır. Rogers, s.61.

²⁵⁶ Rogers, s.61-62; Şeref ve haysiyeti ihlal edici ifadelerin, bu tür ifadeler içeren bir mektubun muhataba gönderilmesi örneğinde olduğu gibi, sadece muhataba iletilmesi halinde libel davası açılması mümkün değildir. Engle, s.14.

²⁵⁷ Engle, s.14-15.

²⁵⁸ İngiltere'de düalist rejim uygulandığından, uluslararası anlaşmaların iç hukukun bir parçası haline gelebilmesi için, Parlamento'nun bir yasayla ilgili anlaşma hükümlerini iç hukuka dahil etmesi (*incorporation*) gerekmektedir. İç hukuka aktarılmayan anlaşmalar İngiltere'yi devlet olarak bağlayıcı nitelikte olsa da, iç hukukta etki doğurmaz ve vatandaşlara talep hakkı vermez. Örneğin, İngiltere tarafından çok uzun bir süre önce imzalanmasına karşın, halen BMMSHS halen iç hukuka dahil edilmemiştir. 1951 yılında İngiltere tarafından onaylanmış AİHS'nin iç hukuka aktarılması ancak 1998 tarihli yasa ile gerçekleşmiştir. İnsan Hakları Yasası'nın 3. maddesi, İngiltere'deki bütün Mahkemelere, önlere bulunan her türlü işlemde mümkün olduğu ölçüde, birincil (*Acts of Parliament*) ve ikincil mevzuatı (*statutory instruments ve Orders in Council*) Sözleşme'deki haklara etki kazandıracak şekilde ve Sözleşmeye uyumlu olarak yorumlama yükümlülüğünü getirmiştir. Aysun Yücel: "Karşılaştırmalı Hukukta Basın Özgürlüğü – Kişilik Hakları İlişkisi" **Mehmet Ali Şefik Makale Yarışması, (Çevrimiçi)** <http://www.mehmetalisefik.com/2010/aysunyucel.doc> , 02.05.2012; Engle,s.19; Comparative Study National Reports, s.145.

İngiliz mahkemeleri özel yaşam hakkını her ne kadar AİHS çerçevesinde korusa da, sağlanan koruma yine güvenin ihlali eylemine atıfta bulunarak yapılmaktadır.²⁵⁹ Güvenin ihlali nedenine dayanan davaların kapsamı AİHS m.8/1'in gerekliliklerin karşılayacak şekilde değiştirilmiştir. Önceden taraflar arasında güven yükümlülüğünü ortaya çıkaran ikili bir ilişkinin varlığı aranırken artık, duruma göre, dava sebebinin sınırlayan başlangıçtaki güven ilişkisi gerekliliği aranmamaktadır. Güvenin ihlali hukukunun uygulanması için iletilen bilginin eskiden olduğu gibi, davacının cinsel ilişkileri, evlilik ilişkisi, mahrem yaşamı, sağlığı, fiziksel veya ruhsal durumuna ilişkin belgeler, telefon konuşmaları gibi gizli bilgi niteliğinde olması gerekmektedir. Koruma sağlanırken bilginin özel bilgi olması yanında kişinin özel hayatıyla ilgili bilgilerin yayılmasını kontrol etme hakkı ve özel hayata saygı hakkı temeline de dayanılmaktadır.²⁶⁰Uyuşturucu bağımlılığı nedeni terapiye katıldığı anonim narkotikler toplantısından çıkarken çekilen fotoğrafları Daily Mirror gazetesinde yayımlanan Naomi Campbell'ingazete aleyhine açtığı davada mahkemenin verdiği kararbu değişime iyi bir örnek teşkil etmektedir. Mahkeme, ünlü modelin bu fotoğraflarında tek başına itiraz edilebilir bir yön bulunmasa da, fotoğrafın bağlantılı olduğu olayın ifşa edilmesinin, davacının bağımlılığı hakkında gereksiz bir bilgi olduğu gerekçesi ile gazetenin 'güveni suiistimal edip sırları açığa döktüğü/ breach of confidence' sonucuna ulaşmıştır.²⁶¹

Campbell v. MGN Ltd. davasında mahkemenin, fotoğrafların tek başına itiraz edilebilir bir yönü bulunmadığı şeklindeki tespitinin nedeni, İngiltere'de kişinin görüntüsü üzerindeki hakkının korunmamasıdır. Görüntü ile ilgili ihlallerde yaptırım uygulanması için fotoğraflanan aktivitenin Campbell v. MGN Ltd. davasında olduğu gibi gizli veya özel nitelikte olması gerekmektedir. Ayrıca, görüntü üzerindeki hak korunmasa da, bu durumda başka hukuki temellerde itiraz söz konusu olabilir. Yayınlanan fotoğraf örneğin kişi için tehlike yaratıyorsa güvenin ihlali, kişiyi

²⁵⁹ Brüggeimer, s.26; Rogers, s.93; Personality Rights in England.

²⁶⁰ Rogers, s.91-93.

²⁶¹ Rogers, s.93, dn.175'te anılan Campbell v MGN Ltd [2004] UKHL 22, [2004] 2 AC 457 at [51]. Cf. Lord Hope at [86]; Douglas v. Hello davasında da gizlilik ilişkisi gerekliliği aranmadan güvenin ihlali temelinde karar verilmiştir. Brüggeimer, s.28; Personality Rights in England.

alaylara maruz bırakıyorsa hakaret temelinde dava açılabilir gibi, kişinin değerli ticari itibara sahip olduğu halde görüntüsünün davalı tarafından örneğin bir reklamda kullanılmış olması halinde haksız rekabet temelinde dava açılabilir.²⁶²

İnsan Hakları Yasası'nın gelecekte İngiliz Mahkemelerini güvenin kötüye kullanılması davalarından ayrı olarak müstakil özel yaşam haksız fiili geliştirmeye yöneltebileceği ileri sürülmekle birlikte²⁶³, özel yaşam hakkının genel bir haksız fiil olarak kabul edilip edilmeyeceği henüz ortaya çıkmamıştır.²⁶⁴ Fransız ve Alman hukuklarının aksine, İngiliz hukukunda kişiliğin ticari yönü korunmaz. İltibas yoluyla haksız rekabetin örnek gösterilebileceği ekonomik haksız fiiller olarak sınıflandırılmış haksız fiiller, tüketicileri korumaya yöneliktirler. Bunların kişi ve kişiliği değil daha ziyade mülkiyet hakkını korudukları söylenebilir. Fakat son yıllarda İngiliz mahkemelerinin çeşitli kararlarında, kişinin belirli bir şöhret ve itibara sahip olması ve davalı tarafından şöhret ve itibarının zarar uğratılması koşullarının varlığı halinde iltibas yoluyla gerçekleşen haksız rekabet fiili aracılığıyla kişinin adı veya görüntüsü üzerindeki hakkı izinsiz kullanımlara karşı korunmaktadır.²⁶⁵ Böylece özellikle ünlü kişilerin adı veya görüntüsü gibi kişisel değerlerinin örneğin belirli ürünlerin tanıtımında veya reklamında izinsiz kullanılması halinde yaptırım uygulanmaktadır.

4. Amerika Birleşik Devletleri

İngiliz hukuku ile ortak hukuki temele sahip Amerikan hukukunda da başlangıçta mülk sahibini istenmeyen ziyaretçilerden koruyan trespass haksız fiili ile kötü niyetle söylenen yalanlar veya tezvircilik olarak ifade edilen haksız fiil (malicious falsehood) kişilik hakkını koruyan davaların temelini oluşturmuştur.²⁶⁶ Kişilik hakkı kapsamındaki en geniş kapsamlı kişisel değer olan özel yaşam ya da

²⁶²Rogers, s.97, dn.204.

²⁶³ Doyle, Bagaric, s.96, dn.9.

²⁶⁴ Brüggemeier, s.25; Personality Rights in England.

²⁶⁵ Engle, s.18; Personality Rights in England, Edmund Irvine/Talksport, High Court Chancery Division (Laddie J.), Jan. 22-23, 28-29; March 13, 2002, UK, [2002] E.M.L.R. 32 ; [2002] 2 All E.R. 414; [2002] F.S.R. 60; (2002) 25 (6) I.P.D. 25, 039 et al.

²⁶⁶ Engle, s.12.

mahremiyet hakkı, İngiltere’de AİHS’in yürürlüğe girmesi ile ortaya çıkmışken, Amerikan Anayasasında spesifik olarak bahsedilmeyen özel yaşam hakkı²⁶⁷, Amerika’da içtihat yoluyla ortaya çıkmıştır.²⁶⁸ Anglo-Amerikan hukukunda mahremiyet hakkının kökeni, Samuel D. Warren ve Louis Brandeis’in 1890 yılında Harvard Hukuk Dergisi’nde yayınlanan “Mahremiyet Hakkı” isimli ünlü makaleye dayanmaktadır.²⁶⁹ Başlangıçta mahremiyet hakkı sadece “yalnız bırakılmaya hak” olarak kabul edilmiştir. Warren ve Brandeis’in söz konusu makalesinden sonra ABD’de ayrı bir mahremiyet hakkının varlığını kabul eden ilk karar 1905 yılında Pavesich v. New England Life Insurance Co. davasında verilmiş ve zaman içinde diğer eyalet mahkemelerince de mahremiyet hakkı kabul edilerek hukuklarına dahil edilmiştir.²⁷⁰ Daha sonra 1960 yılında Prosser’in geliştirdiği mahremiyet tanımı kapsamında, tek ortak noktaları davacının yalnız bırakılma hakkına müdahaleyi temsil etmek olan dörtbağımsız haksız fiil Amerikan hukukunda benimsenmiştir.²⁷¹ Birinci haksız fiil davacının inzivasına veya yalnızlığına ya da özel yaşamına tecavüz haksız fiildir. Bu haksız fiil ile kişinin manevi bütünlüğü ihlal edilmektedir. İkincisi, kişi hakkındaki utanç verici özel durumların kamuya açıklanması ile gerçekleşen ve kişinin şeref ve haysiyetine zarar veren haksız fiildir. Kişinin şöhretinin ve adının zarar görmesi ile sonuçlanan üçüncü haksız fiil kişinin kamunun gözünde yanlış tanıtılmasıdır.²⁷² Son olarak, kişinin adının veya görüntüsünün çıkar sağlamak

²⁶⁷William M Beaney: “Yüksek Mahkeme Kararlarında, Anayasal Bir Hak Olarak Mahremiyet Hakkı”, **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Çev. Recep Gülşen, Yay. Haz. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.62.

²⁶⁸ Engle, s.12.

²⁶⁹ Makalede mahremiyet hakkı lehine ileri sürülen argümanlar, büyük ölçüde Sir Knight Bruce’un Prince Albert v. Strange davasındaki mütalaasına dayandırılmıştır. Kraliyet ailesi üyesi olan davacılar tarafından, kendilerine ait resimlerin, davalı (davacıların çalışanı) tarafından ticari amaçlarla kullanılmasını önlemek amacıyla açılan davada, mahkeme, davalının davacılarla olan istihdam ilişkisinden kaynaklanan güveni ihlal ederek resimleri elde ettiği kanaatine varmış ve resimlerin herhangi bir ticari amaçla kullanımını yasaklamıştır. Herbert Spencer Hadley: “Mahremiyet Hakkı”, **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Çev. Ali Emrah Bozbayındır, Yay. Haz. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.45.

²⁷⁰ Abasins, s.8.

²⁷¹ Arslan Öncü, s.2; Uzeltürk, s.8; Engle, s.17; Abasins, s.8.

²⁷² Kişinin kamunun gözünde yanlış tanıtılması (false light) libel’in daha hafif versiyonudur. Nitekim iki hukuk teorisi o kadar benzer ki bazı devletler birincisini ayrı dava sebebi olarak kabul etmez. Kişinin kamunun gözünde yanlış tanıtılması için dava açan davacılar libel davasında olduğu gibi, medyanın kendileri hakkında yanlış bir şey yayımladığını ispatlamak zorundadır. Ancak davacı şöhretinin zarara uğradığını göstermek zorunda değildir, daha ziyade, yanlış olarak, makul bir kişinin rahatsız edici/saldırgan kabul edeceği şekilde tasvir edildiğini göstermelidir. Bu dava zarar görmüş

amacıyla sahiplenilmesidir. Bu haksız fiil ile daha ziyade maddi çıkarların korunması söz konusudur. İfade özgürlüğüne güçlü şekilde koruma sağlayan ABD Anayasasının Birinci Değişikliğine rağmen, Sullivan kararına kadar, Amerikan hukukundakapsamlı bir mahremiyet hukuku gelişmiştir.²⁷³

Başlangıçtaki benzerlik ve paralel uygulamalara karşın, günümüzde İngiliz ve Amerikan hukuklarının kişilik hakkı konusunda önemli farklılıkları bulunmaktadır. Kitle iletişim araçları ile gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlallerine karşı İngiltere’de kabul edilmiş hukuka uygunluk sebepleri Amerikan hukuku bakımından da uzun süre benimsenmişse de, 1964 yılında karara bağlanan New York Times v. Sullivan²⁷⁴ davası ile ifade özgürlüğü kişiliğin korunmasına nazaran üstün konuma geçirilmiştir. Hakaret hukukunda dönüm noktası olarak kabul edilen New York Times v. Sullivan davasında, ifade özgürlüğü hakkının sağladığı korumanın, bir kamu görevlisinin eleştirilme sınırının belirlenmesindeki etkisi değerlendirilmiştir.²⁷⁵ Önceden eleştirinin gerçek olması hukuka uygunluk sebebi oluştururken, mahkeme gerçeğe aykırı ifadelerin ifade özgürlüğü hakkının korunması dışına çıkarılmasının kamusal tartışmaları gerektiği gibi sürdürülmesini engelleyeceği gerekçesi ile gerçek olmayan ifadeleri de koruma kapsamına almıştır. Mahkeme kamu görevlilerinin korunmasını sıradan insanların korunmasından farklı işleme tabi olacağını tespit ederek, yayın kuruluşları karşısında kamu görevlilerine koruma sağlanması için, eleştiride kullanılan ifadelerin gerçek dışı olması, gerçek dışı ifadelerin kötü niyetle ve zarar kastıyla kullanılmış olması ve kötü niyet ve zarar kastının kamu görevlisi tarafından

şöhretten/itibardan ziyade incinmiş duyguları telafi etmeyi amaçlar Engle, s.17 dn.73’te yer verilen Reporter’s Committee of Freedom of the Press, “The Privacy Paradox: Civil Suits”, http://www.rcfp.org/pp_pt1.html

²⁷³ Personality Rights in England.

²⁷⁴ David A. Logan, Michael D. Green: “The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media in the United States of America”, **Tort and Insurance Yearbook**, Volume 13, 2005, s.386, dn.5’te anılan New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 254 (1964). (Çevrimiçi) <http://www.springerlink.com/content/x8548pp8mlj513hr/fulltext.pdf>, 11.08.2011; Irk ayırmıcılığına karşı mücadele eden insan hakları grubunun New York Times gazetesine verdiği ilanda Montgomery (Alabama) polis merkeziyle ilgili gerçek dışı iddialara da yer verilmiştir. Bunun üzerine Montgomery polis şefi Sullivan New York Times ve ilanda isimleri geçen siyah rahipler hakkında tazminat davası açmıştır. Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.59; Şahin, s.368.

²⁷⁵ Şahin, s.368.

ispat edilmiş olması gerektiğini hüküm altına almıştır.²⁷⁶ Böylece, bu karara kadar kişilik hakkını ihlal eden yayının gerçek olduğunu ispat yükü yayın kuruluşu üzerinde iken, kararlar birlikte ispat yükü yer değiştirmiştir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi daha sonra verdiği *Gertz v. Robert Welch*²⁷⁷ davasında ise kamu görevlileri ve kamuya mal olmuş kişiler ile özel kişiler arasında ayırım yaparak ispat koşullarını belirlemiştir. Mahkemeye göre kamusal tartışmayla ilgili bir konuda davacının kamu görevlisi veya kamuya mal olmuş kişi olması halinde, davacının Sullivan davasındaki standartları sağlaması gerekmektedir. Kamusal tartışmayla ilgili bir konuda davacının özel kişi olması halinde, davacı common law tarafından belirlenen ölçütlerden daha yüksek bir standardı sağlaması gerekecek ancak bu standart Sullivan davasında belirlenenenden daha düşük olabilecektir. Bu durumda davacı, davalının kötü niyetini ve zarar kastını değil, ihmali ispatlamalıdır. Hakaret halinde zararın varlığının karine olarak kabul edildiği İngiliz hukukunun aksine, Amerikan hukukunda davacı, hem zarar gördüğünü hem de davalının açıklamalarının gerçek dışı olduğunu bilerek veya gerçeğin ne olduğunu umursamadan yayın yaptığını ispatlamak zorundadır. Kamusal tartışmayla ilgili olmayan bir konuda ve davacının özel kişi olduğu halde, eski standartlar geçerli olacaktır.²⁷⁸

Aşırı muhafazakar bir politik hareketin lideri olan Jerry Falwell'i içkili ve kendi annesi ile cinsel ilişkiye girmiş şekilde tasvir eden bir resim yayınlayan porno dergisi *Hustler*'e karşı Falwell'in açtığı davada, Amerikan Yüksek Mahkemesi, olayın niteliğine rağmen Sullivan davasında koyduğu prensipten ayrılmamış, olayla ilgili kötü niyetli yanlış açıklamadan kaynaklanan zararın kamusal kişi olan davacı tarafından ispat edilmiş olması gerekliliğine vurgu yaparak davacıya tazminat

²⁷⁶ Logan, Green, s.386; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.59; Şahin, s.369-370.

²⁷⁷ Logan, Green, s.387, dn.6'da anılan *Gertz v. Robert Welch, Inc.* 418 U.S. 323 (1974); Tanınmış bir avukat olmayan Gertz hakkında, *American Opinion* dergisinde poliste bir dosyasının olduğu, komünist faaliyetlerde bulunduğu yönünde iddialar yayınlanması üzerine, Gertz kişilik hakkının ihlali nedeniyle dava açmıştır. Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.60.

²⁷⁸ Logan, Green, s.389-387; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.60; Şahin, s.372.

ödenmesini reddetmiştir.²⁷⁹ Sullivan davasından Hustler davasına kadar olan gelişmelere bakıldığında, yayınlanan zarar verici açıklamalar için davalı olan medyadan tazminat almanın oldukça zorlaştırıldığı görülmektedir.

İngiliz hukukunda, makul bir gerekçe olmaksızın bir kimsenin mahrem olaylarının ifşa edilmesi durumunda, açıklamalar gerçek bile olsa mahremiyetin ihlali dava sebebi oluşturur. Amerikan hukukunda bu tür davalar bakımından da, Anayasa mahkemesi tarafından temel anayasal engeller oluşturulmuştur. Florida Star v. B.J.F. davasında²⁸⁰, bir polis memuru tarafından basın odasında unutulmuş belgelerden bilgileri alarak, eyaletin bu tür yayınları suç kabul etmesine karşın, davalı gazete tecavüz mağdurunun adını yayınlamıştır. Mahkeme, kamusal önemi haiz bir konu hakkında gerçek olan bilgiyi gazete hukuka uygun şekilde elde etmişse, bunu yayınlaması halinde cezalandırılmayacağı yönünde karar vermiştir.²⁸¹

Amerikan hukukunda da kişilik hakkının manevi yönü ölümden sonra mirasçılara kalmaz. İngiliz haksız fiil hukukunda geçerli “actio personalis moritur cum persona” (şahsi dava kişi ile birlikte ölür) kuralı Amerikan hukukunda da geçerlidir.²⁸² Ancak bazı hallerde ölene yönelik saldırılar nedeniyle hayatta olan aile üyelerinin kişilik hakkının ihlal edilebileceği kabul edilmektedir.²⁸³ Kişilik hakkının manevi yönünün aksine, tanıtım hakkının miras bırakılabilmesi ve dolayısıyla ölümden sonra korunması mümkündür.

²⁷⁹ Logan, Green, s.387, dn.7’de anılan Hustler Magazine v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988); Acımasız bir yergi ya da parodiye dayalı olduğunda bile kamusal kişinin hakaret nedeniyle tazminat alamayacağı yönünde bkz. Rosler, s.173.

²⁸⁰ Logan, Green, s.388, dn.8’de anılan Florida Star v. B.J.F., 491 U.S. 524 (1989).

²⁸¹ Florida Star davasında mahkeme gerçek fakat mahrem bir bilginin yayınlanmasında sorumlulukla ilgili bir karar vermekte isteksiz davranmıştır. Davacı tecavüz mağdurunun adı polis memurunun ihmali neticesinde elde edildiğinden, bilginin elde edilmesinin hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir. Hakaret davalarında da zorlu anayasal engeller karşısında, zarar gören davacı kamuya mal olmuş kişi olmasa bile, özellikle bilgi hükümet kaynaklı elde edildiğinde, mahremiyetin ihlali nedeniyle medyadan tazminat alınabilmesi zor görünmektedir. Logan, Green, s.388; Werro, s.296.

²⁸² Rosler, s.185; Abasins, s.14.

²⁸³ ABD mahkemeleri Otopsi ve korkunç ölüm sahnelerini içeren fotoğraflarla ilgili bazı davalarda, ölenin bu tür fotoğraflarının yayınlanmasını önlemekte hayatta kalan aile üyelerinin mahremiyet hakkını tanıdığıdır. Schwartz, Peifer, s.1965

İKİNCİ BÖLÜM

KİTLE İLETİŞİM ARAÇLARI VE KİTLE İLETİŞİM ARAÇLARI İLE KİŞİLİK HAKKININ İHLALİ

I. Kişilik Hakkı İle Çatışan Hak: İfade Özgürlüğü

İfade özgürlüğü hakkı, özgür iletişim hakkının temelini teşkil etmektedir.¹Kişilik hakkının kitle iletişim araçları ile ihlali halinde konunun kişilik hakkı ile ifade özgürlüğü hakkının çatışması bağlamında değerlendirilmesi, kitle iletişim araçlarının özgürlüklerinin uluslararası belgelerde ifade özgürlüğü hakkı bazında ele alınması ve kitle iletişim araçlarının tabi olduğu hukuki rejimin ifade özgürlüğü hakkına ilişkin hukuki rejimle paralel olması nedenleriyle, kitle iletişim araçlarıyla ilgili açıklamalarımızın temelini ifade özgürlüğü hakkı oluşturacaktır. Öncelikle devlete karşı bir hak olarak nitelenen ifade özgürlüğü hakkı, temel bir insan hakkıdır.²

A. İfade Özgürlüğü Hakkı ve Kitle İletişim Özgürlüğünün Unsurları

1. İfade Özgürlüğü Hakkı ve Kitle İletişim Özgürlüğü

İnsanın ferdileşmesini ve gelişmesini sağlayacak düşünceler edinebilmesi ve edindiği düşünceleri açıklayıp açıklamama konusunda özgür olması ifade özgürlüğü kavramıyla tabir edilir.³ Topluluk içinde çeşitli iletişimsel eylemlerle kendini ifade etmek ihtiyacı içinde olan insanlar arasında önceleri yüz yüze⁴ gerçekleşen iletişim,

¹ Doktrinde, kitle iletişim hukuku, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün kitle iletişim araçlarıyla kullanılması durumunda uygulanacak hukuk kurallarının bütünü olarak tanımlanmakta ve kitle iletişim hukukunun temelinde ifade özgürlüğü kavramının yer aldığı belirtilmektedir. Özden Çankaya, Melike Batur Yamaner: **Kitle İletişim Özgürlüğü**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2006, s.1.

² Şahin, s.353.

³ Çankaya, Batur Yamaner, s.2.

⁴ Herhangi bir haber ya da bilgiyi alanın aynı anda cevap verme olanağının bulunduğu hallerde yüz yüze iletişim, aynı anda veya haberi almasının hemen akabinde cevap verme olanağı bulunmadığı hallerde, yüz yüze olmayan iletişim söz konusu olur. Yüz yüze iletişimin varlığından bahsedebilmek için, iletişimi gerçekleştirecek bir araç kullanılıp kullanılmadığı önemli olmayıp, bu konudaki tek kriter hemen cevap verme olanağının bulunmasıdır. Konuşmalar, toplantılar, konferanslar ve telefon vasıtasıyla gerçekleşen iletişim gibi, aynı anda olmasa bile hemen cevaplama olanağı bulunduğundan, elektronik posta vasıtasıyla gerçekleşen iletişim de yüz yüze iletişim kabul edilmektedir. Yüz yüze olmayan iletişim kendi içinde posta ile iletişimi ve basını içeren yazılı veya resimli iletişim, radyoyu

yaşam biçiminin değişmesi ve teknik koşulların gelişmesiyle, yerini bir takım vasıtalarla gerçekleşen iletişime bırakmıştır.

Bireylerin doğrudan ya da bir takım vasıtalar aracılığıyla haber, düşünce kanı ve bilgilere serbestçe ulaşabilmesi, bu sürecin sonunda oluşturdukları düşüncelerden dolayı kınanamamaları ve tercih etmeleri halinde bu düşüncelerini açıklayıp yayabilmeleri ifade özgürlüğü hakkının koruması altındadır. Bu anlamda bir sanatçının bir konudaki eleştirisini cisimleştirdiği heykel, siyasi iktidarın bir düzenlemesini protesto etmek için bir grubun düzenlediği yürüyüş ya da oturma eylemi ifade özgürlüğünün örnekleri çoğaltılabilecek farklı görünümünü oluşturmaktadır. İfade özgürlüğünün farklı görünümüleri, farklı nitelik ve etki düzeyine sahip olduklarından farklı yasal düzenlemelere sahiptirler. Toplanma ve dernek kurma özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, sanat özgürlüğü, eğitim özgürlüğü ve bilim özgürlüğü, temellerinde ifade özgürlüğü hakkının prensipleri mevcut olan ve ifade özgürlüğü hakkının farklı görünümünü yansıtan özgürlüklerdir. Düşüncelerin kitle iletişim araçlarıyla ifade edilmesi de, belirtilmiş diğer özgürlükler gibi ifade özgürlüğünün unsurlarından birini oluşturur ve kitle iletişim özgürlüğü olarak tabir edilir.^{5,6}

Kitle iletişim araçlarıyla açıklanan düşünceler ve bilgiler çok geniş kitlelere ulaşabildiğinden, kitle iletişim araçlarının özgürlüğü ifade özgürlüğünün en etkili gerçekleşme biçimlerinden birini oluşturmaktadır.⁷ Yasama, yürütme ve yargı gücü karşısında ve onlardan tamamen bağımsız bir kontrol gücü, dördüncü güç⁸ olarak

içeren sesli iletişim ve televizyon, sinema filmleri ve video bantlarını içeren sesli ve görüntülü iletişim olarak üç gruba ayrılmaktadır. Kayıhan İçel: **Kitle İletişim Hukuku**, 11. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2015, s.37-38.

⁵ Ömer Gedik: **Türkiye’de Kitle İletişim Özgürlüğü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.s.39.

⁶ 1982 Anayasasında düzenlenmiş basın hürriyetinin (m.28), bilim ve sanat hürriyeti (m.27) ile düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetiyle (m.26) yakın ilişkisinden dolayı, bu hürriyetler için öngörülmuş sınırlanma sebeplerinin basın hürriyeti için de geçerli olacağı hükme bağlanmıştır (m.28/2).

⁷ Çankaya, Batur Yamaner, s.1.

⁸ İçel, s.138; Kitle iletişim araçları ve bunların etkinliklerinin özgürlükler alanında yer almaları nedeniyle devlet erkleri içinde bulunmadıklarından erk ya da güç olarak tanımlanmalarının doğru

anılan kitle iletişim araçları ve etkinlikleri ile öncelikli olarak kamuoyu oluşturulabilmekte, siyasi iktidarların faaliyetleri konusunda halk bilgilendirilmekte ve halk tarafından benimsenmeyen faaliyetleri konusunda iktidarlar üzerinde baskı kurulabilmektedir.⁹

Kitle iletişimi¹⁰ (*mass communication*), kitle iletişim araçlarından yararlanılarak, bilgi, düşünce ve tutumların insan topluluklarına tek yanlı veya çok yanlı olarak ulaştırılmasıdır.¹¹ Başlıca kitle iletişim araçları gazete, dergi, kitap gibi basılmış eserler, radyo ve televizyon gibi elektromanyetik olarak çalışan araçlar, sinema filmleri, plak, ses ve görüntü bantları (video), ses ve görüntü diskleri ile internet olarak sayılabilir.¹² Bunların yanında, toplu mesaj sistemleri ve karşılıklı toplu diyaloga imkan sağlayan teknolojisi ile mobil telefon kullanımının da artık bir kitle iletişim aracı olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır.¹³

Kitle iletişim özgürlüğü, haber, düşünce ve kanıların, kitle iletişim araçlarıyla serbestçe alınması ve yayılması¹⁴ olarak tanımlanmaktadır. Kitle iletişim araçlarının

olmadığı yönünde bkz. İbrahim Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2002, s.519, dn.152. (Kıs: Özgürlükler)

⁹ Kimi zaman bir ifade şekli, ifade özgürlüğü prensiplerinde temelini bulan birden fazla özgürlükle ilgili olabilir. Örneğin bir sinema filmi veya fotoğraf kitle iletişim araçları olmalarının yanında sanat özgürlüğü kapsamında da değerlendirilir. Hem kitle iletişim aracı hem de sanat dalı olan sinema, müzik ve tiyatronun kitle iletişim veya bilim ve sanat özgürlüklerinden hangisinin kapsamında incelenmesi gerektiği konusunda görüş birliği oluşmamakla birlikte, doktrinde genel eğilim, bunların sanat özgürlüğü kapsamında ele alınması yönündedir. Gedik, s.34-36.

¹⁰ İletişim, bireylerarası iletişim ve kitle iletişimi şeklinde iki gruba ayrılabilir. Basın, radyo ve televizyon, sinema filmleri, video, ses bantları ve internet aracılığıyla gerçekleşen iletişim kitle iletişimini oluştururken, diğer iletişim türleri bireylerarası iletişimi oluşturmaktadır. Bireylerarası iletişimin taraflarını bireyler oluşturur ve bu tür iletişim faaliyetinin gizliliği esas olduğundan, etkileri topluma yansımaz. Kitle iletişim faaliyetinin taraflarını ise bir kitle iletişim aracı ile kitle iletişim aracının sunduğu düşünce ve kanaatlerin muhatabı olan çok sayıda birey oluşturur. Nusret İlker Çolak: **Kitle İletişim Hukuku**, 2. Baskı. İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010, s.6.

¹¹ Çolak, s.6; Gedik, s. 25; İçel, s.42.

¹² İçel, s.43; Yaşar Salihpaşaoğlu: **Türkiye’de Basın Özgürlüğü**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.11; Kitle iletişimini gerçekleştiren kitle iletişim araçları medya sözcüğü ile de ifade edilmektedir. Yazılı basın, görsel basın ve işitsel basın kavramları ise, haberlerin ya da düşüncelerin sunulmuş ve algılanış şekillerine göre yapılan bir ayrımın sonucudur. Ae, s.11; Kitle iletişim araçlarının ortak özellikleri, haberleri, düşünceleri ya da duyguları yazı, resim veya ses olarak çoğaltmak suretiyle anonim nitelikteki kitlelere ulaştırılan teknik araç konumunda olmaları ve halkı aydınlatma, eğitme veya eğlendirme amacına yönelik olmalarıdır. Çolak, s.6; Gedik, s. 25; İçel, s.43.

¹³ İçel, s.44.

¹⁴ İçel, s.58.

gelişmişliği ve özgürlüğü toplumsal düzeyde birçok alanda gelişim sağlanmasının da anahtarı konumundadır.¹⁵ İfade özgürlüğü hakkı ve kitle iletişim özgürlüğü edilgen konumda olan bireyi etken konuma taşıyarak, bireyin içinde yaşadığı toplumda söz sahibi olmasını, olayların akışına müdahale edebilmesini ve toplum yaşayışına katkıda bulunabilmesini sağlar. Aşağıda, ifade özgürlüğü ve kitle iletişim özgürlüğünü oluşturan unsurlara yer verilecektir.

2. İfade Özgürlüğü ve Kitle İletişim Özgürlüğünün Unsurları

İfade özgürlüğü ve kitle iletişim özgürlüğünün varlığından söz edebilmek için kanaat sahibi olmak özgürlüğü, bilgi ve kanaatlere serbestçe ulaşmak özgürlüğü, bilgi ve kanaatleri serbestçe açıklayabilmek özgürlüğü ile bilgi ve kanaatleri yaymak özgürlüğünün varlığı şarttır.

Kanaat sahibi olmak özgürlüğü, hak kapsamındaki diğer özgürlüklere nazaran mutlak bir anlam taşır.¹⁶ Kanaatlere sahip olmak kişinin iç dünyasıyla alakalı bir konu olduğundan, ifade özgürlüğü hakkının sınırlandırılması için meşru kabul edilen sebepler, kanaat sahibi olmak bakımından uygulanabilir değildir. Bu özgürlüğün kişinin kanaatlerini açıklamaya zorlanmama özgürlüğünü de içerdiği AİHM kararları ile ortaya konulmuş¹⁷ olup 1982 Anayasasının 25. maddesinin ikinci fıkrasında da, her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimsenin, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı, düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamayacağı ve suçlanamayacağı açıkça ifade edilerek bu hususlar vurgulanmıştır.

Farklı güç odakları tarafından düşünsel olarak yönlendirilme ve biçimlendirilme durumuna mahkum olmadan, gerçeğin araştırılması ve kişisel görüşlerin özgürce oluşturulması imkanı sağlayan ifade özgürlüğünün etkin

¹⁵ Çolak, s.11.

¹⁶ Çankaya, Batur Yamaner, s.21.

¹⁷ Monica Macovei: **İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz**, İnsan Hakları El Kitapları, No. 2, (Çevrimiçi) <http://www.humanrights.coe.int/aware/GB/publi/materials/1004.pdf>, 29.04.2014, s.12, dn.9'da anılan Vogt-Almanya, 1995.

kullanımı, bilgi ve kanaatlere özgürce ulaşılmadan kullanılabilmesi mümkün değildir.¹⁸ Bu amaçla, kitle iletişim araçlarının haberlere ulaşmak ve haberleri toplamak hakkı ile bireylerin haber alma hakkının güvence altına alınması zorunludur.¹⁹ AİHM içtihatlarıyla da ifade özgürlüğünün hem ifadenin sahibinin hem de ifadenin yöneldiği kişilerin özgürlüğü olduğunu ortaya konulmuştur.²⁰

İfade özgürlüğü ve kitle iletişim özgürlüğüne hayatiyet kazandıran bilgi ve kanaatleri serbestçe açıklayabilmek özgürlüğü unsuru, aynı zamanda bilgi ve kanaatleri yorumlama ve eleştirme haklarını da içerir.²¹ Kitle iletişim araçları, toplumsal yaşamda geneli ilgilendiren konularda tartışma başlatmak, kamuoyu oluşturmak, siyasi iktidarları eleştirmek, faaliyetleri konusunda yorumlar yapmak ve böylece bir yandan halkı aydınlatırken diğer yandan siyasi iktidarları denetlemek gibi işlevlerini bilgi ve kanaatleri serbestçe açıklama, yorum ve eleştirilerde bulunma özgürlüğü sayesinde gerçekleştirir.²²

Bilgi ve kanaatleri yaymak özgürlüğü, bilgi ve kanaatleri serbestçe açıklayabilmek özgürlüğünün fiilen kullanılabilmesini sağlar.²³ Bilgi ve kanaatlerin geniş kitlelere ulaştırılması ve yayılması kitle iletişim araçlarıyla etkin bir şekilde gerçekleştirilir. Dolayısıyla, bilgi ve kanaatleri yaymak özgürlüğü, ifade özgürlüğünün kitle iletişim araçlarıyla açıklanma şekli olarak da tanımlanabilmektedir.²⁴

¹⁸ Uygun, s.131.

¹⁹ Bu yönüyle, haber veya fikirlere ulaşmak ve bunları yaymak birbirini bütünleyen iki haktır. İfade özgürlüğünün bu iki unsurunun, bilgi ve kanaatleri yayan ve ulaşan arasında gerçekleşen, çift taraflı özgürlük niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Çankaya, Batur Yamaner, s.21.

²⁰ "...Basının görevi kamu yararını ilgilendiren başka alanlarda olduğu gibi, siyasi konularda da bilgi ve fikirleri açıklamaktır. Sadece basının bu tür bilgi ve fikirleri açıklama görevi yoktur, halkın da bunlara ulaşma hakkı vardır..." Macovei, s.13, dn.11'de anılan Lingens-Avusturya, 1986; Şener-Türkiye, 2000; Thoma-Lüksemburg, 2001; Dichand ve diğerleri-Avusturya, 2002; Mehmet Semih Gemalmaz, Haydar Burak Gemalmaz: **Türkiye'de Bilgi Edinme Düşünce - İfade ve İletişim Mevzuatı**, İstanbul, Yazıhane Yayınları, 2004, s.197.

²¹ Eleştirme ve yorum yapma hakkı, basın yoluyla işlenen suçlarda, gerekli koşulların mevcudiyeti halinde, hukuka uygunluk nedeni oluşturur. İçel/Ünver, s.60.

²² Gedik, s.41, dn.106'da anılan Sunay.

²³ İçel, s.95.

²⁴ İçel, s.96; Gedik, s.41.

3. İfade Özgürlüğü Hakkının Öznesi

İfade özgürlüğü hakkının öznesi herkeştir. AİHM çeşitli kararlarında, Sözleşmeciler devletlerin egemenlik alanındaki herkesin bu hakka sahip olduğunu, gerçek ve tüzel kişiler bakımından bir ayırım yapılmadığını vurgulamıştır.²⁵ Düşünceleri açıklamak ve yaymak gibi bu düşüncelere ulaşmak da ifade özgürlüğü hakkının unsurlarını oluşturduğuna göre, hem ifadenin sahibi hem de ifadenin yöneldiği muhatap veya muhataplar ifade özgürlüğünün sahibidir.²⁶ Türk hukukunda da, Anayasanın düşünceleri açıklama ve yayma hürriyeti başlıklı 26. maddesinin ilk fıkrasında bu özgürlüğün sahibinin “herkes” olduğu belirtilmiştir.

4. İfade Özgürlüğü Hakkı Bakımından Devletin Yükümlülüğü

İfade özgürlüğü, devlete, bireye özel bir alan yaratma ve bireyin bu hakkı kullanmasına müdahale etmeme yükümlülüğü yükleyen klasik haklardandır. Günümüzde, ifade özgürlüğü hakkının kullanılabilmesi için, devletin, engelleyici müdahalede bulunmamasının yeterli olmadığına ortaya çıkmasıyla, devletin pozitif bir tutum takınarak bu konuda aktif önlemler almasının gerektiği kabul edilmektedir.²⁷ Bu gereklilik özellikle kitle iletişim araçlarının faaliyetleri bakımından ortaya çıkmaktadır.²⁸ Bu alanda devlet, kitle iletişim özgürlüğünü güçlendirmek için gerekli yasal ve idari tedbirleri almalıdır.²⁹

²⁵ Gemalmaz, Gemalmaz, s.197 ve s.210’da anılan 08.06.1976 tarihli Engel vd. v. Hollanda, 22.05.1990 tarihli Autronic AG v. İsviçre, 26.11.1991 tarihli Observer and Guardian v. Birleşik Krallık kararı, 26.11.1991 tarihli Sunday Times v. Birleşik Krallık (II) kararı, 25.06.1992 tarihli Thorgeir Thorgeirson v. İzlanda kararı, 24.02.1994 tarihli Casado Coca v. İspanya kararları; İfade özgürlüğü hakkının öznesinin belirlenmesinde AİHS m.34 de göz önünde bulundurulmalıdır. 34. maddeye göre, AİHS ve Protokollerinde tanınan hakların Yüksek

Taraf Devletlerden biri tarafından ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her hakiki şahıs, hükümet dışı her teşekkül veya her insan topluluğu Mahkemeye başvurabilir.”

²⁶ “...Bu tür haber ve düşünceleri vermek basın yayın kuruluşları için sadece bir görev değildir, halkın da bu düşünceleri edinme hakkı vardır...” AİHM 26.04.1979 tarihli Sunday Times v. Birleşik Krallık (I) kararı, (par.65).Çankaya, Batur Yamaner, s.1; Gözübüyük, Gölcüklü, s.357.

²⁷ İçel,s.63

²⁸ Medyada tekelleşme eğiliminin, örtülü biçimde kamuoyunun denetim altına alınmasına ve yönlendirilmesine neden olarak, ifade özgürlüğü için önemli bir tehdit unsuru oluşturduğu ve demokratik rejimin gerektirdiği çoğulculuğu engellediği belirtilerek, özellikle medya aracılığıyla açıklanan görüşler bakımından ifade özgürlüğünün pozitif boyutunun önem kazandığı ifade edilmektedir. Uygun, s.133.

²⁹ AİHM, 16.03.2000 tarihli Özgür Gündem v. Türkiye kararında basın özgürlüğünün etkin bir şekilde kullanılmasının, sadece Devlet’in müdahale etmeme görevine bağlı olmadığını fakat bunun yanı sıra,

5. İfade Özgürlüğü Hakkının ve Kitle İletişim Özgürlüğünün Hukuksal Rejimi

İfade özgürlüğü hakkı iç hukuk düzenlemeleri yanında belli başlı insan hakları belgeleri tarafından da güvence altına alınmıştır.³⁰ Kıta Avrupası hukukunda taraf devletler bakımından, içerdiği diğer hakların yanı sıra, ifade özgürlüğü hakkı bakımından da asgari standartları belirleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddesinin ilk fıkrasına göre;

“Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.”

AİHS 10. maddesi oldukça geniş bir uygulama alanına sahiptir. AİHM, ifade özgürlüğü hakkının, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında güvence altına alındığı şekliyle, demokratik bir toplumun en önemli temellerinden birini oluşturduğunu, demokratik toplumun gelişmesi ve her bireyin kendi kişiliğini gerçekleştirmesinin temel koşulu olduğunu belirtmekte ve istikrarlı biçimde kararlarında bu hususları yansıtmaktadır.³¹

Avrupa Konseyi belgelerini de göz önünde bulundurarak AİHS'ni yorumları ve içtihatlarıyla geliştiren AİHM, kitle iletişim araçlarının özgürlüğünün, ifade özgürlüğü hakkının en önemli görünümünü oluşturduğunu, 10. maddenin sadece ifade edilen düşüncelerin ve bilginin esasını değil, bunların iletilmiş olduğu biçimleri

bireyler arasındaki ilişkiler de dahil olacak şekilde, koruyucu pozitif önlemler alınması gerektiğini açıkça belirtmiştir. Gemalmaz, Gemalmaz, s.217; Şahin, s.147; Uygun, s.132.

³⁰ 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi “düşüncelerin, fikir ve görüşlerin başkalarına serbestçe iletilmesi ve ifadesi insanın en kıymetli haklarından” şeklindeki 11. maddesi ile ifade özgürlüğünün önemini vurgulamıştır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 19. Madde uyarınca “Herkesin düşünce ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak düşüncelerinden dolayı rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın, bilgi ve düşünceleri her yoldan araştırmak, elde etmek ve yaymak hakkını gerekli kılar.” Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme 19. Maddesinde ve 1969 tarihinde kabul edilmiş Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 13. maddesinde ifade özgürlüğüne yer vermiştir.

³¹ AİHM içtihatları için bkz. Uygun, s.131; Şahin, s.152, 153; Macovei, s.8.

de kapsadığı kararlarında defalarca tekrarlamıştır. Mahkemeye göre bilginin yayılma yollarına getirilen herhangi bir kısıtlama, kaçınılmaz olarak bilgiyi alma ve ifade etme hakkına da bir müdahale oluşturacağından, m.10 hükmü, bilginin sadece içeriğine ilişkin olarak değil, bilginin yayılma araçlarına da uygulanır.³² AİHM, ifade özgürlüğü ile ilgili birçok kararında hukukun üstünlüğü ilkesine göre yönetilen bir Devlette basının ayrıcalıklı bir role sahip olduğunu³³ vurgulamıştır.

Türk hukukunun ifade özgürlüğüne ilişkin temel düzenlemeleri AİHS ile uyum içindedir.³⁴ Anayasanın düşünce ve kanaat hürriyetine ilişkin 25. maddesi, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine ilişkin 26. maddesi ve basın hürriyetine ilişkin 28. maddesi kitle iletişim özgürlüğünün anayasal temelini oluşturmaktadır.³⁵

1982 Anayasasının düşünce ve kanaat hürriyeti başlıklı 25. maddesi herkesin, düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olduğunu belirtmektedir. 25. maddenin ikinci fıkrasında da hiçbir sebep ve amaçla, kimsenin, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve kimsenin düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamayacağı ve suçlanamayacağı hükme bağlanmıştır.³⁶

Anayasa'nın düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti başlıklı 26. maddesi uyarınca, herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek

³² 23.05.1991 tarihli Oberschlick v. Avusturya, par.57; 23.09.1994 tarihli Jersild v. Danimarka kararı, par.31; 28.09.1999 tarihli Öztürk v. Türkiye, Başvuru No.22479/93, par.49. Gemalmaz, Gemalmaz, s.201; Gözübüyük, Gölcüklü, s.358.

³³Macovei, s.8, dn.5'te anılan Castells-İspanya, 1992; Prager ve Oberschlick-Avusturya, 1995; İfade özgürlüğü hakkının ihlalini oluşturan dava konusu olayların çoğunda, özellikle basın özgürlüğü hakkı kapsamında davacıların mağdur gazeteciler olması, basının ifade özgürlüğüne ayrı bir önem verilmesine neden olmuştur. Şahin, s.152; Macovei, s.17.

³⁴ Anayasadan genel sınırlama rejiminin kaldırılarak tek tek haklar bağlamında özel sınırlama sebeplerinin düzenlenmesi AİHS ile Anayasa metnini oldukça yakınlaştırmıştır.

³⁵1982 Anayasasının ifade özgürlüğünün çeşitli görünümüne güvence sağlayan diğer hükümleri olarak Anayasanın, haberleşme özgürlüğüne ilişkin 22. maddesi, bilim ve sanat özgürlüğüne ilişkin 27. maddesi, süreli ve süresiz yayın hakkına ilişkin 29. maddesi, basın araçlarının korunmasına ilişkin 30. maddesi, kamu tüzelkişilerinin elinde bulunan basın dışı kitle iletişim araçlarından yararlanma hakkına ilişkin 31. maddesi, düzeltme ve cevap hakkına ilişkin 32. maddesi sayılabilir.

³⁶ Bu özgürlük, Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması başlıklı 15.maddesinde savaş, seferberlik ve olağanüstü hal dönemlerinde dahi sınırlandırılmayacak hak ve özgürlükler arasında sayılmıştır.

başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.³⁷ İfade özgürlüğünün tüm unsurlarını içeren 26. madde, tüm iletişim biçimlerini kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Hükümde yer alan “radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımlar” ifadesinden hareketle, geleneksel kitle iletişim araçlarının yanı sıra, internet yoluyla düşünce ve kanaatlerin açıklanması ve yayılmasının da 26. maddenin koruma alanında olduğu kabul edilmelidir.³⁸

Anayasanın 28. maddesinde basın hür olup sansür edilemeyeceği ifade edilmiş, basımevi kurmanın izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanamayacağı belirtilmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, Devletin, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alması öngörülerek, devletin pozitif yükümlülüğüne vurgu yapılmıştır. Görsel ve işitsel yayınlarda öngörülmüş izin sisteminin aksine, basın yayın sisteminde izin şartı aranmadığı görülmektedir.

B. İfade Özgürlüğü Hakkının Sınırlandırılması ve Sınırlandırmanın Sınırı

İfade özgürlüğü hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sisteminde, yaşam hakkı veya işkence yasağı gibi mutlak haklardan sayılmayıp, bazı durumlarda devletin bu hakka müdahalesi meşru kabul edilmiştir. AİHS 10. maddesinin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada tanımlanan özgürlüğün kullanılmasının görev ve

³⁷ AİHM, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarının ifade özgürlüğünün ihlali oluşturmayacağına ilişkin 10. madde hükmünü, bu alandaki sınırlamaların 2. fıkradaki koşullardan bağımsız olarak değerlendirilemeyeceği ve taraf devletlerin ruhsat verip vermemek konusunda sınırsız bir takdir yetkisine sahip olmadığı yönünde değerlendirmektedir. Ruhsat vermemek işlemi ancak herkes için aynı sonuçları doğurabilecek objektif kriterlere dayanılarak yapılmış olduğu takdirde AİHM tarafından 2.fıkraya uygun bulunmaktadır. 28.03.1990 tarihli Groppera Radio AG v İsviçre kararı için bkz. Şeref Ünal: “Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Ülkesel ve Sınırlarötesi Televizyon Yayınları”, Prof. Dr. Vedat Raşit Seviğ'e Armağan, MHMÖH Bülteni, Cilt 14, Sayı 1-2, 1994, s.163 vd.

³⁸ Aynı yönde bkz. Gedik, s.86.

sorumluluklar yüklediği belirtilerek, ifade özgürlüğü hakkının devlet tarafından sınırlandırılmasının meşru kabul edileceği haller sayılmıştır. Sözleşmeye taraf devletlerin bu sayılanlar dışındaki herhangi bir nedene dayanarak hakkı sınırlandırması hakkın ihlali anlamına gelir. Sınırlama mutlaka sözleşmeye dayanmalıdır ve yasayla öngörülmüş sınırlandırma sebepleri dar yorumlanmalıdır.³⁹ 1982 Anayasasının ifade özgürlüğüne ilişkin 26. maddesinin ikinci fıkrasında hakkın sınırlandırılmasının meşru nedenleri sayılarak belirlenmiştir.

İfade özgürlüğü hakkının sınırlandırılması rejimi bakımından farklılıklar arz eden Amerika Birleşik Devletleri hukuk sisteminde, ifade özgürlüğü hakkını düzenleyen ABD Anayasasının Birinci Değişikliği'ne göre "Kongre, ifade ve basın özgürlüğünü sınırlandıran bir yasa çıkaramaz". 1791 yılında formüle edilen Birinci Değişiklik ifade özgürlüğünün sınırları ve sınırlamanın sınırları konusunda, AİHS m.10'un aksine, hiçbir hüküm içermediğinden, hakkın sınırlandırılmasına ilişkin esaslar Yüksek Mahkeme ve doktrin tarafından belirlenmiştir.⁴⁰

1. İfade Özgürlüğü Hakkının Sınırlarının Hakkın Norm Alanıyla Belirlenmesi

İfade özgürlüğü hakkının sınırlandırılması, hakkın norm alanına dahil ifade biçimlerinin yasal olarak kabul edilmiş meşru sınırlandırma nedenlerinden birine dayanılarak sınırlandırılması anlamına gelir. Hakkın norm alanı dışında kalan ifadeler bakımından sınırlandırılma söz konusu olmayıp, bu tür ifadeler ifade özgürlüğü kapsamı içinde yer almaz.⁴¹ Örneğin, yürürlükteki hukuka göre, hakaret, müstehcen ifadeler, nefret söylemleri gibi düşünce açıklamaları ifade özgürlüğü

³⁹Gemalmaz, Gemalmaz, s.197'de anılan 26.11.1991 tarihli Observer and Guardian v. Birleşik Krallık kararı, 26.11.1991 tarihli Sunday Times v. Birleşik Krallık (II) kararı, 25.06.1992 tarihli Thorgeir Thorgeirson v. İzlanda kararı. Gözübüyük, Gölcüklü, s.373; Vahit Bıçak : "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü", **Liberal Düşünce**, S.24, Yıl 6, 2001, s.56.

⁴⁰ Şahin, s.345.

⁴¹ Uygun, s.138; Daha önce de belirtildiği gibi bir hakkın norm alanı, konusuyla doğrudan bağlantılı olan kullanım biçimlerini güvence altına alır. Bir hakkın özgül kullanım biçimleri, onun kapsamını, norm alanını, diğer bir deyişle, güvence altına aldığı yaşam kesitini gösterir. Uygun, s.139.

kapsamında değerlendirilemiyorsa, bu ifadeler hakkın norm alanı dışında kaldığından sınırlandırılmaları halinde hakkın ihlalinden bahsedilmeyecektir.⁴²

İfade özgürlüğü hakkı kapsamında ifade kategorileri arasında ayırım yapılmadan, siyasi içerikli, sanatsal, ticari nitelikte veya diğer her konunun ifade edilmesinin güvence altına alınması⁴³ ve her tür ifadenin ifade özgürlüğü hakkının norm alanına dahil olması genel prensiptir. AİHM, ifade özgürlüğü hakkına ilişkin 10. maddenin ifadenin değişik biçimleri arasında bir ayırım yapmadığından hareketle, maddenin tüm ifade kategorilerini kapsadığı görüşündedir.⁴⁴ Ayrıca, mahkeme, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleri olarak ifade özgürlüğünün, sadece lehte olduğu kabul edilen, zararsız ya da ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, ama ayrıca, devlet ya da nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, çarpıcı gelen/şok eden ya da rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanacağını kararlarında vurgulamaktadır.⁴⁵

Prensip ayırım yapılmaksızın her tür bilgi ve düşüncenin ifade edilmesinin ifade özgürlüğü hakkı kapsamında değerlendirilmesi olsa da, bazı ifade alanları hakkın norm alanı dışında değerlendirilmektedir. İfade özgürlüğü hakkının norm alanının sınırlarının çizilmesinde, hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar⁴⁶, kültürel farklılıklar ve ülkelerin tarihsel arka planları belirleyici olabilmektedir. Örneğin Nazilerin gerçekleştirdiği katliam Avrupa ülkelerini ırkçı söylemlere ve anti semitik

⁴² Uygun, s.138; İfadenin içeriğine göre neyin hakaret neyin müstehcen sayılacağı kültür çevrelerine göre değişir. Örneğin Fransa'da eski devlet başkanı François Mitterand'ın kanserle mücadelesini anlatan kitap, başkanın itibarını sarstığı gerekçesiyle yasaklanırken, ABD'de Başkan Kennedy'nin cinsel yaşamı hakkında ayrıntılar içeren kitap müdahaleye uğramadan satılmıştır. Ae, s.128.

⁴³ Gemalmaz, Gemalmaz, Türkiye'de Bilgi Edinme, s.199; Siyasi içerikli ifadeler için bkz. 11.10.1984 tarihli Lingens/Avusturya kararı, par.41, Ae., s.199; Sanatsal ifadeler için bkz. 24.05.1988 tarihli Müller/İsviçre kararı, par.27, Ae., s.201; ticari nitelikli ifadeler için bkz. 25.03.1998 tarihli Barthold/Almanya kararı, 24.02.1994 tarihli Casado Coca / İspanya kararı, par.35, Ae., s.205; Gözübüyük, Gölcüklü, s.359.

⁴⁴ Ae. s.201'de anılan 24.05.1988 tarihli Müller vd. v. İsviçre, par.27.

⁴⁵ Ae. s.196'da anılan 7.12.1976 tarihli Handyside v. Birleşik Krallık, par.49 ve 26 Nisan 1979 tarihli Sunday Times v. Birleşik Krallık, par.65.

⁴⁶ İfade özgürlüğü ile ilgili mutlak korumacı görüşler bu özgürlüğün demokrasilerde içerik yönünden sınırlanamayacağını savunurken, sadece bazı düşüncelerin kategorik olarak bu özgürlükten yararlanmayacağını veya kamu düzeninin korunması gibi meşru amaçlarla ölçsüz sınırlamaların mümkün olabileceğini savunan farklı görüşler mevcuttur. Uygun, s.128.

düşüncelere karşı son derece duyarlı hale getirirken, ABD’de kamu düzeni açısından ciddi tehditler yaratmadıkça bu tür söylemler ifade özgürlüğünün norm alanı içinde kabul edilir ve engellenmez.⁴⁷

1966 tarihli Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi 20.maddesinde⁴⁸ ve 1965 tarihli Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 4. maddesinde⁴⁹ düzenlenen hükümlerle, taraf devletlere belirli kategorilerdeki ifadeleri yasaklama yükümlülüğü getirilmektedir. Böylece, mezkur uluslararası belgelerin ilgili hükümlerinde belirtilen yöndeki düşünce açıklamaları, ifade özgürlüğü hakkının norm alanından dışlanmış kabul edilmektedir. AİHM içtihatlarına bakıldığında, genellikle, ırkçı söylemlerle nefrete ya da şiddete teşvik eden ulusal, ırksal veya dinsel düşmanlık yaratan ifadelerle (hate speech) getirilen sınırlamalar ile ilgili başvuruların, açıkça dayanaksız olduğu veya başvuru hakkının kötüye kullanıldığı gerekçesiyle (m.35/3) başvurunun esasına girilmeden reddedildiği görülmektedir.⁵⁰

⁴⁷ Amerikan hukuk sisteminde ifade özgürlüğü bakımından bir dönüm noktası olarak kabul edilen Brandenburg kararı (Brandenburg v. Ohio, 395 US 444 [1969]) ile siyasal iktidarın belirli kategorideki ifadeyi tehlikeli bularak sınırlandırması olanağı ortadan kaldırılmıştır. Şiddete başvurarak rejimin devrilmesi gerektiğinin savunulmasının Birinci Değişikliğin koruması altında olduğunun açıkça ifade edildiği kararda varılan sonuçlar hala geçerliliğini korumaktadır. ABD Yüksek Mahkemesine göre, şiddet kullanılmasının veya suç işlenmesinin savunulduğu bir ifadenin sınırlandırılabilmesi için söz konusu ifadenin hemen gerçekleşebilecek yasa dışı bir eylemi doğrudan tahrik ve teşvik etmesi ve tahrikin söz konusu eylemin gerçekleşmesine elverişli bulunması koşullarının birlikte bulunmasını gerekir. Buna göre, korunan ifadeyi korunmayan ifadeden temel olarak ayıran, korunmayan ifade ile eylem arasındaki yakınlığın derecesidir. Başka bir deyişle, ifadenin korunmaması için, ifade ile ifadenin yol açacağı zarar tehlikesi o kadar yakın olmalıdır ki ifade ile eylemin arasına girmeye fırsat bulunmamalı, ifadenin ifade ile karşılanması veya ifadenin kamusal tartışma forumuna girmesi söz konusu olamamalıdır. Şahin, s.357.

⁴⁸ 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin savaş propagandası ve düşmanlığı savunma yasağı başlıklı 20. maddesi uyarınca her türlü savaş propagandası, ayrımcılığa, kin ve nefrete veya şiddete tahrik eden herhangi bir ulusal, ırksal veya dinsel düşmanlığın savunulması hukuk tarafından yasaklanır.

⁴⁹ 1965 tarihli Irk Ayrımcılığının Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, ırkçı düşüncelerin desteklenmesi, teşviki ve yayılmasının önlenmesi yükümlülüğünü öngören 4. maddesi ile ırkçı söylem yasağını pekiştirmektedir.

⁵⁰ Şahin, s.492; Uygun, s.142, dn.13’te anılan Melike Batur Yamaner, “Uluslararası Hukukta Düşüncüyü Açıklama ve Yayma Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000, s.139-143, 175; AİHM kararlarına bakıldığında son yıllarda ırkçı söylemlerin kategorik olarak ifade özgürlüğünün norm alanı dışında tutulmadığı, somut olay bağlamında kamu düzeni ya da başkalarının haklarının korunması bakımından bir tehlike yaratıp yaratmadığının incelenerek değerlendirme yapılması yönünde içtihatların geliştiği görülmektedir. (Bkz. Jersild/ Danimarka, Başvuru No:15890/89, Karar Tarihi: 23.09.1994, par.37). Buna karşılık,

ABD hukuk sisteminde ise devletin ifadenin içeriğine tarafsız olma yükümlülüğü mevcuttur. Yüksek Mahkemeye göre, yönetimin tartışmanın bir tarafında yer alarak diğer tarafı susturmaya çalışması, belirli bir bakış açısı içeren ifadelerin kategorik olarak sınırlandırılması Anayasaya aykırılığa karine teşkil eder. Yüksek Mahkemeye göre, ifadenin içeriğinin sırf dinleyicilerin bir bölümü için şok edici, saldırgan nitelikte olduğu gerekçesiyle ifade özgürlüğü hakkının sınırlandırılmasına izin vermek, devlete siyasal ifade kategorileri arasında bir seçim yapma hakkını tanımak demektir ve bu durum ifade özgürlüğünün demokratik toplumdaki işlevi ile bağdaşmaz.⁵¹

Batı Avrupa ülkelerinin kanunlarında yer alan ırkçı söylem yasaklarına ilişkin hükümler, farklı tarihsel arka plana sahip Türk hukukunda yer almamıştır.⁵² Türk hukukunda TCK m.216 ile düzenlenmiş halkı kin ve düşmanlığa tahrik edici ifadelerin, açık ve yakın bir tehlike yaratmaları halinde kamu güvenliği nedeniyle sınırlandıracağı belirtilmiştir. TCK m.216/2 ile halkın bir kesimini sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişiler için hapis cezası öngörülerek bu tür ifadeler hakkın norm alanı dışında tutulmuştur.⁵³

2. İfade Özgürlüğü Hakkının Mevzuat Uyarınca Sınırlandırılması

a. İfade Özgürlüğü Hakkının Sınırlandırılmasının Genel Koşulları

İfade özgürlüğü hakkının sınırlandırılmasına ilişkin ölçütler AIHS m.10/2 ve Anayasanın 26. maddesi ile belirlenmiştir. İfade özgürlüğü hakkının sınırlandırılmasının ifade özgürlüğü hakkının ihlali niteliğinde olmaması için, sınırlamanın yasal bir temeli bulunmalı, sınırlama tahdidi olarak belirlenmiş meşru nedenlerden birine dayanarak gerçekleştirilmeli, demokratik bir toplumda gerekli

ABD’de aksi yönde bir gelişim gözlemlendiği ve ırkçı söylemlere karşı hassasiyetin arttığı ifade edilmektedir. Şahin, s.146; Uygun, s.140, 144.

⁵¹ Şahin, s.364–384.

⁵² Çankaya, Batur Yamaner, s.73.

⁵³ 216. madde, uygulamada başkalarının şeref ve haysiyetlerinin korunmasını sağlayacak olsa da, düzenlenmesi başkalarının şeref ve haysiyetlerinin korunması değil kamu düzeninin korunması amacıyla yönelik olup, kamu barışına karşı suçlar arasında yer almaktadır.

olmalı ve ölçülü olmalıdır. Ulusal mahkemeler de, hakka müdahalenin haklılığına karar verebilmek, her üç koşulun bir arada bulunmasını aramakla yükümlüdürler.⁵⁴ Aşağıda kısaca bu koşullardan bahsedilecektir.

(1) Sınırlamaların Hukuken Öngörülmesi Olması

İfade özgürlüğü hakkına müdahale teşkil eden eylem ya da işlemin ulusal hukukta öngörülmesi gerekir. Yasallık ilkesi olarak da adlandırılan⁵⁵ hukukten öngörülmesi olma koşulu, yazılı veya yazılı olmayan hukuk kaynaklarının mevcudiyeti ile sağlanabilir. Hak ve özgürlükleri düzenleyecek tasarrufların şekli anlamda belirlenmesi iç kamu hukuku sorunu teşkil ettiğinden, AİHS sisteminde hukukten öngörülmesi olma sadece kanunlarla sınırlı değildir.⁵⁶ Bu koşul, devletlerin ifade özgürlüğü hakkına keyfi müdahalelerini engeller. Sınırlama nedeninin dayanağını oluşturan yasa ulusal hukukta ulaşılabilir ve anlaşılabilir şekilde düzenlenmiş olmalıdır. Başka bir deyişle, vatandaşlar belirli bir durumda uygulanacak hukuki kurallar konusunda yeterli derecede bir fikre sahip olabilmelidir ve belirli bir eylemin doğuracağı sonuçları makul bir düzeyde öngörebilmelidir.⁵⁷ Türk hukukunda, Anayasanın 13. maddesine göre temel hak ve özgürlükler ve dolayısıyla ifade özgürlüğü sadece kanunla sınırlanabilmektedir.

(2) Hakkın Sınırlanmasının Meşru Bir Sebebe Dayanması

AİHS m.10/2 ile belirli koşullarda hakkın sınırlanmasına ilişkin ölçütler tahdidi olarak belirlenmiştir. Buna göre ifade özgürlüğü hakkı, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması

⁵⁴ Bıçak, s.56; Macovei, s.54.

⁵⁵ Gemalmaz, Gemalmaz, Türkiye’de Bilgi Edinme, s.196.

⁵⁶ Gözübüyük, Gölcüklü, s.376; AİHM bir kararında meslek odası niteliğindeki Veteriner Hekimler Birliği’nin çıkardığı yönetmeliklerin teknik anlamda yasa olmasa bile bu bağlamda geçerli bir hukuk normu niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Şahin, s.390, dn.193’te yer verilen Barthold v. Germany, Başvuru No. 8734/79, 25 Mart 1985, par.48,49.

⁵⁷ Gözübüyük, Gölcüklü, s.376; Macovei, s.57.

amaçlarını gerçekleştirmek üzere sınırlandırılabilir.⁵⁸ Türk hukuku bakımından ifade özgürlüğü, Anayasa'nın 13. maddesi gereğince, hakkın özüne dokunulmaksızın ve yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlanabilir. Anayasanın 26. maddesinin ikinci fıkrasında ifade özgürlüğü hakkının sınırlanmasının meşru nedenleri olarak, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçları sayılmıştır.

İfade özgürlüğü hakkına müdahalede bulunan ulusal makamların, diğer sınırlandırma sebeplerine nazaran, özellikle politikacılara ve devlet adamlarına yönelik eleştirileri engellemek amacıyla, başkalarının şöhret ve haklarının korunması nedenine dayandığı görülmektedir.⁵⁹ Bu nedenle, AİHM, başta basının ifade özgürlüğü hakkı olmak üzere, bu nedenle sınırlandırılan ifade özgürlüğü hakkına ilişkin çok sayıda karar üretmiştir.⁶⁰

⁵⁸ Doktrinde 10. maddenin, ifade özgürlüğü hakkının sınırları konusunda altı grup içinde sınıflandırılabilir dokuz adet sınırlandırma nedenine yer verdiği belirtilmektedir.

(1) devletin çıkarları: ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü, kamu emniyeti. (2) halkın çıkarları: genel sağlık ve genel ahlak. (3)Toplumun ya da genelin yararı için: düzensizliğin ya da suç işlenmesinin önlenmesi. (4)Yargı organlarının yararı: yargılama organlarının yetki ve tarafsızlığının korunması.(5) İdarenin/kamu makamlarının ve adaletin yararı: gizli bilginin açığa çıkmasının önlenmesi. (6) Özel çıkarlar için: başkalarının şöhret ve haklarının korunması. Gemalmaz, Gemalmaz, s.195-196.

⁵⁹Başkalarının şöhret ve haklarının korunması amacıyla uygulanan sınırlamaların, ifade özgürlüğünün hem özel hem de kamusal tartışma forumuna ait bütün özelliklerini kuşatıcı bir kapsama sahip olduğu ve bu nedenle en geniş kapsamda ortaya çıkan sınırlandırma nedeni olduğu belirtilmektedir. Hakaret ve sövme içerikli ifadelerin sınırlandırılması bu kategoride değerlendirilir. İfadenin muhatabının kamusal şahsiyet olduğu halde siyasal ifade özgürlüğü değerlendirilir. Bu sınırlama nedeninin hedefinde sadece bireyler değil gruplar da bulunur. Şahin, s.389, dn.188.

⁶⁰ Macovei, s.96; Gözübüyük, Gölcüklü, s.375'te anılan 08.07.1986 tarihli *Lingens v. Avusturya*, 23.05.1991 tarihli *Obershlick v.Avusturya* 24.02.1994 tarihli *Casado Coca v. İspanya*, 27.03.1996 tarihli *Goodwin v. İngiltere*, 24.02.1997 tarihli *De Haes ve Gijssels v. Belçika* kararları vd.

(3) Sınırlamanın Demokratik Bir Toplumda Gerekli Olması

AİHM'e göre demokratik bir toplumda gereklilik testinin iki koşulu, sınırlamanın zorlayıcı bir sosyal ihtiyaca karşılık gelmesi ve müdahalenin sınırlamayla izlenen meşru amaçla orantılı olmasıdır.⁶¹ AİHM ile ABD Yüksek Mahkemesi arasında ifade özgürlüğü hakkının sınırlandırılması konusunda ve uygulanan sınırlama yöntemi açısından paralellik bulunmaktadır. Müdahalenin sınırlamayla izlenen meşru amaçla orantılı olması ölçütü, ABD Yüksek Mahkemesinin, sınırlandırmanın izlenen amacı gerçekleştirecek ölçüde dar bir çerçevede tutulmuş olması ölçütü ile paraleldir. Zorlayıcı sosyal ihtiyaç ölçütü de, ABD Yüksek Mahkemesinin zorlayıcı devlet çıkarı ölçütüyle paraleldir.⁶²

Türk hukukunda, Anayasanın 13. maddesi gereğince ifade özgürlüğünün sınırlanması, hakkın özüne dokunulmaksızın, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesi gereklerine riayet edilerek gerçekleştirilmelidir. 13. madde AİHS ile uyumlu bu içeriği dışında, sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna, laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olamayacağı yönünde iki kriteri daha kapsamaktadır.

(4) Hakların Kötüye Kullanımının Yasaklanması

AİHS'nin, Sözleşme hükümlerinden hiçbirinin, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamayacağı yönündeki 17. maddesi ile belirli bir hak ve özgürlüğe yapılan sınırlamadan ayrı

⁶¹ Mahkemeye göre, buradaki gereklilik zorunluluk anlamına gelmediği gibi kabul edilebilir, sıradan, faydalı, makul ya da arzulanabilir gibi daha esnek ibarelerle eş anlamlı değildir. Gereklilik kavramı sosyal ihtiyaç baskısının varlığına işaret etmektedir. 07.11.1976 tarihli Handyside v. Birleşik Krallık, par.48-49, 26.04.1979 tarihli Sunday Times v. Birleşik Krallık, par.59, 25.03.1983 tarihli Barthod v. Almanya, par.55 ve diğer kararlarda bu hususlar tekrarlanmıştır. Gemalmaz, Gemalmaz, s.206; Gözübüyük, Gölcüklü, s.378.

⁶² Şahin, s.391.

olarak özel bir sınırlama rejimi yaratılmıştır.⁶³ Buna göre ifade özgürlüğü hakkı da, 10. maddenin ikinci fıkrasında sayılmış nedenlerin dışında 17. maddeye dayanılarak da sınırlanabilecektir

AİHM özellikle ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerde devlete en geniş takdir yetkisini tanıdığı ırkçı ifadeler ya da soykırımı inkar suçları bakımından 10. maddeyi 17. madde ile birlikte yorumlamaktadır.⁶⁴ Türk Anayasasının 14. maddesinde AİHS m.17'ye paralel şekilde temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmayacağı hükme bağlanmıştır.

b. İfade Özgürlüğünün Başkalarının Şöhret ve Haklarının Korunması Amacıyla Sınırlandırılması

Başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının korunması amacı, Anayasa m. 26/2 hükmü ile ifade özgürlüğünün sınırlanmasını gerektiren sebepler olarak düzenlenmiştir. İfade özgürlüğü hakkının başkalarının şöhret ve haklarının korunması amacıyla sınırlandırılması, kamusal çıkarların korunması amacıyla öngörülmuş sınırlandırma sebeplerinin aksine, kişisel hakların korunmasını hedefler. İfade özgürlüğünün bu nedenle sınırlanması dine hakaret, ırkçı söylemler ve hakaret başlıkları altında incelenmektedir.⁶⁵ Şeref ve haysiyetin korunmasını teminen hukuk düzenlerinde aynı zamanda suç olarak tanımlanan hakaret eylemi, uygulamada, ifade özgürlüğünün başkalarının şöhret ve haklarının korunması amacıyla sınırlandırılmasının en önemli nedenini oluşturmaktadır. Başkalarının şöhret ve haklarının korunması, özellikle politikacıların ve devlet görevlilerinin eleştirilere karşı korunması amacıyla ulusal otoriteler tarafından en fazla başvuru gerektirir.⁶⁶ İfade özgürlüğü hakkı ile kişilik hakkının çatışması da bu noktada gerçekleşmektedir. İfade özgürlüğü hakkının kullanılması, bir kimsenin kişilik

⁶³ 17. maddenin tüm temel hak ve özgürlükler için uygulanır olup olmadığı tartışılmalıdır. Örneğin, kölelik yasağı ya da işkence yasağı gibi mutlak nitelikli haklar bakımından uygulanamazken, özellikle düşünce (din ve vicdan) ifade ve örgütlenme özgürlüğü bakımından uygulanabilir olduğu açıkça ifade edilmiştir. Şahin, s.478, dn.415'te anılan *Lawless v. Ireland*, Başvuru No. 332/57, 01.07.1961, par.3-7.

⁶⁴ Gözübüyük, Gölcüklü, s.414;Şahin, 480; Uygun, s.140, 144.

⁶⁵ Çankaya, Batur Yamaner, s.37.

⁶⁶ Macovei, s.96.

hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmuşsa, hukuka aykırılığı kaldıran başka bir unsur bulunmadıkça, çatışan iki hakkın dengelenmesinde üstün nitelikte kamu yararının bulunması ölçütü esas alınmaktadır.⁶⁷

Başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının korunması, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında meşru neden olmakla birlikte, öncelikle kullanılan ifadenin hakaret mi yoksa kabul edilebilir eleştiri mi teşkil ettiği tespit edilmelidir.⁶⁸ Eleştirinin sınırı ve ifade özgürlüğü hakkına sağlanan korumanın kapsamı, ifadenin konusu, sahibi ve muhatabına bağlı olarak farklı şekilde belirlenebilmektedir.⁶⁹

(1) İfadenin Muhatabı Bakımından

Hakaret nedeniyle ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında, saldırıya maruz kalan kişinin kamuya mal olmuş kişilerden olması halinde, toplumun bu kişilerle ilgili bilgi edinmekte yararı olduğu kabul edildiğinden, bu kişilere yönelik eleştirinin sınırlarının daha geniş olduğu kabul edilmektedir. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 1998 tarihli ve 1165 sayılı ‘Özel yaşam hakkı’ başlıklı kararında⁷⁰ kamuya mal olmuş kişileri, kamusal faaliyet yürüten ve/veya kamu kaynaklarını kullanan ve daha geniş anlamda, ister politika ister ekonomi, sanat, sosyal alan, spor ya da diğer herhangi bir alanda olsun kamusal yaşamda rol oynayan tüm kişiler olarak

⁶⁷ Nil Karabağ Bulut: “Basın Özgürlüğü ile Özel Yaşama Saygı Gösterilmesi Hakkı Arasında Kurulacak Olan Dengenin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin von Hannover v. Almanya Vakasına İlişkin 24 Haziran 2004 Tarihli Kararı Işığında Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, Cilt II, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2010, s.1095.

⁶⁸ Çankaya, Batur Yamaner, s.47.

⁶⁹ Uygun, s.147; “...başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin Anayasa’nın 26. ve 28. maddelerini ihlal boyutuna ulaşıp ulaşmadığı incelenirken soyut bir değerlendirme yapılmayıp; başvurunun kullandığı ifadelerin türünün, kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesinin, ifadelere yönelik kısıtlamaların niteliğinin ve kapsamının, ifadelerin kimin tarafından dile getirildiğinin, kime yönelmiş olduğunun ve kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının gerektiği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğine bakılmalıdır...” Anayasa Mahkemesinin 2014/12151 Başvuru Numaralı, 4/6/2015 tarihli kararından.<http://www.anayasa.gov.tr/28.05.2017>.

⁷⁰ **Resolution 1165 (1998), “Right to Privacy”**, adopted by the Parliamentary Assembly on 26 June 1998, (24th sitting). Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin Özel Yaşam Hakkı Üzerine 1165 (1998) Sayılı Kararı, **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Çev.: H.Burak Gemalmaz, Yay. Haz.: Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.137-139.

tanımlamıştır.⁷¹ AİHM de kararlarında özellikle politikacılar, kamu görevlilerine hükümetinkendilerine karşı yapılan eleştirilere karşı daha toleranslı davranmaları gerektiğini vurgulamıştır. Kamuya mal olmuş kişilerin yaşam faaliyetlerinin büyük bölümünü kamu önünde gerçekleştirmeleri ve bunlarla ilgili bilgilerin öğrenilmesinde çoğu zaman kamu yararı bulunması nedeniyle, özel yaşam alanlarının diğer kişilere göre daha dar olduğu kabul edilmektedir.⁷²

Politikacılara yönelik eleştirinin sınırlarıyla ilgili en önemli kararlarından biri olan, 8 Temmuz 1986 tarihli Lingens/Avusturya kararında mahkeme, politikacıların kendilerini bilerek ve isteyerek basın ve kamuoyunun görüş ve eleştirilerine açtığını, kişilerin şeref ve haysiyetlerinin korunmasından politikacıların da yararlanabileceğini ancak siyasal sorunların kamusal olarak tartışılması menfaati ile politikacının kişilik hakkı dengelenerek bir sonuca varılması gerektiğini belirterek, politikacıları eleştirmenin kabul edilebilir sınırlarının, özel bireyleri eleştirmenin sınırlarına göre daha geniş olduğunu ortaya koymuştur.⁷³ Yargıtay kararları da AİHM kararları ile uyumludur.⁷⁴ AİHM, politikacıların faaliyetleri yanında, belirli sınırlarda özel yaşamları ve kişilik özellikleriyle⁷⁵ işlem ve eylemlerinin kamusal göz karşısında şeffaf ve eleştiriye açık olması gerektiği görüşündedir.

⁷¹Resolution 1165 (1998), "Right to Privacy", par.7.

⁷² Karabağ Bulut, s.1097; Münferit bir olay nedeniyle kamuoyunun geçici olarak dikkatini çeken kişilerle ilgili kişilik hakkı, söz konusu münferit olay bakımından ve olayın güncelliği devam ettiği sürece daralmaktadır. Ae, s.1097, dn.80; Kılıçoğlu, s.252.

⁷³ 08.07.1986 tarihli Lingens v. Avusturya kararı, 23.05.1991 tarihli Oberschlick v. Avusturya kararı, Bıçak, s.60; Çankaya, Batur Yamaner, s.48; Gemalmaz, Gemalmaz, s.199; Yargıtay, önemli görevlerde bulunan kişilerin, basının haber verme hakkı ve özgürlüğü nedeniyle sert eleştirilere muhatap olmalarının, yürüttükleri görevin ve demokratik rejimin bir gereği olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir.(Y.4.HD. 28.12.2005, E. 944, K. 14249). Eleştiri sınırlarının dışına çıkacak ifadeler içermediği sürece, konuları ve siyasi kişilikleri gereği, politikacılara yönelik eleştirilerin sert bir dille yapılmasının, kişilik hakkının ihlalini oluşturmayacağı yönünde muhtelif kararlar üretmiştir. (YHGK. 14.10.1998, E. 4-695, K. 702; Y.4.HD. 6.10.2004, E. 7823, K. 11060 vd. www.kazanci.com.tr, 12.07.2015.

⁷⁴ Başbakan hakkında kullanılan "seviyesiz beyanlarda bulunan" "ahlak dışı saldırılar yapan" "gaflet ve ihanet içinde olan" "çukurda siyaset yapan" ifadelerinin kişilik haklarının ihlali kastıyla söylenmediği, başbakan ve siyasi parti lideri olan davacının eleştirilere açık hoşgörülü ve tahammüllü olması gerektiği, sert eleştirilerin kişilik haklarının ihlal edildiği anlamına gelmediği ve tazminat talebinin reddedilmesi gerektiği yönünde YHGK, E. 2013/4-205, K. 2014/56, T. 05.02.2014 www.kazanci.com.tr, 12.07.2015.

⁷⁵ "...bir politikacının önceki cezai mahkumiyetleri, diğer alanlardaki kamusal davranışları ile birlikte, bu kimsenin siyasal görevleri yerine getirmeye uygun olup olmadığının tartabilme bakımından uygun

Demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün anlamını özgür siyasal tartışmanın gerçekleşebilmesi ve herkesin bu tartışmaya katılabilmesi olarak değerlendiren mahkeme, hükümetin her türlü çalışmasında özel kurumsal kişiliklere hatta politikacıları nazaran çok daha fazla denetime ve eleştiriye açık olmasını demokrasinin gereği olarak görmektedir. Bu nedenle, hükümeti eleştirmenin hoş görülebilir sınırlarının, kişileri, hatta politikacıları eleştirmenin sınırından daha geniş olduğuna hükmedilmiştir.⁷⁶

AİHM, yargının toplumdaki özel görevini göz önünde bulundurarak ve yargıçların kişilik haklarına saldırılmadan, basın demokratik toplumun temel kurumu olan yargının işleyişine ilişkin haber verme hakkı kapsamında yargıçların da eleştirilebileceğine yönelik kararları mevcuttur.⁷⁷ Bu kararların sayıca daha az olduğu ve kararlarda temkinli bir dil kullanıldığı belirtilmelidir. Kamu görevlilerine yönelik eleştirilerin sınırlarının da politikacılar kadar geniş kapsamlı olmamakla birlikte, sıradan vatandaşlara yönelik eleştirilere nazaran daha geniş olduğu kabul edilmektedir.⁷⁸

Eleştirinin sınırlarının daha geniş olduğu belirlenen hallerde, eleştirinin hakaret oluşturması veya hiçbir temelini bulunmaması durumunda, ifade sahibinin ifade özgürlüğüne başkalarının şöhretini ve haklarını koruma gerekliliği temelinde müdahale edilebileceği kuşkusuzdur.⁷⁹ Ancak hakarete varan eleştiriler, siyasi

veriler olabilir” Schwabe v. Avusturya kararı, par.32, Gemalmaz/ Gemalmaz, Türkiye’de Bilgi Edinme, s.200.

⁷⁶ 23.04.1992 tarihli Castells v.İspanya kararı, Bıçak, s.61; Çankaya, Batur Yamaner, s.49; Gemalmaz, Gemalmaz, s.199.

⁷⁷ 24.02.1997 tarihli De Haes ve Gijssels v. Belçika 25.07.2001 tarihli Perna v. İtalya kararları için bkz. Bıçak, s.57-58.

⁷⁸ Çankaya, Batur Yamaner, s.56’da anılan 21 Ocak 1999 tarihli Janowski v. Polonya; AİHM içtihatlarına göre, , ifadenin yöneldiği kişi veya kurum bakımından devletin sınırlama yetkisinin en geniş olduğu konudan en dar olduğu konuya göre şu şekilde bir sıralama yapılabilir. 1.Yargı organına yönelik eleştiriler; 2. Sıradan kişilere yönelik eleştiriler; 3. Memurlara yönelik eleştiriler; 4. Politikacılar ve uygulanan politikalarda sorumluluk üstlenen üst düzey bürokratlara yönelik eleştiriler; 4. Devlete, hükümete ve yargısal işlev görmeyen diğer devlet kurumlarına yönelik eleştiriler. Uygun, s.147.

⁷⁹ İfade özgürlüğü sınırlanırken, uygulanacak yaptırımın, muhatapların konumlarından dolayı sıradan kişilere uygulanacak yaptırımlara nazaran daha ağır olması haklı görülemeyeceği gibi yasa karşısında eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Böyle bir yaklaşımın AİHS m.10/2’de yer almayan , “devlet

tartışmayla ilgili görülebildiği ölçüde ifadeye yönelik müdahale 10. maddenin ihlali olarak değerlendirilecektir.

İfadenin muhatabı sıradan kişiler olduğunda, ifadeye AİHS m.10 çerçevesinde koruma sağlanması için bu kişilerle ilgili düşünce, bilgi ve haberlerin haber verme kapsamında sunulmuş olması gerekmektedir. Sıradan kişilere karşı yöneltilen eleştirilerin kapsamı en dar sınırlarla belirlenmektedir.⁸⁰ Buna göre iletilen içeriğin, toplumun merak duygusunu tatminden öte kamusal tartışmalara katkı sağlayacak haber değerinin olması, gerçek ve güncel bir konuya ilişkin olması ve haber verme sınırlarının aşılmamış olması gerekmektedir.

(2) İfadenin Sahibi Bakımından

İfadenin sahibi bakımından, kamunun aydınlatılması görevini üstlenmiş politikacılar⁸¹ ve kitle iletişim araçlarının⁸² ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelere katı bir değerlendirilmeye tabi tutulmakta ve devletin bu ifade sahiplerine müdahalesi konusundaki takdir yetkisi dar yorumlanmaktadır. Kitle iletişim araçlarının çeşitli ifadeleri iletirken bazı sınırları aşmamak zorunluluğuna karşın, görevleri gereği, kamu yararı taşıyan her türlü konuda bilgiyi vermek zorunda oldukları kabul edilmektedir.⁸³

otoritesi” ya da “devletin prestiji” gibi soyut bir takım kavramları koruyucu nitelikte olacağı belirtilmektedir. Macovei, s.65.

⁸⁰ Çankaya, Batur Yamaner, s.59.

⁸¹ “...İfade özgürlüğü herkes için önemli olmakla birlikte, halkın seçilmiş temsilcileri için özellikle önemlidir. Bu kişiler seçmenleri temsil eder; onların zihinlerini meşgul eden sorunlara dikkat çeker; onların yararlarını savunur. Bu nedenle başvuru gibi, parlamentoda temsil edilen bir muhalefet üyesinin ifade özgürlüğüne müdahale, Mahkemenin çok daha dikkatli incelemesini gerektirir.”, Gemalmaz, Gemalmaz, s.200’de anılan Castells v. İspanya, par.42.

⁸² “...Basın özgürlüğü, halkın, siyasal liderlerin düşünceleri ve tavırları hakkında bir görüş edinebilmesi ve oluşturabilmesi için en uygun yollardan biridir. Daha genel olarak, özgür siyasal tartışma, Sözleşmenin bütününe egemen olan ‘demokratik toplum’ kavramının tam özünü biçimlendirir”, Lingens v. Avusturya kararı, par.42 ; “...Hukukun üstünlüğü ile idare edilen bir Devlette basının öncü, vazgeçilmez rolü unutulmamalıdır... Basın özgürlüğü halkın siyasal liderlerin düşünceleri ve davranışları hakkında görüş sahibi olabilmeleri için en uygun araçlardan biridir.”, Castells v. İspanya, par.43, Gemalmaz, Gemalmaz, s.199-200; Uygun, s.147.

⁸³ Çankaya, Batur Yamaner, s.49’da anılan 28 Eylül 1999 tarihli Dalban v. Romanya, par.49.

(3) İfadenin Konusu Bakımından

İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasında, ifadenin kamusal tartışmalara katkı sağlaması ve gerçekliği ölçüt olarak kabul edilmektedir. Kamusal tartışmalara katkı sağladığı ve gerçek olduğu ölçüde ifadeler korunurken, kamusal tartışmalarla ilgisi bulunmayan ifadelerin yasada öngörülmuş sebeplerden birine dayalı olarak sınırlandırılması meşru kabul edilmektedir.

AİHS sisteminde siyasal ifade, daha genel anlamda kamusal tartışmaya katkı sağlayan ifade ile diğer ifade kategorileri arasında ayırım yapılarak, siyasal ifadelerle kamusal tartışmaya katkı sağlayan ifadelerin sınırlandırılması daha katı ölçülere tabi tutulmakta, siyasal ifade dışındaki ifade kategorilerine dahil ifadeler bakımından, ilgili ifadenin kamusal tartışmayla ilgisi araştırılmaktadır.⁸⁴Böylece, örneğin ticari ifade kategorisine dahil bir ifadenin de toplumsal yaşamı doğrudan ilgilendiren ve kamusal tartışmaya katkı sağlayan nitelikte olduğu tespit edilirse, daha yüksek düzeyde koruma sağlanmaktadır.⁸⁵AİHM, ifadelerin kategorilerine göre farklı denetim standartlarına tabi olabileceklerini belirttiği 20.11.1989 tarihli Markt Intern Verlag GmbH kararında, ticari ifadelerin sınırlandırılması konusunda ülkelerin daha geniş bir takdir hakkına sahip olduklarını belirtmiştir.⁸⁶

⁸⁴ Şahin, s.396.

⁸⁵ Veteriner hekim olan başvurunun, adının ve kliniğinin isminin yer aldığı bir ilanın bir gazetede yayımlanması üzerine aleyhinde haksız rekabet gerekçesiyle dava açılmıştır. Ulusal mahkemenin kararında, bu tür basın açıklamaları yapmayı tekrarlamaktan kaçınma yükümlülüğü öngörmüş, veteriner hekim olan başvuru AİHM'e başvurmuştur. Mahkeme kararında, "...başvurunun olayları dile getirişinin, kendi kliniğinin de adının duyulmasına bir etkisi olmuş olabilir; ancak bu özel şartlarda söz konusu etkinin tali kaldığı ve sorunun geniş kesimlerce öğrenilmesinin temininin öne çıktığı anlaşılmaktadır. Ulusal mahkemenin verdiği karar, çatışan iki yararı adil şekilde dengelememiştir. Serbest mesleklerde reklam ve alenileşme konularında getirilen bu sıkı yaklaşım ölçütü, ifade özgürlüğü ile uyumlu değildir. Bu şekildeki bir yaklaşım serbest meslek erbabını, toplumun yaşamını etkileyen konular hakkındaki kamusal tartışmalara katkıda bulunmaktan caydırma riskini taşımaktadır. Aynı biçimde bu tür bir ölçütün uygulanması, basının, bilgiyi temin etme ve kamunun gözetim bekçisi olma görevini yerine getirmesini engellemenin sorumlusu olur." diyerek, ticari ilanın, kamusal tartışmaya ilgisi nedeniyle, sınırlandırılması 10. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir. 25.03.1985 tarihli Barthold v. Federal Almanya kararı, par.58, Gemalmaz, Gemalmaz, s.204.

⁸⁶ Dava konusu olayda AİHM, bir sektör dergisinin kendi piyasasında iş yapmakta olan bir şirket hakkında bilgi yayınlamasını yasaklayan bir tedbir kararının AİHS m.10'un ihlali olarak kabul edilmeyeceğini tespit ederken, özel hayata saygı yükümlülüğü ya da belirli ticari bilgilerin gizliliğine saygı gösterme görevi karşısında gerçeği yansıtan ve gerçek olayları anlatan yazıların yayımlanmasının bile bazı durumlarda yasaklanabileceğini belirtmiştir. Macovei, s.51-52

Doktrin ve Yargıtay kararlarında da, ifadenin konusuyla ilgili, kişilik hakkını ihlal eden içeriğin gerçeklik, kamu yararı, güncellik ve konu ile ifade arasında düşünsel bağıllık kriterlerini taşıması halinde, üstün kamu yararının bulunması nedeniyle içeriğin hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir.⁸⁷ Habercinin, yayınlanacak olayla ilgili koşullara göre kendisinden beklenecek özeni göstererek gerekli araştırmaları yapmak yükümlülüğü vardır. Ancak, ifadenin haber değerini koruması için hemen iletilmesi gerekliliği nedeniyle, ifadenin gerçekliği ile kastedilen maddi gerçeklik değil, haberin verildiği andaki, görünüşteki gerçekliktir.⁸⁸ Yayın içeriğinin gerçek olmadığı sonradan anlaşılması halinde hukuka aykırılık söz konusu olacaksa da, bu durumda gerekli özen ölçüsünde araştırma yaparak yayın yapan habercinin kusuru bulunmadığından, mağdur tarafından tazminat talebi ileri sürülemez.⁸⁹Yayının yapıldığı zamanda haber ve yorumun toplum bakımından önemli olması, yani güncel olması başka bir gerekliliktir. Geçmişte kalmış bir olayın yeniden gündeme getirilebilmesi için, güncel olaylarla bağlantılı olması gerekir.⁹⁰Konu ile ifade arasında düşünsel bağıllık bulunması, haberin aktarılmasının gerektirdiği biçimde bir üslup kullanılması, haberin içeriğine uygun düşmeyen tahrik edici, düşmanlık ve kuşku yaratıcı bir dil kullanılmamasını gerektirir.⁹¹

İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasında, ifadenin kamusal tartışmayla ilgisinin esas ölçüt olarak ele alınarak sınırlandırmanın haklılığının değerlendirilmesi, sınırlandırmanın sansür etkisi yaratacak şekilde ileriye dönük caydırıcı etkiye neden olmaması ve toplumu ilgilendiren konularda tartışmaların

⁸⁷ "... haber olduğu biçimi ile verilmeli ve kişisel katkı yer almamalıdır. Gerek yazılı gerekse görsel basının bu işlevini yerine getirirken, özellikle yayının gerçek olmasını, yayında kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini ve haber verilirken öze biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır. Bu ilke ve kurallar gözetilmeden yapılan yayın hukuka aykırılığı oluşturur ve böylece kişilik hakları saldırıya uğramış olur." YHGK 2008/4-263 E., 2008/262 K., 9.03.2008, www.kazanci.com.tr, 12.07.2015.

⁸⁸ "...haber kolay bozulabilir mal kategorisine girdiğini ve yayımlanmasının kısa bir süre için bile olsa gecikmesinin haberin tüm değerini ve ilgi çekiciliğini kaybettireceği..." 26.11.1991 tarihli Sunday Times v. Birleşik Krallık (II) kararı, Çankaya, Batur Yamaner, s.60.

⁸⁹ Helvacı, Gerçek Kişiler, s.148-149; Dural, Ögüz, s.132; Tandoğan, Şahsiyetin Korunması, s.21; Bulut, s.164-165; Gerçek olan haber her zaman hukuka uygun değildir. Gerçekliğe ilaveten, kamu yararı, güncellik ve haber in verilisinde öze biçim arasında denge bulunması halinde hukuka uygunluk söz konusu olur. Kılıçoğlu, s.263.

⁹⁰ Çolak, s.217; Gedik, s.160.

⁹¹ Bulut, s.166.

özgürce yapılabilmesini temin eder.⁹² Dolayısıyla, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında ifadenin kamusal tartışmayla ilgisi, ifadenin muhatabının statüsüne nazaran daha belirleyicidir. İyi niyetle hareket edilmiş olması koşuluyla, kamusal tartışmayla ilgili bir ifade, tamamen sıradan kişiler hakkında ve gerçek dışı olsa bile korunabilmektedir. İfadenin kamusal tartışmayla ilgisiz olması veya zayıf bir ilginin varlığı halinde ise, ifadenin muhatabı bir politikacı veya kamu görevlisi olsa dahi, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması makul görülebilecektir.⁹³

c. İfade Özgürlüğü Hakkının Sınırlanmasında Takdir Yetkisi

AİHS'nin kapsadığı hak ve özgürlükleri korumak öncelikli olarak akit devletlerin görevidir. Uluslararası koruma sistemi akit devletin sağladığı korumaya nazaran ikincil konumdadır ve tamamlayıcı işleve sahiptir. AİHM, ulusal makamların, belirli bir tarihte ve yerde özgürlüklere yapılacak müdahalenin gerekliliğini değerlendirmekte, mevcut tüm veriler ışığında uluslararası yargıca göre daha elverişli bir pozisyonda olduğu görüşündedir. Demokratik bir toplumda, ulusal makamlar toplumun bir bütün olarak çıkarlarını gözetmekte olduğundan, ulusal makamların takdir yetkisi mutlaka dikkate alınmalıdır.⁹⁴ Dolayısıyla, korumanın gerçekleştirilme biçimi ve hangi ölçüde hakların sınırlanacağı taraf devletlerin takdir yetkisi kapsamındadır. Ancak, devletlerin takdir yetkisi, sınırlamaya yönelik uygulamalarının Sözleşmenin belirlediği asgari standartları koruyup korumadığı yönünden AİHM denetimine tabidir.⁹⁵

⁹² Şahin, s.398.

⁹³ Şahin, s.399.

⁹⁴ 20.09.1994 tarihli Otto-Preminger-Institut v. Avusturya kararı, par.55, Gemalmaz, Gemalmaz, s.203.

⁹⁵ Uygun, s.146.

II. Kitle İletişim Araçları

Kitle iletişim araçları farklı teknik özelliklere sahip olduklarından farklı hukuki rejimlere tabi tutulmuşlardır. Gazete, radyo, televizyon gibi kitle iletişim araçlarının yer aldığı grup geleneksel medya olarak adlandırılmaktadır ve gelişmiş hukuki düzenlemelere sahiptir. Bilgisayar ve internet tabanlı dijital teknolojilerin oluşturduğu, dijital medya, yeni medya, sosyal medya gibi farklı şekillerde adlandırılan⁹⁶ medya ortamına ilişkin yeterli düzeyde hukuki düzenlemenin varlığından bahsetmek zordur. Diğer yandan, geleneksel medyanın unsurları da teknolojik gelişmelerin etkisiyle dönüşüm geçirdiklerinden, internet üzerinden gerçekleşen yayınlarla ilgili düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Şimdiki düzende, “*basın hukuku*”, “*radyo televizyon hukuku*”, “*sinema hukuku*”, “*internet hukuku*” gibi kitle iletişim araçlarının özelliklerine göre belirlenmiş hukuk alanları mevcuttur.⁹⁷ Kitle iletişim araçlarının hukuksal rejimi ile ilgili bu bölümde, sadece günümüzde yürürlükteki mevzuat çerçevesinde bilgiler verilecek, her bir aracın fonksiyonu ve ifade özgürlüğü rejimi ile sağlanan güvenceler konusu işlenecektir.

A. Yazılı Basın

1. Basın Özgürlüğünün Kullanım Şekli

Basın, düşüncelerin basılmış eserlerle yazılı olarak kamuoyuna açıklandığı bir kitle iletişim aracıdır.⁹⁸ 5187 sayılı Basın Kanunu 1. maddesinin ilk fıkrası ile Kanunun amacının, basın özgürlüğünü ve bu özgürlüğün kullanımını düzenlemek olduğunu belirttikten sonra, ikinci fıkrasında bu özgürlüğün ve özgürlüğün kullanımının sadece basılı eserlerin basımı ve yayımı yönünden olduğunu belirterek maddenin norm alanını belirlemiştir.

⁹⁶ Haluk Birsen, Özgül Birsen, Tezcan Kutlu, Buket Kip Kayabaş, Ömer Kutlu, Hüseyin Altunlu: **İnternet Yayıncılığı**, Yay. Haz. Halil İbrahim Gürcan, Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2661, 2. Baskı, 2013, s.67.

⁹⁷ Salihpaşaoğlu, s.12.

⁹⁸ Kılıçoğlu, s.21; Basın kavramının geniş anlamıyla yazılı, görsel ve işitsel bütün kitle iletişim araçlarını, dar anlamıyla gazete, dergi kitap gibi sadece yazılı basın araçlarını ifade ettiği belirtilmektedir. Çankaya, Batur Yamaner, s.103, dn.186.Bu bölümdeki açıklamalar dar anlamda basına ilişkindir.

a. Basılmış Eser

Basın Kanununun 2. maddesi, yayımlanmak üzere her türlü basım araçları ile basılan veya diğer araçlarla çoğaltılan yazı, resim ve benzeri eserler ile haber ajansı yayınlarını basılmış eser olarak tanımlamaktadır. Doktrinde, kanunun bu ifade biçiminin basılmış eserin tüm özelliklerini yansıtmadığı belirtilerek, basılmış eserin varlığının kabulü ve Basın Kanunu hükümlerinin işletilmesi için, basılmış eserin düşünsel içeriğe sahip olması⁹⁹, maddi bir cisim içinde açıklanmış olması¹⁰⁰ ve her türlü basım araçları ile basılmış veya diğer araçlarla çoğaltılmış olması¹⁰¹ koşullarının gerçekleşmiş olması zorunlu görülmektedir. Açıklanan objektif koşula ek olarak, basılmış eserin varlığı için aranan sübjektif koşul, eserin yayımlanması ve çoğaltılmasının yayımlanma amacıyla gerçekleştirilmiş olmasıdır.¹⁰² Her somut olayın kendi koşullarına göre yayımlama amacının varlığı araştırılır. Burada öngörülen koşul yayımlanma amacı olduğundan, basılmış eserin varlığının kabulü için fiilen yayımlanmış olması gerekmez.

b. Yayımlama

Basın Kanunu m.2,b yayımlama faaliyetini, basılmış eserlerin herhangi bir şekilde kamuya sunulması olarak tanımlamaktadır. 5680 sayılı eski Basın Kanunu m.3/2

⁹⁹ Düşünsel içerik yazı, resim, sembolik anlamı olan renkler veya şekiller ile yansıtılabilir. Basın Kanunu m.4/1 uyarınca, düşünsel içeriğe sahip olmamasına rağmen ilan, tarife, sirküler ve benzerleri basılmış eser olarak kabul edilmiştir; Güfteli ve açıklamalı müzik eserleri de yazı kavramına dahil edilirken, resimlerin basılmış eser niteliğinde olabilmeleri için düşünsel içeriğe sahip olması gerektiği belirtilmektedir. Yazı ve resim benzeri eserlerde de düşünsel içerik şartına dikkat edilmelidir. Süsleme amaçlı yapılan çizimler düşünsel içeriğe sahip olmadıklarından basılmış eser olarak kabul edilmezler. Kartvizitler, kutlama kartları, davetiyeler düşünsel içerikleri nedeniyle basılmış eser olarak kabul edilirler. İçel, s.140; Çolak, s.42; Üstü resimli veya yazılı tabak, bardak veya küllük gibi eşyalar üzerindeki ifade ve çizimlerde düşünsel içerik ya da müstehcenlik durumu mevcut olduğunda bunlarında basılmış eser niteliğinde olduğu yönünde bkz. Çolak, s.44. Kılıçoğlu, bu tür ürünlerde, maddi değer düşünsel içeriği ağır basması halinde bu eşyaların basılmış eser olarak kabul edilmeyeceği görüşündedir. Ae., s.127.

¹⁰⁰ Maddi cismin malzemesi önemli olmayıp kağıt yanında tekstil, tahta, deri, cam, metal veya herhangi bir madde üzerinde basılmış eser maddi varlık kazanabilir. İçel, s.141.

¹⁰¹ Basım araçları ile kastedilen matbaacılıkta kullanılan araçlardır. Çoğaltmayı gerçekleştirecek diğer araçlar ifadesi ile fotokopi makineleri, daktilo, bilgisayar yazıcıları, mekanik veya kimyasal yöntemlerle gerçekleştirilen çoğaltma yöntemleri ve benzeri yöntemler kastedilmektedir. El işçiliği baskın olan çoğaltma yöntemleri ile çoğaltılan eserler de, Alman Hukukundaki açık düzenlemenin aksine, Türk hukukunda basılmış eser kapsamında değerlendirilmektedir. İçel, s.141-142 vd.; Kılıçoğlu, s.26 vd.; Çolak, s.43.

¹⁰² Kılıçoğlu, s.29; Çolak, s.43.

“Basılmış eserlerin herkesin görebileceği veya girebileceği yerlerde gösterilmesi veya asılması veya dağıtılması veya dinletilmesi veya satılması veya satışa arzı "neşir" sayılır” hükmü ile yayım şekilleri belirlenmiş olmasına karşın yürürlükteki Basın Kanunu yayımın gerçekleşme biçimi konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Doktrinde, basılmış eserin kamuya sunulması konusu açıklanırken, 5680 sayılı Basın Kanunda belirlenmiş yayım şekillerinden yararlanılmaktadır.¹⁰³

Dağıtılma şeklindeki yayım, sahibinin rızasıyla, basılmış eserin muhataplarının egemenlik alanına sokulmasıdır.¹⁰⁴ Sahibinin rızası olmadan mesela basılmış eser nüshalarının çalınarak alenileştirilmesi halinde, yayımın gerçekleştiğinden söz edilemez. Basılmış eser sahibinin rızası basılmış eserin alenileştirilmesine yönelik olmalıdır. Sadece dar bir çevrede gizlilik içinde bir dağıtım söz konusu ise yayım gerçekleşmez. Yayımın varlığının kabulü için basılmış eserin ulaşması gereken kitle belirsiz ve sınırsız sayıda olmalıdır. Yayımın gerçekleşmiş olduğunun kabulü için en az kaç kişiye ulaşılmış olması gerektiği konusunda her somut olayın kendi koşullarına göre hareket edilmelidir.¹⁰⁵

Basılmış eserlerin herkesin görebileceği veya girebileceği yerlerde¹⁰⁶ gösterilmesi, basılmış eserin bir yere konulması, yapıştırılması, gösterme şeklinde gerçekleşen yayımdır. Kitap, dergi veya gazetelerin kitapçı vitrinlerine veya raflarına konulması¹⁰⁷, bu yayım şekline örnektir. Asılma şeklinde gerçekleşen yayım ise, tek yapraktan oluşan basılmış eserlerin gösterilmesi eylemini ifade eder. Düşünsel

¹⁰³ 5187 sayılı Kanun basılmış eserin içeriğinin değil bizatihi basılmış eserin kamuya sunulmasını aradığından “dinletilme”nin yazılı basın için bir yayım şekli olarak kabul edilemeyeceği belirtilmektedir. İçel,s.147; Kılıçoğlu,s.35.

¹⁰⁴ Daha az taraftar bulan diğer görüşe göre, basılmış eserin sahibinin egemenlik alanının çıkmasıyla yayım gerçekleşir. Bu görüşe, gönderilen eserlerin muhataba varmadan zayi olması halinde de yayımın varlığının kabul edilmesi gerektiği gerekçesi ile karşı çıkmaktadır. İçel, s.131; Kılıçoğlu, s.34; Çolak, s.46.

¹⁰⁵ İçel, s.148; Kılıçoğlu belirsiz ve sınırsız sayıda kişilere sunma amacı varsa, basılmış eserin tek bir kişiye ulaşmış olması halinde dahi yayımın gerçekleşmiş sayılacağını belirtmektedir. Ae, s.32.

¹⁰⁶ Bu yerler yollar, meydanlar, parklar gibi kamuya açık yerler veya bazı koşulların gerçekleştirilmesiyle girilebilen okul, sinema gibi yerler olabileceği gibi, mağazalar, hastaneler gibi aleniyet niteliklerini başkalarının arzı olarak bulunmalarıyla kazanan özel işyerleri olabilir. Kılıçoğlu, s.35.

¹⁰⁷ İçel, s.152.

içeriğe sahip resim, afiş, pankart gibi materyallerin duvarlara, direklere, levhalara asılması¹⁰⁸ örnek olarak sayılabilir. Asılma şeklinde gerçekleşen yayımı gösterilme şeklinde gerçekleşen yayımdan ayıran husus, basılmış eserin üzerine konulduğu şeyin sabit olmasıdır.¹⁰⁹

Medya sektöründe faaliyet gösteren büyük grupların 1990'lı yıllarda başlattığı internet gazeteciliği ile gazete içeriklerine veya içeriğin bir bölümüne internetten ulaşma imkanı doğmuştur.¹¹⁰ Doktrinde, internet üzerinden gazete içeriklerinin ulaşılabilir kılınması ve diğer basılmış eserlerin internette yayımı gösterilme şeklinde yayım olarak nitelendirilmektedir.¹¹¹ Bununla birlikte, Basın Kanunu'nun kapsamını basılmış eserlerle sınırlandıran açık ifadesi karşısında internet yayınları Basın Kanunu ile düzenlenemeyeceği kabul edilmektedir. 5187 sayılı Basın Kanunu'nda değişiklik yapmak üzere hazırlanan 1/893 esas numaralı tasarı¹¹² ile internet haber sitelerinin Basın Kanununun kapsamına alınması amaçlanmışsa da, tasarı kanunlaşmış olmadığından, internet yayınları halen 5651 sayılı Kanun ile düzenlenmektedir.

c. Basın Açıklaması Türleri

Basın yoluyla yapılan yayınların tümüne basın açıklaması denir. Basın açıklamaları yayımın süreli olup olmamasına, açıklamanın konusuna ve açıklamanın yapıldığı araca göre sınıflandırılabilir.

¹⁰⁸ Çolak, s.46.

¹⁰⁹ İçel, s.152; Kılıçoğlu,s.35.

¹¹⁰ Sözeri, Güney, s.75.

¹¹¹ Bu görüş uyarınca, basılmış eserin sahibinin rızası ile alenileştirilmesi gerektiğinden, özel ilişkiler çerçevesinde gönderilen elektronik postalar ile yayımın gerçekleşmediği; ancak geniş kitlelere ulaşmak amacıyla çok sayıda kişiye gönderilen elektronik postaların yayım niteliğini taşıdığı belirtilmektedir. İçel, s.152.

¹¹² Tasarının 2. maddesi ile Basın Kanunu'nun 1.maddesinin, internet haber sitelerinin yayımını kapsar şekilde değiştirilmesi ve 3. maddesi ile internet haber sitelerinin, Basın Kanunu'nun kapsamına alınmalarına paralel olarak, süreli yayın tanımı kapsamına alınmaları öngörülmüştür. Basın Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları (1/893), TBMM Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 4, Sıra Sayısı: 644, 1/893 Esas Numaralı Tasarının Madde Gerekçeleri, s.5.

Kanunun ifadesiyle, belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınları süreli yayın olarak tanımlanırken (m.2,c), belli aralıklarla yayımlanmayan kitap, armağan gibi basılmış eserler süresiz yayın olarak tanımlanmaktadır (m.2,h). Broşürler, bildiriler, el ilanları ve ayrı ayrı formları bağımsız bir bütün oluşturmadığından ansiklopediler de süresiz yayım kapsamındadır.¹¹³ Belli aralıklarla sürekli olarak ve her sayısı diğerinden bağımsız olarak yayımlanan süreli yayınların kitleler üzerindeki güçlü etkinliğinden dolayı, diğer ülkelerde olduğu gibi Türk Basın Kanunu da sadece süreli yayınlar bakımından geçerli bazı yükümlülükler öngörmüştür. Örneğin düzeltme ve cevap hakkı sadece süreli yayınlar için öngörülmüşken, süresiz yayınlarda bu hak düzenlenmemiştir.

Basın açıklamaları konularına göre olay açıklamaları ve değer yargıları olarak ikiye ayrılır. Olay açıklamaları geçmişte kalan veya halen mevcut olan durum ve olaylar hakkındaki anlatımlardan oluşur. Bu açıklamalarda sübjektif değer yargılarına yer verilmeksizin olayın oluşu ve olayla ilgili sonuçlara yer verilir. Olay açıklamaları gerçeğe uygunlukları kontrol edilebildiğinden, ispata konu olabilirler.¹¹⁴ Haberler olay açıklamaları niteliğindedir. Değer yargıları bir olay veya durum hakkındaki kişisel düşünce açıklamalarıdır. Kişinin hiçbir olayla bağlantısı olmayan tamamen sübjektif değer yargıları soyut değer yargıları olarak adlandırılır ve herhangi bir olayla ilgili olmadıklarından gerçekliklerinin araştırılması ve ispat edilmeleri söz konusu olmaz. Bir olay açıklaması değer yargısı ile birlikte bulunduğu karışık değer yargılarından söz edilir. Karışık değer yargılarında açıklanan olaya kişisel değer yargısının eklenmesi söz konusu olmaktadır.¹¹⁵ Eleştiri karışık değer yargısı niteliğindedir.

Basın açıklamaları yazı ve resimle ifade edilebilmektedir. Resim, fotoğraf makinesi, kamera gibi teknik araçlar vasıtasıyla veya çizim yoluyla elde edilebilir. Geniş anlamda resim kavramına dahil olan karikatür, abartma unsurunun varlığıyla

¹¹³ Kılıçoğlu, s.23,42.

¹¹⁴ Kılıçoğlu, s.36.

¹¹⁵ Kılıçoğlu, s.38-39.

dar anlamda resimden farklılaşır.¹¹⁶ Yazı ve karikatür hem olay açıklamaları hem değer yargıları için araç olarak kullanılabilirken, resim sadece olay açıklamalarına araç olabilir.¹¹⁷

2. Basın Özgürlüğü ve Basının Görevleri

Bilgi ve düşünceler, gazete, kitap, dergi vs. aracılığı ile açıklandığında söz konusu olan basın özgürlüğü birçok Anayasada, Uluslararası Bildiri ve Sözleşmede, ifade özgürlüğü ile birlikte ele alınmış olsa da, düşüncelerin serbestçe açıklanması yanında basın özgürlüğü, bu özgürlüğün kullanılması için basın kuruluşlarının serbestçe kurulup işletilmesini de kapsamaktadır.¹¹⁸ Dolayısıyla ifade özgürlüğünün bir görünümü olan basın özgürlüğünün gerçekleşmesi, basının kendine has nitelikleri ve koşullarına uygun yasal düzenlemelerle temin edilir.

Basın Kanunu'nun basın özgürlüğüne ilişkin 3. maddesinde, basının özgür olduğu belirtildikten sonra bu özgürlüğün bilgi edinme, yayma, eleştirme, yorumlama ve eser yaratma haklarını içerdiği ifade edilerek, basın özgürlüğünün kapsamı ifade özgürlüğünün kapsamına paralel şekilde belirlenmiştir. Basın özgürlüğü kapsamındaki haklar, aynı zamanda basının görevlerini oluşturmaktadır.

a. Basının Haber, Düşünce ve Bilgilere Ulaşma Hakkı

Basının çeşitli haber, düşünce ve bilgi kaynaklarına engellenmeden ulaşabilme hakkı, en önemli haber kaynağını oluşturan devlet kurumlarındaki bilgilere ulaşmayı da kapsar.¹¹⁹ Kamusal işlem ve eylemlerin bu yolla kamuoyunun bilgisine sunulması ve kamusal tartışmaların gerçekleşmesi demokratik ortamın yaratılabilmesi için zorunludur.

¹¹⁶ Geniş anlamda resim kişinin dış görünüşünün kendisini tanıtabilir şekilde kopya edilmesiyken, dar anlamda resim kişinin yapısının olduğu gibi başkalarına yansıtılmasıdır. Kılıçoğlu, s.44.

¹¹⁷ Kılıçoğlu, s.45,47.

¹¹⁸ Salihpaşaoğlu, s.13-14.

¹¹⁹ Bireylerin devletin elindeki bilgilere ve belgelere ulaşması hakkı anlamına gelen bilgi edinme hakkı, demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olarak görülmekte ve çeşitli ülkelerde gerçekleştirilen yasama faaliyetleriyle bu hak düzenlenmektedir. Bilgi edinme hakkı Türkiye'de 2003 yılında kabul edilen 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile düzenlenmiştir.

Haber, düşünce ve bilgilere ulaşmakla ilgili basın özgürlüğü kapsamında somutlaşmış bir hak olarak ve basın özgürlüğünün temel koşullarından biri olarak kabul edilen¹²⁰ “gazetecilerin haber kaynaklarının korunması” hakkının da burada zikredilmesi gereklidir. Haber akışının devamlılığını ve güvenilirliğini temin eden bu hak basın özgürlüğünün en önemli koşullarından birini oluşturmakta ve iç hukuk düzenlemelerinde yer aldığı gibi uluslararası düzeyde de korunmaktadır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin No.R (2000) sayılı “Gazetecilerin Bilgi Kaynaklarını Açıklamama Hakkına İlişkin Tavsiye Kararı”, bu konudaki en yakın tarihli ve kapsamlı uluslararası belgedir. Tavsiye Kararının ekinde, üye devletlerin gazetecilerin kaynaklarının kimliğini açıklamama hakkını temin etmeleri gereği açıklanarak konuyla ilgili birtakım ilkeler belirlenmiştir. Kararda, bilgi kaynağının açıklanmasının meşru sayılabileceği durumlarla ilgili AİHS m.10’a gönderme yapılırken, m.10/2’de belirtilmiş sınırlama ölçütlerinin mevcudiyetinin tek başına bu hakkın sınırlandırılmasını gerektirmeyeceği, ilave koşul olarak haber kaynağının açıklanmasının getireceği yarar, açıklanmamasının doğurduğu kamu yararından daha üstünse ve koşullar “yeterince hayati” ve “ciddi bir karakter” sergiliyorsa hakkın sınırlandırılabilirliği vurgulanmıştır.¹²¹ Avrupa Konseyi’nin, gazetecilerin bilgi kaynaklarını açıklamama hakkının sınırlandırılmasını AİHS m.10/2’de öngörölmüş koşullardan daha sıkı koşullara tabi tutmak suretiyle bu hakka genel ifade özgürlüğü rejiminde öngörölenenden daha üst seviyede bir koruma sağladığı görölmektedir.

ABD hukuk düzeninde basının ifade özgürlüğü, Kıta Avrupa’sında olduğu gibi genel ifade özgürlüğü sistemi içinde özel şekilde konumlandırılmamaktadır. Gazetecinin haber kaynağını açıklamaya zorlanamayacağı ilkesi bu hukuk sisteminde

¹²⁰ AİHM, 27.03.1996 tarihli William Goodwin v. Birleşik Krallık kararı, Gemalmaz, Gemalmaz, s.214.

¹²¹ 08.03.2000 tarihli 701. toplantıda kabul edilen Tavsiye Kararının kaynağını AİHM’in 27.03.1996 tarihli William Goodwin v. Birleşik Krallık (Başvuru No.17488/90) kararı oluşturmaktadır. Mahkeme kararına göre “...Gazetecilerin haber kaynaklarının korunmasının basın özgürlüğünün temel koşullarından birini teşkil ettiği, bu korunmanın bulunmaması durumunda haber kaynaklarının kamunun çıkarı olan meseleler hakkında basının kamuyu bilgilendirmesine yardımcı olmaktan kaçınabilecekleri ve bunun sonucu olarak, basının kamunun bekçisi olması yönündeki yaşamsal önem taşıyan rolünün zarar görebileceği ve basının inandırıcı ve güvenilir bilgi sunması yetisinin olumsuz yönde etkilenebileceği vurgulanmıştır.Gemalmaz, Gemalmaz, s.214; Salihpaşaoğlu, s.19; Şahin, s.167.

mutlak bir nitelik taşımamakta, korunan değerler arasında bir dengeleme yapılarak sonuca varılmaktadır.¹²²

Türk Hukukunda, 5187 sayılı Basın Kanunu 12. maddesi ile süreli yayın sahibi, sorumlu müdür ve eser sahiplerinin, bilgi ve belge dahil her türlü haber kaynaklarını açıklamaya ve bu konuda tanıklık yapmaya zorlanamayacakları düzenlenmiştir.¹²³ 12. madde düzenlemesinin istisnalar öngörmemesi nedeniyle, Türk hukukunda haber kaynaklarının açıklanmaması hakkının mutlak bir hak olarak düzenlenmiş olduğu ileri sürülmekte, gazetecilere bu alanda tanınan mutlak koruma alanının, ifade özgürlüğünün genel rejiminden ayrıldığı ifade edilmektedir.¹²⁴

Kanaatimizce, 12. maddede istisnaların öngörülmemiş olması bu hakkı her türlü sınırlamadan muaf kılmaz. Gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamama hakkı, basın özgürlüğü hakkı çerçevesinde değerlendirilmelidir. Basın özgürlüğüne ilişkin Anayasanın 28. maddesinin üçüncü fıkrası ile basın özgürlüğünün sınırlanmasında Anayasanın 26. ve 27. maddelerinin uygulanacağını belirtilmesi karşısında, bu maddelerde sayılan sınırlama sebeplerinin basın özgürlüğü kapsamındaki haber kaynağını açıklamama hakkı konusunda da uygulanacağı kuşkusuzdur. Basın Kanunu içindeki tek bir düzenlemenin, kanunun bütünlüğü ve anayasal dayanağından bağımsızlaştırılarak değerlendirilmesi hukuken mümkün değildir. Ayrıca, daha önce belirtildiği gibi ifade özgürlüğü hakkı mutlak bir hak değildir. Bu

¹²² Şahin, s.171; ABD Yüksek Mahkemesinin, gazetecilerin haber kaynaklarını açıklamama konusunda Anayasadan kaynaklanan bir hakka sahip olup olmadıklarını değerlendirdiği *Branzburg v. Hayes* kararında, gazetecilerin belirli durumlarda ifade özgürlüğünün diğer öznelerinden farklı olarak, tanıklık yapmama ve haber kaynaklarını açıklamama konusunda mutlak bir muafiyetleri ya da göreceli bir ayrıcalıkları bulunmadığını belirterek, kamusal makamlarca zorlayıcı bir kamusal çıkar ortaya konulduğunda gazetecinin haber kaynağını açıklanmaya zorlanabileceğini hüküm altına almıştır (*Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665, 92 S. Ct. 2646, 33 L.Ed.2d 626 (1972) Çankaya, Batur Yamaner, s.142-148; Şahin, s.168; Daha güncel bir karar olan *Miller Cooper* kararında da aynı ilkelere dayanarak gazetecinin haber kaynağını açıklamaya zorlanamayacağı ilkesinin mutlak bir nitelik taşımadığı sonucuna varılmıştır (United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, Şahin, s.171, dn.78; Çankaya, Batur Yamaner, s.140-142; Gedik, s.53).

¹²³ 6100 sayılı HMK'nun "menfaat ihlali tehlikesinedeniyle tanıklıktan çekinme" başlıklı 250. maddesinin (c) bendinde öngörülmüş, tanığın beyanının, meslek veya sanatına ait olan sırların ortaya çıkmasına sebebiyet vereceği hallerde tanıklıktan çekinebilmesine imkan veren hüküm, gazetecilerin bilgi kaynaklarını açıklamama hakkının Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki temelidir.

¹²⁴ Şahin, s.172.

konuda karar verilirken, AİHS m.10/2'de ve Anayasanın 26. ve 27. maddelerinde belirtilen sınırlama sebeplerinden birinin mevcudiyeti yanında, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararında belirtilen ilave koşulların aranması menfaatleri dengeleyen bir sonuç sağlayacaktır.

b. Basının Haber, Düşünce ve Bilgileri Eleştirme ve Yorumlama Hakkı

Basının, ulaştığı haber, düşünce ve bilgileri halka aktarırken durumu değerlendirmesi, yorumlaması ve eleştirmesi¹²⁵ hem hakkı hem de görevidir. Bu yolla kamusal sorunlar çeşitli boyutlarıyla tartışılmakta ve kamu için ortak iyi araştırılabilmektedir. Yorum ve eleştirinin serbestçe yapılamadığı ortamda bireysel ve toplumsal bilincin oluşması mümkün değildir.

AİHM olay açıklamalar ile olaylara yönelik eleştiri ve yorumları içeren değer yargıları arasında ayırım yapmaktadır. Olay açıklamaları ispat edilebilir olmalarına karşın değer yargılarının ispat edilebilir olmadıklarının tespitiyle, değer yargılarının ifade edildiği düşünce açıklamalarında ifadenin sahibine ispat yükümlülüğü getirilmesinin ifade özgürlüğü hakkının ihlali niteliğinde olduğu¹²⁶ ve eleştirel değer yargıları içeren ifadelerin yasaklanarak bu nedenle gazetecilerin mahkum edilmesinin, caydırıcı etki yaratarak kamuyu ilgilendiren konuların tartışılmasını engelleyeceği görüşündedir.¹²⁷ Mahkeme, ifade özgürlüğünün sınırlarının aşılmamış olduğunu tespit ederken değer yargılarının doğru nitelikteki olgulara dayanmış olmasını ve ifade sahibinin iyi niyetli oluşunu ölçü olarak değerlendirmektedir.¹²⁸

¹²⁵ Yorum ve eleştiri, belli bir olay veya durumun objektif olarak aktarılmasıyla birlikte bunları ifade edenin sübjektif değer yargılarını da kattığı ifadelerdir. Kılıçoğlu, s.40.

¹²⁶Şahin, s.398, Lingens v. Avusturya kararı, par.46. Bıçak, s.60.

¹²⁷ Gemalmaz, Gemalmaz, s.213'te anılan 25.06.1992 tarihli Thorgeir Thorgeirson v. İzlanda kararı (par.68); 23.05.1991 tarihli Oberschlick v. Avusturya kararı (par.59), Ae. s.199; 26 Şubat 1993 tarihli Schwabe v. Avusturya kararı, (par.28), Ae. s.200.

¹²⁸ 26 Şubat 1993 tarihli Schwabe v. Avusturya kararı (par.34). Gemalmaz, Gemalmaz, s.200. 23.04.1992 tarihli Castells v. İspanya kararında (par 46), değer yargılarının temelden yoksun ya da kötü niyetle oluşturulmuş iftira niteliğinde olması halinde, Devlet makamlarının cezai nitelikte önlem alabileceğinin altı çizilmiştir. Ae., s.200.

Amerikan Yüksek Mahkemesi de, bir üst düzey kamu görevlisine yöneltilen eleştirileri değerlendirdiği New York Times Co. v. Sullivan kararında, eleştiri hakkının gerçeğin ispatlanması ile sınırlandırılmayacağını, gerçeğe aykırı ifadelerin ifade özgürlüğü hakkının korunması dışına çıkarılmasının kamusal tartışmaların gereği gibi yürütülebilmesini ve sürdürülebilmesini engelleyeceğini, zira düşüncelerinin doğruluğundan mutlak olarak emin olamayan kimselerin bu görüş ve düşüncelerini ifade etmeye çekineceklerini belirtmiştir. Ayrıca kararda, kişilerin kendilerini sınırlamadan ifade edebilmeleri için görüş ve düşüncelerinin yanlış olsa bile Anayasanın korunması altında olduğunu bilmeleri gerektiği vurgulanmıştır.¹²⁹

c. Basının Haber, Düşünce ve Bilgileri Yayma Hakkı

Basının yayma hakkı haber düşünce bilgilerin ön denetime tabi olmadan basılabilmesi ve serbestçe dağıtılabilmesi ile ilgili olup, basımevi kurmanın ve süreli veya süresiz yayının izin alma ve mali teminat yatırma şartına bağlanmamasını gerekli kılar.¹³⁰ Günümüzde demokratik ülkelerin tümünde bu hususlar aşılmış olmakla birlikte varlığını devam ettiren sansür olgusu ve son yılların tehdit unsuru tekelleşme basın özgürlüğüne yönelik ciddi tehditlerdir.

d. Basının Yaratma Hakkı

Fikri mülkiyet hukuku kapsamında değerlendirilebilen ve sahibinin hususiyetini taşıyan eser, yaratıcısının kendini ifade biçimini oluşturur. Dolayısıyla, özellikle alenileştirilen eserler bir ifade açıklaması oluştururlar ve ifade özgürlüğü hakkı kapsamında korunurlar. Bir eserde somutlaşmış ifade biçimi AİHS m.10 yanında iç hukuktaki anayasal düzenlemeler ve ilgili olduğu eser türüne ilişkin kanunların oluşturduğu hukuki rejime tabi olur. Basının yaratma hakkı söz konusu

¹²⁹ New York Times Co. v. Sullivan, 376 US 254 (1964). Yüksek Mahkeme bu kararında, gerçekliğe dayalı ifade özgürlüğü tezini, hakkın koruduğu ifade özgürlüğü bakımından bir ölçüt olarak almayı reddetmiştir. Mahkeme, ikinci olarak kararında, kamu görevlilerinin resmi şöhretlerinin korunmasının sıradan insanlara göre farklı bir işleme tabi olacağı ilkesini ortaya koymuştur. Mahkemeye göre, kamu görevlilerinin eleştirilmesinde kullanılan ifadelerin gerçek dışı olması ve ayrıca kötü niyetle ve zarar kastıyla kullanılmış olması gerekmektedir. Zarar kastıyla hareket edildiğini kamu görevlisi ispatlamalıdır. Şahin, s.368-371.

¹³⁰ İçel, s.96, dn.28'de anılan Dönmezer.

olduğunda, basın açıklamalarının yazı ve resimle ifade edilebildikleri nazara alınarak, FSEK kapsamında değerlendirilebilecek şiir, çeviri gibi yazılı eserler yanında fotoğraflar ve özellikle son yıllarda birtakım siyasi tartışmalara neden olmuş karikatürler akla gelecektir.

3. Basın Özgürlüğünün Sınırlandırılması

Türk hukukunda basın özgürlüğü hakkına ilişkin temel düzenleme olan 1982 Anayasasının 28. maddesinin birinci fıkrasında basının hür ve sansür edilemez olduğu belirtilmiş, aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise de basın özgürlüğünün sınırlanmasında Anayasanın 26. ve 27. maddelerinin uygulanacağı düzenlenerek basın özgürlüğünün sınırlanması rejimi genel ifade özgürlüğü rejimine bağlanmıştır. 5187 sayılı Basın Kanunu da 3. maddesinin ikinci fıkrasında basın özgürlüğünün kullanılmasının ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak sınırlanabileceğini belirterek, anayasal düzenlemeye paralel şekilde sınırlama sebeplerini saymaktadır.¹³¹

4. Basın Özgürlüğünün Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülüğü

Basının ifade özgürlüğü hakkının korunmasında devletin negatif edim yükümü açısından genel ifade özgürlüğü hakkının korunmasına nazaran bir fark yoktur. Ancak devletin pozitif edim yükümlülüğü bakımından, basın özgürlüğü hakkının, demokratik toplumdaki önemi nedeniyle, etkin bir şekilde korunabilmesi için devletin basına birtakım ayrıcalıklar sunması gerekir.¹³² Anayasasının 28. maddesinin ikinci fıkrasında, devletin, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alacağı düzenlenerek devletin pozitif edim yükümlülüğüne işaret edilmiştir. Basının demokratik toplumdaki görevi ve işlevini gerektiği gibi yerine getirebilmesi

¹³¹ 5187 sayılı Basın Kanunu m.3/2: “ Basın özgürlüğünün kullanılması ancak demokratik bir toplumun gereklerine uygun olarak; başkalarının şöhret ve haklarının, toplum sağlığının ve ahlakının, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve toprak bütünlüğünün korunması, Devlet sırlarının açıklanmasının veya suç işlenmesinin önlenmesi, yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla sınırlanabilir.”

¹³² Şahin, s.154; Basının özel bir korumayı hak etmesinin nedeni, basının demokratik toplumdaki siyasal ifade özgürlüğünün en etkin araçlarından biri olmasıdır. Ae., s.155, dn.48’de anılan Schauer.

için sağlanan fazladan haklar ilgili yasal metinlerde ek güvenceler¹³³ olarak düzenlenmiştir.

B. Radyo ve Televizyon Yayıncılığı

Radyo ve televizyon, haber, bilgi ve düşüncelerin, ses ve görüntüyle kamuoyuna iletiildiği kitle iletişim araçlarıdır. İfade özgürlüğü kapsamında haber, bilgi ve düşüncelerin radyo ve televizyonla açıklanması, radyo ve televizyon özgürlüğü veya görsel işitsel iletişim özgürlüğü olarak adlandırılır.¹³⁴

Türkiye’de radyo ve televizyon yayıncılığı, 15.2.2011 tarihinde kabul edilen 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun¹³⁵ ile düzenlenmektedir. Türk hukuku bakımından radyo ve televizyon yayıncılığının hukuki rejimi incelenirken, Anayasanın “radyo ve televizyon

¹³³ Anayasada yer alan temel haklardan bazıları için hakkın norm alanını pekiştirmek, başka bir deyişle hakkı güçlendirmek amacıyla çeşitli ek güvenceler öngörülmüştür. Basın özgürlüğü hakkı ile ilgili ek güvenceler mevcuttur. Ek güvenceler hakkın norm alanına özel ve yoğun bir koruma getirirken, yasa koyucunun temel hakları sınırlama yetkisine kesin bir engel teşkil ederler. Bu açıdan bakıldığında ek güvenceler sınırlamanın sınırı niteliğindedir. Fazıl Sağlam: **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Yayın No.506, 1982, s.156-159; 5187 sayılı Basın Kanununda yer alan basımevi kurmanın ve süreli veya süresiz yayınların önceden izin alma koşuluna bağlanamayacağı (m.28/1 ve m.29/1), basımevi kurmanın ve süreli veya süresiz yayınların mali teminat yatırma şartına bağlanamayacağı (m.28/1-29/1), basının sansür edilmeyeceği (m.28/1), basın özgürlüğü hakkına yönelik bazı sınırlamaların ancak hakim kararıyla uygulanabileceği ve yayınların dağıtımın engellenmesi, yasaklanması veya toplatılması için hakim kararının zorunlu olduğu (m.28/4,5,6), kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçlarının, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemeyeceği veya işletilmekten alıkonulamayacağı (m.30) şeklindeki hükümler basın özgürlüğü hakkının norm alanını pekiştiren ek güvencelerdir.

¹³⁴ İçel, s.10; Kılıçoğlu, s.17; Bu özgürlüğün değişik ülke ve kaynaklarda “broadcasting freedom”, “electronic media”, “elektronik iletişim” “broadcasting media” ve “audiovisual rights” gibi farklı şekillerde isimlendirildiği ifade edilmektedir. Mustafa Şenay Canoruç,: “Türk Anayasa Hukukunda ‘Görsel-İşitsel İletişim Özgürlüğü’nün’ Niteliği”, **Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi**, C.6, S.22, Güz-2007, s.331, (Çevrimiçi) www.esosder.org, 17.11.2013.

¹³⁵ 6112 sayılı Kanun’un 3.3.2011 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluşları Hakkında Kanun ilga olmuştur. 6112 sayılı Kanunun hazırlanma gerekçelerinden biri AB düzenlemeleriyle uyum sağlanması amacı olduğundan, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Birliği Konseyi’nin 19 Aralık 2007 tarihinde yürürlüğe giren 89/552/EEC sayılı Avrupa Birliği Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi (Audiovisual Media Services Directive) önemli ölçüde dikkate alınarak Kanun hazırlanmıştır. Bu kanun 3984 sayılı kanundan çok daha kapsamlıdır. Yeni teknolojiler kullanılması ile ortaya çıkan yayıncıları da kapsamaktadır ve yayıncılık sektöründe rekabeti ve çoğulculuğu sağlamayı amaçlayan hükümler içermektedir. www.rtuk.org.tr

kuruluşları ve kamuyla ilişkili haber ajansları” başlıklı 133. maddesi, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun ve ilgili Yönetmelikler, 2954 sayılı Türkiye Radyo Televizyon Kanununun yürürlükteki hükümleri ile birlikte AİHS m.10 ve Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi birlikte değerlendirilmelidir.

1. Radyo ve Televizyon Özgürlüğü

Radyo ve televizyon özgürlüğü veya görsel işitsel iletişim özgürlüğü, görsel işitsel kuruluşu işletme özgürlüğü, programın içeriğine ilişkin özgürlük ve görsel işitsel hizmetlerden yararlanma özgürlüğü unsurlarından oluşmaktadır.¹³⁶

a. Görsel İşitsel Kuruluşu İşletme Özgürlüğü

(1) Radyo ve Televizyon Yayıncılığının İzin Sistemine Bağlı Olması

Radyo ve televizyon yayınlarına ulaşmanın kolaylığı ve ucuzluğu, bu iletişim araçlarının toplumun her kesimine mensup geniş kitleleri etkileme ve yönlendirebilme imkanını sağlamaktadır. Ayrıca gelişen teknolojik imkanlarla günün 24 saati yayın yapılabilmesi, canlı yayın teknolojisinin kullanılması haber ve bilgilerin devamlı, güncel şekilde ve yazılı basına nazaran çok daha hızlı olarak kamuoyuna sunulmasını sağlamaktadır.¹³⁷ Bu özellikleri nedeniyle, yazılı basın için varlığı kabul edilmiş ölçüde özgürlük, radyo televizyon yayıncılığı için benimsememiştir. Pek çok ülkede, yazılı medyanın denetimi için basın konseyleri, meslek ilkeleri, ombudsmanlık gibi resmi olmayan denetim şekilleri tercih edilirken, görsel işitsel medyanın denetimi için yasal, idari ve siyasi bakımdan resmi denetim yolları kullanılmaktadır.¹³⁸ Denetimli özgürlüğün tüm olumsuz çağrışımlarına karşın, geniş kitleleri etkileme gücüne sahip radyo ve televizyon yayıncılığı alanında, çoğulculuk ve tarafsızlık esaslarına uygun yayın yapılabilmesini temin etmek

¹³⁶ Kaboğlu, Özgürlükler, s.286.

¹³⁷ İlknur Serdar: **Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1999, s.59; Canoruç, s.339.

¹³⁸ Canoruç, s.329; Volkan Karadağ: **Görsel – İşitsel Medyada Denetim Biçimleri**, Radyo Televizyon Üst Kurulu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2012, s.27, (Çevrimiçi) (<http://www.rtuk.org.tr/upload/UT/49.pdf>) 18.02.2014.

amacıyla, bu alanda belirli sınırlarda denetim meşru kabul edilmektedir.¹³⁹ Türkiye’de de radyo ve televizyon kuruluşları kurmak ve işletmek ön izin şartına ve denetime tabi olarak gerçekleştirilebilmektedir. Anayasa’nın düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne ilişkin 26. maddesinin son fıkrasında, AİHS m.10/1 hükmü paralelinde, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasının ifade özgürlüğünün ihlali anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir.

Türkiye’de radyo ve televizyon yayıncılığının anayasal temelini oluşturan 133. madde hükmü ile radyo ve televizyon istasyonları kurmak ve işletmenin kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbest olduğu ifade edilmekle bu alanda devlet tekeli bulunmadığı bildirilmektedir.¹⁴⁰ Aynı maddenin ikinci fıkrasında Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nun (RTÜK) radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenleme ve denetleme görevine işaret edilerek yayınların RTÜK’ün düzenlediği çerçevede ve RTÜK denetimine tabi olarak yapılacağı ortaya konulmuştur. 6112 sayılı Kanun’un 37. maddesinin (c) bendi ile medya hizmet sağlayıcı kuruluşların yayın lisansı talebinde bulunabilmeleri için gerekli idari, mali ve teknik şartları belirlemek ve bu kuruluşlardan şartları sağlayanlara yayın lisansı vermek, denetlemek ve gerektiğinde iptal etmek şeklindeki faaliyetler konusunda RTÜK görevlendirilmiştir. Buna göre, bir radyo veya televizyon istasyonu işletmek isteyen kişiler 6112 sayılı Kanun ve ilgili yönetmeliklerde belirlenen şartları sağladıktan sonra, yayın yapabilmeyen ön koşulu olan yayın lisansı verilmesi için RTÜK’e başvururlar. Görsel işitsel medya alanında yayıncılık faaliyeti öncesi yayın lisansı alınması zorunlu olsa da, AİHM’in çeşitli kararlarında da vurgulandığı üzere, bu zorunluluğun devletin sınırsız takdir yetkisine veya keyfi davranışına hukuki zemin sağlamayacağı belirtilmelidir.¹⁴¹

¹³⁹ Denetim, belirtilen amaçlara uygun olarak, yayıncılık alanında frekans tahsisi yapmak, yayın lisansı vermek, yayımlara ilişkin esas ve ilkeleri belirlemek, belirlenen yayın ilkelerine uyulup uyulmadığını denetlemek, gereken durumlarda yayın kuruluşlarına yaptırım uygulamak gibi hususları kapsamaktadır. Karadağ, s.28 vd.

¹⁴⁰ Anayasanın 1993 yılında yapılan değişiklik öncesi m.133/1 hükmü: “Radyo ve televizyon istasyonları, ancak Devlet eli ile kurulur ve idareleri tarafsız bir kamu tüzelkişiliği halinde düzenlenir” şeklindeydi.

¹⁴¹ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun 16.10.1986 tarihli Verein Alternatives Lokal radio Bern and Verein Radio Dreyeckland Basel v. İsviçre kararı, 24.11.1993 tarihli Informationsverein Lentia v.

ABD hukuk sisteminde de radyo televizyon yayınları söz konusu olduğunda ifade özgürlüğünün daralabileceği kabul edilmektedir. Radyo ve televizyon yayını yapmak lisansa tabi olup, yayın lisansı vermeye 1934 yılında İletişim Kanunu'nun kabul edilmesiyle kurulan Federal İletişim Komisyonu (Federal Communication Commission / FCC) yetkilidir.¹⁴² Yüksek Mahkeme de, belirli içerikteki bir ifadenin sınırlandırılmasını, ifade yazılı basın ile açıklandığında meşru kabul etmezken, aynı ifade radyo ve televizyon yoluyla açıklandığında sınırlandırmayı hukuka uygun bulmuştur. Kitle iletişim araçları arasındaki farklı değerlendirmelerin nedenleri olarak, frekansların sınırlılığı nedeniyle frekansların kullanımı kendilerine özgülenmiş kişi ve kuruluşlar sadece kendilerini değil tüm halkı temsil etmekte olduklarından çıkarların dengelenebilmesi için devletin olumlu müdahale ediminin gerekli olması ile radyo televizyon yayınlarının basına nazaran insanlar üzerinde daha fazla etkiye sahip olması gösterilmiştir.¹⁴³

(2) 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun Kapsamındaki Yayın Kuruluşları

6112 sayılı Kanun, 2954 sayılı Kanun kapsamında faaliyet gösteren kamu hizmet yayıncısı niteliğindeki Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu bakımından da bağlayıcı hükümler içermekle birlikte, esas olarak özel yayıncıların yayın faaliyetlerini düzenlemektedir. 6112 sayılı Kanun'un kapsamına ilişkin 2. maddesine

Avusturya kararı, Gemalmaz, Gemalmaz, s.222-224; AİHM 28.03.1990 tarihli Groppera Radio AG v. İsviçre kararında, AİHS m.10/1 uyarınca devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutabilme hakkının, devletlerin, bir ruhsat sistemiyle kendi topraklarında yayıncılığın düzenlenişini, özellikle teknik yönleri açısından, kontrol altında tutmalarına olanak tanıdığını açıklamakta, ancak 10. maddenin amaç ve hedefine uygun olarak, ruhsat sistemine ilişkin önlemlerin m.10/2'nin koşullarına tabi olduğunu belirtmektedir. 24.11.1993 tarihli Informationsverein Lentia v. Avusturya kararında, günümüz teknolojisinde uydu iletimi ve kablolu televizyonun frekansların sayısının sınırsız hale getirmiş olduğunu belirtilerek, lisans vermeme ve benzer sınırlamaların frekans ve kanal sayısına bağlı sebeplerle haklı kılınmasının mümkün olmadığına hükmedilmiştir. Bu kararlar birlikte doğal kaynak niteliğindeki frekansların sınırlı oluşu gerekçesiyle yayın lisansı taleplerinin reddinin ifade özgürlüğü hakkını ihlal etmeyeceği anlayışının değişmeye başladığı görülmektedir. Gemalmaz, Gemalmaz, s.222, 223; Macovei, s.23.

¹⁴² Neslihan Koç: **ABD, İngiltere Ve Fransa'da Yayınların Düzenlenmesi ve Yayın İçeriği İhlallerine Karşı Yaptırımlar**, RTÜK Uzmanlık Tezi, Ankara, 2011, s.28. (Çevrimiçi) <http://www.rtuk.org.tr/upload/UT/40.pdf> 22.12.2014.

¹⁴³ Şahin, s.176-180'de yer verilmiş 1969 tarihli Red Lion Broadcasting Co. v. FCC kararı ve 1978 tarihli FCC v. Pacifica Foundation kararı.

göre Kanun, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisi altında, her türlü teknik, usul ve araçlarla ve her ne isim altında olursa olsun elektromanyetik dalgalar veya diğer yollarla yapılan radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmetleriyle ilgili hususları kapsamaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisi altındaki medya hizmet sağlayıcıları, 6112 sayılı Kanun m.2/2 gereğince Türkiye’de yerleşik kabul edilenler ile Türkiye’de yerleşik olmamalarına rağmen aynı maddenin üçüncü ve dördüncü fıkra hükümlerine tabi olanlardır. 2. maddenin üçüncü fıkra hükmüne göre, ikinci fıkra hükümlerinin uygulanmadığı durumlarda, Türkiye sınırları içinde konuşlandırılmış uydu bağlantısını kullanan medya hizmet sağlayıcılar ile Türkiye sınırları içinde konuşlandırılmış uydu bağlantısını kullanmamalarına rağmen, Türkiye’ye ait uydular üzerinde kapasite kullanan medya hizmet sağlayıcılar Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisi altında kabul edilir. 2. maddenin 2017 yılında eklenen dördüncü fıkrası hükmü uyarınca, Türkiye’ye ait uydular üzerinden Türkçe olarak Türkiye’ye yönelik yayın yapan veya yayın dili Türkçe olmamakla birlikte Türkiye’ye yönelik ticari iletişim yayınlarına yer veren yayın kuruluşları, bu maddenin diğer fıkralarına bakılmaksızın Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisi altında kabul edilir. Bu kuruluşların da Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisi altındaki kuruluşlar gibi Üst Kuruldan yayın lisansı alması zorunludur.

6112 sayılı Kanun’un 2. maddesinin kademeli uygulanmasıyla Türkiye Cumhuriyetinin yargı yetkisinde olduğu belirlenen ve Türkiye Cumhuriyetine ait uydulardan ve/veya kablo ortamından kapasite kullanarak Türkiye’ye yönelik yayın yapan¹⁴⁴ medya hizmet sağlayıcı kuruluşların, 6112 sayılı Kanun ve ilgili yönetmeliklerde yer alan şartları yerine getirerek Radyo ve Televizyon Üst

¹⁴⁴ Türkiye’ye yönelik yayınların nasıl tespit edileceği konusunda 89/552/EEC sayılı AB Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesinin dibace kısmında yer alan (33) numaralı paragraftan yararlanılabilir. “Bir Üye Devlet, bir diğer Üye Devlette yerleşik bulunan bir medya hizmet sağlayıcısı tarafından bir yayının tamamen veya çoğunlukla kendi topraklarına yönelik yapılp yapılmadığını her bir durum bazında değerlendirirken, reklam ve/veya abone gelirlerinin kaynağı, hizmetin temel dili ya da özellikle alındığı Üye Devlet içindeki kamuyu hedefleyen programların veya ticari iletişimlerin var olması gibi göstergelere atıfta bulunabilir.”

Kurulundan yayın lisansı almaları, Üst Kurul mevzuatında öngörülen diğer yükümlülükleri yerine getirmeleri ve ticari iletişim gelirlerinden Üst Kurul payını ödemeleri gerekmektedir. Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Yurt Dışı Kaynaklı Radyo ve Televizyon Yayınları Yönergesinin¹⁴⁵ 4. maddesiyle öngörölmüş yükümlülük bu alanda önemli bir yeniliktir.

6112 sayılı Kanun'un 2. maddesine eklenen 4. fıkra hükmü ile ve mezkur Yönerge hükümleriyle, Türkiye'de yerleşik sayılmayan ancak Türksat uydularını veya Türksat tarafından kapasite kullanım sözleşmesi ile yabancı uydulardan kiralanmış uyduları kullanan ve Türkiye'ye yönelik yayın yapan medya hizmet sağlayıcılarının RTÜK denetimine tabi olması sağlanmıştır. Böylece, daha önce Türksat uydusu üzerinden yayın yapmak için geçerli bir lisansı bulunması yeterli olan ve Türkiye'ye yönelik yayın yapmalarına rağmen Türk hukukunda öngörölen birtakım yükümlülüklerden muaf olan kanalların durumu Türkiye'de yerleşik kanalların durumu ile eşitlenmiştir. Bu gruba dahil medya hizmet sağlayıcıları lisans almadıkları takdirde veya lisans almış olmakla beraber Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar ve 6112 sayılı Kanunda yer alan yayın ilkelerine aykırı yayın yaptıklarının tespit edilmesi halinde yayınlarının durdurulması yaptırımıyla karşılaşacaklardır. Söz konusu medya hizmet sağlayıcılarıyla ilgili Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin kabulü ile yayın hizmeti ilkelerinin ihlali neticesinde zarar gören kişilerin haklarını aramasının kolaylaşması bakımından bu düzenleme yerindedir.

Yukarıda belirtilen yükümlülükler, başka bir ülkenin yargı yetkisi altındaki medya hizmet sağlayıcı kuruluş tarafından yayınlanan radyo, televizyon veya isteğe bağlı yayınların alınarak ve ticari iletişim yayınları da dahil ilave program koymak suretiyle yayın içeriğini değiştirerek Türkiye Cumhuriyetine ait uydulardan ve/veya

¹⁴⁵ Radyo ve Televizyon Üst Kurulu Yurt Dışı Kaynaklı Radyo ve Televizyon Yayınları Yönergesi, yayıncılık sektörü açısından yeni bir kavram olan "yargı yetkisi" ile ilgili olarak uygulamada ortaya çıkabilecek yorum farklılıklarının giderilmesi amacıyla, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından hazırlanmıştır. www.rtuk.gov.tr

kablo ortamından tekrar yayınlamak için yayını yapacak kuruluşlar içinde öngörülmüştür.

b. Programın İçeriğine İlişkin Özgürlük

(1) Programların içeriğinin düzenlenmesi

6112 sayılı Kanun'un "medya hizmet sağlayıcının bağımsızlığı ve sorumluluğu" başlıklı 6. maddesinin birinci fıkrasında yayın hizmetlerinin içeriğine ve yayınlanmasına önceden müdahale edilemez ve yayınların içeriği önceden denetlenemez denilerek yayın özgürlüğü düzenlenmiştir. Ancak aynı maddenin ikinci fıkrasında 6112 sayılı Kanun'da, diğer kanunlarda ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası mevzuatta yer alan hükümler ile Üst Kurul tarafından bu hükümlerin uygulanmasına yönelik yürürlüğe konulan düzenleyici işlemlerin, yayın özgürlüğüne müdahale sayılmayacağı belirtilmiştir. Bu düzenleme radyo ve televizyon yayıncılığının kanunla düzenlenecek şartlar çerçevesinde serbest olduğunu bildiren anayasanın 133. maddesiyle uyum içindedir.

Avrupa Sınırötesi Televizyon Sözleşmesi'nin yayıncının sorumlulukları başlıklı, yayın içeriğine ilişkin kuralların belirtildiği 7. maddesine göre program hizmetleri sunuş ve içerik bakımından tüm unsurlarıyla insan onuruna ve diğer insanların temel haklarına saygılı olacaktır. Program hizmetleri, özellikle, edebe aykırı olmayacak ve pornografi içermeyecek şekilde olmalı, şiddet eğilimini körüklememeli veya ırkçı nefret duygularını kışkırtıcı nitelikte olmamalıdır. Çocukların ve gençlerin fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimini zedeleyebilecek türden program hizmetleri, bunların seyredilebileceği zaman ve saatlerde yayınlanmamalıdır. Yayıncı, haberlerin gerekçelerinin ve olayların makul olarak sunulmasını sağlayacak ve görümlerin serbestçe oluşumunu teşvik edecektir.

Türk hukuku bakımından yayın hizmetlerinin içeriği 6112 sayılı Kanun'un 8. maddesinde belirtilen yayın hizmeti ilkelerine uygun olmalıdır. Genel ifade özgürlüğü rejimi bakımından geçerliliği olmayan pek çok yükümlülüğün özel radyo

ve televizyon kuruluşları bakımından öngörüldüğü 8. madde, öncelikle medya hizmet sağlayıcılarına yayın hizmetlerini sunarken kamusal sorumluluk anlayışıyla hareket etme yükümlülüğü getirmektedir. Bu yükümlülüğün anlamı, bu alandaki ifade özgürlüğünün kamu yararına özgülmesi değil fakat radyo televizyon faaliyetlerinin toplumsal etkileri göz önünde bulundurularak sorumluluk bilinci ile hareket edilmesidir. Maddede, medya hizmet sağlayıcılarının yayın içeriklerinin uygun olması gereken ilkeler sayıldıktan sonra, çocuk ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlaki gelişimine zarar verebilecek veya olumsuz etkileyebilecek yayınların sunulmasında, çocuk ve gençleri koruyucu bazı tedbirler öngörülmüştür.

(2) Programların İçeriğinin Denetlenmesi ve Denetim Organı (RTÜK)

Radyo ve televizyon yayıncılığı alanında belirlenmiş kurallara uyulup uyulmadığının denetlenmesi ve uyulmadığının tespiti halinde yaptırım uygulanması görevleri genellikle bağımsız idari otoriteler tarafından yerine getirilmektedir. ABD’de FCC, İngiltere’de OFCOM ve Fransa’da CSA, Türkiye’de RTÜK bu alanda düzenleyici denetleyici fonksiyonları yerine getiren özerk kurumlardır.¹⁴⁶ 1982 Anayasasının 133. maddesinde, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nun radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulduğu belirtilmektedir.¹⁴⁷ 6112 sayılı Kanun’da RTÜK’ün düzenleme ve denetleme yetkilerine ilişkin hükümler yer almaktadır.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Karadağ, s.42; ABD, İngiltere ve Fransa’daki düzenlemelerle ilgili detaylı bilgi için bkz. Koç.

¹⁴⁷ Türkiye’de özel radyo ve televizyon yayınları 1990 yılında yasal bir temeli bulunmaksızın başlamıştır. 1993 yılında yayıncılığı Devlet tekeline bağlayan Anayasa’nın 133. maddesi değiştirilerek radyo ve televizyon yayınları üzerindeki kamu tekeli kaldırılmış ve özel radyo ve televizyon kuruluşlarını yasallaştırma çalışması başlamıştır. 1994 yılında radyo ve televizyon yayınlarını düzenleyen ve Radyo ve Televizyon Üst Kurulu’nun kuruluş hükümlerini içeren mülga 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun çıkarılmış, kanunun yürürlüğe girmesiyle RTÜK kurulmuştur. 6112 sayılı Kanun’un 34. maddesinin birinci fıkrasında RTÜK’ün idari ve mali özerkliğe sahip, tarafsız bir kamu tüzel kişiliği niteliğinde olduğu belirtilmektedir. www.rtuk.org.tr

¹⁴⁸ Frekans planlamaları ve tahsisini yapmak, yayın lisansına ilişkin koşulları ve ücretleri belirlemek gibi görev ve yetkileri düzenleme faaliyetini oluşturmaktadır. RTÜK’ün denetim faaliyetleri, yayın içeriklerinin denetlenmesi, yayıncı kuruluşların mülkiyet yapısı ve teknik standartlara ilişkin olan teknik-yapısal denetim ve yayıncı kuruluşların ticari iletişim gelirlerinin aktarımına ilişkin mali denetim olarak sınıflandırılabilir. Karadağ, s.111.

Yayın içeriği denetimi ile ilgili olarak, RTÜK Türkiye’de yerleşik kabul edilenler veya yerleşik olmamakla birlikte Türkiye Cumhuriyeti Devletinin yargı yetkisi altında bulunan medya hizmet sağlayıcılarının yayın hizmetlerinin 6112 sayılı Kanun hükümlerine ve Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası andlaşmalara uygunluğunu, yerleşik olanlar bakımından izlemek ve denetlemek, diğerleri bakımından gözetmek ve bunlarla ilgili olarak gerekli hallerde, diğer devletlerin yetkili kurum ve kuruluşlarıyla işbirliği yapmakla yükümlüdür (6112 sayılı Kanun m.37 e,f).

Radyo ve televizyon yayınları RTÜK Uzmanları tarafından yapılan doğrudan denetim, izleyici şikayetlerinin değerlendirilmesi yoluyla yapılan izleyici denetimi ve yayın kuruluşlarının yaptığı özdenetim yollarıyla denetlenmektedir.¹⁴⁹ RTÜK’ün yayın hizmetlerinin içeriğini önceden denetleme ve yayınlanmasına önceden müdahale ederek yayından kaldırma yetkisi bulunmamaktadır (6112 sayılı Kanun m.6/1). Denetim sonucu yayın hizmeti ilkelerini ihlal ettiği tespit edilen kuruluşlara idari ve adli yaptırımlar uygulanmaktadır. İdari yaptırımlar, yayın içeriğine ilişkin konuları kapsamakta ve idari para cezası, idari tedbir, uyarı, yayının durdurulması, yayın lisansının iptali gibi müeyyideleri içermektedir (6112 sayılı Kanun m.32). Adli yaptırımlar ise yayın tekniği, yayın izni ve kaçak yayınlar konularına ilişkin hükümler içermekte ve hapis, adli para cezası, yayın tesis ve cihazlarının mühürlenerek kapatılması gibi müeyyideler öngörmektedir (6112 sayılı Kanun m.33).¹⁵⁰ Kişilik hakkı ile ilgili yayın ilkelerinin ihlali halinde medya hizmet sağlayıcıları uyarılır. Uyarının ilgili kuruluşa tebliğinden sonra ihlalin tekrarı halinde medya hizmet sağlayıcıya ihlalin ağırlığı ve yayının ortamı ve alanı göz önünde bulundurularak, ihlalin tespit edildiği aydan bir önceki aydaki brüt ticari iletişim gelirinin yüzde birinden üçüne kadar idari para cezası verilir (6112 sayılı Kanun m.32/2).

¹⁴⁹ www.rtuk.org.tr

¹⁵⁰ Karadağ, s.122.

c. Görsel İşitsel Hizmetlerden Yararlanma Özgürlüğü

Görsel işitsel kuruluşu işletme ve programın içeriğine ilişkin özgürlükleri yayıncı kullanırken, görsel işitsel hizmetlerden yararlanma özgürlüğü hem yayıncılar hem de yayının muhatapları tarafından kullanılan bir özgürlüktür. Buna göre, görsel işitsel iletişim özgürlüğü, belirlenen koşullara tabi olarak herkesin yayın yapabilme hakkı ile kamunun çok sesli bir ortamda nesnel, hızlı haber ve düşüncelere ulaşma hakkını içermektedir.¹⁵¹ Yayıncılar yasal koşullar çerçevesinde yayın yapma hakkına sahipken, kitlelerin de radyo ve televizyon yoluyla iletilen haber, düşünce ve bilgilere Devletin müdahalesi olmaksızın ulaşma hakkı olarak açıklanabilir.¹⁵² Kitleler bakımından bu özgürlüğün bireysel değil kolektif bir hak niteliğinde olması nedeniyle, devletin hakkın kullanımını ve geliştirilmesini sağlayıcı önlemleri alması gerekli görülmektedir. Türkiye’de alanda gözetim, denetim ve gerektiğinde yaptırım uygulama yetkisi yukarıda belirtildiği gibi, RTÜK’e verilmiştir.

2. Radyo ve Televizyon Özgürlüğünün Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülüğü

a. Genel Olarak

Radyo ve televizyon yayınlarının hukuki rejimi, devletin pozitif edim yükümlülüğünün kapsam ve sınırlarının en fazla tartışıldığı alanlardan birini teşkil etmektedir. Sınırlı kaynak niteliğindeki frekansların dağıtımını ve düzenlenmesi gerekliliği¹⁵³ yanında, radyo ve televizyon yayıncılığının birey ve toplum üzerinde önemli etkileri nedeniyle, bu alanda devletin pozitif edim yükümlülüğünün kapsam ve sınırları, basına nazaran daha geniş olarak kabul edilmiştir.¹⁵⁴

¹⁵¹ Canoruç, s.342, dn.53’te anılan Nalbant.

¹⁵² Bu özgürlük anten hakkı olarak da tanımlanmaktadır. Serdar, s.64.

¹⁵³ Frekansların kamu malı mı yoksa insanlığın ortak mal varlığı mı olduğu konusundaki tartışmalarla ilgili bkz. Canoruç, s.337 vd.; Şahin, s.175; Serdar, s.63.

¹⁵⁴ Devletin geniş kapsamda pozitif edim yükümlülüğünü kabul eden görüşler karşısında, radyo ve televizyon yayıncılığı alanında devletin pozitif edim yükümlülüğünün bulunmadığı, meselenin devletin negatif edim yükümlülüğü çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğini savunan görüşler mevcuttur. Ancak, bu görüşlere uygun olarak devletin müdahalesinden bağımsız şekilde oluşturulan sistemde, ifade özgürlüğünün haber, bilgi ve düşüncelere ulaşma amacı, ekonomik güçlerin kar elde etme amacıyla yer değiştirecek ve demokrasinin işleyebilmesi için yaşamsal önemi olan toplumsal tartışmalar geri plana itilecektir. Halbuki her tür ifadenin ifade özgürlüğü hakkının norm alanında kabul edilerek korunmasının amacı, özel teşebbüslere para kazandırmak, toplum yaşamına katkı

Kıta Avrupasında da ifade ve görüşlerin tekelleşmesinin engellenmesi ve çeşitliliğin güvence altına alınması için devletin pozitif edimde bulunma yükümlülüğü gerekli görülmektedir.¹⁵⁵ İfade özgürlüğü hakkının en geniş şekilde algılandığı ABD hukuk sisteminde, konuyla ilgili tartışmalar olmakla birlikte, radyo ve televizyon yayıncılığı alanında devletin pozitif yükümlülüğüne ilişkin kurallar mevcuttur. 1934 tarihli İletişim Kanunu'na göre radyo ve televizyon yayını yapmak kamu hizmeti olarak kabul edilmiş ve yayıncıların uyması gereken bazı ilkeleri belirlenerek bu ilkelerin ihlaline karşı yaptırımlar öngörülmüştür.¹⁵⁶

Türk hukukunda da devletin pozitif edim yükümlülüğü kabul edilmiştir. Devletin bu yükümlülüğünü ifa biçimleri olarak, yukarıda bahsedilen yayın hizmeti ilkelerinin düzenlenmesi, yayın akışı içinde reklamlarla ilgili sınırlamalar

sağlamayan dedikodularla halkın merak duygusunu tatmin etmek veya suni akımlar yaratıp toplumu afyonlayarak iktidarlara denetimsiz hareket alanı yaratmak değildir. Dolayısıyla, devletin müdahale etmeme yükümlülüğünün sınırlarını çizdiği ifade özgürlüğü hakkının norm alanının sınırları ihlal edilmeden, hakkı güçlendirmeye ve etkinleştirmeye yönelik ve özellikle belirli bir bakış açısını desteklemeyecek şekilde (bakış açısına tarafsız), devletin pozitif edim yükümlülüğünü yerine getirmesi gereklidir ve hatta zorunludur. Şahin, s.173-174; İfade özgürlüğü hakkının etkinliğinin sağlanması için Devletin pozitif yükümlülüğün sınırlarının da sınırlandırılması gereklidir. Ae. s.219.

¹⁵⁵ Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre "İfade özgürlüğü hakkını düzenleyen Anayasanın 5. maddesi, yurttaşların kanaatlerini salt devletin müdahalesine maruz kalmadan ifade edecekleri bireysel özgürlük alanını güvenceye alan bir temel haktan daha fazlasını içermektedir." İtalyan Anayasa Mahkemesi de benzer sonuçlara ulaşmıştır. Mahkeme piyasada kendiliğinden işleyen bir rekabetin yeterli olacağı yönündeki görüşleri reddetmekte farklı düşünce gruplarının yayınlara ulaşabilmeleri bakımından yeterli çeşitliliğin sağlanabilmesi için devletin olumlu müdahalesini gerekli bulmaktadır. Danimarka, İsveç ve Norveç'te TV'de reklamlara yer verilmemekte ve programların ağırlığını bilgilendirici ve eğitici programlar oluşturmaktadır. Finlandiya bakımından da büyük ölçüde bu durum geçerlidir. Birçok ülkede şirketlerin reklam yoluyla televizyonların program içeriklerine müdahale olanakları azaltılmaya, televizyonların şirketlere bağımlılıkları azaltılmaya çalışılmaktadır. İngiltere ve Fransa'da yüksek kaliteli programların yapımı ve yayını finansal olarak desteklenmektedir. Şahin, s.185-186'dan aynen alınmıştır.

¹⁵⁶ Genel ilkeler, kamuya ait olan frekansları kullanan yayıncıların, öncelikle kamu yararı amacıyla yayın yapması gerektiğine ilişkin kamu yararı ilkesi (The Principle of Public Benefit); yayıncıların, kamuyu ilgilendiren tartışmalı konularda tüm tarafların görüşlerine yer verme ve yanlı davranmaktan kaçınma yükümlülüğüne ilişkin hakkaniyet ilkesi (The Fairness Doctrine); kamu görevi için yapılacak seçimlerde yayın istasyonlarını adaylara ücret karşılığında kullanırken adaylar arasında fark gözetmeme yükümlülüğüne ilişkin adayların faydalanma hakkı kuralı (The Candidate Access Rule); kamu görevi için yapılacak seçimlerde, adayların, ekranlarda eşit bir biçimde yer almasını sağlamaya ilişkin Eşit Fırsat Kuralı (The Equal Opportunity Rule) olarak sayılabilir. Teknik hususların düzenlenmesi dışındaki alanlardaki kısıtlayıcı kurallar özellikle çocukların korunmasına yönelik olduğu zaman meşrulaşabilmekte 1990 yılında Kongre, eğitici ve öğretici çocuk programlarının sürelerinin artırılmasına ilişkin düzenlemelerle, reklam sürelerine ilişkin düzenlemelere yer veren Çocukların Televizyon Kanunu'nu (Children's Television Act / CTA) çıkartmıştır. Koç, s.28 vd.; Şahin, s.126.

öngörülmesi, çocuk yayınları içeriğindeki çizgi filmlerin ve çocuk programlarının belirli oranlarının Türkçe dilinde üretilmiş yapım olması ve Türk kültürünü yansıtması zorunluluğunun öngörülmesi, yayınlarında belirli oran ve saatlerde Türk halk ve Türk sanat müziği programlarına yer vermek zorunluluğunun öngörülmesi¹⁵⁷ zikredilebilir.

b. Devletin Pozitif Yükümlülüğünün Görünümü Olarak Türkiye Radyo - Televizyon Kurumu

Devletin ifade özgürlüğü hakkını etkinleştirmek için pozitif edim gerçekleştirmesinin bir yolu da devlet eliyle işletilecek yayın kuruluşunun kurulmasıdır. Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu (TRT), Türkiye'nin kamusal televizyonu olarak yayıncılığını sürdüren, devletçe kamu tüzelkişiliği olarak kurulmuş, özerk ve tarafsız nitelikte bir kurumdur. Yayıncılık alanında, 1968 ile 1990 yılları arasında süren devlet tekeli TRT tarafından kullanılmıştır.

Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun kuruluş, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin esas ve usuller 2954 sayılı Kanun¹⁵⁸ ile belirlenmiştir. TRT de özel yayın kuruluşları gibi RTÜK denetimine tabidir (6112 sayılı Kanun m.45/2). Türkiye'nin kamusal televizyonu olarak yayıncılığını sürdüren, yasayla öngörülmüş kendine özgü finans kaynakları olan TRT, reklam ve reyting savaşlarına girme ihtiyacı duymadan, zorlayıcı ekonomik koşullara maruz kalmadan eğitsel, kültürel ve

¹⁵⁷ Türk halk ve Türk sanat müziği ibareleri belirli bir bakış açısını yansıttığından ve bir tercih ortaya koyduğundan, özel kuruluşlara dayatılmasının haklılaştırmanın zor olduğu, özel kuruluşların ancak bakış açısına tarafsız ve ifade özgürlüğünü etkinleştirmeye yönelik sınırlamalara tabi tutulabileceği, bunun ötesinde bir pozitif edim yükümlülüğünün ancak bir devlet kuruluşu açısından zorunlu kılınabileceği yönünde bkz. Şahin, s.191, dn.125; ABD ifade özgürlüğü rejiminde, yayınların belirli bir oranının kültürel, eğitsel ya da kamusal sorunların tartışılmasına ayrılması konusunda yapılacak her türlü düzenleme Anayasaya aykırılık gerekçesiyle reddedilmektedir. Ae. s.126, dn.126.

¹⁵⁸ Mülga 3984 sayılı Kanun'un 13.04.1994 tarihinde yürürlüğe girmesine kadar radyo televizyon kanunu niteliğini taşımakta olan 2954 sayılı Kanun, 3984 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle TRT Kanunu'na dönüşmüştür. Ancak mülga 3984 sayılı Kanun'un, hem kamu hem özel, tüm yayın kuruluşlarını kapsamaması nedeniyle, 2954 sayılı Kanun'un, ancak mülga 3984 sayılı Kanun'un sözüne ve özüne aykırı olmayan hükümleri yürürlükte kalmıştır. İcel, s.396; Bugün için aynı açıklamalar 3984 sayılı Kanun'un yerini alan 6112 sayılı kanun bakımından geçerli olup, 2954 sayılı Kanun'un, 6112 sayılı Kanun'da düzenlenen konulara ilişkin düzenlemeleri geçersizdir. Örneğin düzeltme ve cevap hakkına her iki kanunda da yer verilmiş olduğundan, 6112 sayılı Kanundaki düzenleme geçerli olmalıdır.

sanatsal nitelikli yüksek kaliteli programlar hazırlayarak kamuyu bilinçlendirme, eğitime ve aydınlatma amaçlı yayın yapma imkanına sahiptir. TRT'nin devlet televizyonu olmaktan ziyade kamuya ait televizyon tavrıyla, özerk ve tarafsız olma niteliklerine uygun yayınlar hazırladığı ve yasama ve yürütme organlarının sözcüsü olma konumundan uzak durduğu sürece devletin ifade özgürlüğüne pozitif katkısının varlığından söz edilebilecektir.

C. İnternet

İnternet, birden fazla bilgisayarın birbirine bağlantısı anlamına gelen bilgisayar ağlarının (network), başka ağlarla tekrar bağlantı kurmasıyla oluşan, dünya çapında yaygın bilgisayar ağlarına dayalı bir iletişim sistemidir.¹⁵⁹ Çağımızın en etkili iletişim aracı olan internet, fiziksel ve zamansal sınırlar olmadan dünya çapında iletişimi sağlamaktadır. Kullanıcılarının internetteki içeriğe karşı anında tepki ve görüşlerini iletebilme imkanı, etkileşimli bir iletişim sürecini ortaya koymuştur. Geleneksel kitle iletişim araçları ile tek bir kaynaktan çok sayıda kişiye yayın yapılması söz konusu iken, internetle iletişimde, bireysel iletişim yanında, çok sayıda kaynaktan çok sayıda kişiye yayın gerçekleşmektedir.¹⁶⁰ Bu özelliğiyle birlikte, internet ortamında yazı, ses ve görüntünün aynı anda kullanılabilmesi internetin diğer kitle iletişim araçlarından çok daha fazla etkin olmasına ve internetin, gazete, radyo ve televizyonun üstünlüklerini aynı ortamda bir araya getirmesine olanak sağlamıştır.¹⁶¹

¹⁵⁹ İçel, s.479; İnternet, dünya kapsamında birçok bilgisayar sistemini TCP/IP protokolü ile birbirine bağlayan ve gittikçe büyüyen bir iletişim ağıdır. TCP/IP (Transmission Control Protocol/İnternet Protocol), bilgisayarlar ile veri iletme/alma birimleri arasında organizasyonu sağlayan, böylece bir yerden diğerine veri iletişimini olanaklı kılan pek çok veri iletişim protokolüne verilen genel addir. https://cc.boun.edu.tr/training/internet_tur.pdf

¹⁶⁰ Barış Günaydın: **İnternet Yayıncılığı ve İfade Özgürlüğü**, Ankara, Adalet Yayınları, 2010, s.19; Birsen ve diğerleri, s.109.

¹⁶¹ Günaydın, s.23; Sevil Yıldız: "Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi", **Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, S.17, Yıl 2007, s.611. (Kıs: Suçta Araç Olarak İnternet)

İnternetin bir sahibi olmadığı gibi herhangi bir ülkeye münhasır bir ağ da olmadığından, bu iletişim ağını genel olarak kapsayan ve düzenleyen bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır.¹⁶² Yazılı basın ile radyo ve televizyon alanında yayınlar, bir idari yapı kapsamında, sistemli ve bir program çerçevesinde, yayın içerikleri belirli kaynaklar tarafından hazırlanarak gerçekleşirken, internette böyle bir durum söz konusu değildir. İnternette, kullanıcı sayısı kadar içerik sağlayıcının bir denetimden geçmeksizin yayın yapabildiği bir ortam¹⁶³ söz konusudur. İnternet ortamıyla ilgili, ülkelerin kendi iç düzenlemeleri yanında, hem internette ifade özgürlüğünü korumak hem de internetin zararlı etkilerine karşı koruma sağlamak için uluslararası işbirliğine yönelik birtakım uluslararası nitelikte sözleşmeler ve belgeler mevcuttur.¹⁶⁴ Türk hukukunda internet yayınları 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ile düzenlenmektedir.

İnternetin özgürlüğü, özellikle iktidarların kitle iletişim araçları üzerinde baskı kurarak halk üzerinde istedikleri yönde algı yönetimi oluşturmalarına karşı bir kalkan oluşturması açısından bir demokrasi silahına dönüşmektedir. Bununla birlikte, internet özgürlüğü, kontrolsüz bir sanal ortamda, kişilik hakkı, telif hakkı gibi hakları ihlal edilen kişilerin, korunmasız kalması ve sanal zorbalığı sineye çekmesi sonucunu doğurmamalıdır. Gerçek dünyada çatışan haklar arasında sağlanan dengeye, aslında sonuçlarını gerçek dünyada doğuran sanal dünyada da ihtiyacımız vardır. Bu konuda adil hukuki düzenlemelere ihtiyaç olduğu kuşkusuzdur.

¹⁶² N. Füsün Nomer: “İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaşgünü Armağanı**, Cilt I, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2001, s.398.

¹⁶³ İnternet ortamı, haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan, kamuya açık, internet üzerinde oluşturulan ortamdır. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, m.2/1,g.

¹⁶⁴ Örnek olarak 23.11.2001’de Budapeşte’de imzaya açılan Avrupa Konseyi Siber Suçlar Sözleşmesi, 28.05.2003 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi İnternette İletişim Özgürlüğü Bildirgesi, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin internet kullanıcıları için insan hakları konusunda CM/Rec(2014)6 sayılı Tavsiye Kararı zikredilebilir.

1. İnternetin Unsurları

İnternetin çok yönlü işlevlerinin sağlanmasında yer alan unsurlar telefon/telekomünikasyon idareleri, internet servis sağlayıcılar (ISS), internet erişim sağlayıcılar, internet içerik sağlayıcılar, sunucu, internet yer sağlayıcısı ve Usenet işleteni olarak sayılabilir. Hukuki sorumluluğun belirlenmesi açısından bu unsurlar kısaca ele alınacaktır.

a. Telefon/Telekomünikasyon İdareleri

İnternet genel haberleşme kanallarından yararlanarak iletişim sağlar. Kullanılan haberleşme kanalları her ülkenin telefon/telekomünikasyon idarelerinin mülkiyeti ya da kontrolündedir. İnternet servis sağlayıcıları ilgili idareler ile anlaşma yaparak bu kanalların kendilerine tahsisini sağlarlar. Telefon/telekomünikasyon idarelerinin bütün yetki ve sorumluluğu iletişim alt yapısını sağlamakla sınırlıdır.¹⁶⁵

b. İnternet Servis Sağlayıcıları (Internet Service Provider)

İnternet Servis Sağlayıcısı (ISS), kullanıcılar ile internet arasında köprü görevi görerek, kullanıcıların internete bağlanmasını sağlayan gerçek ve tüzel kişilerdir.¹⁶⁶ İnternetin işlevlerini yerine getirmesinde en önemli unsur olan ISS, internet servis sağlayıcısı olarak nitelendirilmesi için zorunlu olan internete erişim sağlamak yanında ön belleğe alma (caching), sunucu kiralama (leased server), elektronik posta, alan adı temin etme, web sayfası hazırlama ve başkaları tarafından hazırlanmış içeriği kendi sunucularında depolayabilme ve buradan doğrudan internet bağlantılarını kullanarak internet ortamına aktarabilme (hosting) özelliğine de sahiptir.¹⁶⁷ İçeriği iletmeden önce içerik hakkında bilgi sahibi olmayan internet servis sağlayıcılarının sorumluluğu, yerine getirdikleri hizmetlere göre de belirlenmektedir.

¹⁶⁵ Türkiye’de bu hizmetleri Türk Telekom idaresi yerine getirmektedir. Habip Oğuz: **İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması**, Ankara, Adalet Yayınları, 2010, s.47; Sırabaşı, s.141; Yıldız, Suçta Araç Olarak İnternet, s.613.

¹⁶⁶ Oğuz, s.48; Sırabaşı, s.141.

¹⁶⁷ Oğuz, s.49; Tamer Soysal: “İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 6, Yıl 2005, s.311. (Kıs: İnternet Servis Sağlayıcıları); Yıldız, Suçta Araç Olarak İnternet, s.613.

Servis sağlayıcının, sunucularında bulunan ve her gün güncellenen onbinlerce websitesinin yoğun bilgi trafiğini izlemesi ve denetlemesi teknik açıdan imkansız olduğundan, hosting hizmetlerinden yararlanan kişilerin hazırladıkları içeriklerden dolayı kural olarak ISS'nin hukuki veya cezai sorumluluklarına gidilememelidir.¹⁶⁸

c. İnternet Erişim Sağlayıcıları (Internet Access Provider)

İnternet erişim sağlayıcıları, kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan her türlü gerçek veya tüzel kişileri ifade eder.¹⁶⁹ İnternet erişim sağlayıcıları sadece başkalarına ait içeriklere ulaşılmasına ve iletişimde bulunulmasına aracılık etmekte olup, başkalarına ait bilgileri kendi sunucularında barındırmazlar ve iletişimde bulunmazlar. Sadece erişim hizmeti sağlayan internet servis sağlayıcılarına, erişim sağlayıcısı denir.¹⁷⁰ Bunların, geleneksel telefon haberleşmesi sağlayan veya posta hizmeti veren kuruluşlardan farkı bulunmamaktadır. Bu nedenle, sadece erişim sağlayan servis sağlayıcının içeriğe müdahale etmesi veya denetlemesi mümkün değildir.¹⁷¹

d. İnternet İçerik Sağlayıcıları (Internet Content Provider)

İçerik sağlayıcı, internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder.¹⁷² Bir web sayfasında yer alan yazı, resim ve diğer materyaller içerik sağlayıcı tarafından hazırlanmakta ve servis sağlayıcı aracılığıyla internete göndermektedir.¹⁷³ Hukuki ve cezai sorumluluk, internet ortamındaki verilerin asıl kaynağı olan içerik sağlayıcıya

¹⁶⁸ Sevil Yıldız: "İnternet Servis Sağlayıcılar ve Cezai Sorumlulukları", **Selçuk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, S.3, Yıl 2002, s.176. (Kıs: İnternet Servis Sağlayıcılar)

¹⁶⁹ 5651 sayılı Kanun m.2/1,e.

¹⁷⁰ Oğuz, s.50; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.158.

¹⁷¹ İbrahim Keskin: "İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki ve Cezai Sorumluluğu", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 84, S.2010/5, s.2941; ABD'de görülmüş bir davada (Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Service, 907 F. Supp. 1361 [N. D. Cal. 1995]), sadece erişim sağlayan servis sağlayıcının sorumluluğu, kamuya açık bir fotokopi makinesinde telif hakkı ihlaline yol açacak şekilde çoğaltma yapılmasından fotokopi makinesi sahibinin direkt olarak sorumlu tutulmamasına benzetilmiştir. Soysal, İnternet Servis Sağlayıcıları, s.314.

¹⁷² 5651 sayılı Kanun, m.2/1,f.

¹⁷³ Yıldız, Suçta Araç Olarak İnternet, s.614.

aittir. Servis sağlayıcı ancak içeriği kendisi düzenlemiş olması halinde içerikten sorumlu olur.¹⁷⁴

İnternet ortamına erişimi bulunan sunucular (server), da içerik sağlayıcı niteliğindedir.¹⁷⁵ İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur.¹⁷⁶ İnternet ortamında bir yayımla ilgili yorum yapan kullanıcılar da içerik sağlayıcı durumundadır.¹⁷⁷

e. Sunucu (Server)

Sunucu (server), dijital bilgilerin saklandığı manyetik ortam ve diğer bilgisayarlara hizmet sağlayan bir bilgisayar veya bilgisayar programdır.¹⁷⁸ İnternette yayınlanan tüm bilgiler, bir sunucu üzerinden yayınlanır.¹⁷⁹ Sunucular aynı zamanda servis sağlayıcı niteliğinde değilse, bir servis sağlayıcıdan destek almaları gerekmektedir. İnternet servis sağlayıcılar da hizmetlerini yerine getirebilmek için sunuculardan yararlanırlar.¹⁸⁰

f. İnternet Yer Sağlayıcıları (Web Host Provider)

Yer sağlayıcı, hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri ifade eder. Host, internet yoluyla erişilebilen dijital depolama birimi, web sayfalarının sanal ortamda barındırıldığı yerdir. Sunucularda olduğu gibi, bünyesinde dijital bilgileri saklayan internet servis sağlayıcıları host

¹⁷⁴ Yıldız, İnternet Servis Sağlayıcılar, s.177.

¹⁷⁵ Oğuz, s.52; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.157, dn..77'de anılan Güran ve diğerleri; Yavuz Kaplan: **İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s.56.

¹⁷⁶ 5651 sayılı Kanun, m.4/2

¹⁷⁷ Günaydın, s.30.

¹⁷⁸ Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.157.

¹⁷⁹ Oğuz, s.53; Yıldız, Suçta Araç Olarak İnternet, s.613.

¹⁸⁰ İnternet servis sağlayıcıları çoğu zaman sunucu olarak da hizmet verirken, internet bağlantısı gerçekleştirebilen sunucular, ISS statüsüne geçerler. Oğuz, s.53; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.157, dn.79'da anılan Güran ve diğerleri; Yıldız, Suçta Araç Olarak İnternet, s.613.

olarak isimlendirilir. İnternet servis sağlayıcılarının içerik sağlayıcıya ait web sayfalarını kendi bilgisayarlarında depolaması ve buradan da doğrudan internet bağlantılarını kullanarak internet ortamında erişilebilir hale getirmesi “hosting” hizmeti olarak nitelendirilir.¹⁸¹ Hosting hizmetleri, internet servis sağlayıcıların en önemli ve teknolojik yoğunluğu en fazla olan hizmet grubudur.¹⁸²

Host hizmetini yerine getiren servis sağlayıcı, hukuka aykırılığın farkında değilse ve hukuka aykırılığı fark etmesi üzerine veya kendisine bu yönde uyarı yapıldıktan sonra gereken tedbirleri almışsa, sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.¹⁸³

2. İnternette İletişim Türleri

İnternet teknolojisinin gelişmesi bir yandan bireysel kullanım çeşitlerini artırmış, diğer yandan iş yaşamında önemli değişikliklere neden olmuştur. Elektronik kütüphanelerden yararlanarak araştırma yapmak, ticari faaliyette bulunmak, mesaj göndermek, sohbet etmek, toplantıya katılmak, reklamcılık faaliyetinde bulunmak, yayıncılık faaliyeti gerçekleştirmek ve benzeri fonksiyonları bulunan internetin temel amacı iletişim kurmak ve bilgiyi paylaşmaktır¹⁸⁴. İnternetin en yaygın iletişim türlerini aşağıdaki gibi sıralamak mümkündür.

a. Elektronik Posta (Electronic mail/e-mail)

Elektronik posta, internet kullanıcılarının herhangi bir sunucuyu kullanarak ağ üzerinden başka kullanıcılarla iletişime geçebilmesini sağlayan elektronik mesaj iletişim sistemidir.¹⁸⁵ Elektronik posta ile mesajların, yazı, resim, ses ve filmler içeren ek dosyalarla birlikte internet üzerinden gönderilmesi mümkündür. Bu ucuz ve

¹⁸¹ Oğuz, s.54-55; Sırabaşı, s.145; Soysal, İnternet Servis Sağlayıcıları, s.314.

¹⁸² Sırabaşı, s.145; Yıldız, Suçta Araç Olarak İnternet, s.618.

¹⁸³ Aynı yöndeki AB uygulaması için bkz. Soysal, İnternet Servis Sağlayıcıları, s.318 vd.

¹⁸⁴ Oğuz, s.35.

¹⁸⁵ Elektronik posta “Basit Posta Aktarım Protokolü (Simple Mail Transfer Protocol-SMTP)” kullanılarak, gönderilen iletinin hedeflenen adresi ulaşmasını sağlar. Tamer Soysal: “Elektronik Posta Yoluyla Kişilik Haklarına Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 65, S. 2007/1, s.146. (Kıs: Elektronik Posta)

süratli iletişim aracıyla göndericinin alıcının elektronik adresine gönderdiği mesaj, hemen hemen aynı anda alıcıya ulaşmakta ve alıcının dijital elektronik posta kutusunda depolanmaktadır. Alıcı dilediği zamanda herhangi bir yerde bulunan internet bağlantısını kullanarak şifresiyle posta kutusuna ulaşarak elektronik postalarını kontrol edebilmektedir.¹⁸⁶ Her tür dijital bilginin gönderildiği elektronik posta birebir iletişime imkan sağladığı gibi çoklu iletişime de imkan sağlar.¹⁸⁷ Elektronik postanın işleyişi itibarı ile geleneksel mektuptan farkı olmayıp, mektubun elektronik ortamdaki yansımasıdır.¹⁸⁸ Bu nedenle, servis sağlayıcının kendi üzerinden gönderilen ve alınan elektronik postaları okuması, içeriklerini denetlemesi teknik açıdan mümkün olmasına karşın, bunu yapması hukuka aykırıdır.¹⁸⁹

Elektronik postanın hukuka aykırı içeriğinden dolayı sorumlu kişi, elektronik postayı hazırlayan ve gönderen kişi olup, sadece iletim görevini gerçekleştiren servis sağlayıcı içerikten sorumlu değildir.¹⁹⁰ Ancak, yetkili makamlar tarafından talep edildiği takdirde servis sağlayıcılar gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür.

b. Dosya Aktarım Protokolü (File Transfer Protocol-FTP)

FTP İnternete bağlı bir bilgisayardan diğerine, her iki yönde de dosya aktarımı yapmak için geliştirilen bir internet protokolü ve bu işi yapan uygulama programlarına verilen genel addır. FTP ile büyük boyutlu dosyaların sorunsuz şekilde uzak mesafelere aktarılması ve aktarılan dosyaların doğrudan bilgisayara kaydedilerek saklanması mümkün hale gelmiştir. FTP ile dosyalar geniş kitlelere dağıtılabilmektedir.¹⁹¹

¹⁸⁶ Sırabaşı, s.135; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.152.

¹⁸⁷ Kaplan, s.38.

¹⁸⁸ Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.152.

¹⁸⁹ Yıldız, İnternet Servis Sağlayıcılar, s.178.

¹⁹⁰ Elektronik posta hizmetleri internet servis sağlayıcıların sağladıkları hosting (barındırma) hizmetleri ile sağlanmaktadır. Bazı elektronik postalar elektronik posta gruplarına gönderildikten sonra ön bellekte saklanmaktadır. Bu şekilde hukuka aykırı elektronik postayı sunucusunda barındıran servis sağlayıcıların koşullara göre sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Sosyal, İnternet Servis Sağlayıcıları, s.321.

¹⁹¹ Oğuz, s.38.

c. Posta Listeleri, Haber Grupları, Forumlar, Bilgisayar İlan Panosu Sistemleri ve Sohbet Odaları

Posta listeleri belirli bir konuda fikir alışverişinde bulunmak amacıyla oluşturulan ve katılımcıların elektronik posta adreslerinden oluşan ortamlardır. Posta listesine katılmak isteyen kişi elektronik posta adresini göndermek suretiyle üye olur. Katılımcının adresi ve onun tarafından gönderilen ileti, liste düzenleme servisi tarafından tüm grup üyelerine gönderilerek dağıtılır.¹⁹² Liste yöneticisi üyelerin elektronik posta adreslerini bir veri tabanında saklar. Liste yöneticisi tarafından herhangi bir içerikteki duyuruya ilişkin bilgilerin gönderilmesi elektronik bülten olarak adlandırılır. Elektronik bültenlerde iletişim tek yönlü olup, liste yöneticisinden üyelere yöneliktir.¹⁹³

Haber grupları, internet üzerinde forum ve tartışmaların yapıldığı bölümlerdir. Elektronik postalarda bulunan şahsa gönderme ve gizlilik bu gruplarda yoktur.¹⁹⁴ Haber gruplarında üyelik şart olmadığından, tüm kullanıcıların buraya mesaj göndermesi¹⁹⁵ veya gönderilen mesajları izlemesi mümkündür. Dolayısıyla haber gruplarında yer alan bilgilerin ulaştığı kişiler bilinemez.¹⁹⁶ Haber gruplarının oluşturulmasında en yaygın olarak kullanılan bilgisayar ağı Usenet ağıdır.¹⁹⁷ Usenet sistemi üzerinde mesaj akışını kontrol eden merkezi bir otorite bulunmamaktadır. Mesajların içeriği denetimden geçmemektedir; ancak, bir işleten tarafından yönetilen

¹⁹² Sırabaşı, s.136-137; Mustafa Fadıl Yıldırım, Tekin Memiş: “Elektronik Posta Kutusu Kullanımı İle İlgili Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **AÜEHFD**, C.IX, S.3-4, Yıl 2005, s.332, dn.5.

¹⁹³ Oğuz, s.40.

¹⁹⁴ Soysal, İnternet Servis Sağlayıcıları, s.323.

¹⁹⁵ Haber gruplarında mesajların gönderilmesi “Haber İletme Protokol Ağı” (Network News Transfer Protocol –NNTP) kullanılarak gerçekleştirilmektedir. Kaplan, s.38.

¹⁹⁶ Keskin, s.2939; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.152; Yıldız, İnternet Servis Sağlayıcılar, s.180.

¹⁹⁷ Usenet sisteminde tartışmalar sadece bir sitede yer almayıp internetin tümüne yayılmaktadır. Usenet, dünya üzerindeki milyonlarca ağ kullanıcısının çok değişik konularda haberler, yazılar gönderdiği bir tartışma platformudur. Usenet sisteminde her forumun ayrı bir ismi bulunmakta ve konularına göre haber grupları hiyerarşik olarak sınıflandırılmaktadır. Dünya çapında binlerce haber grubundan oluşan Usenet sisteminde üyelik zorunlu tutulmuştur. Sistemde bir kişinin gönderdiği bir ileti hiyerarşik bir yapıda dağıtılmakta ve dünya üzerinde internet erişimi olan kişiler tarafından bir Usenet Servis sağlayıcısı aracılığı ile okunabilmektedir. Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.153.

Usenet gruplarında, mesajların içeriğinin hukuka ve grubun amaçlarına uygunluk açısından denetlenebileceği ileri sürülmektedir.¹⁹⁸

Forumlar haber grupları içinde oluşturulmuş konu bütünlüğüne sahip tartışma ortamlarıdır. Burada kullanıcılar genellikle rumuzlarını kullanarak belirli sorunları tartışarak görüşlerini bildirirler. Bu amaçla internet üzerinden yayın yapan web sitelerinde, yönetici veya kullanıcı tarafından genel veya özel bir başlık açılmakta ve kullanıcılar istedikleri yazıyı foruma eklemekte, gelen cevaplara online olarak cevap verebilmektedirler.¹⁹⁹

Bilgisayar ilan panosu sistemleri (Bulletin Boards System) de haber gruplarının bir çeşididir. Bilgisayar ilan panosuna kullanıcılar tarafından gönderilen ilanlar, panodan sorumlu işleten tarafından yayınlanır. Bu web servisinin duvarlara asılan geleneksel ilan panolarının elektronik ortamdaki görünümü olduğu ifade edilmektedir. Gönderilen mesajlar özel olmadığından, ilan panoları herkes tarafından görülebilmektedir.²⁰⁰ Çok düşük maliyetle sınırsız bilgi akışı sağlaması ve çok geniş kitlelere ulaşmanın mümkün olması, ilan panoları yoluyla iletişimi cazip kılmaktadır.

İnternet Aktarımlı Sohbet (Internet Relay Chat-IRC), katılımcıların eş zamanlı olarak birbirleriyle mesajlaşabildikleri interaktif platform ve bunu sağlayan platformlara denir. Bir katılımcının yazdığı ileti aynı anda diğer katılımcılar tarafından izlenebilmektedir. Haber gruplarında atılan mesaj çoğunlukla herkese hitap ederken burada ikili sohbetler tercih edilmekte ancak gönderilen mesajlar herkes tarafından okunabilmektedir. Teknolojik gelişmelere bağlı olarak IRC

¹⁹⁸ Sırabaşı, s.137; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.153.

¹⁹⁹ Keskin, s.2939; N. Gizem Koçak: “**Bireylerin Sosyal Medya Kullanım Durumlarının ve Motivasyonlarının Kullanımlar ve Doymalar Yaklaşımı Bağlamında İncelenmesi: Eskişehir’de Bir Uygulama**”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir 2012, s.76.

²⁰⁰ Oğuz, s.43; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.153; Sırabaşı, s.139; Soysal, İnternet Servis Sağlayıcıları, s.323.

programlarına ilgi azalmış, yerini MSN (Microsoft Network) ve benzeri programlar almıştır. MSN programında da çoklu ve eş zamanlı iletişim mümkündür.²⁰¹

Haber grupları, forum ve sohbet odaları, servis sağlayıcıların hizmet verdiği web siteleri üzerinden yayın yapan, servis sağlayıcıların sürekli kontrol edemeyeceği internete özgü interaktif ortamlardır ve katılımcıların yazdıkları doğrudan yayımlanmaktadır. Servis sağlayıcı bunların yönetimini üstlenmiş bir yayıncı gibi davranmadığı, içeriğin editörlüğünü ve kontrolünü üstlenmediği sürece, denetimin olmadığı ve servis sağlayıcının içerikten sorumlu olmadığı söylenebilir.²⁰²

d. World Wide Web

World Wide Web(www), dünyayı saran ağ anlamına gelmekte olup, en çok bilinen ve en hızlı gelişme gösteren iletişim türüdür. Web, dünyanın her yerindeki yüz binlerce sunucuda kayıtlı, milyarlarca dosyadan oluşan bir bütündür.²⁰³ Bilgisayar ekranında gördüğümüz her bir web dökümanına web sayfası denir. Web sayfaları, internet ortamında her konuda kitlelere en hızlı şekilde ulaşılabilen, güncelliğini koruyan medya ortamıdır. Kullanıcılar web tarayıcısı²⁰⁴ adı verilen programlar aracılığıyla web sayfalarına erişebilmekte, aktif olarak içerik oluşturabilmekte veya eleştirmen ya da yorumcu olarak içeriğe katkı sağlayabilmektedirler.²⁰⁵ Web sayfalarında yazı, grafik, resim, ses ve hareketli görüntülerden (video) oluşan dökümanlar yer alabilmekte ve aynı zamanda link adı verilen hiper bağlantılar ile başka web sayfalarına geçiş yapılabilmektedir.²⁰⁶ Bir kişi ya da kurum hazırladığı bütün web sayfalarını bir araya getirerek web sitesi oluşturabilir. Dileyen herkes, internet üzerinde kendi web sitesini barındırabilmektedir.

²⁰¹ Oğuz, s.42; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.155; Sırabaşı, s.138; Soysal, İnternet Servis Sağlayıcıları, s.323.

²⁰² Keskin, s.2940. Kuşkusuz, hak ihlali teşkil eden içeriğin ISS'ne bildirilmesinden sonraki sorumluluk saklıdır.

²⁰³ Oğuz, s.30.

²⁰⁴ Günümüzde en yaygın şekilde kullanılan web tarayıcısı, en yaygın işletim sistemi olan Windows'a bağlı olan Internet explorer'dir. Oğuz, s.32.

²⁰⁵ Koçak, s.20.

²⁰⁶https://tr.wikipedia.org/wiki/World_Wide_Web, 02.07.2014.

e. Sosyal Medya Platformları

Sosyal medya platformları, kullanıcı içeriğinin, kişinin kendisi tarafından yayınlandığı, paylaşıldığı her tür platformun genel adıdır. Bireylerin ortak ilgi alanları, faaliyetleri, dünya ve ülke gündemi, etkinlik duyuruları gibi konularda birbirleri ile bağlantı kurarak sosyalleşmelerini sağlayan mobil ve internet servislerinin üzerinde çalıştığı platform yazılımıdır.²⁰⁷ Başlıca sosyal medya araçları, bloglar, mikrobloglar, sosyal ağ siteleri, medya paylaşım siteleri, wikiler, sosyal işaretleme siteleri, podcasting ve sanal dünyalar olarak sınıflandırılmaktadır.²⁰⁸ Sosyal medya platformları bunlarla sınırlı olmayıp, teknik gelişmelerin artmasıyla yeni sosyal medya platformları ortaya çıkabilmektedir.²⁰⁹ Bu bölümde kısaca, kişilik hakkı ihlalinin en fazla gerçekleştiği ilk dört grupta yer alan sosyal medya platformlarından bahsedilecektir.

Web sitesi ve kayda geçirmek (logging) kelimeleri birleştirilerek oluşturulan weblog kelimesinin kısaltılmış şekli olan blog, çevrimiçi günlükler olarak bilinmektedir. Blog, genel anlamda, blogu yazan kişi ya da kişilerin herhangi bir İnternet bağlantısıyla, İnternete anlık yayın yapmalarına izin veren, kolaylıkla oluşturulabilen ve güncellenebilen web sitesi olarak da tanımlanmaktadır.²¹⁰ Oluşturulması için ekonomik kaynak ve uzmanlık gerektirmemesi, içeriğin güncellenerek kolaylıkla yayılabilmesi, herkes tarafından yorum gönderilebilmesi gibi özellikleri nedeniyle blog sayısında hızlı bir artış olduğu belirtilmektedir.²¹¹

²⁰⁷https://tr.wikipedia.org/wiki/Sosyal_medya#Sosyal_medya_platformu; Sosyal medyanın farklı tanımları ve fonksiyonlarıyla ilgili bkz. Mine Kaya: "Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali", **TBB Dergisi**, S.119, Yıl 2015, s.278; Sosyal medya geniş anlamda, Web 2.0 teknolojileri üzerine kurulan, daha derin sosyal etkileşime, topluluk oluşumuna ve işbirliği projelerini başarmaya imkan sağlayan web siteleri olarak tanımlanmakta, Web 2.0'nin, teknolojik boyutu vurgulanarak tanımlandığı, sosyal medyanın ise sosyal boyutu ve kullanımı ön plana çıkarılarak tanımlandığı ifade edilmektedir. Koçak, s.29'da anılan Akar.

²⁰⁸ Kaya, s.282.

²⁰⁹ A. Selim Tuncer, F. Zeynep Özata, Erkan Akar, Mesude Canan Öztürk: **Sosyal Medya**, (Ed. F. Zeynep Özata), Açıköğretim Yayınları, Eskişehir, 2013, s.53.

²¹⁰ Koçak, s.42; Tuncer ve diğerleri, s.54.

²¹¹ Koçak, s.46'da anılan Akar.

Microbloglar, blogların bir türü olup içerik ve dosya büyüklükler bakımından bloglardan farklılık göstermektedir. Web üzerinde bireylere anlık olarak ne yaptıkları hakkında kısa mesajlar yayımlayabilme imkanı veren microblogging, blogging, anlık mesajlaşma ve durum bildirimlerinin bir karması olarak ifade edilmektedir.²¹² Microblogging ile kısa metin mesajları, resim, ses ya da video uygulamaları paylaşılabilir. Twitter, Foursquare ve Instagram en popüler micro blog türleridir.²¹³ Haber ve deneyimleri paylaşmak, anlık iletişim kurmak için mükemmel bir araç olan twitter günümüzde bir haber kanalı olarak algılanmakta²¹⁴, güncel bilgilere ve gelişmelere, iktidarların sansür etkili uygulamalarını aşarak alternatif bilgi ve yorumlara ulaşmak amacıyla sıklıkla kullanılmaktadır.

Sosyal ağ siteleri, her kullanıcının profil bilgilerini içeren kişisel sayfasını oluşturmasına imkan sağlayan, fotoğrafların, ilgilerin ve aktivitelerin diğer kullanıcılar ile paylaşımını mümkün kılan çevrimiçi iletişim sistemleridir.²¹⁵ Kişiler hızlı ve kolay şekilde diğer kişilerle iletişim kurabilmekte, bağlantı kurduğu kişilerin ilişkili olduğu diğer kişileri görme imkanı bulunduğundan, onları da arkadaş listesine ekleyerek ağını genişletebilmektedir.²¹⁶ Günümüzün en popüler sosyal ağ siteleri Facebook, LinkedIn ve Myspace olarak belirlenmektedir.

Sosyal ağ oluşturmaktan ziyade belirli türdeki içeriğin paylaşılmasına odaklanan medya paylaşım siteleri, kullanıcıların video, fotoğraf gibi içerikleri oluşturarak yükleme, paylaşma ve bunlarla ilgili yorum yapma imkanı veren sosyal medya siteleridir.²¹⁷ Fotoğraf paylaşımıyla ilgili Flickr.com, video paylaşımıyla ilgili YouTube örnek olarak verilebilir.

²¹² Tuncer ve diğerleri, s.57.

²¹³ Koçak, s.48-50; Kaya, s.284; Tuncer ve diğerleri, s.57.

²¹⁴ Birsen ve diğerleri, s.90; Tuncer ve diğerleri, s.60.

²¹⁵ Koçak, s.34; Tuncer ve diğerleri, s.64.

²¹⁶ Koçak, s.35; Kaya, s.285.

²¹⁷ Koçak, s.55; Kaya, s.286.

3. İnternet Ortamında Kişilik Hakkının İhlalinin Bazı Özellikleri

Geleneksel kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlali, yazı, resim veya görsel işitsel olarak sunulan içeriklerle gerçekleşirken, internet ortamında geleneksel kitle iletişim araçlarının sunduğu içeriklerin yayınlanması yanında, internete özgü teknik özellikler yeni ihlal biçimlerini ortaya çıkarmıştır. Teknolojik ilerlemelerle birlikte, bu yöntemlerin artacağı kuşkusuzdur. Sadece profesyonel yayıncıların değil, kimliğini gizli tutma imkanına sahip sıradan kişilerin sisteme katılarak içerik paylaşabilmesi, internet üzerinde hukuki ve etik denetim mekanizmalarının yetersiz olması, internet ortamında kişilik hakkı ihlallerinin artmasına zemin hazırlamaktadır.²¹⁸

İnternetle kişilik hakkı ihlallerinin en yaygın ve bilinen şekilleri, alan adları, elektronik posta ve web sitelerindeki yayınlar aracılığı ile gerçekleşen ihlallerdir. Alan adları kişinin adı üzerindeki hakkı ile yakın ilişkili olduğundan, alan adları ile kişilik hakkının ihlali konusu, kişinin adı üzerindeki hakkının korunması bölümünde incelenmiştir. Elektronik posta gönderilerek kişilik hakkının ihlalinde, şeref ve haysiyetin, özel yaşam hakkının ya da ad üzerindeki hakkın ihlali söz konusu olabilmektedir. Web sitesindeki yayınlarla da çeşitli kişisel değerlerin ihlali mümkündür. Kişilik hakkıyla ilgili bazı çalışmalarda internet aracılığıyla gerçekleşen ihlaller, internete özgü yöntemlerin teknik özelliklerinin de vurgulanması amacıyla, ayrı bir bölümde incelenmiştir. Çalışmamızda, kişilik hakkının internet yoluyla gerçekleşen ihlallerinde, alan adı ya da elektronik postanın sadece bir araç olduğu göz önünde bulundurulur ve bunlar aracılığıyla zarar gören kişisel değerler ön planda tutularak, kitle iletişim araçlarıyla ihlal edilen kişisel değerlerle ilgili bölümde, yeri geldikçe bu unsurlara yer verilecektir.

²¹⁸ Bilgisayar kullanıcısının içerik oluştururken, psikolojik olarak bir çeşit yanıltıcı mesafe ve yanıltıcı samimiyetin bileşiminden etkilenerek kendini güvende hissetmesinin, hukuka aykırı nitelikte içerik oluşturmada rahat davranmasına neden olduğu ifade edilmektedir. Sibel Özel: “İnternet Yoluyla Kişilik Hakları İhlallerinde Uygulanacak Hukuk Meselesi”, **Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan**, MHMÖH Bülteni, C. 24, S.1-2, 2004, s.611 (Kıs: Uygulanacak Hukuk Meselesi); Sırabaşı, s173.

III. Kitle İletişim Araçları İle Kişilik Hakkının İhlali

Kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlali konusunun incelendiği bu bölümde, kitle iletişim araçları ile gerçekleşen saldırılara en fazla hedef olan, manevi kişisel değerlerden özel yaşam hakkı, kişinin şerefi, haysiyeti ve şöhreti, kişinin adı üzerindeki hakkı ile kişinin sesi, konuşması, yazısı ve resmi üzerindeki hakları ve bu haklara yönelik saldırılar ele alınacaktır. Kişisel veriler, ilk olarak, enformasyon teknolojisinin hızla yayılması sonucu enformasyonel özerklik olarak ifade edilip, kişinin kendi hakkındaki bilgilerin geleceğini belirleme hakkı olarak özel yaşam hakkı kapsamında kabul edilmiştir.²¹⁹ Günümüzde ise kişisel veriler konusu, genişleyen içeriği nedeniyle başlı başına bir çalışma alanı oluşturmaktadır. Geniş kapsamı nedeniyle kişisel veriler konusu çalışmamızın dışında bırakılmıştır.

A. Özel Yaşam Hakkı

Manevi kişisel değerler arasında en kapsamlı hak olan özel yaşam hakkı, çok yönlü ve karmaşık bir haktır. Özel hayatın korunması, geniş anlamda kişi ve aile hayatının korunması ve buna ilişkin tüm hukuk kuralları olarak tanımlanırken, dar anlamda kişilerin sırları ve özel hayatın özgürlüğüne yapılan müdahaleler kapsamında ele alınmaktadır.²²⁰

AİHS ile de güvence altına alınmış özel yaşam hakkı AİHM tarafından geniş anlamıyla kabul edilmiştir. Mahkemenin kararlarında bu hakkı giderek daha da geniş şekilde yorumlama eğilimi sonucu, birçok diğer hak özel yaşam hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.²²¹ AİHS ve AİHM kararlarının bağlayıcı niteliği, özel yaşam hakkının AİHM kararları tarafından şekillendirildiği biçimde algılanmasını ve hukuki izahın bu çerçevede yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Ancak başlı başına bir çalışma konusu olan özel yaşam hakkı, çalışmamızın amacı ile sınırlandırılacak ve bazı kişisel değerler her ne kadar AİHM içtihatları ile özel yaşam hakkı kapsamında değerlendirilmiş olsa da, bu husus belirtilerek ayrı başlık altında incelenecektir.

²¹⁹ Arslan Öncü, s.182.

²²⁰ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.59.

²²¹ Arslan Öncü, s.83 vd.

1.Özel Yaşama Saygı Hakkı

a. Özel Yaşam ya da Mahremiyet Hakkı²²²

Özel yaşam hakkı veya mahremiyet hakkı olarak ifade edilen hak, genel olarak kişilerin yalnız kalabildikleri, kendi belirledikleri şekilde düşünüp davranabildikleri, kendi belirledikleri yer, zaman ve koşullarda başkalarıyla iletişim kurabildikleri ve bilgi paylaşımında bulunabildikleri yaşam alanı üzerindeki haktır.²²³

Anglo-Amerikan hukukunda mahremiyet hakkının kökenini oluşturan²²⁴, Amerikalı iki hukukçu olan Samuel D. Warren ve Louis Brandeis'in 1890 yılında yayımladıkları "Mahremiyet Hakkı" isimli ünlü makalede, mahremiyet hakkı 'yalnız bırakılmaya hak' olarak tanımlanmıştır. Mahremiyet hakkının ortaya çıkışından bu yana gerek farklı hukuk düzenlerinin üstün kabul ettikleri menfaatlerin farklılığı, gerekse toplumların kültürel farklılıkları ve ayrıca mahremiyet kavramını

²²² Kavram karışıklığını önlemek için öncelikle terminolojik olarak Anglo-Saxon hukukunda mahremiyet hakkı/right to privacy kavramı kullanılırken, Kara Avrupası Hukukunda kişilik hakları / rights of the personality kavramının kullanıldığı belirtilmelidir (Arslan Öncü, s.2). Tüm kişisel değerleri kapsayan kişilik hakkı kavramı, mahremiyet hakkı kavramından çok daha geniş bir içeriğe sahiptir. Bunun yanında, kimi çalışmalarda birbirine eş kavramlar gibi kullanılsa da mahremiyet, özel yaşamın gizliliği kavramının sadece bir boyutunu ve özel yaşamın gizliliğini gerçekleştirme yöntemlerinden sadece birini oluşturmaktadır. Kişinin yaşam alanlarından özel ve gizli yaşam alanları mahremiyet hakkı ile ilgilidir. Özel yaşamın gizliliği hakkı ise bireyin hayatının mahrem ve aynı zamanda mahrem olmayan, kamuya açık alanını da korumaktadır (Uzeltürk, s.2). Bu çalışma genelinde, sadece özel yaşam hakkı konusunun incelenmesi amaçlanmadığından ve Kara Avrupası ile Anglo Saxon hukuku menşeli kaynaklar birlikte kullanıldığından, konunun çalışmanın sınırları çerçevesinde tutulmasının kolaylaştırılmasına hizmet edeceğinden, kavramlar birbirine eş anlamda kullanılacak, kamusal yaşam alanında özel hayatın korunması gerekliliği söz konusu olduğunda gerekli açıklamalara yer verilecektir.

²²³ Mehmet Yüksel: "Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 58, S.1, Yıl 2003, s.182. Yazar bağımsızlık ve gizliliğin özel yaşam alanına ilişkin temel ilkeler olduğunu belirtmektedir. Genel anlamda bağımsızlık kişinin yaşamsal tercihlerinde bağımsız olmasını, gizlilik kişinin yaşam alanlarına dışarıdan gelebilecek müdahalelere karşı mahremiyetin sağlanmasını ifade eder. Ae, s.187.

²²⁴ Bu makalede, çok erken dönemlerde hukuk sadece yaşama ve mülkiyete fiziksel müdahaleler ile, başkasının arazisine zorla girmeye (trespass) bir giderim sağlarken, zamanla hukuki hakların kişinin tinsel doğası, duyguları ve aklını kapsayacak şekilde genişlediği, yaşam hakkının yaşamdan zevk alma ve yalnız bırakılmaya hak anlamına da geldiği ifade edilmiştir. Warren, Samuel D., Louis D. Brandeis: "Mahremiyet Hakkı", **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Çev. Gülay Arslan, Yay. Haz. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.19; "The Right to Privacy" başlıklı makale "Harvard Law Review, Cilt IV, No.5, 15 Aralık 1890"da yayımlanmıştır;

tanımlamanın zorluğu nedenleriyle, hakkın tanımı²²⁵ konusunda genel bir uzlaşma bulunmamaktadır. Hakkın koruduğu değer ne olduğu konusunda da farklı ancak birbirine zıt olmayan görüşler mevcuttur²²⁶. Bazı yazarlar, mahremiyet hakkını kişinin kendi kişisel bilgilerine ve kişisel olaylarına başkasının erişimini sınırlayabilmesi olarak ele alarak, hakkın bireyin onurunu, bütünlüğünü, bağımsızlığını, özgürlüğünü ve self determinasyonunu koruduğunu ileri sürerken²²⁷, bazıları mahremiyet üzerinde bireylerin self determinasyon hakkına odaklanarak, mahremiyet hakkının bireylerin, grupların veya kurumların, kendileri hakkındaki bilgilerin ne zaman, nasıl ve hangi ölçüde başkalarına iletileceği konusunu kendilerinin belirleme talebi olduğunu ileri sürer.²²⁸ Amerikan hukukunda mahremiyet hakkına yönelik algıyı temsil eden Prosser'in yaklaşımına göre, mahremiyet hakkı, tek ortak noktaları yalnız bırakılma hakkına müdahale olan, birbirinden farklı dört haksız fiile karşı kişinin çıkarlarını korur.²²⁹ Prosser tarafından tasarlanan dört haksız fiil, kişinin münzevi yaşamına veya özel ilişkilerine sızma, kişi hakkında utanç verici özel durumların kamuya açıklanması, kişinin kamunun gözünde yanlış tanıtılması ve kişinin adının veya görüntüsünün çıkar sağlamak amacıyla davalı tarafından kullanılmasıdır.

²²⁵ Örneğin, Ken Gormley, kişi olmanın ve kişiliğin ifadesi olarak mahremiyet, özerklik olarak mahremiyet, vatandaşların kendileri hakkındaki bilgileri düzenlemesi olarak mahremiyet ve mahremiyetin çok yönlü eğilimleri olarak mahremiyetin dört ayrı tanımını yapar. Daniel Solove, yalnız bırakılmaya hak, kişinin özüne sınırlı erişim, gizlilik, kişisel bilgiler üzerinde denetim, kişilik ve yakınlık/intimacy olmak üzere altı ayrı mahremiyet tanımı olduğunu söyler ve Büyük Biraderden korunma olarak mahremiyet, gizlilik olarak mahremiyet, saldırılmama olarak mahremiyet ve bilgi kullanımı üzerinde denetim olarak mahremiyet olarak kavramları birbirinden ayırır. Christian Fuchs: "Towards an alternative concept of privacy", **Journal of Information, Communication and Ethics in Society**, Vol. 9, Issue 4, 2011, p.221-222, (Çevrimiçi) <http://fuchs.uti.at/wp-content/uploads/JICES.pdf> 24.03.2012.

²²⁶ Mahremiyeti insana saygı, sevgi, arkadaşlık ve güveni sağlayan bağlamda değerlendiren, saygı, özgürlük ve otonomi için gerekli genel prensip olarak kabul eden, bireyleri rekabet ve utançtan korumak için gerekli olduğunu kabul eden, özel yaşamın sosyal ilişkilere, mahremiyetin, kişilik ve kişisel hedeflere imkan sağladığını kabul eden, özel yaşamı çoğulcu bir değer şeklinde ele alarak, özel yaşamla ilişkili özerklik, yaratıcılık, demokrasi, onur, özgürlük, düşünce özgürlüğü, arkadaşlık, insan ilişkileri, hayal gücü, bağımsızlık, bireysellik, mahremiyet, psikolojik esenlik, saygınlık ve kendini geliştirme şeklinde bir değerler listesi sunan görüşler ve diğerleri için bkz. Fuchs, s.225.

²²⁷ Fuchs, s.225'te anılan Bloustein, [E.J. (1964/1984) "Privacy as an aspect of human dignity"], Schoeman, [F.D. (Ed.), *Philosophical Dimensions of Privacy*, Cambridge University Press, Cambridge, MA, pp. 156-202] ve Solove, 2008, p.15.

²²⁸ Bu görüşe göre mahremiyet bireye otonomi, duygularını açığa çıkarma, kişisel gelişme ve gizlilik sağlar. Fuchs, s.225'te anılan Westin, A. (1967), *Privacy and Freedom*, Altheneum, New York, NY; Diğer bazı yaklaşımlar için bkz. Doyle, Bagaric, s.95.

²²⁹ Arslan Öncü, s.2; Uzeltürk, s.8; Engle, s.17.

Farklı yazarların özel yaşam hakkının koruduğu değere ilişkin açıklamalarına bakıldığında, tümünün ortak olarak, kişinin özerkliğini, kişisel bütünlüğünü sağlaması ve geliştirebilmesi için başkalarının müdahalesinden uzak ve başkalarınca bilinmez şekilde kendi belirlediği şekilde yaşayacağı bir alanı işaret ettiği görülür. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 428 (1970) sayılı Kitle İletişim Medyası ve İnsan Hakları Bildirisi'nin²³⁰ 16. paragrafında, özel yaşamı, esasen kişinin hayatını minimum müdahaleyle yaşaması hakkı olarak tanımlanmıştır. Aynı paragrafta, hakkın özel yaşamı, aile ve ev hayatını, fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü, şeref ve itibarı, kişinin kamuya yanlış tanıtılmasından kaçınmayı, gereksiz ve utanç verici olayların açıklanmamasını, özel fotoğrafların izinsiz yayımlanmamasını, özel iletişimin kötüye kullanılmaya karşı korunmasını, birey tarafından gizlilik içinde alınmış veya verilmiş bilgilerin ifşasından korunmayı içerdiği belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu²³¹ incelediği bir olayda²³², çok sayıda Anglo-Saxon ve Fransız yazarın özel yaşama saygı hakkını 'mahremiyet hakkı', 'kişinin dilediği sürece aleniyetten korunarak yaşama hakkı' olarak tanımladığını ancak özel yaşama saygı hakkının bunlarla sınırlı olmadığını belirtmiştir. Komisyonun görüşüne göre, özel yaşam saygı hakkı, belli bir dereceye kadar, özellikle de kişinin kendi kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirmesi için, başta duygusal alanda olmak üzere, diğer insanlarla ilişkiler kurmasını ve geliştirmesini de içerir.²³³ AİHM, Niemietz/Almanya²³⁴ davasında, özel yaşam kavramının çok geniş olduğu ve tüketici bir tanıma elverişli olmadığını tespit ederek, özel yaşam hakkının mesleki faaliyetleri kapsayacak kadar genişletilebileceğini belirtmiştir.

²³⁰ **Resolution 428 (1970), Declaration on Mass Communication Media and Human Rights**, adopted by the Parliamentary Assembly on 23 January 1970 (18th Sitting), (Çevrimiçi), <http://www.assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=15842&lang=EN>, 30.04.2013.

²³¹ 1998 yılında yürürlüğe giren 11. Ek Protokol hükümleri ile komisyon ve AİHM birleştirilmiştir.

²³² Arslan Öncü, s.6, dn.22'de yer verilen X v. Iceland (App. No.6825/74), Admissibility Decision of the EComHR of 18 May 1976.

²³³ Doyle, Bagaric, s.125.

²³⁴ Niemietz v. Germany, (App. No. 13710/88), Judgment of the ECHR of 16 December 1992. Arslan Öncü, s.276.

b. Özel Yaşam Hakkının Mutlak Bir Hak Olmaması

Herkes özel yaşam hakkına sahiptir ancak bu hak sınırsız ve mutlak bir hak değildir. Kişinin özel yaşam hakkı, korunan diğer bir temel hak olan ifade özgürlüğü hakkı ile aynı olayda karşılaştığında, mutlak olmayan ve aralarında hiyerarşik bir sıra bulunmayan eşit değerdeki bu hakların tartılarak dengelenmesi ve somut olayın koşullarına göre bir hakkın diğerine nazaran baskın kabul edilmesi söz konusudur. AKPM'nin 428 (1970) sayılı Kitle İletişim Medyası ve İnsan Hakları Bildirisinde de vurgulandığı gibi²³⁵, bu haklardan birinin kullanılmasının diğerinin varlığını ortadan kaldırması sonucunu doğurmasına izin verilmemelidir.

İki hakkın çatıştığı hallerde, özel yaşam hakkının öznesinin sıradan bir kişi veya kamuya mal olmuş bir kişi olmasına göre, hak daha dar veya geniş yorumlanmaktadır. Kamuya mal olmuş kişilerle ilgili toplumun bilgi alma hakkı olduğu gözetilerek, bu gruptaki kişilere daha sınırlı bir koruma sağlanmaktadır. 1997 yılı sonlarında Galler prensesi Diana'nın paparazzilerden kaçarken geçirdiği trafik kazası sonucu hayatını kaybetmesinin ardından, özellikle kamuya mal olmuş kişilerin özel yaşam hakkı konusu gündem oluşturmuş ve Avrupa Parlamentosu da bu konuyla ilgili çalışmalar yapmıştır.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, kamuya mal olmuş kişinin tanımını da yaptığı, 1998 tarihli ve 1165 sayılı 'Özel yaşam hakkı' başlıklı kararında, kamuya mal olmuş kişilerin, çoğu zaman kendi tercihleriyle edindikleri toplum içindeki konumlarının özel yaşamları üzerine otomatik olarak artan bir baskı getireceğini kabul etmek zorunda olduklarına işaret edilmiştir.²³⁶ Kamuya mal olmuş kişiler de özel ve gizli yaşam hakkına sahiptirler. Burada kast edilen, özel ve gizli yaşam alanlarına ait bazı konuların açıklanmasının her zaman hukuka aykırılık teşkil etmeyeceğidir.²³⁷ Bu konuda, kamuya mal olmuş kişilerin özel yaşamlarının kamusal

²³⁵Resolution 428 (1970), Declaration on Mass Communication Media and Human Rights, par.C1.

²³⁶Resolution 1165 (1998), "Right to Privacy", par.6.

²³⁷ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.65; AIHM'in, kişinin özel yaşamını kendi isteğiyle kamunun temasına açması ve özel yaşamının korunan diğer yararlarla yakın bağlantısı bulunmasının özel yaşam

olaylar üzerinde etkisinin bulunması ölçü olarak kabul edilmiştir.²³⁸ AKPM'nin 1165 (1998) sayılı kararında da, kamuya mal olmuş kişilerin özel yaşamlarıyla ilgili her şeyin AİHS m.10 çerçevesinde ifade özgürlüğünün konusu olarak değerlendirilemeyeceği, ancak, bazı olayların bilinmesinin vatandaşların yararına olabileceği ifade edilmiştir. Bu gruptaki kişilerden özellikle politikacılar vurgulanmış ve politikacıların özel yaşamlarının bazı bölümlerinin aynı zamanda seçmen olan okuyucular tarafından bilinmesinin meşru olabileceği bildirilmiştir.²³⁹

c.Özel Yaşam Kavramı ve Üç Alan Teorisi

Sınır ve kapsamının belirlenmesinin zorluğu nedeniyle, doktrin ve pozitif hukuk kuralları tarafından, mahremiyet ya da özel yaşamın kesin bir tanımı yapılamamıştır.²⁴⁰ Doktrinde kişinin yaşam çevresinin üç alana ayrılarak genel bir tanım yapılması genellikle benimsenen bir yöntemdir.²⁴¹ Üç alan teorisine göre kişinin yaşam çevresi ortak yaşam çevresi, özel yaşam çevresi ve gizli yaşam çevresinden oluşur.Üç yaşam çevresini birbirinden ayıran belirleyici ölçüt, kişinin bu alanlardaki faaliyetlerinin niteliği ile kişinin bu faaliyetleri paylaşmak ya da paylaşmamak konusundaki iradesidir.²⁴²Türk hukukunda kişilik hakkının esaslı şekilde düzenlendiği MK m.24 ile korunan yaşam alanı, kural olarak kişinin gizli ve özel yaşam alanlarıdır.

hakkının iki sınırını oluşturarak, özel yaşama saygı talebini kendiliğinden azalttığı yönündeki kararı için bkz. Arslan Öncü, s.79, dn.280'de anılan Rosemarie Brüggemann and Adelheid Scheuten v. The Federal Republic of Germany, (App. No. 6959/75), Report of EcomHR of 12 July 1977, paras. 55-56.

²³⁸ Kamusal yaşamın başladığı yerde özel yaşam sona erer demek durumu açıklamak için yetersizdir. Kamuya mal olmuş kişilerin, kamusal olaylar üzerinde etkisi olmadıkça özel yaşamlarının korunması hakkı vardır. Bir kişinin gündemde olması, onu özel yaşam hakkından yoksun kılmaz. **Resolution428 (1970), Declaration on Mass Communication Media and Human Rights**, par.C3.

²³⁹ **Resolution 1165 (1998), "Right to Privacy"**, par.8-9.

²⁴⁰ Kılıçoğlu, s.112.

²⁴¹ Arpacı, s.141; Dural, Ögüz, s.135; Özsunay, s.126; Alan teorisi 1953'te Alman hukukunda Hubmann tarafından oluşturulmuştur ve İsviçre hukukunda da Jaeggi tarafından öncülüğü yapılmıştır. Bellican, s.540, dn.18; Bu ayırımın yapay olduğu, alanların sınırlarının kişilere, daha kesin bir ifadeyle hak ve olaylara göre değişkenlik arz edeceğine ilişkin Engels'in eleştirileri için bkz. Helvacı, Koruyucu Davalar, s.61.

²⁴² Dural, Ögüz, s.135.

Kişinin sadece kendisine saklı tuttuğu, başkalarının bilgisinden uzak tutmayı amaçladığı ve dilerse sınırlı sayıda kişilerle paylaştığı olayların gerçekleştiği yaşam kesiti, gizli yaşam alanını oluşturur.²⁴³ Gizli yaşam dahilindeki sırların paylaşılması, bu alanın kamuya açık alan haline gelmesi anlamına gelmediğinden, paylaşılan bilgilerin gizlilik özelliğini ortadan kaldırmaz. Kendileriyle özel yaşamın paylaşıldığı kişiler, bildikleri ya da öğrendikleri konuları, özel nedenler gerektirmedikçe başkalarına açıklayamazlar.²⁴⁴ Bu konuda, sözleşmesel bir yükümlülüğün bulunup bulunmaması da sonucu değiştirmez.²⁴⁵ Kişinin gizli yaşam alanına dahil olmayan fakat sadece ailesi, akrabaları, arkadaşları gibi sınırlı sayıdaki çok yakınları ile paylaştığı, onlar tarafından bilinen yaşam kesiti özel yaşam ya da dar anlamda özel yaşam alanını oluşturur.²⁴⁶ Sadece kişiye çok yakın olanlara açık olan özel yaşam alanına sahibinin izni olmadıkça sızılmaz.

Kişinin gizli ve özel yaşamına yönelik müdahale her zaman hukuka aykırıdır.²⁴⁷ Ancak özel yaşam alanına yönelik müdahalenin hukuka aykırılık değerlendirilmesi yapılırken, gizli yaşam alanına göre daha esnek davranılabilir. Mesela, kişinin özel alanına ilişkin bilgileri paylaştığı kişilerin, bu bilgileri dedikodu amacıyla başkasına aktarabileceği, bilgilerini paylaşmış kişi tarafından öngörülebilir olduğundan hukuka aykırı görülmemektedir. Ancak bu bilgilerin herhangi bir kitle iletilişim aracıyla belirsiz sayıda kişiye açıklanması hukuka aykırıdır.²⁴⁸

Kişinin özgürce hareket edebileceği ve kişiliğini geliştirip gerçekleştirebileceği özel alanının sınırını kamusal ya da ortak yaşam alanı oluşturmaktadır. Ortak yaşam alanı kişinin herkese açık yaşam alanıdır. Kişinin bir

²⁴³ Arpacı, s.141; Dural, Ögüz, s.136; Kılıçoğlu, s.117; Özsunay, s.127; Gizli yaşam alanı, kişinin duygusal ve cinsel yaşamının, aile ilişkilerinin ifşasını, haberleşmenin gizliliğinin ihlalini, bir kimsenin özel hayatını casuslukla öğrenmeyi, mesleki sırlara nüfuz etmeyi men eder. Doktor ve avukatların meslekleri icabı öğrendikleri sırları saklaması, bankaların müşterilerinin mali durumunu herkesten gizlemesi, yaşam olaylarının teknolojik aletler vasıtasıyla kaydı ve ifşası, kişisel bilgilerin çeşitli yöntemlerle ele geçirilmesi ve ifşası tüketici olmayan örneklerdendir. Velidedeoğlu, s.122.

²⁴⁴ Arpacı, s.141; Özsunay, s.129-130.

²⁴⁵ Arpacı, s.141; Tandoğan, Şahsiyetin Korunması, s.27.

²⁴⁶ Dural, Ögüz, s.136; Özsunay, s.127; Tandoğan, Şahsiyetin Korunması, s.26; Kılıçoğlu, s.116.

²⁴⁷ Arpacı, s.141; Dural, Ögüz, s.138; Özsunay, s.128.

²⁴⁸ Kılıçoğlu, s.128.

meslek ya da uğraş sahibi olarak yaptığı faaliyetler, sinema veya tiyatroya gitmesi, çeşitli spor karşılaşmalarını izlemeye gitmesi, katıldığı konferanslar²⁴⁹veya sadece sokakta yürümesi, kişinin ortak yaşam kesitindedir.Kişinin ortak yaşam çevresi üçüncü kişilerin bilgisine açık sayıldığından, herkesin başkalarının genel yaşamını izlemeye ve öğrenmeye yetkili olduğu kabul edilir.²⁵⁰Bununla birlikte, kişinin ortak yaşam alanındaki yaşam olaylarının tümünün kamusal yaşam alanına ait olduğu söylenemez. AİHM, aşağıda yer verilecek von Hannover v. Almanya kararında, kamusal alanın belirlenmesinde sadece mekansal değil konusal bir ayırım da yaparak, kamuya mal olmuş kişilerin bile, izole alanlar dışında da olsa, toplumsal tartışmaya katkı sağlayacak nitelikte olmadıkça, her davranışlarıyla ilgili kamunun bilgi alma hakkı olmadığını ortaya koymuştur.²⁵¹

d. Üç Yaşam Alanının Sınırlarının Mutlak Olmaması

Kişinin kamuya açık alanı, özel alanı ve gizli alanı arasındaki doktrin tarafından yapılan ayırım ve üç yaşam alanının sınırları mutlak değildir. Yaşam alanlarının olaya, kişiye veya kişilerin davranışlarına göre daralması veya genişlemesi sonucu özel alana ait bilgiler, kamusal yaşam alanına dahil olabileceği gibi, bunun tam aksi de mümkündür. Dolayısıyla yaşam alanları arasındaki değişkenlik gösterebilecek sınırı çizmek, her zaman kolay değildir.

(1) Özel Alanın Kamusal Alan Lehine Daralması

Bir olayın açıklanmasında kamu yararı mevcutsa, bu olayın açıklanmasına bağlı olarak yaşam alanlarının sınırlarını değiştirebilmektedir. İfade özgürlüğünün özel yaşam hakkına baskın geldiği haller bu durumun tipik örneğidir. Bazen de kişinin özel bir yaşam olayını kendi iradesiyle kamuya açık hale getirmesi söz konusu olabilmektedir. Dikkat çekmek veya popüleritesini korumak isteyen bir televizyon figürünün özel veya gizli yaşamına ilişkin bilgi veya görüntüleri bizzat kendisinin basına servis ederek alenileşmesini sağlaması ya da bir kimsenin profesyonel bir

²⁴⁹ Özsunay, s.126.

²⁵⁰ Özsunay, s.128; Tandoğan, Şahsiyetin Korunması, s.27; Kamuya açık hayat MK m.24'ün kapsamı dışındadır, dolayısıyla hukuki korumanın da kapsamı dışında kalır. Helvacı, Koruyucu Davalar, s.65.

²⁵¹ Arslan Öncü, s.187; Gemalmaz, s171; Karabağ Bulut, s.1082.

anlaşmayla özel yaşamına ilişkin bilgilerin bir romanda veya filmde kullanılmasına izin vermesi halleri bu duruma örnektir.²⁵²Kendi rızası ile söz konusu bilgi ve görüntüleri bizzat kamunun bilgisine sunan ya da bir sözleşmeyle, kamuya sunulmasına izin veren kişinin, bu bilgileri uygun şekilde kullanan ya da bunlarla ilgili yorum ve eleştiri yapanlara karşı, özel yaşamın gizliliği hakkı temelinde talepleri söz konusu olamayacaktır; zira kişinin özel alanına ilişkin bilgiler kamuya açık hale gelmiştir. Tabii ki, belirtilen ve benzeri durumlarda, kişinin rızasının geçerliliği, eylemlerin geçerli rızanın sınırlarını aşmaması ve diğer kişisel değerlere yönelik bir saldırı teşkil etmemesi gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır.

(2) Özel Alanın Kamusal Alana Genişlemesi

Yaşam alanları arasındaki sınırların değişebildiği diğer hal, kişinin kamusal alandaki faaliyetleri ile ilgilidir. Kişi, prensip olarak, kamusal alana çıkarak gerçekleştirdiği faaliyetlerinde mahremiyetinin korunması hakkını ileri süremez. Ancak, kişinin kamusal yaşam alanında mahremiyetinin korunması konusunda meşru beklentiye sahip olması, genel kurala istisna teşkil eder. AİHM, kamusal alanda gerçekleşen uyuşmazlıklarda, özel yaşam hakkına ilişkin 8. maddenin uygulanabilirliğini tespit etmek için meşru beklenti testini uygulamaktadır.²⁵³Bu konudaki en önemli karar, AİHM'in kamuya mal olmuş kişi kavramını nasıl yorumladığını gösteren von Hannover kararıdır.²⁵⁴

²⁵² Mahremiyet hakkı, olguların birey tarafından ya da onun rızasıyla yayımlanmasıyla ortadan kalkar. Warren, Brandies, s.39; Resolution 428 (1970), Declaration on Mass Communication Media and Human Rights, par.C2: "...Daha sonra şikayetçi oldukları düşüncesizce açıklamaları kendi hareketleriyle teşvik edenler, özel yaşam hakkından yararlanamazlar."

²⁵³ Meşru beklenti testi çeşitli haklar bağlamında gündeme gelebilmektedir. AİHS m.8 bağlamında meşru beklenti testi ilk kez polis memuru olan başvurunun iş yeri olan polis merkezinden yaptığı özel konuşmaların dinlenmesinin özel yaşam hakkını ihlal ettiğini ileri sürdüğü Halford davasında gündeme gelmiştir. AİHM, telefon görüşmelerinin dinlendiği konusunda başvurucuya bilgi verilmemiş olması nedeniyle, başvurunun mahremiyete makul beklentisi olduğunu tespit ederek m.8'in uygulanabilir olduğu sonucuna ulaşmıştır. (Halford v. United Kingdom, App. No. 20605/92, Judgment of the ECHR of 25 June 1997, paras 45–46). Arslan Öncü, s.81.

²⁵⁴ Von Hannover v. Germany, (App. No. 59320/00), Judgment of the ECHR of 24 June 2004. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. H. Burak Gemalmaz: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önünde Prens Caroline Paparazzilere Karşı", **Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Çev. H. Burak Gemalmaz, Yay. Haz. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.171-199.

Anılan davada, kimi zaman tek başına, kimi zaman arkadaşı veya çocuklarıyla, bir restoranın avlusunda otururken, at binerken, alışveriş yaparken, bisiklete binerken, kano yaparken, kayak tatilinde, tenis oynarken veya sadece yolda yürürken çekilmiş fotoğrafları, yorumlar eşliğinde çeşitli Avrupa ülkelerinin tabloid basınında yer alan Monaco Prensesi Caroline, özel hayatının korunması ve görüntüsünün kullanımını kontrol etme hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Alman mahkemelerinde dava açmıştır. Alman mahkemeleri sadece bazı fotoğrafların dağıtılmasını yasaklayarak²⁵⁵, davacının kamuya mal olmuş bir kişi olduğu, mahremiyetin korunması hakkının sadece tecrit edilmiş alanlarda geçerli olduğu ve fotoğrafların davacıyı kamunun gözünde küçük düşürücü nitelikte olmadığı gerekçeleriyle davacı lehine karar vermemiştir. İç hukuk yollarını tüketen prenses, evinden çıktığı andan itibaren bir paparazzinin hedefi olmadan serbestçe hareket edemediği, mahremiyetinin korunmadığı, fotoğrafların demokratik toplumda kamunun bilgilendirilmesinden ziyade magazin okurlarının gözetleme/dikizleme eğilimlerinin tatmin edilmesine yönelik olduğu ve fotoğraflardan yayın kuruluşlarının ciddi karlar elde ettiğini ileri sürerek AİHM'e başvurmuştur.

AİHM öncelikle başvuruçunun yayımlanan fotoğraflarının münhasıran özel nitelikli aktiviteleriyle ilgili olduğunu tespit ederek, kamuya mal olmuş kişilerle ilgili haberlerin, bu kişilerin görevlerinin ifasıyla ilgili olup demokratik bir toplumdaki bir tartışmaya katkı sağlar nitelikte olması ile resmi görev ifa etmeyen bir bireyin özel yaşamının haber yapılması arasında ayırım yapmıştır. Mahkeme, hanedan ailesine mensup olmakla birlikte hiçbir resmi görev ifa etmeyen başvuruçunun bilgisi ve rızası dışında çekilmiş fotoğrafların kamusal tartışmaya katkı sağlayıcı nitelikte olmadığını, onun özel yaşamında genel olarak nasıl davrandığını bilmekte kamunun meşru bir yararı bulunmadığını ve fotoğrafların yayımlanmasının sadece toplumun

²⁵⁵ Fransız hukukuna tabi olan Fransa'daki dağıtım bakımından dağıtım yasağına karar verilmiştir. Almanya'daki dağıtım bakımından uygulanan Alman hukukunda yürürlükteki Telif Hakları Yasasının, çağdaş tarihe ilişkin görüntülerin rıza gereksizinin yayınlanabileceğine ilişkin 23/1 maddesi uyarınca, Prenses Caroline kamuya mal olmuş kişi kabul edilerek yayının hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir. Hamburg Eyalet Mahkemesi'nin 4 Şubat 1994 tarihli kararı bu yönde iken, 8 Aralık 1994 tarihli kararında Hamburg Temyiz Mahkemesi fotoğrafların Fransa'da yayımlanmasına ilişkin yasağı da kaldırmıştır; Karabağ Bulut, s.1057-1058.

merak duygusunu gidermeye hizmet ettiğini tespit ederek, başvuruçunun davanın koşulları bakımından özel yaşamının korunması meşru beklentisine sahip olduğuna ve Alman mahkemeleri yarışan ifade özgürlüğü hakkı ile özel yaşam hakkı arasında adil bir denge kuramadığından 8. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.²⁵⁶

AİHM, MGN Limited kararı²⁵⁷ ile von Hannover davasındaki içtihadını teyit etmiştir. İngiltere’de yayımlanan günlük bir gazete olan başvuruçunun, ünlü model Naomi Campbell’in uyuşturucu tedavisi hakkında The Daily Mirror’da yazı ve resim yayınlamıştır. Gazetenin birinci sayfasında modelin iki renkli fotoğrafı ve “Naomi: Ben bir uyuşturucu bağımlısıyım” başlıklı bir yazıya yer verilmiştir. Uzakta park edilmiş bir aracın içinden gizlice çekilen fotoğrafların birinde Campbell Adsız Uyuşturucu Bağımlıları (*Narcotics Anonymous*) grubunun toplantısından çıktıktan sonra sokakta görüntülenmiştir. Yazıda ise ünlü modelin uyuşturucu bağımlısı olduğu ve bir süredir bu toplantılara katılarak bağımlılığını yenmeye çalıştığı belirtilmiştir. Campbell gazeteye başvurarak söz konusu yazının mahremiyet hakkını ihlal ettiğini belirterek bu konuda yayına devam edilmemesi talebinde bulunmuştur. Başvuruçunun gazete ise modelin uyuşturucu bağımlılığını yeniden haber yaparak şov dünyası içindeki birinin bu dünyanın beraberinde getirdiklerini kabul etmesi gerektiğini ifade etmiştir. İngiltere mahkemelerinde dava açan ünlü model lehine Lordlar Kamarasının verdiği kararda gazetenin ‘güveni suiistimal edip sırları açığa döktüğü/ breach of confidence’ sonucuna ulaşılmıştır. Bunun üzerine gazete, AİHM m.10’un ihlali iddiası ile AİHM’e başvurmuştur. Mahkeme öncelikle, sadece belirli bir okur grubunun merakını tatmin etmek amacıyla kamuya mal olmuş kişilerin özel yaşamlarına ilişkin detayların fotoğraf ve yazı şeklinde yayımlanmasının, kamunun yararına olan bir tartışmaya katkı sağlamayacağını belirterek bu tür durumlarda ifade özgürlüğünün daha dar yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, Campbell’in katıldığı terapiyle ilgili özel ayrıntıların yayımlanmasının gördüğü tedaviyi olumsuz etkileyebileceğini, modelin uyuşturucu bağımlılığı ile ilgili haberin

²⁵⁶ Gemalmaz, s.198; Karabağ Bulut, s1070-1071.

²⁵⁷ MGN Limited v. The UK, (App. No.39401/04), Judgment of the ECHR of 18 January 2011, Arslan Öncü, s.187 – 188.

önceden yayımlanarak kamu yararının sağlandığını, bu tür ilave bilgi ve haberlerin yayımlanmasında bir sosyal ihtiyaç baskısı bulunmadığını belirterek, başvuruçunun ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

(3) Kamusal Alana Ait Bir Yaşam Olayının Zamanla Özel Yaşam Alanına Dahil Olması: Kişinin Unutulma Hakkı

Yaşam alanları arasındaki sınırlar, kamuya açık yaşam alanına ait bir olayın toplum tarafından zamanla unutulup özel hayatın bir parçası haline gelmesiyle dedeğişebilmektedir. Bu halde, olayın öznesi olan kişinin, unutilan olayın tekrar gündeme getirilmesini mevcut hayatının zarar görebilmesi nedeniyle istememesi söz konusudur. Görece yeni bir kişilik hakkı türü olan bu hak ‘unutulma hakkı’ olarak isimlendirilmektedir. Unutulma hakkı, bireylerin, üçüncü kişilerin artık geçmişlerini inceleyememeleri için gerçek ve sanal dünyada belirli bilgilerin gündeme getirilmemesine veya silinmesine ilişkin talepleridir. Dolayısıyla unutilma hakkı, zaman ölçeğinde kişisel bilgileri konusunda hak sahibi olan bireyin özerkliğine dayanır.²⁵⁸

Kişinin unutilma hakkına ilişkin Kıta Avrupası yaklaşımında konu kişilik hakkı kapsamında değerlendirilerek çözümlenmekte ve belli uzunlukta bir süre geçmişse birey lehine bir duruş sergilenmektedir. Amerikan yaklaşımında ise, mesele ifade özgürlüğü başlığı altında değerlendirilerek ve genellikle dar yorumlanarak toplumun bilgi edinme hakkı lehine karar verilmektedir. Atlantığın iki yakasında uzlaşmaz görünen bu farklılıkların nedeni, Amerika’nın Anayasanın Birinci değişikliğine göre ifade özgürlüğü hakkını tek taraflı koruması karşısında, Avrupa’nın AİHS’de güvence altına alınmış özel yaşam hakkı ile ifade özgürlüğü hakkının eşit olduğunu kabul etmesine bağlanabilir.²⁵⁹

²⁵⁸Rolf H Weber: “The Right to Be Forgotten More Than a Pandora Box”, *Jipitec*, Vol. 2011, s.121, (Çevrimiçi), <http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3084/jipitec%202%20-%20a%20-%20weber.pdf>, 05.03.2012.

²⁵⁹ Werro, s.238; Whitmann iki batı kültürü arasında bugün mevcut olan bu kopukluğu, iki hukukun geliştiği farklı sosyo politik içeriğe atıfta bulunarak açıklar. Görüşüne göre Avrupa hukuku, ağırlıklı

Kıta Avrupasında kişinin unutulma hakkının gelişiminde özellikle İsviçre Federal Mahkemesi'nin kişinin geçmişteki suçlarının gündeme getirilmesinin unutulma hakkının ihlalini oluşturacağı yönündeki içtihatları²⁶⁰ önemli rol oynamıştır. Mahkemenin yaklaşımına göre unutulma hakkı şeref, onur ve özel hayatın gizliliği ve korunması gibi kişilikle bütünleşmiş birçok unsur ile yakından ilgilidir. Mahkeme, medyanın dahil olduğu ihtilaflarda, istikrarlı şekilde, kişilik hakkını, bir suçtan mahkum olan kişilerin unutulma hakkını kapsayacak şekilde

olarak aristokratik onura ilişkin Fransız düşünceleri ile özerklik ve self determinasyona ilişkin Alman düşüncelerinden etkilenmişken, Amerikan hukuku merkezi güç karşısında ihtiyatlı olma geleneğinin ürünüdür. Werro, s.298'de anılan J.Q.Whitmann, The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty. 113 Yale L.J.(204), 1151, 1204.

²⁶⁰ Soci t  Suisse davasında, İsviçre Federal Mahkemesi, 1939 yılında ölüm cezası verilmiş bir suçlunun oğlunun, 1980 yılında İsviçre televizyonu tarafından, babasının hayatı ve idamı ile ilgili bir belgesel yayınlanmasını  nemeye hakkı olup olmadığı konusunda karar vermiştir. Belgesel yargısal süreç ve hayatta kalanların anılarından yararlanılarak hazırlanmıştır. Mahkeme davacı lehine hüküm vererek, belgeselin, bir oğul olarak duygularının  iğnenmesinden korumakla ilgili özel yaşamını haksız olarak ihlal edeceğine karar verirken, gerekçesini geniş ölçüde suçlunun unutulma hakkına dayandırmıştır. Ayrıca, mahkeme, basının bir suç isnadıyla karşılaşan kişinin adını yayımlama hakkının, yargılama sürecinin süresiyle sınırlı olduğunu, suçlular süresiz olarak kamuyu ilgilendirmedeğinden, bu süreç sona erdikten sonra, basın ve tüm kamuoyunun resmi kayıtlara artık erişmemesi gerektiğini belirterek, eski suçluların kişisel bilgilerini sürekli olarak kamuya açık hale getirmenin, rehabilitasyon sürecinden taviz vermek olacağını vurgulamıştır. Mahkemeye göre, kamunun suçu işleyenin kimliği hakkında bilgilenme hakkı, önemli ölçüde zaman geçtikten sonra ortadan kalkar ve bireyin suçlu olarak unutulma hakkına yol açar. Werro, s.290, dn.21'de anılan X v. Soci t  Suisse de Radio et de T l vision. BGE 109 II 353 (1983)

Soci t  Suisse davasından bu yana, İsviçre Federal Mahkemesi çeşitli kararları ile unutulma hakkını tekrar tekrar teyit etmiştir. Mesleki bir suçla mahkum olmuş bir üst düzey yöneticinin, eski mahkumiyeti hakkında gerçek bilgiler içeren bir makalenin yazarı ve yayımcısına karşı, özel yaşamının ihlali nedeniyle açtığı davada, mahkeme davacı lehine karar vererek, bu bilgi artık kamu yararını ilgilendirmediğinden ve rehabilitasyon amacına zarar verdiğinden eski mahkumiyetiyle ilgili davacının adını yayımlamanın gereksiz olduğunu tespit etmiştir. Mahkemeye göre, olayların gerçek olması davacının şerefine ve özel yaşamına saygı duyulması hakkının ihlalini artık haklı gösteremeyeceğinden, davacının eski suç tarihinin alenileştirilmesi, unutulma hakkına haksız bir ihlal oluşturmuştur. Werro, s.290, dn.24'de anılan R. AG v. W. BGE 122 III 449 (1996)

Daha yakın tarihli X. v. Journal de Gen ve davasında, silahlı banka soygununa katıldığından hapis cezasına mahkum olan ve cezasını tamamlamış eski bir suçlu olan davacı, eski suç ortağına karşı açılan yeni bir ceza davası hikayesiyle bağlantılı olarak, adından ve suç oluşturan eski faaliyetlerinden bahseden makalenin yazarı ve yayımcısına karşı kişilik hakkının ihlali nedeniyle dava açmıştır. Yayımin gerçekleştiği zaman, cezaevindeyken eğitimini aldığı bilgisayar uzmanlığı sayesinde, bir şirkette çalışmakta olan davacı, yayım sonrasına, şirket içinde artan baskı nedeniyle işini bırakmak zorunda kalmış ve sağlığı bozulmuştur. Yeni bir iş bulamayan davacı, hem ekonomik hem manevi zarara maruz kaldığını iddia etmiştir. Mahkeme davacı lehine karar vererek, suçluların geçmişteki faaliyetleri konusunda kamuyu bilgilendirmenin haber değeri olsa bile, ilgili suçlunun adının belirtilmesinin haber değeri olmadığını ve suç geçmişi olan kişilerin devlet tarafından rehabilite edilmesini engelleyici olduğunu tespit ederek, davalıların davacının unutulma hakkını ihlal etmiş olduğu sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre, rehabilite edilmiş eski bir mahkumun geçmişteki suçlarıyla ilgili adının yayımlanması, ancak güncel olaylar eski su larına atıfta bulunmaya makul gerekçe sunmakta ise mümkündür. Werro, s.290, dn.25'te anılan X. v. Journal de Gen ve et de la Gazete de Lausanne, 23.10.2003, 5C.156/2003 (2003)

genişletmiştir. Belirli bir zaman geçtikten sonra bu kişiler, suç geçmişleriyle ilgili gündeme getirilmelerini nleme hakkına sahip olabileceklerdir. İsviçre hukukunda kişilik hakkının bir bölümü olan bu hak, dijital hafıza bağlamında unutulma hakkı olarak isimlendirilen, internet kullanıcılarının faaliyet izlerini özel olarak korumaları hakkını da içermektedir.²⁶¹

Bu konuda Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1973 ve 2000 yıllarında verdiği kararlar da oldukça önemlidir. 1973 yılındaki Lebach davasında mahkeme verdiği kararla, şartlı tahliye edilmiş bir mahkumun karıştığı olayla ilgili yayını, yayında gösterilenler gerçek olduğundan içeriği yanıltıcı olmamasına ve yayın içeriğindeki bilgilerin ceza yargılaması sırasında hukuka uygun şekilde elde edilmiş olmasına rağmen, davacının toplumun öfkesinden korunması ve hayatına devam etmek için adil bir şans elde etmesi imkanı sağlanması gerektiği gerekçesiyle engellemiştir.²⁶² Bundan yirmibeş yıl sonra başka bir televizyon kanalının, suçluların isimlerini ve görüntülerini ifşa etmeksizin Lebach davasının belgeselini yapması üzerine, o tarihte de hala cezaevinde bulunan iki suçlu yayının önlenmesi için mahkemeye başvurmuştur. Bu kez Federal Anayasa Mahkemesi, başvurucuların kimlikleri açıklanmadığından belgeselin zararlı etkisinin hafif olduğu ve bu trajik olayı kapsayan belgeselle ilgili kamunun meşru menfaati bulunduğu gerekçeleriyle, yayının devamına karar vermiştir.²⁶³

ABD Yüksek Mahkemesinin konuyla ilgili kararlarına bakıldığında, oldukça farklı bir yaklaşım içinde olduğu görülür. Amerikan Anayasasının mahkeme uygulamasında çok önemli rol oynayan Birinci Değişikliği uyarınca, ifade

²⁶¹ Werro, s.285.

²⁶² 1969 yılında gerçekleşen olayda, Alman ordusuna ait bir silah deposuna saldırılmış, dört nöbetçi öldürülmüş ve birçok silah çalınmıştır. Yakalanan üç kişiden ikisi ömür boyu hapis cezasıyla, biri altı yıl hapis cezasıyla cezalandırılmıştır. Üç yıl sonra, altı yıl ceza alan suçlu şartlı olarak tahliye edilecekken, popüler bir Alman televizyon kanalı bu suçla ilgili bir belgesel yayınlamaya hazırlanmıştır. Suçluların eşcinsel yönelimlerinin önemli rol oynadığı filmde, fotoğrafları gösterilerek ve isimleri belirtilerek suçluların kimlikleri tamamen açıklanmıştır. şartlı tahliye edilmek üzere olan suçlu mahkemeye başvurarak televizyon şirketinin filmi yayınlamasının men edilmesini talep etmiş, ilk aşamada talebi reddedilmiş olsa da, Federal Anayasa Mahkemesi kararı ile talebi kabul edilerek yayın engellenmiştir. Wagner, s.161, dn.100'de anılan BVerfG in [1973] BVerfGE 35, 202.

²⁶³ Wagner, s.161, dn.102'de anılan BVerfG in [2000] NJW, 1859, 1860 et seq.

özgürlüğüdiğer temel haklara nazaran köklü bir hak olarak hakim seviyeye ulaşmıştır.²⁶⁴ ABD Yüksek Mahkemesinin özellikle kamusal sorunlar ve şahsiyetlere ilgili yaptığı geniş tanımlama, özel yaşamın gizliliği hakkını çoğu zaman etkisizleştirmektedir. Mahkemenin, ceza davalarında sanık ve mağdurun isimlerinin basın tarafından açıklanmasının, bu bilgiler doğru olduğu sürece Anayasanın mutlak korumasından yararlanacağı yönündeki kararları, ifade özgürlüğü karşısında özel yaşamın gizliliği hakkı ve dolayısıyla unutulma hakkını da etkisiz hale getirmektedir.²⁶⁵ Yüksek Mahkemenin özellikle Cox²⁶⁶ ve Florida Star²⁶⁷ kararları ışığında, unutulma hakkının ABD hukukunda kabul edilmesi ve yerleşmesi çok zor görünmektedir.

Türk hukukunda unutulma hakkının kabul edildiği ilk karar, Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucu verdiği 2013/5653 başvuru numaralı, 03.03.2016 tarihli kararıdır.²⁶⁸ Karara konu olan olayda, başvuru, ulusal bir gazetenin internet arşivinde, uyuşturucu kullandığı için adli para cezasına hükmedildiğine ilişkin 1998 ve 1999 yıllarına ait yayımlanan toplam üç haberin internet yayınının kaldırılması amacıyla ilgili basın kuruluşuna yaptığı başvurudan ve açtığı davadan sonuç alamaması üzerine Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, haberlerin halen internette yer alması nedeniyle müdahale edilen şeref ve itibar hakkı ile içeriğin yayından çıkarılması halinde müdahale edilecek olan ifade ve basın özgürlükleri arasında adil bir denge kurulması gerektiğini vurgulayarak, öncelikle haber konusunun, haberin arşivde kolaylıkla ulaşılabilir kılınması için gerekli bulunan toplumsal açıdan haber değerinin devam etmesi veya haberin geleceğe ışık tutacak niteliğe sahip olması özelliklerini

²⁶⁴ Amerikan mahkemeleri, ifade özgürlüğünün sınırlanmasının ürkeklik ve oto sansürü getireceği, diğer türlü yayınlanacak ve kamuya açık olacak olan birçok unsurun baskılanacağı noktasından hareket etmektedir. Weber, s.122.

²⁶⁵ Şahin, s.373.

²⁶⁶ Şahin, s.373, dn.132'de yer verilen Cox Broadcasting Corp. V. Cohn, 420 U.S. 469 (1975), Cox davası, ölmüş tecavüz mağdurunun babasının, kızının adını bir yazısında yayımlayan medya kuruluşuna karşı açılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Werro, s.292.

²⁶⁷ Şahin, s.373, dn.132'de yer verilen Florida Star v. B.J.F. 491 U.S. 524 (1989), Florida Star davası, şüpheli hala serbest iken ve polis soruşturması devam ederken, cinsel tecavüz kurbanının tam adının yerel gazetede açıklanmasıyla ilgilidir. Detaylı bilgi için bkz. Werro, s.295.

²⁶⁸ <http://www.anayasa.gov.tr/> (Çevrimiçi) 28.05.2017.

taşımadığını tespit etmiştir. Başvuru tarihi itibarıyla söz konusu haberin yaklaşık on dört yıl önceki bir olaya ilişkin olduğunu ve böylelikle güncelliğini yitirdiğini de belirterek, kamu yararı bakımından siyasi veya medyatik bir kişiliğe sahip olmayan başvurucu hakkında internet ortamında yayınlanan haberlerin kolaylıkla ulaşılabilirliğinin, başvurucunun itibarını zedelediğini ifade etmiştir. Mahkeme, başvurucu hakkında yapılan haberlerin unutulma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve internet ortamının sağladığı kolaylıklar gözetildiğinde başvurucunun şeref ve itibarının korunması için anılan habere erişimin engellenmesi gerektiğini belirterek, başvurucunun erişiminin engellenmesine yönelik talebinin reddedilmesiyle ifade ve basın özgürlükleri ile kişinin manevi bütünlüğünün korunması hakkı arasında adil bir dengenin kurulamadığı, dolayısıyla başvurucunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir.

Unutulma hakkı geliştirilirken, eski mahkumların cezalarını çektikten sonra bile, cezanın iyileştirme amacını ortadan kaldıracak şekilde süresiz olarak geçmişteki suçlarıyla ilgili gündeme getirilmeleri sonucu, hayatlarını değiştirme, yeni bir hayat kurma imkanlarının engellenmesini önleme amacıyla hareket edildiği, günümüzde hakkın daha ziyade internetle bağlantılı olara gündeme geldiği görülmektedir. Dijital bağlamda unutulma hakkı kişisel veriler konusu kapsamında incelendiğinden daha fazla ayrıntıya yer verilmeyecektir. Unutulma hakkının gündeme geldiği davalarda, bir kimsenin geçmişindeki bazı unsurlardan arınarak yeni bir hayat kurma konusundaki yararı ile toplumun menfaatlerinin somut olayda mahkeme tarafından tartışılması söz konusudur. Olaydan belli bir süre geçtikten sonra bilgilenme hakkı sadece toplumun konuya ilişkin merakını giderme fonksiyonunu yerine getiriyorsa, unutulma hakkı baskın kabul edilecektir. Ancak geçmişle ilgili bir bilgiye kamuyu korumak için ihtiyaç duyuluyorsa, bilginin haber değeri taşıdığı kabul edilerek, bu durumda artık unutulma hakkı söz konusu olmayacaktır.²⁶⁹

²⁶⁹ Örneğin geçmişte pedofili nedeniyle suç işlemiş birinin, bir kreşte işe başlamasının basın tarafından gündeme getirilmesi durumunda toplumun bilgi alma hakkı öncelikli kabul edilmelidir. Önceden suçlu olan kişinin hayatını radikal biçimde değiştirmiş ve toplumun yasalara saygılı bir

e. Özel Yaşam Hakkına Yönelik Eleştiriler

Her zaman evrensel ve olumlu bir değer olarak anlaşılacak eğilimindeki özel yaşam hakkının önemi ve korunması gerekliliği lehine baskın görüşler ve hukuki düzenlemeler yanında, doktrinde bu hakkın önemsiz, mantıki temelden yoksun ve hatta zarar verici olduğunu ileri süren görüşler de mevcuttur. Mahremiyet hakkının normalde açık ve özgür bir toplumla bağdaşmayan gizlilik kavramını sağlama almanın nazik bir yolu olduğu ileri sürülmüştür. Bu hakkın suçlular ve teröristlerin zararlı eylemlerinin önünü açtığı, politikacıların gerçek gündemlerini gizlemelerini sağladığı, insanların birbirini tanımalarını güçleştirdiği, başkalarıyla ilgili korkuları depreştirdiği ve kısacası hayatı zorlaştırdığı iddia edilmiştir.²⁷⁰Başka bir görüş, liberal özel yaşam anlayışlarının, özel yaşamı bireysel hak olarak tasarlayarak, insanın sosyal varlığını kavramakta başarısız olduğunu, liberal mahremiyet teorileri tarafından geliştirilmiş bireyselliğin, kamu yararına zarar veren egoizmle sonuçlandığını ileri sürmektedir.²⁷¹Diğer bir görüş, mahremiyetinkamu güvenliği ve kamu sağlığı gibi ortak iyiyi zayıflatacağının altını çizer ve mahremiyetin bireysel gündem ve mülkiyetçi bireyselliği teşvik ederek kamu yararına zarar verebileceğini ileri sürer. Bunun aile içi şiddeti meşrulaştırabileceği, bireylerin özellikleriyle ilgili bilgilerin yanılmak veya yanlış tanıtmak amacıyla gizlenmesini sağlayabileceği savunulur. Mahremiyet aynı zamanda batılı olmayan toplumlarda mevcut olmayan bireycilik şekli olarak batı merkezli bir kavram olarak da eleştirilmiştir.²⁷²

bireyi olarak yaşamını yeniden kurmuş olduğu savunması, bu halde geçerli olmamalıdır. Ancak aynı kişinin, çocukların bulunmadığı bir deri fabrikasında çalışmaya başlamasının akabinde basının eski mahkumiyetine ilişkin haber yapması durumunda, unutulma hakkının üstünlüğü kabul edilmelidir. Bu noktada korunacak bir kamu yararı olmadığından, kamunun suçu işleyen kimliği hakkında bilgilendirme hakkı ortadan kalkacak ve kişinin suçlu olarak unutulma hakkı başlayacaktır.

²⁷⁰Doyle, Bagaric, s.91.

²⁷¹ Mahremiyet, özel mülkiyet ve ataerkil aile arasında doğal bir bağlantı olduğunu ileri süren bu görüşe göre, mahremiyet kavramı özel mülkiyetle bağlantılıdır ve modern sınıf yapısının ideolojik temelleridir. Fuchs, s.228'de anılan Marx, K. (1843a), Critique of Hegel's Doctrine of the State. Early Writings, Penguin, London, pp. 57-198 ve diğer eserler. Mahremiyet ve özel mülkiyetin bağlantısının İsviçre, Lihtenştayn, Monako veya Avusturya gibi banka hesaplarının ve işlemlerinin anonimliğiyle ilgili geleneğe sahip ülkelerde açık hale geldiği ve özel mülkiyet olarak paranın mahremiyetin bir yönü olarak görüldüğü yönünde bkz.. Fuchs, s.229

²⁷² Bu görüşteki Etzioni, Bennett, Raab, Gilliom, Hongladarom, Lyon, Stalder, Tavani, Quinn, Schoeman, Wacks ve diğer yazarlar için bkz. Fuchs, s.224-225.

Modern yaşamda bir yandan kişilik hakkı ve özel yaşam ideali geliştirilirken, diğer yandan özel yaşam hakkına yönelik gözetim tehdidi geliştirilmektedir. Hatta insanların değişen ya da değiştirilen sosyalleşme algısı sonucu özel yaşam bizzat sahipleri tarafından ifşa edilmektedir. Toplumda güç sahibi kişi ve kurumların özel yaşamları ile tüketiciler ve sıradan vatandaşların özel yaşamlarının aynı derecede korunmadığına yönelik eleştirilere kolayca karşı gelinemez. Genelde kişilik hakkının ve özelde özel yaşam hakkının ihlali halinde verilen mahkeme kararları ve davacıların konumuna göre belirlenen tazminat tutarları dikkate alındığında, çoğu zaman davacıların toplumda belli bir yeri olan kişiler olduğumuz önünde bulundurulduğunda, kişisel değerlerin ticarileşmesi eğilimideğerlendirildiğinde ve manevi acının ticarileşmesinin bir görünümü olarak tüzel kişilerin manevi tazminat alabilmesi ortaya konulduğunda, eleştirilere kısmen de olsa katılmamak mümkün değildir.²⁷³ Günümüzdeki yaklaşıma göre herkesin özel yaşam hakkına sahip olması, bundan vazgeçmek istememesi ve bu hakkın korunması son derece anlaşılırdır. Ancak özel yaşam hakkının ihlal edildiği her durumda, ihlal edilenin esasında insan onuru olduğu ve korunanın sadece insan onuru olduğunu savunmak kanaatimizce son derece güçtür ve bu toplumların sosyal ve psikolojik gerçekleriyle bağdaşmayan, romantik bir yaklaşımdır. Netice olarak, ya kişilik hakkının sadece manevi değerlerden ibaret olmadığı, ticari katmanı da bulunduğu yaklaşımı benimsenmeli ya da artık bazı değerler korunurken somut olayın koşullarına göre korunan değer kişisel bir değerle örtüşse bile, kişilik hakkından bahsedilmemelidir.

2. Özel Yaşam Hakkının Korunması

Bireyselleşmenin öne çıktığı modernleşmeyle birlikte önemli bir hak haline gelen özel yaşama saygı hakkı, 19. yüzyıldan itibaren hukuk alanında korunan haklar arasında sayılmış ve içtihatlar yoluyla geliştirilmiştir.²⁷⁴ Günümüzde bu hak hem ulusal hem uluslararası düzenlemelerle korunmaktadır.

²⁷³ Türk hukuk öğretisinde kişilik hakkına yönelik eleştirel yaklaşım için bkz. Serozan, Kişilik Hakkının Korunması.

²⁷⁴ Arslan Öncü, s.1; Uzeltürk, s.5.

Çeşitli hukuk dallarını ilgilendiren özel yaşama saygı hakkı, başta anayasa olmak üzere, kişilik hakkının esasen düzenlendiği Medeni Kanun yanında, Ceza Kanunu ve diğer kanun ve hukuk kaynaklarında yer alan hükümlerle korunmaktadır. TC Anayasasının 17. maddesinde “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir...” hükmüne yer verilirken, 20. madde ile “...Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz... Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir...” hükmü, 21. madde ile konut dokunulmazlığını koruyan hükme, 22. madde ile “Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır...” hükmüne yer verilmiştir. Kişilik hakkını koruyucu hükümler içeren Medeni Kanun yanında Türk Ceza Kanununda²⁷⁵ da özel yaşamın gizliliğinin ihlalini suç olarak düzenleyen hükümler mevcuttur. Bunlar yanında, TRT Kanunu²⁷⁶, 6112 sayılı Kanun²⁷⁷, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu²⁷⁸, Hasta Hakları Yönetmeliği²⁷⁹ ve sair düzenlemelerde özel yaşam hakkını koruyucu hükümler mevcuttur.

Özel yaşam hakkı uluslararası alanda ilk kez 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sinin 12. maddesi²⁸⁰ ile insan haklarından biri olarak kabul edilmiş, 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi²⁸¹ ile düzenlenerek etkin korumaya kavuşturulmuştur. Ayrıca, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiş Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (MSHS)

²⁷⁵ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, m.116, 132-140.

²⁷⁶ 2954 Sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu, m.5.

²⁷⁷ 6112 Sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, m.8/1,ç.

²⁷⁸ 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, m.19, 21, 22.

²⁷⁹ 01.08.1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliği, m.5/f.

²⁸⁰ İHEB m.12: “Hiç kimse, özel yaşamına, ailesine (aile yaşamına, konutuna ya da haberleşmesine yönelik keyfi müdahalelere ya da onur/şeref ve şöhretine yönelik saldırılara maruz bırakılmayacaktır. Herkesin bu tür müdahalelere ya da saldırılara karşı kanun ile korunma hakkı vardır.”

²⁸¹ AİHS m.8: “1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir; 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.”

m.17²⁸² ve 18 Temmuz 1978'de yürürlüğe girmiş Amerikalılararası İnsan Hakları Sözleşmesi (AmeİHS) m.11²⁸³ ile özel yaşamın korunması hakkı düzenlenmektedir. 21 Ekim 1986'da yürürlüğe girmiş Afrika İnsan ve Halkların Hakkı Şartında (AİHHŞ) sadece ailenin korunmasına ilişkin bir hüküm (m.18) yer almaktadır.

Özel hayatın ve aile hayatının korunması başlıklı AİHS m.8 ile özel yaşama saygı hakkı, aile yaşamına saygı hakkı, konuta saygı hakkı ve haberleşmeye saygı hakkı korunmaktadır.²⁸⁴ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, kararlarında²⁸⁵, AİHS'in 8. maddesiyle korunan özel yaşam hakkının kişileri sadece kamusal makamlardan gelen müdahalelere karşı değil aynı zamanda kitle iletişim araçları da dahil olmak üzere özel kişilerden ve özel kuruluşlardan kaynaklanan müdahaleler karşısında da koruduğunu belirtmiştir.

3. Kitle İletişim Araçlarıyla Özel Yaşam Hakkının İhlali

Kişinin özel yaşamına müdahale farklı şekillerde gerçekleşebilir. Hukuki temel olmaksızın telefonlarının dinlenmesi, evine gizlice girilmesi, evine kamera veya ses kayıt cihazı yerleştirilerek görüntü ve ses kaydının gizlice alınması, bu kayıtların açıklanması²⁸⁶, mektup ya da elektronik postalarının okunması özel

²⁸² MSHS m.17: "1. Hiç kimse, özel yaşamına, aile yaşamına, konutuna ya da haberleşmesine keyfi ya da yasadışı olarak müdahaleye; onuruna/şerefine ve şöhretine/ itibarına yönelik yasadışı saldırılara maruz bırakılmayacaktır; 2. Herkes, bu tür müdahale ve saldırılara karşı yasa tarafından korunma hakkına sahiptir."

²⁸³ AmeİHS m.11: "1. Her kişinin, şerefine saygı gösterilmesine ve onurunun tanınmasına hakkı vardır; 2. Hiç kimse özel yaşamına, aile yaşamına, konutuna ya da haberleşmesine yönelik keyfi ya da erkin kötüye kullanımı mahiyetindeki müdahalelere yahut şerefine ya da şöhretine yönelik hukuka aykırı saldırılara konu olamaz; 3. Herkesin, bu tür müdahaleler ya da saldırılar karşısında hukuken korunmaya hakkı vardır."

²⁸⁴ Korunan haklara ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiş olması nedeniyle doktrinde, bu hakların birlikte okunması gerektiği ve aile yaşamına, konuta ve haberleşmeye saygı haklarının özel yaşamın görünümelerini oluşturdukları ileri sürülmektedir. Ancak bu görüşe karşı, özel yaşama saygı hakkının diğer haklardan bağımsız bir anlamı olduğunu savunanlar da vardır. Arslan Öncü, s.5.

²⁸⁵ **Resolution 1165 (1998), "Right to Privacy"**, par.12; **Resolution 428 (1970), Declaration on Mass Communication Media and Human Rights**, par.C7.

²⁸⁶ "...Bir kişinin hukuka aykırı bile olsa konuşmalarının ve görüntüsünün gizli kamera ile kayda alınması aynen telefon konuşmalarının yasadışı dinlenmesinde olduğu gibi onun kişilik haklarına ve özel yaşamına saldırı niteliği taşımaktadır. Bu kayıt ve görüntülerin televizyon yoluyla kamuoyuna yansıtılması kişilik haklarına yapılmış ikinci bir saldırı niteliğindedir..." Y.4.HD, 26.10.2007 T., 2006/13723 E., 2007/13089 K., www.kazanci.com , 25.12.2013.

yaşamın ihlali sonucunu doğurur. Çalışmamızın kapsamı bakımından açıklamalarımız, özel yaşamın ihlal edilmesinde en büyük role sahip kitle iletişim araçları vasıtasıyla gerçekleşen ihlaller ile sınırlı tutulacaktır.

Günümüzde, insanların kendileriyle ilgili bilgileri, özellikle teknolojik imkanları kullanarak, facebook, twitter, instagram gibi araçlarla istekli bir şekilde bizzat ifşa etmesi, şehir meydanı, topluma taşıma aracı veya insanların toplu olarak buldukları yerlerde mobil telefonlarla en mahrem görüşmelerin hiçbir sakınca görülmeden yapılabilmesi, mahremiyetle ilgili sosyal psikolojinin değiştiğini göstermektedir. Yine de bu durumlarda, kişinin özel yaşamına ait bilgileri alenileştirmesi kendi iradesine dayanmaktadır. MK m.24’de belirtilmiş hukuka uygunluk sebepleri bulunmadıkça, özel yaşam hakkına yönelik her tür müdahale hukuka aykırıdır. Hukuka uygunluk sebeplerinden özellikle zarar görenin rızasının bulunması ve üstün nitelikte kamusal yarar bulunması, kitle iletişim araçlarıyla gerçekleşen müdahalelerin hukuka aykırılığını kaldıran sebepler olarak öne çıkmaktadır.

Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlali, yazılı basında ve radyo televizyon yayınlarında, kişinin özel fotoğraflarının, sırlarının, ilişkileriyle ilgili bilgilerin, yayınlanması, mektup, telgraf, telefon, faks, elektronik posta, mesaj veya başkaca herhangi bir yolla haberleşmesinin içeriğinin ele geçirilerek yayınlanması ve benzeri şekillerde gerçekleşebilmektedir. İnternetin sağladığı imkanlar, ihlal biçimlerini çeşitlendirmiştir. Bir başkasına ait elektronik posta içeriğinin öğrenilmesi kendi başına özel yaşamın ihlali niteliğindedir. Bunun yanında içeriğin kamuoyuna açıklanması, elektronik posta trafiğinin incelenmesi de özel yaşam hakkının ihlali niteliğindedir.²⁸⁷ Elektronik posta ile kişilik hakkının ihlalinin en yaygın şekilde gerçekleşen bir diğer şekli ise, bir kimse hakkında başkalarına mesaj gönderilmesidir. Esasen bu yolla çeşitli kişisel değerlerin ihlali mümkündür. Kişiye ait resim, ses ve fotoğrafı ya da kişiye ilişkin özel bilgilere dair yazıları içeren

²⁸⁷ Oğuz, s.76; Yıldırım, Memiş, s.347.

elektronik postanın internette yayılması suretiyle kişinin resmi, sesi veya özel yaşamı üzerindeki hakkının ihlali; iletişim bilgisi olarak kişinin elektronik posta adresi veya telefon numarası belirtilerek, kişinin para karşılığı cinsel ilişkide bulunduğu yönünde veya başka uygunsuz içeriğe sahip elektronik postanın alıcılara gönderilmesiyle şeref ve haysiyetin ihlali söz konusu olabilmektedir.²⁸⁸ Virüs, truva atı, solucan gibi bilişim sistemine zararlı yazılımlar içeren elektronik posta ile bir kimsenin bilgisayar sisteminin çökertilmesi veya bilgisayarında kayıtlı bilgilerin ele geçirilmesi²⁸⁹, kişiye saldırgan, ürkütücü veya pornografik içerikli elektronik postalar gönderilmesi²⁹⁰de özel yaşam hakkının ihlali olarak değerlendirilmektedir.

Yukarıda belirtilen yöntemler dışında, çoğunlukla elektronik posta kullanıcılarının profillerine uygun olmayan, çoğu mal ve hizmet reklamlarına ilişkin veya kişisel veri toplama amacına yönelik, alıcıların istemediği elektronik postalar olarak tanımlanan spam elektronik postalar²⁹¹ ile ihlal gerçekleşebilir. Kişiye spam gönderilmesinin, yalnız kalma hakkını ihlal ettiği gerekçesi ile hukuka aykırı kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.²⁹² Elektronik postalar mektup ve diğer haberleşme araçları gibi kişinin özel yaşamı kapsamında değerlendirildiğinden, bu alana yapılan her türlü müdahalenin hukuka aykırı olduğu ve bu alana yönelik gerçekleştirilecek saldırılara verilen rızanın MK m.23 çerçevesinde hukuka aykırı olduğu ileri sürülmektedir.²⁹³

²⁸⁸ Oğuz, s.84; Soysal, Elektronik Posta, s.151.

²⁸⁹ Oğuz, s.85; Soysal, Elektronik Posta,s.155; Yıldırım/Memiş, s.346.

²⁹⁰ Sırabaşı, s.179.

²⁹¹ Ticari içerikli olanlara “talep edilmemiş ticari e-posta” (unsolicited commercial e-mail), içeriğinin ticari olmasının gerekmeyenlere “talep edilmemiş kitlesele e-posta” (unsolicited bulk e-mail) veya gereksiz posta (junk e-mail) denir. Oğuz, s.89-90; Yıldız, İnternet Servis Sağlayıcılar, s.178.

²⁹² Spam gönderilmesi verimliliği düşürdüğü ve rekabeti bozduğu için de hukuka aykırı kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Yıldırım/Memiş, s.347 vd; Elektronik posta adresini ücretsiz şekilde tahsis eden site yöneticilerinin temel amacı reklam yapmayı üstlendikleri ve internet sitesinde yer verdikleri şirketlerin reklamını yapmak olduğundan, genellikle elektronik posta adresini tahsis ederken bu yönde kullanıcılardan muvafakat almaktadırlar (Yıldırım/Memiş, s.342.) Sisteme kayıtlı kişilerin elektronik posta adreslerinin şirketlere reklam amacıyla pazarlanarak, bu kişilere spam gönderilmesine neden olmak elektronik posta kutusuna müdahale niteliğindedir. Elektronik posta hizmetinin sağlanmasının, ivaz karşılığı olup olmadığına bakılmaksızın akdi ilişki oluşturduğu kabul edildiğinden, bu şekilde posta kutusuna müdahale akdi ilişkinin ihlali olarak da değerlendirilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Yıldırım/Memiş, s.336 vd.

²⁹³ Yıldırım/Memiş, s.345; İnternetin geleneksel kitle iletişim araçlarına nazaran farklılıklar arz etmesi, kişinin internet üzerindeki faaliyetlerini ifşa etmeyi peşinen kabul etmesinin hukuka uygunluk

Kişilik hakkının web sitelerinde, bloglarda yapılan yayınlar aracılığıyla ve sosyal medya platformlarında ihlali, kişilik hakkının internet yoluyla ihlalinde önemli bir yer tutmaktadır. Yazılı, görsel ve işitsel yayınlarda olduğu gibi, internet gazeteciliğine ilişkin, özel veya ticari amaçlı web sitelerindeki yayın içeriklerinin, kişinin özel yaşamı, şeref ve haysiyetini ya da diğer kişisel değerlerini ihlal edici nitelikte olması mümkündür.²⁹⁴Başkalarının özel hayatına ait film, fotoğraf, video gibi paylaşımların onların izni alınmadan web sitelerinde veya sosyal medya platformlarında yayınlanması, kişilerin gizli veya özel hayatı alanlarına sızarak gizli çekimlerle elde edilen bilgi, ses ve görüntülerin internet ortamındayayınlanması, kişiler arasındaki konuşmaların taraflardan herhangi birinin rızası dışında dinlenerek kayda alınması sonrasında bu verilerin hukuka aykırı olarak YouTube gibi sosyal medya platformlarında ifşa edilmesi şeklinde ihlaller gerçekleşebilmektedir.²⁹⁵Başkasının özel yaşamı ile bilgilere erişmek ile bu bilgileri yaymak ayrı ayrı ihlal teşkil ettiğinden, sosyal medya kullanıcılarının bizzat elde etmedikleri ya da oluşturmadıkları içerikleri sadece paylaşımları da özel yaşam hakkının ihlali niteliğindedir.²⁹⁶Bir başkasının adı ve profil bilgileri kullanılarak sosyal medya hesabı açmak ve hesapta o kişinin bilgilerini paylaşmak da özel yaşam hakkının ihlali niteliğindedir.²⁹⁷ Bir kimsenin elektronik posta, facebook twitter gibi sosyal medya hesabının şifresinin kırılarak sistemine sızılması veya bu şekilde sızılan hesaplardaki bilgilerin çalınması, bu hesaplara gerçek sahibinin erişiminin engellenmesi özel yaşam hakkının ihlalinin teşkil etmektedir.²⁹⁸

sebebi olacağı sonucunu doğuramaz. Dolayısıyla, elektronik posta hizmet sağlayıcısı, posta kutusuna müdahale edilmemesi için gerekli tedbirlerini aldığını ve gerçekleşen müdahalede kendisine bir kusur isnat edilemeyeceğini ispat edemedikçe, onun da sorumlu olduğu kabul edilmelidir.

²⁹⁴ Sırabaşı, s.189.

²⁹⁵ Kaya, s.295, 301.

²⁹⁶ Kaya, s.295.

²⁹⁷ Davalı tarafından davacının ismi ve profil resmi kullanılarak açılan sosyal medya hesabı içeriğinde; davacıya ait olmamakla birlikte müstecben fotoğraf, videolar ve davacıya ait telefon numarasının yer alması nedeniyle davacı tarafından açılan manevi tazminat davasında kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan davacının manevi tazminata hükmedilmesini isteyebileceği yönünde Y.4.HD, 17/03/2016 T. ve 2015/4457 E., 2016/3497 K. sayılı kararı için bkz. Güliz Uluç, Bilal Süslü: “Örnek Yargı Kararlarıyla Sosyal Medya Hukuku”, **Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, C.8, S.17, 2016, s. 348.

²⁹⁸ Uluç, Süslü, s.242.

B. Kişinin Şerefi, Haysiyeti ve Şöhreti

1. Kişinin Şerefi, Haysiyeti ve Şöhreti

Kişiye toplum tarafından verilen manevi değerlerin toplamı olarak da ifade edilen²⁹⁹ şeref ve haysiyet, kişiyi toplum içinde, o toplumun tüm manevi değer yargıları bakımından somutlaştıran, onun toplumda temsilini sağlayan değerlerdendir.³⁰⁰Tüm insanlar, öncelikle insan olmaları sebebiyle zamana ve yere göre değişmeyen en üstün değer olarak insan onuru³⁰¹ ve haysiyetine sahiptir. Hiçbir koşulda kişiye karşı insan onurunun gerektirdiği seviyenin altında muamele edilmez.³⁰² İnsan olmaktan kaynaklanan şeref ve haysiyetin yanında, kişiler, manevi değerlerin bazılarını sonradan kendi çabalarıyla, çeşitli alanlardaki çalışmalarıyla, yetenekleriyle veya ahlaki niteliklerinden dolayı kazanırlar. Bunlar, kişinin çalışması, yetenekleri veya ahlaki nitelikleri sonucu sonradan kazanılan ve toplum tarafından ona izafe edilen değerlerdir ve insanın dinamik kişiliği olarak da anılırlar.³⁰³Bir kimsenin mesleki şeref ve itibarı bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Şeref ve haysiyetin koruma konusunu belirlerken doktrinde çeşitli ayrımlar yapılmıştır. En genel ayırım şeref ve haysiyetin ilgili kişinin kendisi hakkındaki değer yargısını ifade eden sübjektif nitelikte ve toplum tarafından kişiye verilen değer yargısı olarak objektif nitelikte şeref ve haysiyet olarak yapılan ayırımdır.³⁰⁴

²⁹⁹ Kılıçoğlu, s.83, dn.68'de anılan yazarlar.

³⁰⁰ Arpacı, s.133, dn.104'te anılan Hubmann, s.288.

³⁰¹ İnsan onuru kavramının uluslararası insan hakları hukukunda normatif tanımı yapılmamıştır. Bir tanıma göre, insan onuru, insanın diğer canlılardan farklı özelliklerinden yani yapısal olanaklarından kaynaklanan değerinin bilincinde bilgisinde olmasıdır. Arslan Öncü, s.43, dn.109'da anılan İonna Kuçuradi, İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2009, s.45.

³⁰² Anayasa Mahkemesine göre, "insan haysiyeti kavramı, insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce, (yapılan) muamele ona muhatap olanı insan olmaktan çıkarır. 28.06.1966 tarihli, 963/132E., 966/29K. sayılı karar.

³⁰³ Arpacı, s.134, dn.107'de anılan Hubmann, s.289; Kılıçoğlu, s.61 vd.; Gönen, s.95-96.

³⁰⁴ Doktrinde, objektif şeref ve haysiyet kendi içinde iç ve dış şeref ve haysiyet olarak ikiye ayrılır. İç şeref ve haysiyet ile kişinin kendine olan saygısı, dış şeref ve haysiyet ile bir kişide sosyal çevresinden saygı görmesi için bulunması gereken tüm niteliklerin toplamı, objektif olarak kişinin değeri hakkında başkalarının düşünceleri ifade edilir. İç ve dış şeref ve haysiyet ayırımına ilaveten, hukuksal ve ahlaksal şeref ve haysiyet, toplumsal şeref ve haysiyet şeklinde ayrımlar da mevcuttur. Bir kimseye yönelik katil, dolandırıcı, vatan haini gibi ithamlar hukuksal şeref ve haysiyete saldırı teşkil eder. Bir kimseye yönelik iki yüzlülük, dalkavukluk, yalancılık gibi ithamlar ahlaksal şeref ve haysiyete saldırı teşkil eder. Kişiye mensup ve faal olduğu çevre tarafından verilen değerler toplumsal şeref ve

Genel olarak, hukuksal korumanın, toplumun kişi hakkındaki değer yargılarının oluşturduğu şeref ve haysiyet için sağlandığı kabul edilir³⁰⁵ vekoruma sağlanırken, objektif olarak şeref ve haysiyete saldırının gerçekleşmiş olup olmadığı dikkate alınır. Müdahalenin şeref ve haysiyete saldırı teşkil edip etmediği, zarar görenin şeref ve haysiyetini meydana getiren niteliklerde bir eksilme olup olmadığı, normal bir vatandaşın algı düzeyine göre objektif olarak değerlendirilerek tespit edilir.³⁰⁶

Kişiyi küçük düşürmek, yanlış tanıtmak, gülünç ya da zor duruma sokmak, kişiye karşı düşmanca bir ortam hazırlamak, asılsız suçlamalarda bulunmak, yanlış söylentiler yaymak kişinin şeref ve haysiyetini ihlal eden hallere örnek olarak sayılabilir.³⁰⁷ Ancak, hangi durumda ihlalin gerçekleşmiş olduğu konusunun çözümü, toplumun değişen ahlaki ve manevi değer yargılarına, kişinin mesleki ve sosyal konumuna, geliştiği veya içinde bulunduğu ortamın görüşlerinebağlı olarak değişecektir. Kişiyi şeref ve haysiyet çerçevesinde toplum tarafından verilen değerlerin kapsamı değişebildiği gibi, bu değerler yönelik saldırıların, hakkı ihlal edip etmediğinin belirlenmesinde de saldırının muhatabının kamuya mal olmuş kişi olup olmamasına göre farklı sonuçlara varılabilecektir.³⁰⁸ Kişinin insan olması nedeniyle sahip olduğu ve değişmez bir değer olan insanlık şeref ve haysiyeti dışında, şeref ve haysiyet göreceli bir kavramdır.³⁰⁹ Hukuk düzeni tüzel kişilerin onur, şeref ve saygınlığına yönelik ihlallere karşı da koruma sağlamaktadır.³¹⁰

haysiyeti oluşturmaktadır. Toplumsal şeref ve haysiyetin kişinin bedensel, zihinsel nitelikleri ve yetenekleri yanında ırk, milliyet, din veya düşünce tarzı gibi bazı değerleri de içerdiği belirtilmektedir. Ayrıca kişinin ödeme gücü ve yeteneğine ilişkin değerlendirmeler de toplumsal şeref ve haysiyet kapsamında görülmektedir. Arpacı, s.134, dn. 111'de anılan Geiser; Helvacı, Koruyucu Davalar, s.67'de anılan yazarlar; Özsunay, s.117; Kılıçoğlu, 87 vd.

³⁰⁵ Kişinin kendisine duyduğu saygının da hukuken korunması gerektiği yönündeki farklı görüşler ve tartışmalar için bkz. Kılıçoğlu, s.87, dn.81'de anılan yazarlar.

³⁰⁶ Arpacı, s.134; Helvacı, Koruyucu Davalar, s.69.

³⁰⁷ Özsunay, s.116.

³⁰⁸ Kılıçoğlu, s.86.

³⁰⁹ Arpacı, s.134; Helvacı, Koruyucu Davalar, s.69.

³¹⁰ Özsunay, s.118; "...Kişilerin şeref ve haysiyetleri MK'nun 24. ve BK'nun 49. maddeleri gereğince korunması gereken kişilik haklarındandır. Tüzel kişilerin de bu hükümlerden yararlanabilecekleri bilimsel ve yargısal içtihatlarla benimsenmiş bulunmaktadır. ..." Y 4.HD, E 1976/ 3518, K 1977/ 7947, Gönen, s.43, dn.32; AİHM, Comingersoll S.A. davasında başvuru şirket lehine manevi tazminata hükmederken, başvuru şirketin şöhretini de bir unsur olarak kullanmıştır. Arslan Öncü, s.174, dn.355'de anılan Comingersoll S.A. v. Portugal, (App. No. 17101/90), Judgement of the ECHR (GC) of 6 April 2000.

a. Şeref, Haysiyet ve Şöhretin İhlalinin Bir Görünümü Olarak Ekonomik Kişiliğin İhlali ve Haksız Rekabet

Anayasanın kişilerin maddi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile çalışma özgürlüğünü düzenleyen 17. ve 48. maddeleri ile bir kimsenin meslek, sanat ve ticaret hayatında kişiliğinin veya kısaca ekonomik kişiliğinin korunması gerektiği ortaya konulmuştur. Kişinin ekonomik özgürlüğü üzerindeki hakkı da kişilik hakkıdır.³¹¹ Kişinin ekonomik kişiliğinin özgürce geliştirilmesi için gerekli faaliyet özgürlüğü ve serbest rekabet ortamı hukuk düzeni tarafından temin edilmektedir.³¹²

Kişilik hakkı kapsamında değerlendirilen rekabet hakkının³¹³ hukuka aykırı kullanımını ya da bir rekabet ilişkisi bulunması aranmaksızın gerçekleştirilen bazı açıklamalar veya eylemler ile bir kimsenin mesleki ve ticari şeref, haysiyet ve şöhretinin ihlal edilmesi, aynı zamanda kişilik hakkının ihlali ile haksız rekabetin meydana gelmesine neden olabilir. Böylece, kişinin ekonomik gelişiminin gerçekleşmesini koruyan kişilik hakkı hükümleri ile dürüst rekabet ortamı sağlanarak aslında toplumsal menfaatleri koruyan haksız rekabet hükümlerinin kesişmesi söz konusu olur.³¹⁴

Bir kimsenin sahip olmadığı bir niteliğe sahipmiş gibi hareket ederek çevresinde bu kanaati oluşturmaya çalışması haksız rekabet teşkil ederken, kişilik

³¹¹ Velidedeoğlu, s.118; Ekonomik itibar da tüzel kişinin şeref ve haysiyetinin bir görüntüsüdür. Tüzel kişinin ekonomik faaliyetleri de toplum tarafından değerlendirilmektedir. Tüzel kişiliğe sahip bir şirketin ödeme gücüne dair değerlendirmeler, o tüzel kişinin toplumsal şeref ve haysiyetiyle yakından ilgilidir. Kredi toplum tarafından ödeme gücüyle ilgili olarak izafe edilen bir değer olması nedeniyle, bu değeri azaltan veya ortadan kaldıran kişiliği ihlale yönelik açıklamalar şeref ve haysiyete tecavüz niteliği taşır. Yargıtay HGK E. 2011/4-687, K. 2012/26, T. 1.2.2012 www.kazanci.com, 05.01.2013.

³¹² Ticari haksız fiillerin tipik bir türü olan haksız rekabetin, iktisadi şahsiyetin korunması esasına dayandığı yönünde bkz. Karayalçın, s.252; İsviçre hukukunda etkin rekabeti kısıtlayıcı kartel gibi oluşumların engellenmesi amacıyla getirilen düzenlemelerin temelinde kişilik hakkına ilişkin hükümler olduğu belirtilmektedir. Gönen, s.97.

³¹³ Rekabet hakkı kişilerin maddi varlıklarını geliştirme hakkının bir görünümü olarak değerlendirilerek kişilik hakkı kapsamında kabul edilir Rekabet hakkı sözleşme ile sınırlandırılabilir olması bakımından diğer şahsi haklardan ayrılmaktadır. Ancak, hak sınırlandırılabilir olsa da, bu sınırlandırma geçici niteliktedir. Fahri Halil Örs, Haksız Rekabet. Ankara: 1958, s.7-9.

³¹⁴ Kişilik hakkı MK m.23-24 ile düzenlenirken haksız rekabet, ticari olmayan işler bakımından BK m.57 ve BK m.444 ile ticari işler bakımından TTK m.54-63 ile düzenlenmektedir. Doktrinde, BK m.57'nin, MK m.24'ün özel bir uygulama şekli olduğu kabul edilmektedir. Velidedeoğlu, s.118; Akipek, Akıntürk, Ateş Karaman, s.393.

hakkını ihlal etmez ve sadece haksız rekabet hükümleri uygulanır. Ancak, bir hareketin tarzı rekabetin sınırlarını aşarak karalama, aşağılama niteliğine büründüğü anda, artık iktisadi faaliyetin değil iktisadi kişiliğin hedef alındığı sonucuna varılarak kişiliği koruyucu hükümler uygulanacaktır.³¹⁵ Örneğin, bir tacirin ödeme güçsüzlüğü içinde olduğu yönünde haber çıkarılması, haksız rekabetin sınırları dışında kalan bir kişilik hakkı ihlalidir ve bu gibi durumlarda ekonomik kişiliğe haksız rekabet hükümlerinin sağlayamadığı korumayı kişilik hakkını koruyucu hükümler sağlar.³¹⁶

Bir hareket aynı zamanda hem kişilik hakkının ihlali hem de haksız rekabet teşkil ettiği hallerde³¹⁷, hukuki korumanın hangi hükümlere göre sağlanacağı, özellikle yabancı unsurlu davalarda uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı bakımından belirleyici olacağından, son derece önemlidir. Hem bireysel ekonomik kişiliğin ihlali hem dürüst rekabet yapılmasındaki toplumsal menfaatlerin ihlalinin bir arada ortaya çıktığı hallerde, toplumsal menfaatleri koruyucu niteliği nazara alınarak, haksız rekabet hükümleri, kişilik hakkını koruyucu hükümler karşısında özel hüküm niteliğinde kabul edilir ve öncelikli olarak uygulanır. Şartları gerçekleşmişse kişilik hakkını koruyan hükümler de aynı anda uygulanır.³¹⁸ Yargıtay görüşü de haksız rekabete ilişkin hükümlerin MK m.24'e öncelikli olarak ve şartları varsa MK m.24 ile kümülatif olarak uygulanması yönündedir.³¹⁹

³¹⁵ Arpacı s.132, dn.94'te anılan Dural, s.151.

³¹⁶ Gönen, s.105; Kılıçoğlu, s.99 vd.

³¹⁷ Örneğin, dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile başkalarının iş ürünlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötülemek, ürünün sahibinin ticari şeref ve haysiyetini veya şöhretini ihlal etmesi halinde hem kişilik hakkının ihlali hem de haksız rekabet söz konusu olur.

³¹⁸ Arpacı, s.132; Gönen, s.106. Öztan, s.140-141; TTK m.56/1,e bendinde de, BK m.58'e atıfta bulunularak, ekonomik kişiliğe saldırı halinde manevi tazminat ve diğer giderim şekillerini düzenleyen bu hükmün uygulanacağı belirtilmiştir. Ticari olmayan işler bakımından haksız rekabeti düzenleyen BK m.57, MK m.24'ün özel bir uygulama şekli olarak kabul edildiğinden, haksız rekabetin varlığı veya gerçekleşme tehlikesi halinde zarar gören veya zarar görmesi kuvvetle muhtemel olan kişi MK m.25'te sayılan davaları da açabilecektir. Velidedeoğlu, s.118.

³¹⁹ Bir kimsenin ticari sırlarına, müşterilerine, işletmesinin teşkilatına, defterlerine veya teknik sırlarına, iktisadi varlığına, buluşlarına karşı müdahaleye karşı iktisadi varlığın korunması gerekir. Örneğin, meslek sırlarının çalınmasında, mesleki yazışmaların gizlice incelenmesinde iktisadi varlığı tecavüze uğrayan kimse MK m.24, 25 BK m.49 ve TTK m.57 vd maddelerinden yararlanarak tazminat davası açabilir. Öztan, s.140'da anılan Y.11 HD 27.12.1982, E 5594, K 5674 (YKD 1983, C IX, sh.1021)

İsviçre Federal Mahkemesi de çeşitli kararlarında, haksız rekabete ilişkin hükümlerin Medeni Kanun ile sağlanan kişilik hakkı korumasını tamamlayıcı nitelikte olduğu, bu hükümlerin kişilik hakkı kapsamındaki ekonomik özgürlüğü korumayı amaçladığı ve dolayısıyla Medeni Kanun'da öngörülmuş kişilik hakkını koruyucu hükümlerin haksız rekabete ilişkin hükümlerden daha kapsamlı bir koruma sağlayabildiği durumlarda, bunlarınkümülatif olarak uygulanabileceği sonucuna varmıştır.³²⁰

b.Kişinin Yaşam Öyküsü Üzerindeki Hakkı:

Kişilik Hakkı ile Sanat Özgürlüğünün Çatışması

Kişinin yaşam öyküsünün izinsiz şekilde ya da verilen izin sınırları aşılarak örneğin bir romanda veya sinema filminde kullanılması sonucu, yaşam öyküsü üzerindeki hakkının ihlali gerçekleşirken, diğer yandan ifade özgürlüğünün bir görünümü olan sanat özgürlüğü ile kişilik hakkının çatışması söz konusu olabilmektedir. Kişinin tanınmasına elverişli şekilde yaşam öyküsü aktararak, kişi hakkında yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek ve onu toplumda farklı tanıtmak suretiyle şeref ve haysiyetinin ihlali gerçekleşebileceği gibi, kişinin mahrem yaşam olaylarının dahil olduğu yaşam öyküsünün aktarılması yoluyla özel yaşam hakkının ihlal edilebilmesi de mümkündür.³²¹Aslında yaşam öyküsü üzerindeki hakkın ihlalinde çoğu halde birden fazla kişisel değer ihlal edilmesi söz konusudur.Kişinin yaşam öyküsü üzerindeki hakkının ihlali, kişilik hakkının manevi ve maddi katmanının ihlal edilebileceği, fikri mülkiyet hukukunu da ilgilendiren başlı başına bir çalışma konusu olduğundan, burada sadece konuyla ilgili fikir veren ve kara Avrupası hukuku ile Anglo Amerikan hukuku arasındaki farklılığı vurgulayan bazı mahkeme kararlarına

³²⁰ Gönen, s.107, dn.299'da anılan ATF 123 III 354= JdT 1998 I 33; ATF 107 II 356 = JdT 1982 I 515; ATF 121 III 173.

³²¹ FSEK m.86 resimler, fotoğraflar ve portrelerle ilgili olduğundan, kişinin resmini içermeksizin hayat hikayesinin anlatılması halini kapsamaz. Örneğin bir film ya da romanda sıradan bir kişinin hayatının konu edilmesi halinde, ilgili kişi kişilik hakkına ilişkin genel hükümler çerçevesinde korunacaktır. Ünal Tekinalp: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 2. Basım, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım, 1999, s.275. (Kıs: Fikri Mülkiyet)

yer verilecektir.³²² Bu kararlardan ikisi özel yaşam hakkının ihlaline odaklanmış olsa da, hem şeref ve haysiyeti ilgilendiren yönleri de olduğundan hem de konu bütünlüğü bakımından tüm kararlara bu başlık altında yer verilecektir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin 24 Şubat 1971 tarihli Mephisto Kararı, kişinin yaşam öyküsü üzerindeki hakkı ile ilgili öncü bir karar olarak nitelendirilebilir.³²³ Karara konu olayda, Klaus Mann tarafından yazılan romanın başkahramanı Hendrik Höfgen,1920'lerde yaşamış oyuncu Gustaf Gründgens ile gerçek hayattaki seçim ve eğilimlerine, karakterine, fiziksel özelliklerine, oynadığı oyunlardan devlette çalıştığı makamlara kadar aynı şekilde tasvir edilerek oluşturulmuştur. Yazar, Gründgens'in kariyer, şöhret ve para hırsı nedeniyle Hitler yönetimiyle işbirliği içinde olmasını ve etik değerlere aykırı tutumunueleştiril bir şekilde romana aktarmıştır.³²⁴ Romanı okuyan herkesin aklına ilk olarak Gründgens'in geleceği, romanda üzücü, Gründgens'i insanlara yanlış tanıtabilecek farazi olayların da yer aldığı ve Gründgens'in kişilik hakkının ihlal edildiği ileri sürülerek dava açılmıştır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, sanat özgürlüğünü sınırlandırılmamış bir hak olarak değerlendirerek, sınırı ancak Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler sisteminin felsefesinin ve başkasının kişilik haklarının oluşturabileceğini kabuletmıştır.³²⁵ Sanat özgürlüğü ile kişilik

³²² Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Cüneyt Bellican: "Şeref ve Haysiyetin Korunması, Özel Hayatın Gizliliği ve Sanat Özgürlüğü: Özel Hukuk Açısından Bir Değerlendirme", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, Cilt I, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2010, s.537-592.

³²³ Bellican, s.567.

³²⁴ BVerfGE 30, 173; Nazi iktidarının yükselişinden önce yazar Klaus Mann ile oyuncu Gustaf Gründgens yakın arkadaşlardır. 1933 yılında Klaus Mann Nazi rejiminden kaçarak Amsterdam'a gelmiş ve 1936 yılında Mephisto isimli romanı yayımlamıştır. Romandaki kişilerin hayal ürünü olduğu belirtilmişse de, romanının kahramanı Hendrik Höfgen ile Gustaf Gründgens arasındaki benzerliğin inkar edilmez düzeyde olduğu ileri sürülmüştür. Romanda Gründgens'in temel alındığı karakter Höfgen'in Nazi rejimi ile işbirliği neticesinde zengin ve ünlü oluşu ile bu konudaki hırsı abartılı şekilde anlatılırken, Höfgen, homoseksüel eğilimleri nedeniyle tehlikede olan, acımasız bir entelektüel, narsistik ve histerik bir kötümser, Nazi rejiminde yeteneklerini geliştirmek için yeteneklerini ve yüksek ideallerini satan bir sanatçı olarak gösterilmiştir. Nazi rejiminin iktidara gelmesinden sonra karısı ve sevgilisini terk eden karakter, siyah bir dansçıyla mazoşist bir ilişki yaşamaya başlamıştır. Höfgen, Goethe'nin Faust trajedisinde şeytanın yardımcısı Mefisto rolünü oynaması ile başarısının zirvesine ulaşmış ve sonunda Nazi rejimi ile olan Faustvari anlaşmasının bedelini ödemek zorunda kalmıştır. Rosler, s.175 vd.

³²⁵ Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre Anayasada öngörülen temel hak ve özgürlükler sisteminin ana felsefesini insan onuru oluşturmaktadır. Mahkeme, sanat özgürlüğünü, ifade özgürlüğünün bir alt türü değil, başlı başına bir özgürlük olarak değerlendirmiş ve sanat özgürlüğünün

haklarının çatıştığı durumlarda, hangi hakka üstünlük tanınacağı konusunda mutlak bir ölçüt bulunmadığından somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapılacaktır. Olayda sanatsal fakat abartılı tasvirin kişiler arasında ve toplumsal düzeyde etkili olduğu ve toplumsal itibar ve değerini ihlal eder nitelikte olduğu sonucuna varılmıştır.³²⁶

Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından daha sonraki tarihte karara bağlanan Esra davasında³²⁷, kamuya mal olmuş bir kişiye ilişkin Mephisto davasının aksine, kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri sürenler sıradan kişilerdir. 2003 yılında yazar Maxim Biller tarafından yazılan, otobiyografik özellikler taşıyan Esra isimli kurgusal aşk romanında, mahrem ayrıntılara da yer verilerek, sorunlu ve mutsuz bir ilişki anlatılmıştır.³²⁸ Romanda Esra ve annesi Lale karakteri hakkında anlatılanlar üzerine, gerçekte de anne kız olan davacılar, romanda kendilerine ilişkin tasvirin genel kişilik haklarını ihlal ettiği iddiası ile dava açmışlardır. Özel yaşama ve özellikle gizli alanlarına müdahale edildiği iddialarına karşı Biller, Anayasa ile garanti altına alınmış sanat özgürlüğüne dayanarak kendini savunmuştur.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, romanlarda gerçek kimliklerden esinlenilerek karakter yaratmanın mümkün olduğunu, ancak kurgunun derecesi ile kişilik hakkına müdahalenin ölçüsünün analiz edilmesinin gerekli olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre gerçek kişi ile roman karakteri arasındaki ilişki

sınırının yalnızca insan onuru ve başkalarının kişilik hakları olabileceğini belirtmiştir. Bilge Bingöl: “Sanat Özgürlüğü”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.1, S.2, Yıl 2011, s.127, 133.

³²⁶ Bingöl, s.127, dn.213; Rosler, s.178.

³²⁷ BVerfGE 119, 1. Schwartz, Peifer, s.1932.

³²⁸ Münih’te Adam adlı bir yazarla Esra adlı bir oyuncu arasında dört yıl boyunca sürmüş sorunlu bir ilişkinin anlatıldığı Esra isimli romanda, birinci tekil şahıs diliyle yapılan anlatımlarda, çiftin ilişkisi ve karşılaştıkları engellere yer verilmiştir. Esra’nın ailesi, özellikle baskıcı annesi, Esra’nın başarısız ilk evliliği ve bu evlilikten olan kızı, eski kocası, kızının hastalığı, Adam ile ilişkilerinin bunlardan etkilemesi ve her şeye karşı Esra’nın pasif kadenci kişiliği vurgulanmış, bunların yanında taraflar arasındaki cinsel yaşam anlatılmıştır. Esra’nın oyunculuk kariyerinde ödül almış olması, kavgacı, kışkanç ve alkolik bir karakter olarak Lale adı ile romanda yer verilen annesinin Türkiye’deki altın arama projelerine karşı gerçekleştirdiği aktif mücadele nedeniyle ödül almış olması, dava sürecinde gerçek kişilik-kurgusal kişilik arasındaki benzerlik tartışmalarında öne çıkan unsurlar olmuştur. Romanda birlikteyken yaşadıkları, gittikleri mekanların isimleri aynen kullanılmıştır. Esra ve Lale karakterleri ile romanda yer alan davacılar, gerçek hayatlarına da belirtilen ödülleri almışlardır. Bellican, s.568; Schwartz, Peifer, s.1932-1933.

arttıkça, kişilik hakkına müdahalenin ciddiyeti artar.³²⁹ Sanatsal sunum, koruma altındaki kişilik hakkının boyutlarını etkiledikçe, kişilik hakkının ihlalden kaçınmak için kurgulamanın derecesi artırılmalıdır.³³⁰ Böylece kurgusal kişiliğin gerçek kişi karşısında bağımsızlığı sağlanmalı, gerçek kişinin tanınabilirliği riski ortadan kaldırılmalıdır.³³¹

Mahkemenin tespitine göre, olayda gerçek kişilerin hayatında yaşanan bazı olaylar ile romanda anlatılan olayların birebir örtüşmesi kişilerin kolayca tespitine imkan vermektedir. Romanda, eserde yer alan karakterleri yazarın yarattığı ve gerçek hayattaki insanlarla benzerliklerin tesadüf olduğu yönünde uyarı yapılmış olması, Mahkemenin değerlendirmesine göre yazarın sorumluluğunu ortadan kaldırmaya yeterli değildir. Mahkeme uyguladığı test ile romandaki kişinin dar ya da geniş çevredeki tanıdıklarca tanınabilir olup olmadığını tartışmıştır.³³² Mahkeme sadece ünlülerin genel olarak toplumca tanındığını belirtmiş ve romanın, davacının mevcut ilişkileri üzerindeki etkisini nazara alarak, romanlar bağlamında kişilik hakkının korunmasının sadece ünlü kişilerle sınırlı olmadığını ortaya koymuştur.

Kişilik hakkının ihlali iddiası karşısında öncelikle korunacak hakkın varlığı ile mevcut olayda hukuka uygunluk sebebi bulunup bulunmadığının tespiti üzerine, varsa çatışan hakların dengelenmesi sonucunda bir karara varılması esastır. Alman

³²⁹ BVerfGE 119, 1, at para. 85. Schwartz, Peifer, s.1932; Mephisto kararında kurgusal kişiliğin model alınan gerçek kişi karşısında bağımsızlaşması şartı aranırken, Esra kararında bu şarta ilaveten iki yönlü “ne kadar- o kadar” ölçütü de kullanılmıştır. Bellican, s.586.

³³⁰ Schwartz, Peifer, s.1335, dn.87, BVerfGE 119, 1, 3 at para. 88; Mahkemenin iki aşamalı analizinde, ilk aşamada, tanımlanabilir kişilerin ayrıntılı tasvirleri ve etkilenen kişilik hakkının türü analiz edilir. İkinci aşamada, belirli bir kişilik hakkı üzerindeki etkinin, eşdeğerde kurgu ile nötralize edilip edilmediği değerlendirilir. Buna göre, romandaki karakterleri gerçek hayattaki modeller ile bağdaştırmaktan uzaklaştıran, değişiklikler, farklılıklar ve çalışmaya dahil edilen diğer sanatsal katkıların varlığı ve derecesi araştırılır.

Ae, s.1935, dn. 68 BVerfGE 119, at para. 105.

³³¹ Bellican, s.573.

³³² Schwartz, Peifer, s.1934; Esra karakterinin cinsel yaşamının ifşa edilmesi ile ebeveyni ve özellikle çocuğu hakkında bilgiler verilmesini, Federal Anayasa mahkemesi mutlak korumaya tabi özel yaşamının çekirdek alanının ihlal olarak değerlendirmiştir. Esra karakteri, gerçek modelinden yeteri kadar bağımsız olmadığından, birinci davacının kişilik hakkının yoğun şekilde ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Lale karakteri ile temsil edilen ikinci davacı hakkında ise mahkeme, gerçek kişi ile romandaki karakter arasında yeterli mesafe oluşturulacak şekilde kurgu oluşturulduğu sonucuna vararak, davacının talebini reddetmiştir. Ae. s. 1936-1937.

hukukunda özel yaşamın çekirdek alanı mutlak korumaya tabi olduğundan, kişilik hakkı ifade özgürlüğü hakkı ile dengelemeye tabi tutulmaksızın davacı lehine karar verilmiş, ikinci davacının durumu değerlendirilirken kamusal tartışmaların gerekliliği ve sanat özgürlüğünün önemi ön planda tutulmuştur.³³³ Sanatçıları hassas yaşam alanlarını tartışmaktan ve yayıncılar ile dağıtımçıları bu eserleri basıp dağıtmaktan caydıracağından, davacıların yazar ve yayıncıya yönelik tazminat talepleri mahkemece reddedilmiştir.³³⁴

Dava konusu unsurları çarpıcı şekilde benzer olan *Bonome v. Kaysen* kararında³³⁵ Amerika'da mahkemenin vardığı farklı sonuç, Amerikan hukukunda ifade özgürlüğü hakkının kişilik hakkı karşısındaki baskın konumunu da ortaya koymaktadır. Dava konusu olayda, J. Joseph Bonome evliliği devam ederken yazar olan Susana Kaysen ile ilişki kurmuş ve daha sonra Kaysen'in de isteği ile karısından boşanarak Kaysen'in yanına taşınmıştır. İlişkileri devam ederken konusunu Bonome'a açıklamadığı yeni bir kitap yazmaya başlayan Kaysen, beş yıllık ilişkilerinin sona ermesinden sonra, 2001 yılında "The Camera My Mother Gave Me" ismini verdiği kitabı yayınlamıştır. Otobiyografik anı kitabı niteliğindeki kitapta Kaysen, fiziksel ve duygusal durumu, dostlukları ve erkek arkadaşı ile ilişkisi dahil hayatının her alanındaki koşullar, bunlarla ilgili düşünceleri ve teşhis edilemeyen vajinal ağrıları anlatmıştır. Kaysen hatıralarında en önemli karakter olarak yer verdiği erkek arkadaşını, adını belirtmeden ve hayatı hakkındaki bazı detayları değiştirerek, her zaman onu seks için rahatsız eden, sızlanan, yalvaran biri olarak, son derece olumsuz şekilde tasvir etmiştir. Erkek arkadaşının fiziksel acılarına duyarsız olduğunu ve onu seks yapmaya fiziksel olarak zorladığını ve hatta onun bu hareketinin birlikteliklerinde rızaya dayalı cinsel ilişkinin sınırlarının aşılp aşılmadığı konusunda kendisini düşündüğünden bahsetmiştir. İkiliğin ilişkisi

³³³ Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre, ciddi kamu yararı bulunması bile özel yaşamın çekirdek alanına yapılan saldırıları haklılaştırılmaz. Bu alana yönelik saldırı söz konusu olduğunda, orantılılık prensibine göre yapılan değerlendirme yapılmaz. Hangi konuların kişinin özel yaşamın çekirdek alanına dahil olduğu ise, her davanın somut koşullarına göre analiz edilir. ³³³ Schwartz, Peifer, s.1960-1961.

³³⁴ Schwartz, Peifer, s.1962.

³³⁵ Schwartz, Peifer, s.1927, dn. 4'te anılan *Bonome v. Kaysen*, No. 032767, 2004 WL 1194731, at *1 (Mass. Dist. Ct. Mar. 3, 2004).

Bonome'nin yakın çevresi ve iş çevresi tarafından bilindiğinden, bu kişiler kitaptaki erkek arkadaşın Bonome olduğunu anlamışlardır.³³⁶

Bonome'un özel yaşamının kamuya açıklanması nedeniyle Kaysen'e karşı açtığı davada mahkeme, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nden çok farklı bir sonuca ulaşmıştır. Mahkemeye göre, Bonome'un adı kitapta açıkça yer almadığından gereksiz şekilde tanıtılmamış veya kamusal ilgiye maruz kalmamıştır. Kendisini erkek arkadaş olarak tanımlayabilecek grup içinde, Bonome'un çevresinde ona karşı nefret uyanması ve özel bilgilerin açıklanması nedeniyle ilişkilerindeki güven unsurunun zedelenmesi şeklinde maruz kalabileceği zararın, bilginin kamusal değeri karşısında orantısız şekilde önemsizdir. Sonuç olarak mahkeme, yazarın Anayasanın Birinci Değişikliği kapsamında yaşam öyküsünü anlatmaya menfaati olduğu ve kişinin fiziksel zorluklarının, en mahrem yönlerini içerir şekilde erkek arkadaşı ile ilişkilerini nasıl etkilediğini bilmekte kamunun meşru yararı olduğu gerekçeleriyle, davalı lehine karar vermiştir.³³⁷

2. Kişinin Şerefi, Haysiyeti ve Şöhretinin Korunması

Kişinin şeref ve haysiyetine, şöhretine saygı hakkı, İHEB m.12'de belirtilen haklardan olmasına karşın, AİHS m.8 hükmünde zikredilmemiştir. Ancak sözleşmedeki hakların dinamik yorumlanması sonucu, AİHM içtihatları ile bu hak da m.8 ile korunan özel yaşama saygı hakkı kapsamına dahil edilmiştir.³³⁸ Dolayısıyla, kişinin şeref ve haysiyetine, şöhretine saygı hakkının ihlali, aynı zamanda insan hakkı ihlali niteliğindedir. Kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı, kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağını öngören Anayasa m.17/III, insanın insan olmak sebebiyle doğuştan

³³⁶ Schwartz, Peifer, s.1930.

³³⁷ Schwartz, Peifer, s.1931,1961.

³³⁸ Arslan Öncü, s.172; AİHM'in kişisel itibarın korunması hakkını, Sözleşme'nin 8. maddesi tarafından korunan özel yaşama saygı hakkının bir parçası olarak değerlendirdiği kararları için bkz. Anayasa Mahkemesinin 2013/6237 başvuru numaralı 02.07.2015 tarihli kararında anılan X ve Y/Hollanda, B. No: 8978/80, 26/3/1985, par. 22; Pfeifer/Avusturya, B. No: 12556/03, 15/11/2007 § 35; Axel Springer AGI Almanya, B. No: 39954/08, 7/2/2012, par. 83; White/İsveç, B. No: 42435/02, 19/12/2006, par. 19 ve 30.

ve diğer insanlarla eşit şekilde sahip bulunduğu şeref ve haysiyete işaret etmektedir.³³⁹ MK m.24'teki koruma ise kişinin manevi, sosyal, ekonomik, mesleki şeref ve haysiyetini kapsayacak şekilde geniş düzenlenmiştir.³⁴⁰ Anayasanın 26/2 hükmü ile başkalarının şöhret veya haklarının korunması düşüncesi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanabileceği hallerden biri olarak öngörülmüş, 32. madde hükmü ile kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması, düzeltme ve cevap hakkı tanınması gereken hallerden biri olarak öngörülmüştür. Bu hükümlerde şeref ve haysiyetin geniş anlamıyla anlaşılması gerekir. Anayasada temel haklar arasında sayılmış şeref ve haysiyet hakkı Türk Ceza Kanun'unun hükümleri ile de koruma altına alınmıştır. Bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına yönelik saldırılar, hakaret suçu (m.125) olarak tanımlanmıştır. 107. maddede düzenlenen şantaj suçu da kişinin şeref ve saygınlığını korumaya yöneliktir. Bunlar yanında şeref ve haysiyet hakkını koruyucu diğer düzenlemeler yanında³⁴¹, başlıca hükümler, Anayasal düzenlemelere paralel olarak 6112 sayılı Kanun ile Basın Kanunu'nda yer almaktadır.

3. Kişinin Şerefi, Haysiyeti ve Şöhretinin Kitle İletişim Araçlarıyla İhlali

Kişinin şerefi, haysiyeti ve şöhreti, kitle iletişim araçlarıyla gerçekleşen saldırılara en fazla hedef olan kişisel değerdir.³⁴² Kitle iletişim araçlarıyla şeref, haysiyet ve şöhretin ihlali, söz, yazı, resim veya bir hareketle bir kimseye toplum tarafından verilen manevi değerlere saldırılması sonucu bunlarda bir azalmanın meydana gelmesidir³⁴³ ve maruz kalınan asıl zarar manevi zarardır.³⁴⁴

Şeref ve haysiyet çeşitli şekillerde, eleştiri, hakaret, gerçeğe aykırı ya da eksik bilgiler, hatta kimi zaman gerçeğe uygun bilgilere dayanan iddialarla ihlal edilebilir. Gerçeğe uygun bilgilerin açıklanmasında, içeriğin gerçeklik, kamu yararı, güncellik

³³⁹ Arpacı, s.133.

³⁴⁰ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.68, dn.253'de anılan yazarlar.

³⁴¹ Örn. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m.38: "Tabip ve dış tabibi, meslektaşlarını zemmedemeyeceği gibi onları küçük düşürecek diğer tavır ve hareketlerde bulunamaz. Tabip ve dış tabibi, her hangi bir şahsın haysiyet kırıcı hücumlarına karşı meslektaşlarını korur."

³⁴² Helvacı, Koruyucu Davalar, s.67.

³⁴³ Kılıçoğlu, s.101; Özsunay, s.119; Helvacı, Koruyucu Davalar, s.69.

³⁴⁴ Karayalçın, s.266.

ve konu ile ifade arasında düşünsel bağıllık kriterlerini taşıması halinde, hakkın ihlal edildiğinden söz edilemeyecekse de, içeriğin aktarılmasında örneğin hakaret unsuru bulunması halinde, şeref ve haysiyet hakkının ihlali söz konusu olacaktır.³⁴⁵ Şeref ve haysiyete yönelik saldırılar, özellikle değer yargılarına dayanan açıklamalarla gerçekleşmektedir. Bir kimseye fahişe, piç, aptal, kafasız, eşek gibi soyut ifadelerle hakaret etmek³⁴⁶ bu kapsamdadır. Bir kimseye hukuka ve ahlaka aykırı bir eylemde bulunduğu yönünde haksız isnatta bulunulması halinde de şeref ve haysiyetin ihlali gerçekleşir.

Kitle iletişim araçlarının gelişmesiyle şeref ve haysiyete yönelik saldırılar da artmıştır. Örnek olarak, bir kimsenin ismi ve profil resmi kullanılarak açılan sosyal medya hesabı içeriğinde, müstehcen fotoğraf ve videolar paylaşılması, internet üzerinde oynanan oyunda bir kimsenin özelliklerini teşhis edilebilir şekilde taşıyan bir avatar oluşturulması, bir kimsenin elektronik posta adresine hakaret, küfür ve benzeri şeref ve haysiyeti ihlal edici içerikte mesajlar gönderilmesi, şeref ve haysiyeti ihlal edici nitelikteki mesajların, içeriğin muhatabı dışında birçok kişiye gönderilmesi sayılabilir.³⁴⁷

Şeref ve haysiyete saldırının gerçekleşmesi için, saldırıya uğrayanın adının açıklanması şart olmayıp, üçüncü kişiler tarafından bu kişinin kim olduğunun belirlenebilir olması yeterlidir.³⁴⁸ İfadenin muhatabı bir gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir.³⁴⁹ Bir içeriğin, şeref ve haysiyeti ihlal edip etmediği, yayınlanan

³⁴⁵ Kamusal bir tartışma bağlamında ve yayımlanan yazılar nedeniyle eleştirilmiş olsa bile bir kişinin itibarının, kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturduğu (Pfeifer/Avusturya, par. 35) ve Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının korumasından faydalandığı yönünde bkz. Anayasa Mahkemesinin 2013/6237 başvuru numaralı 02.07.2015 tarihli kararı.

³⁴⁶ Kılıçoğlu, 103,104.

³⁴⁷ Habip Oğuz, s.84; Soysal, Elektronik Posta, s.151.

³⁴⁸ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.69.

³⁴⁹ Tüzel kişinin çevresinde kazandığı itibarı aşağılayan yazılı, sözlü veya görüntülü beyanlar, şu veya bu vasıflara sahip olmadığına dair yayınlar, kişilik haklarından şeref ve haysiyete yönelik tecavüz olarak kabul edilmelidir. Tüzel kişinin şeref ve haysiyeti yanında onun toplumsal itibarı, ticari itibarı da MK'nun 24. maddesindeki korumadan yararlanır. Ticari şeref ve haysiyetin çiğnenmesi, onun ekonomik yaşam içindeki yerini ve durumunu sarsabilir, Yargıtay HGK E. 2011/4-687, K. 2012/26, T. 1.2.2012 www.kazanci.com (erişim tarihi 25.11.2013)

içeriğın “orta düzeydeki alıcılar üzerinde nasıl bir etki yapabileceği göz önünde tutularak, dürüstlük kuralına (MK m.2) göre belirlenmelidir.³⁵⁰

Şeref ve haysiyete saldırı halinde hukuki koruma sağlanması için kişinin itibarına yapılan saldırının belli bir ağırlık düzeyine erişmiş olması ve saldırının kişinin itibarına saygı gösterilmesini isteme hakkından kişisel olarak yararlanmasını güçleştirecek şekilde yapılmış olması gerekir.³⁵¹ Açıklamada bulunan kişinin toplumdaki yeri, açıklamanın şekli ve kullanılan ifadeler, açıklamanın ulaştığı alıcıların sayısı ve saldırıya maruz kalan kişinin toplumdaki yeri, somut olaya göre, şeref ve haysiyetin ihlalinin ağırlığına etki etmektedir.³⁵² Kişinin kendi eylemleri sonucu ortaya çıkabilecek itibarının zedelenmesi olgusundan şikayet etmesi için hukuki temel mevcut değildir.

C. Kişinin Adı Üzerindeki Hakkı

1. Kişilik Hakkı Olarak Kişinin Adı

Ad, sosyal yaşamda kişiyi tanıtıcı özelliği olan ve kişiyi diğerlerinden ayırmaya yarayan araçtır. Ad üzerindeki hak, kişiye sıkı sıkıya bağlı ve kişiden ayrılamayan, devredilemeyen³⁵³, vazgeçilemeyen bir hak niteliğinde olup, bu hak kişiliğın korunmasının bir parçası olarak değerlendirilmektedir.³⁵⁴ Kişilik hakkı olarak ad, kişilik hakkını koruyucu genel hüküm dışında, kişinin ferdileştirilmesinde büyük önem taşıması ve korunmasının sürekliliğinin hukuki güvenliğe hizmet etmesi³⁵⁵ nedenleriyle, özel hükümlerle de korunmaktadır. Kişinin tanıtılmasını, ayırt edilmesini sağlayan tanıtma araçlarının çoğu özel hükümlerle korunmaktadır.

³⁵⁰ Özsunay, s.123.

³⁵¹ Anayasa Mahkemesinin 2013/6237 başvuru numaralı 02.07.2015 tarihli kararı.

³⁵² Kılıçoğlu, s.109 vd.

³⁵³ Ad üzerindeki hak başkasına devredilemez ancak belli amaçlarla kullanımının devri mümkündür. Kullanım hakkının devri ile haksahibi adını terk ve devretmiş değil, adı üzerindeki hakkının, onu kullanana karşı ileri sürmekten vazgeçmiş demektir. Zürih Mahkemesi kararı (Weiss II, s.182/183). Öztan, s. 170.

³⁵⁴ Özsunay, s.186; Helvacı, Gerçek Kişiler, s.167; Öztan, s.164.

³⁵⁵ Özsunay, s.186; Öztan, s.163; Velidedeoğlu, s.130; Arpacı, s.165.

Herhangi bir özel korumanın mevcut bulunmadığı hallerde ise, koşulları mevcut olmak koşuluyla MK m.24 uyarınca koruma sağlanmaktadır.³⁵⁶

a. Gerçek Kişilerin Adı Üzerindeki Hakkının Kapsamı

Gerçek kişilerin adı, kullanılması zorunlu ve nüfus kütüğüne kaydedilen özd ve soyadından oluşur.³⁵⁷ Adın, özad ve soyadı yanında müstear ad, lakap gibi çeşitleri vardır ve bunlar da geniş anlamda ad kavramına dahil olup adın korunması hakkındaki hükümlerden yararlanır.³⁵⁸ Aynı aileden olan ve aynı soyadını taşıyan kimseleri birbirinden ayırt etmeye yarayan ve çocuğun doğumundan sonra ana babası tarafından kendisine verilen, nüfus memuruna yapılan beyanla kazanılan ada özad³⁵⁹, bir aileye bağlı bireyleri, başka ailelere bağlı bireylerden ayırmaya yarayan vedoğumla kazanılan ada soyadı denilir.³⁶⁰

Takma ad veya müstear ad ve lakap, kişilerin ön ad ve soy adında olduğu gibi hukuki bir zorunluluk olmaksızın, çeşitli ilişki ve çevrelerde kullandıkları veya anıldıkları adlardır. Bu adlara ad benzeri denir.³⁶¹ Müstear ad ve lakaba, hak sahibi olduğunu iddia eden kişinin, belli bir çevrede o müstear ad veya lakapla tanınmış ve ün kazanmış olduğunun tespit edilmesi halinde hukuki koruma sağlanır.³⁶²

Müstear ad, bir kimsenin belirli çevre ve çeşitli ilişkiler bakımından gerçek kişiliğini gizlemek amacıyla kendine taktığı ve kullandığı addır.³⁶³ Genellikle sanatçılar ve yazarlar tarafından kullanılan müstear adın seçilmesi ve kullanılması

³⁵⁶ Özsunay, s.115; Helvacı, Koruyucu Davalar, s.75.

³⁵⁷ 2525 sayılı Soyadı Kanunu, m.1: “Her Türk öz adından başka soy adını da taşımaya mecburdur”. Kişinin adı ve soy adını değiştirmesi ancak MK m.27 çerçevesinde mümkündür.

³⁵⁸ Özsunay, s.189; Öztan, s.167 vd.; Zevkliler, Acabey, Gökyayla, s.422; Dural, Ögüz, s.166-167; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.110-112; Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda kişilerin aileden veya soydan gelen özelliklerini belirten unvanlar koruma kapsamında değildir.

³⁵⁹ Bir kimsenin birden fazla ön adı olabilir. Halk arasında göbek adı olarak isimlendirilen adların nüfus kütüğüne kaydı ile bunlar da ön ad niteliğini kazanırlar. İmre, İsim Hakkı ve Korunması, s.823.

³⁶⁰ Helvacı, Gerçek Kişiler, s.169; İmre, İsim Hakkı ve Korunması, s.822; Özsunay, s.187.

³⁶¹ Özsunay, s.187.

³⁶² Helvacı, Koruyucu Davalar, s.75; Özsunay, s.197; Öztan, s.168; Velidedeoğlu, s.134.

³⁶³ İmre, s.5; Özsunay, s.188; Takma adın bir kimsenin edebiyat veya sanat alanındaki kişiliğini belirttiğini bu nedenle sahibinin korunması gerekiyorsa bu adın da ilk kullanılışından itibaren korunması gerektiği savunulmaktadır. Öztan, s.167, dn.13’te anılan yazarlar.

hukuka aykırı olmadıkça serbesttir. Buna göre, seçilen müstear ad, örneğin, tanınmış bir şahsın adının aynısı veya karışıklık yaratacak kadar benzeri olmamalıdır. Medeni Kanun'da düzenlenmemiş³⁶⁴ müstear ad, kişiyi ayırt edici özellikleri nedeniyle kişilik hakkını koruyucu genel hükümlerle korunur. Ancak korumanın sağlanması için, müstear adın o kişiye ait olduğunun bilinmesi ve kişinin o adla anılması ile müstear adın kullanılmasının hukuka aykırı olmaması koşullarının bir arada bulunması gerekir.³⁶⁵ Müstear ada örnek olarak Mehmet Nusret Nesin'in Aziz Nesin, Nicolas Coppola'nın Nicolas Cage, Samuel Clemens'in Mark Twain olarak kullandıkları adlar sayılabilir. İnternet kullanıcılarının kullanıcı adları veya avatarlarının adları da, adın sahipliğinin kanıtlanması, yeterli ün kazanma ve hukuka uygun olma koşullarının bir arada bulunması halinde müstear ad olarak korunmalıdır.

Lakap, bir kimseye, öz ad ve soyadının yanına ilave olarak veya onun yerine kullanılmak üzere, başkaları tarafından çeşitli davranışları ve özellikleri nedeniyle takılan addır.³⁶⁶ Lakap da başka adlar gibi bir kimseyi, bazen de bir aileyi ayırt etmeye hizmet eder. Medeni Kanun'da düzenlenmemiş olmasına karşın, ayırt etme özelliğinden dolayı, hukuka aykırı olmaması ve kendisine yakıştırıldığı kişinin çıkarlarını ihlal etmemesi koşullarıyla kişilik hakkını koruyucu hükümlerle korunur.³⁶⁷ Lakaba örnek olarak, Bukalemun Ayhan, Doğru Necati, Sanal Fikri sayılabilir. Lakaba benzemekle birlikte, kişinin adına genellikle büyük bir kitle tarafından eklenmesi ve benimsenmesiyle farklılık gösteren “ilave adlar” da kişilik hakkını koruyucu hükümlerle korunmaktadırlar.³⁶⁸ İstanbul'un fethi nedeniyle Sultan Mehmed'in adına Fatih kelimesinin ilave edilmesi bu adlara örnektir. Bir şahsın adının kapsadığı harflerle yapılan ad kısaltmaları da ayırt edicilik ve tanınırlık

³⁶⁴ Müstear ad Medeni Kanun'da düzenlenmemiş olmakla birlikte, 5846 sayılı FSEK m.11'de “Yayımlanmış eser nüshalarında veya güzel sanat eserinin aslında, o eserin sahibi olarak adını veya bunun yerine tanınmış müstear adını kullanan kimse, aksi sabit oluncaya kadar o eserin sahibi sayılır” denilmekle, hukuki terim olarak müstear adın benimsendiği ve korunduğu ortaya konulmuştur.

³⁶⁵ İmre, İsim Hakkı ve Korunması, s.826.

³⁶⁶ Özsunay, s.187; Öztan, s.167.

³⁶⁷ İmre, İsim Hakkı ve Korunması, s.827.

³⁶⁸ İmre, İsim Hakkı ve Korunması, s.827; Aslında lakap veya ilave adlar olumlu olabileceği gibi olumsuz da olabilirler. Olumsuz olması halinde, genellikle talep edilecek olan adın korunması değil, şeref ve haysiyetin ihlalinin tespiti olacaktır.

unsurlarını havi olduklarında kişilik hakkını koruyucu hükümlerle korunurlar.³⁶⁹ Brigitte Bardot'un (BB), Jennifer Lopez'in (JLo), Mazhar, Fuat ve Özkan ön adlı üyelerden oluşan müzik grubunun (MFÖ), tüzelkişi markası Hewlett Packard'ın (HP) olarak ayırt edici nitelik taşıyan tanınmış isimleri ad kısaltmalarına örnektir.

b. Tüzel Kişilerde Adın Kapsamı ve Korunması

Tüzel kişilerin de gerçek kişiler gibi hukuken korunan adları mevcuttur. Ad ve ad üzerindeki hakka ilişkin düzenlemeler, her bir tüzel kişi için ilgili mevzuatta düzenlenmektedir.³⁷⁰ Dernek ve vakıf gibi Medeni hukuk tüzelkişilerinin adı gerçek kişilerin adı ile aynı nitelikte olup kişilik hakkı kapsamındaki kişisel değerlerden birini oluşturur ve kişilik hakkını koruyucu hükümlerden yararlanır.³⁷¹ Ticaret şirketlerinde ise durum daha farklıdır.

Ticaret şirketlerinde ad ticaret unvanı olarak ortaya çıkar. Ticaret unvanı, gerçek ve tüzel kişi tacirlerin ticari işletmelerine ilişkin işlemlerini yaparken kullandıkları ve onları diğer tacirlerden ayıran addır (TTK m.39).Gerçek kişi tacir ad ve soyadını ticaret unvanı olarak kullanabilir. Bu durumda, gerçek kişinin adı, ticaret unvanı olarak ayrı ve bağımsız bir statüye sahip olur.³⁷² Ticaret unvanı gibi kullanılması zorunlu olmayan işletme adı ise, sahibi ile ilgili olmaksızın doğrudan doğruya işletmeyi tanıtan ve onu benzer işletmelerden ayıran addır (TTK m.53).

Tescil edilmiş ticaret unvanları ve işletme adları TTK m.52'ye göre, tescil edilmemiş olanlar ise haksız rekabet hükümlerine göre korunur. Doktrinde ticaret unvanının malvarlığına ilişkin bir hak olarak ele alınması gerektiği yönündeki görüşlere karşın, günümüzde ticaret şirketini özgün kılması ve diğer ticaret şirketlerinden ayırt eden bir unsur olması nedeniyle ticaret unvanı da kişilik hakkı

³⁶⁹ İmre, İsim Hakkı ve Korunması, s.826.

³⁷⁰ Bu konudaki düzenlemelere örnek olarak, Ticaret şirketleri için TTK m.52, derneklere ilişkin MK m.58, vakıflara ilişkin MK m.106, siyasi partilere ilişkin SPK m.8 sayılabilir.

³⁷¹ Gönen, s.66.

³⁷² Ad ile ticaret unvanının bağımsız statülere sahip olmasının sonucu olarak, işletmenin ticaret unvanını da kapsar tarzda devri halinde, gerçek kişi tacir adını korumaya devam eder.

kapsamında değerlendirilmekte ve kişilik hakkını koruyucu düzenlemelerden yararlanması kabul edilmektedir.³⁷³ Ancak, koruma sağlanırken, öncelikle TTK'nun ilgili hükümlerinin uygulanması, şartları olduğu takdirde kişilik hakkına ilişkin hükümlere başvurulması gerektiği ileri sürülmektedir. İşletme adı bakımından da kişilik hakkını koruyucu hükümlere tamamlayıcı hükümler olarak başvurulabileceği belirtilmektedir³⁷⁴

Kanaatimizce, kişilik hakkı ile birçok farklı yapısal özelliği bulunan³⁷⁵ ve TTK m.11/3 ile açıkça malvarlığı unsurlarından sayılmış ticaret unvanını kişilik hakkı kapsamına dahil etmek, kişilik hakkının tanımını değiştirmeyi gerektirecek kadar aşırı bir yaklaşım olur. Ticaret unvanına veya işletme adına yönelik ticari nitelikte olmayan saldırılara karşı haksız rekabet hükümleri ile koruma sağlanması mümkündür. Ekonomik faaliyetin ya da ekonomik kişiliğin korunması ile bu kişiliğin unsurlarının korunması farklı meselelerdir. Ticaret unvanı, işletme adı veya marka gibi işletmeyi veya ürününü ayırt edici ad ve işaretlerin kötülenmesi halinde, bu tür değerleri zorlama yorumlarla kişilik hakkı kapsamına dahil etmek yerine, saldırı genel anlamda tüzel kişinin kişilik hakkının ihlali niteliğindeyse, unsurları bakımından değil tüzel kişiliğin bütünü bakımından kişilik hakkı hükümlerine başvurulması gerekmektedir.

c. Elektronik Posta Adresleri ile İnternet Alan Adlarının Kişilik Hakkı Niteliğinin Değerlendirilmesi

(1) Elektronik Posta Adresleri

Kişiler elektronik posta adresi alırken, kimlik kontrolü yapılmaksızın ve önceden alınmamış bir adres olması dışında bir sınırlama uygulanmaksızın, elektronik posta adresi kullanıcıya tahsis edilmektedir.³⁷⁶ Bu nedenle, bir kimse,

³⁷³ Gönen, s.70.

³⁷⁴ Bu konudaki görüşler ve düzenlemeler ve mahkeme kararları için bkz. Gönen, s.67 vd.

³⁷⁵ Ticaret unvanı birçok ek ifadeyi içermesi, değiştirilebilmesi, rehnedilebilmesi, mirasçılara intikal etmesi, ticaret unvanı üzerindeki hakkın sona erdirilebilmesi, hatta ticaret unvanının belirli şartlar altında devredilebilmesi gibi özellikleri nedeniyle, gerçek kişilerin adlarına göre önemli yapısal farklar taşır. Gönen, s.75.

³⁷⁶ Yıldırım, Memiş, s.341.

başkabir gerçek ya da tüzel kişinin haklı olarak kullandığı adı elektronik posta adresi olarak alabilmekte ve elektronik posta adresi olarak adını kullandığı kişi imişçesine başkalarına elektronik ileti gönderebilmektedir.³⁷⁷

Elektronik posta adresleri, sahibi için, iş ve sosyal yaşamında kendisini tanıtan, ona özgü ve kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir çeşit ad olarak şahıs varlığına dahil bir haktır.³⁷⁸ Dolayısıyla kişinin adına sağlanan koruma elektronik posta adreslerini de kapsar. Buna göre, kişiyi tanıtan adı ve soyadı, takma adı, lakabı ve ilave adlar gibi, teknik gelişmelerin gerekliliği olarak elektronik posta adresleri de ada sağlanan korumadan yararlanır.³⁷⁹ Örneğin bir ünlünün ya da bir şirketin adının haksız olarak elektronik posta adresi olarak alınması halinde, hak sahipleri MK m.26 çerçevesinde sağlanan korumadan yararlanacaktır.³⁸⁰

(2) İnternet Alan Adları

Elektronik ticaretin hacminin büyümesiyle, alan adları³⁸¹ da en az diğer ayırt edici ad ve işaretler kadar değerli hale gelmiş ve ad, ticaret unvanı, marka ve diğer ayırt edici işaretler gibi kişileri ve işletmeleri tanıtmaya ve onları diğer kişi ve işletmelerden ayırmaya yarayan araç niteliği kazanmıştır.³⁸² Kişiler reklam ve

³⁷⁷ Soysal, Elektronik Posta, s.155.

³⁷⁸ Oğuz, s.83; Sırabaşı, s.178.

³⁷⁹ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.75; Sırabaşı, s.180.

³⁸⁰ Oğuz, s.85; Soysal, Elektronik Posta, s.155.

³⁸¹ 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, m.3/1-v “İnternet alan adları, internet üzerinde bulunan bilgisayar veya internet sitelerinin adresini belirlemek için kullanılan internet protokol numarasını tanımlayan adlardır”; İnternet alan adı ilk kez 2008 yılında 5809 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle Türk pozitif hukukunda tanımlanmıştır. Daha sonra 2010 yılında anılan kanuna dayanılarak, sadece “.tr” uzantılı alan adlarını kapsayan İnternet Alan Adları Yönetmeliği çıkarılmıştır. Türkiye’de internet alan adlarına ilişkin hukuki düzenlemeler hakkında detaylı bilgi için bkz. Nurullah Bal: “İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümlemesi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, S.1-2, Yıl 2013, s.337-338.

³⁸² Alan adlarının fikri haklar kapsamında gayri maddi malvarlığı olarak değer kazanması (TTK m.127/1-h), alan adının işletmenin markası, ticaret unvanı vb. koruma altındaki bir işareten ya da bir parçasından oluşması halinin yasal düzenlemelerle koruma altına alınması (6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu, m.7/3,d), alan adlarının tahsisine ve bu alanda meydana gelen uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin hem ulusal hem de uluslararası alanda kurumsal yapıların oluşturulması, alan adlarının işletmelerden bağımsız ve işletmeleri tanıtmaya yarayan ayırt edici ad, işaret ve tanıtma aracı olarak hukuki nitelik kazanmasında etken olduğu belirtilmektedir. Seniha Dal: “Türk Hukukunda İnternet Alan Adları (Domin Names) ve Bu Alandaki Son Gelişmeler”, **Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi**, C. XXVIII, Sayı I, Yıl 2010, s.483 vd.

pazarlama alanı olarak kullandıkları web sitelerine ulaşmayı kolaylaştırmak amacıyla, alan adlarının, sahip oldukları ad, ticaret unvanı, işletme adı veya marka gibi ayırt edici unsurlarla aynı veya benzer olmasına özen göstermektedirler.³⁸³

Alan adlarının korunması her ülkenin hukuk düzeninde farklı düzenlemelerle sağlanmaktadır. Örneğin Alman hukukunda alan adları öncelikle ad ve kişilik hakkına dair hükümlerle korunurken, Hollanda, İngiltere ve ABD, alan adlarının korunmasını marka hukukunun hükümlerine göre sağlamaktadır.³⁸⁴Türk ve İsviçre Medeni kanunlarında, daha önce de belirtildiği gibi, kişileri birbirinden ayıran her türlü işaret adın kapsamında kabul edilerek adın kapsamı geniş tutulmuştur. İnternet alan adlarının da ayırt edici niteliğine dayanılarak, adın kapsamına dahil olduğu ileri sürülmektedir.³⁸⁵

İnternet alan adlarının teknik özelliği nedeniyle bir ad olarak nitelendirilmelerinin mümkün olup olmadığı doktrinde tartışılmış, gerçekte birer sayıdan ibaret olan elektronik adreslerin medeni hukuk anlamında ad olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülmüştür. Alan adları, teknik yönden basitçe bir bilgisayar veya web sitesinin elektronik adresi olarak tanımlandığında ad üzerindeki hakla ilgili bir yönü görülmemesine karşın, gerek sahiplerinin kullanım amacı gerekse internet kullanıcılarının algısı bakımından taşıdığı anlam nedeniyle ad üzerindeki hakla ilişkili görülerek, sahibini temsil eden alan adlarının hukuken ad niteliğini taşıdığı doktrin ve mahkeme uygulamalarında benimsenmiştir.³⁸⁶Bununla birlikte, alan adı üzerindeki hakkın, kişilik hakkı olan ad üzerindeki hakla tamamen örtüştüğü söylenemez. Öncelikle, ad üzerindeki hakkın aksine, alan adından vazgeçilmesi, alan

³⁸³ Füsun Nomer, s.400; Bal, s.320; 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'nda da, alan adı ile sahibinin ilişkilendirilebilmesine vurgu yapılmıştır (m.3/1-y). Diğer yandan, 6102 sayılı TTK m.1524/1 ile sermaye şirketlerine internet sitesi kurma zorunluluğu getirilmesiyle, sermaye şirketleri bakımından internet alan adları konusu daha da önemli hale gelmiştir.

³⁸⁴ Tekin Memiş: "İnternette Cins ve Meslek İsimlerinin Alan İsmi Olarak Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar", **AÜEHFD**, C.IV, S.1/2, Yıl 2000, s.465. (Kıs.: Cins ve Meslek İsimleri).

³⁸⁵ Hayrünisa Özdemir: "Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 57, Sayı 3, Yıl 2008, s.564.

³⁸⁶ Tekin Memiş: "Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Sorunlar", **Bilişim Toplumuna Giderken Psikoloji, Sosyoloji ve Hukukta Etkiler Sempozyumu**, Ankara 2001, (Çevrimiçi) <http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000116-yazi.htm> , 18.10.2012 (Kıs..Alan İsmi)

adının devir ve temlik, kira veya hasılat kirasına verilebilmesimümkün olup, alan adını devreden kişi bu adı kullanamamaktadır.³⁸⁷ Kişinin adının ticari kullanımını başkasına devredebilmesi ve devrettiği kullanım süresi boyunca kendisinin adını ticari amaçla kullanamaması iki hak arasında bir nebze yakınlık kurar.³⁸⁸ Diğer yandan kişinin adı üzerindeki hakkı süresiz bir hak iken, alan adı üzerindeki hak belirli bir süreyle kayıtlı olup, süre bitiminde yenileme işlemi yapılmadığında hak sona ermektedir.

İkinci olarak, bir bilgisayar veya web sitesini diğerlerinden ayırma ve belirleme özelliği ile alan adı, ad üzerindeki hakka yaklaşmakla birlikte, adres gösterme niteliği göz önünde bulundurulduğunda, alan adının korunmasının ad üzerindeki hakkın korunmasına nazaran daha dar yorumlanması gerektiğinden bahsedilmelidir.³⁸⁹ Gerçek dünyada aynı adın, birden fazla kişi tarafından aynen kullanılması mümkünken, sanal ortamda “first come, first served (ilk gelen ilk alır)” prensibi uygulandığından, bir alan adı ancak tek bir kişi tarafından aynen kullanılabilir. Alan adlarıyla ilgili ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde, alan adının alınmasında geçerli öncelik ilkesine³⁹⁰ göre alınan bir alan adı üzerindeki hakkın, ad üzerindeki hak gibi mutlak kabul edilmesi, haksız ve kötü niyetli alan adı tescillerini hukuka uygun hale getirir ki bu kabul edilemez bir sonuçtur. Ayrıca, aynı alan adını almak isteyenlerin aynı derecede hak sahibi olduğu durumlarda, sorunun çözümünde MK m.26'nın yetersiz kaldığı görüşü de haklıdır.³⁹¹

³⁸⁷ Bu farklılıklar, kişi adları kişilik hakkının konusunu oluştururken, alan adlarının gayri maddi hak niteliğinde oluşu ile izah edilmektedir. Mustafa Fadıl Yıldırım: “Kişi İsimlerinin İnternet Alan İsmi Olarak Tescili Karşısında İsim Üzerindeki Hakkın Korunması”, **Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan**, MHMÖH Bülteni, Yıl 19-20, S. 1-2, 1999- 2000, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., s.1030.

³⁸⁸ Adın ticari kullanımının kişilik hakkı kapsamında kabulünün ne derece doğru olduğu da kanaatimizce tartışmalıdır.

³⁸⁹ Yıldırım, s.1030.

³⁹⁰ Şehirlerin adının veya kamu kurumlarının adının kısaltmalarının alan adı olarak alınması ve benzeri durumlarda, bir üstün veya öncelikli hak söz konusu olduğundan, alan adının öncelik prensibine göre değil, öncelikli hak prensibine göre tahsis edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Memiş, Alan İsmi.

³⁹¹ Yıldırım, s.1031.

Kanaatimizce, alan adlarının kişilik hakkı kapsamına dahil olup olmadığı meselesinde, iki hak arasındaki farklılıklar ve ortak yönler nazara alınarak, her somut olayda uyumsuzluğun unsurlarını oluşturan haklar ve bu hakların sahipleri değerlendirilerek sonuca varılmalıdır. Buna göre, alan adının ihlali nedeniyle kişilik hakkının ihlal edildiği yönündeki iddialarda öncelikle ihlal edilen alan adının, kişilik hakkı kapsamındaki bir değer görünümünde olup olmadığı tespit edilmelidir. Alan adı ile kişilik hakkının ihlali daha ziyade gerçek kişiler bakımından söz konusu olabilecektir. Gerçek kişilerin adlarının alan adı olarak tescil edilmesi halinde, gerçek kişinin adı tüm özellikleriyle kişilik hakkı kapsamında olduğundan, adın hiçbir menfaati olmayan biri tarafından sadece tescili³⁹² başka koşul aranmaksızın kişilik hakkını koruyucu hükümleri ve MK m.26'yı harekete geçirebilecektir. Bir gerçek kişi sahip olduğu ad ve soyadını alan adı olarak kullandığında, bu alan adı kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmelidir.

Alan adı ile tüzel kişilerin adlarına ilişkin ihlallerde, ilgili bölümde yaptığımız açıklamalara atfen, alan adı ile ticaret unvanı ve işletme adının ihlali ancak tüzelkişinin kişilik hakkının ihlali neticesini doğurması halinde, alan adı ile tüzel kişinin kişilik hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Örneğin kendi ticari işletmesi için başka bir tüzel kişinin ticaret unvanını alan adı olarak alıp web sitesi kuran kişinin fiili, alan adı ile ticaret unvanının ihlalini gerçekleştirerek TTK'nun ilgili hükümlerini harekete geçirecekken, bir tüzel kişinin ticaret unvanını alan adı olarak alıp kurduğu web sitesinde pornografik yayın yapan veya ticaret unvanı sahibi kişinin ürünlerikötüleyen kişinin fiili koşullara göre haksız rekabet ve kişilik hakkını koruyucu hükümleri harekete geçirecektir. Ancak tüzel kişilerin, ayırt edici

³⁹² Alan adları ile gerçek kişilerin ad üzerindeki haklarına tüzel kişilerininkine nazaran daha fazla ihlal gerçekleştiği belirtilmektedir. Bill Gates'in adının kendisinden habersiz alan adı olarak alınıp bir milyon dolara satışa sunulması veya Amerika golf şampiyonu Payne Stewart'ın adının "org", "net" ve "com" üst düzey alan adları altında bir konfeksiyon firması tarafından tescil ettirilmesi çarpıcı örneklerdir. Memiş, Alan İsmi; Türkiye'de ünlü komedyen Cem Yılmaz'ın adını, Roman Club International, Amerika'daki Registrars.com aracılığıyla "cemyilmaz.com" alan adı olarak tescil ettirip, kendisine satmaya çalışmış ancak ünlü komedyenin başvurusu üzerine WIPO Hakemlik ve Arabuluculuk Merkezi İdari Panel Kararı ile alan adı kendisine devredilmiştir. WIPO Hakemlik ve Arabuluculuk Merkezi İdari Panel Kararı, Cem Yılmaz-Roman Club International, Dava No.: D2000-1541 (Çeviren : Av. Örpen Ulusoy), **Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi**. Y.3, C.3, S.1: 193-199. 2003.

niteliklerine rağmen, kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmeyen adları veya marka, tasarım gibi gayri maddi hakları gibi, alan adlarında kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmemelidir.

2. Kişinin Adı Üzerindeki Hakkının Korunması

a. Genel Olarak

Adın korunmasını özel olarak düzenlemiş MK m.26, MK m.24 ile ifade edilmiş prensibin ad konusunda uygulanmasıdır.³⁹³ Bu nedenle iki madde birbirine sıkı sıkıya bağlıdır. MK m.26 ile adın kullanılmasının çekişmeli olması ve adın haksız olarak kullanılması, başka bir deyişle adın gasbı halleri düzenlenmiştir. Kişinin özadı, soyadı ve adın kapsamında kabul edilen müstear ad, lakap gibi adlar da Medeni Kanun kapsamında korunmaktadır.

MK m.26 ilk olarak, adın kullanılmasının çekişmeli olduğu durumlarda, yani bir adı kullanan kimsenin bu adı kullanmaya hakkı olmadığını ileri sürülmesi halinde koruma sağlar. Adının diğer bir kişinin adıyla karışması veya birleşmesi sebebiyle kişisel menfaatlerinin zarar görmesi söz konusu olan kişi, adının diğer kişi tarafından kullanılmayacağı ileri sürerek hakkının tespitini ister. Ancak, adın kullanılmasının çekişmeli olması için üçüncü kişilerce adın kullanımının süreklilik arz etmesi gerekir.³⁹⁴ Adın kullanılmasının başkasının adı ile karışmaya veya birleşmeye sebep oluşu sabit ise, adın kullanılmasının önlenmesi veya son verilmesi de talep edebilir.³⁹⁵ Dava müspet tespit davası şeklinde açılıp, davacının o adı kullanmaya hakkı olduğunun tespiti talep edilebileceği gibi, menfi tespit davası şeklinde açılıp davalının o adı taşımaya hakkı olmadığını tespiti de talep

³⁹³ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.76.

³⁹⁴ Özdemir, s.584.

³⁹⁵ İmre, İsim Hakkı ve Korunması, s.832; İsviçre’de bir derneğin adının diğer bir dernek tarafından aynen alınarak, bunun başına “yeni” ve sonuna “İsviçre” kelimelerinin eklenmesi halinde, iki dernek adının birbirine karışması ve birleşmesi ihtimali ve tehlikesi bulunduğu ve bu sebeple, ilk derneğin açtığı ikinci derneğin bu ismi kullanmasının men’i hakkındaki talep ve davası Federal Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Ibis, s.832, dn.70.

edilebilir.³⁹⁶ Adı üzerindeki hakkı ihlal edilen kişi, MK m.26'da belirtilenler dışında, MK m.25'te düzenlenmiş davaları da açabilecektir.

İkinci olarak, MK m.26, bir kimsenin hakkı olmadığı halde başkasına ait adı kullanması hallerinde (adın gasbı) koruma sağlamaktadır. Boşanmış eşin kocasının soyadını haksız olarak kullanması veya başkasının adının takma ad olarak kullanılması, adın gasbına örnek teşkil eden hallerdir. Kişinin başkasına ait adı, bir eşyayı, ürünü nitelendirmek için kullanması veya marka olarak kullanması hallerinde de adın gasbı söz konusudur.³⁹⁷Burada belirleyici olan husus adın kullanımının haksız olmasıdır.Hoşlanmadığı birini kızdırmak için evcil hayvanına o kişinin adının konulması da adın gasbı niteliğinde kabul edilmektedir.³⁹⁸

Adın gasbı nedeniyle talep ve dava hakkının varlığı için ad sahibinin korunmaya değer maddi veya manevi bir menfaati bulunmalıdır.³⁹⁹Bir kimsenin kullandığı kendine ait adın başkasının hukuka uygun şekilde kazandığı adıyla aynı olması halinde, bu durum karışıklığa yol açsa bile adın gasbı söz konusu olmaz.⁴⁰⁰ Aynı şekilde, başkasına ait adı kullanan kişiye ad sahibi tarafından rıza gösterilmişse veya korunmaya değer daha üstün menfaatleri varsa saldırı oluşmadığı kabul edilir. Kişinin adı üzerindeki hakkı ile sanat özgürlüğünün dengelendiği olayla ilgili bir Fransız mahkeme kararında, yazarın romanının sevimli bir şahsiyetine yaşayan birinin adını vermesinin, adın sahibini zarara uğratmadığı sonucuna varılmıştır.⁴⁰¹

Adı haksız olarak kullanılan kişi, MK m.26/2 uyarınca, haksız kullanan kişinin kusuru aranmaksızın buna son verilmesini, haksız kullanan kusurlu ise ve adın haksız kullanımı sonucu bir zarar meydana gelmişse ayrıca maddi zararının giderilmesini ve uğradığı haksızlığın niteliği gerektiriyorsa manevi tazminat

³⁹⁶Özsunay, s.207; Öztan, s.169.

³⁹⁷ Özsunay, s.205; Öztan, s.169.

³⁹⁸ İmre, İsim Hakkı ve Korunması, s.834.

³⁹⁹ İmre, İsim Hakkı ve Korunması, s.834.

⁴⁰⁰Öztan, s.170.

⁴⁰¹ İmre, İsim Hakkı ve Korunması, s.834; Öztan, s.171.

ödenmesini isteyebilir. MK m.26'da yer verilmemiş olmakla birlikte, bir kimsenin adının haksız olarak kullanılacağına ilişkin ciddi belirtiler varsa, adı haksız olarak kullanma ihtimali olan kişinin kusuru aranmaksızın önleme davası da açılabilir.⁴⁰² Adın korunmasına ilişkin özel hükümde belirtilenler yanında, kuşkusuz kişilik hakkın ihlali halinde MK m.25'te belirtilmiş davalar da açılabilir. Adı koruyan davaları açabilmek için ad sahibinin hukuken korunmaya değer maddi veya manevi bir menfaatinin bulunması ve bu menfaatin ihlal edilmiş olması gerekir. Haksız olarak kullanılan bir ad ile adın belirleyicilik işlevini zayıflatarak karışıklığa neden olmak (iltibas) veya ilişkilerin bulanıklaşması tehlikesinin varlığı korunmaya değer çıkar olarak kabul edilmelidir.⁴⁰³ Adın kullanılmasının çekişmeli olması ve adın haksız olarak kullanılması halleri dışında, adın gülünç duruma düşürülmesi, toplum genelinde yaygın bilinirliğe ulaşmış bir müstear adın, şeref ve haysiyeti ihlal edecek şekilde eleştirilmesi şeklinde veya sair şekillerde gerçekleştirilecek her türlü saldırıya karşı ad MK m.24 çerçevesinde korunur. Bu durumlarda genellikle şeref ve haysiyetin ihlali ve korunması söz konusu olur.⁴⁰⁴

b. Alan Adları İle Adın İhlalinde Ad Üzerindeki Hakkın Korunması

Belli bir ülkeye aidiyeti ifade eden ülke kodlarını içeren alan adlarını tahsis etmekle yetkili ilgili ülkelerin kurumları⁴⁰⁵ bu tür alan adlarını tahsis ederken, alan adı ile başvuru arasında genellikle belirli bir ilişkinin varlığı aramaktadır.⁴⁰⁶ Bu

⁴⁰² Arpacı, s.181, 182; Dural, Ögüz, s.175-176; İmre, İsim Hakkı ve Korunması, s.835; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.131; Helvacı, Gerçek Kişiler, s.182.

⁴⁰³ Özsunay, s.207.

⁴⁰⁴ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.76.

⁴⁰⁵ 5809 sayılı Kanun ile alan adlarının tahsisi görevini üstlenecek kurum ve kuruluşun tespiti ile alan adları yönetimine ilişkin esasları belirleme konularında görevlendirilen ve yetkilendirilen Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı, alan adları tahsisine ilişkin iş ve işlemlerin yürütülmesi görevini Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na (BTK) devretmiştir. 5809 sayılı Kanun'a istinaden yayımlanan İnternet Alan Adları Yönetmeliği, “.tr” uzantılı alan adlarının tahsis politikalarının ve denetiminin “.tr ağ bilgi sistemi” (TRABİS) adı altında oluşturulan sistem nezdinde yapılacağını öngörmektedir. TRABİS'in faaliyete geçmesine kadar ODTÜ'nün alan adı tahsis işlemleri konusundaki yetkisi devam edecektir. Detaylı bilgi için bkz. Bal, s.329.

⁴⁰⁶ Ülke kodu içeren alan adlarının yetkili kuruluşlarca tescili için, ülkeler, başvuru sahiplerinin, talep edilen alan adı ile ilişkisinin mevcut olması gerekliliğine ilişkin kurallar koyabilmektedirler. Alan adı ile başvuru arasında belirli bir ilişkinin varlığı olması gerekliliğiyle seçim serbestisine getirilen kısıtlamanın düzeyi ülkelere göre farklılaşabilmekle birlikte genellikle benimsenmektedir. Sadece çok

uygulama ülke kodu içeren alan adları bakımından oluşabilecek ihtilafları azaltmaktadır. Ülke kodu içermeyen alan adlarının tescilinde ise öncelik ilkesi geçerli olduğundan, kişiler önceden bir başkasına tahsis edilmemiş olması kaydıyla, serbestçe⁴⁰⁷dünyada ve Türkiye’de alan adı vermeye yetkili herhangi bir tescil makamına internet ortamında başvurarak, istedikleri alan adını tescil ettirebilmektedirler.Daha önce değindiğimiz gibi, öncelik ilkesine göre alınan bir alan adı üzerindeki hakkın mutlak kabul edilmesi haksız ve kötü niyetli alan adı tescillerinin meşrulaştırılması gibi kabul edilemez bir sonuç doğuracağından, alan adlarının korunmasında, öncelik ilkesine göre getirilen çözümün hakkaniyete uygunluğunun sağlanabilmesi için hukuken korunan bir hakka sahip olma ve iyi niyet kurallarına aykırı davranmamış olma unsurlarının mevcudiyeti de aranmaktadır.⁴⁰⁸

Bazı hallerde aynı alan adını almak isteyenler aynı derecede hak sahibi olabilmektedirler.Gerçek kişilerin aynı özd ad ve soyadına sahip olmaları mümkün olduğundan, aynı ada sahip kişilerden birinin adını alan adı olarak tescil etmesi halinde, alan adının teknik yapısı nedeniyle, öncelik ilkesine göre davranmaktan başka çare görünmemektedir. Kimi zaman bir gerçek ve bir tüzel kişi veya iki tüzel kişi aynı sözcüğü alan adı olarak almakta eşit derecede hak sahibi olabilir. Bu tür uyumsuzluklarda da öncelik ilkesi gözetilir. Bu konuda özellikle farklı sektörlerin aktörlerinin haklı kullanımlarının, sektörel farklılıkların alan adına yansıtılarak sağlanması gerektiği ileri sürülmektedir.⁴⁰⁹Kullanılan alan adlarından biri iltibas yaratıyorsa ve sahibinin bu yanıltıcı durumu ortadan kaldırma yükümlülüğü tespit

az sayıda ülkede herhangi bir kısıtlama öngörülmeden, serbest model uygulanmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Bal, s.322; Türkiye’de uygulanan katı kısıtlama rejiminin hak ihlallerini önleyici sonucu olduğu yönünde bkz. Ae. s.339 vd. ile Füsün Nomer, s.405.

⁴⁰⁷ Ahlakı aykırı olan alan adlarının tescil talepleri reddedilir. Coğrafi yer adlarının, ülke kodu ile alan adı olarak tescili de genellikle yasaklanmış veya sadece yetkili kişilere tanınmıştır. Füsün Nomer, s.415; Günümüzde, kullanan kimselerin haksız bir avantaj elde etmeleri veya rakip işletmeler karşısında haksız üstünlük sağlamalarına neden olduğu gerekçesiyle alan adı tescili yapılamayan cins ve meslek adlarının, bazı kısıtlamalarla alan adı olarak kullanılabilmesine izin vermek yönünde eğilim mevcuttur. Bal, s.323.

⁴⁰⁸ Memiş, Alan İsmi.

⁴⁰⁹ Yıldırım, s.1032.

edilirse, bu durumda alan adları arasındaki uyuşmazlık buna göre çözümlenebilmektedir.⁴¹⁰

Alan adının bir başkasının hukuki korumaya sahip markası, ticaret unvanı gibi ayırt edici ve tanıtıcı işareti ile aynı olması veya iltibas yaratması halinde, bunlardan her biri kendi hukukuna göre korunacaktır. Buna göre TTK'nun veya Sınai Mülkiyet Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanması söz konusu olur. Ticaret unvanı ve ticari işletme adının alan adı ile ihlali tüzel kişinin kişilik hakkının ihlali sonucunu doğuruyorsa, kişilik hakkını koruyucu hükümlere de başvurulacaktır.

Konumuz bakımından esas önem arz eden ve kişilik hakkını koruyucu hükümleri harekete geçirecek durum, tescil edilen alan adı ile gerçek kişinin adı üzerindeki hakkının ihlali. Bu durum genellikle politikacılar, sanatçılar ve işadamları gibi toplum içinde tanınmış kişilerin adlarıyla ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Bir başkasının adının alan adı olarak tescil edilmesi, tescil edilen alan adının daha sonra adın sahibine satılarak kar elde edilmesi, ünlü kişinin adının çekiciliğinden yararlanarak web sitesine kitleleri yönlendirmek veya bu şekilde kitleleri yönlendirdiği web sitesi aracılığıyla ünlü kişiye karşı karalama kampanyası yürütmek gibi amaçlarla gerçekleştirilmektedir. Genellikle ihlal, tanınmış kişilerin ve daha fazla adı ticari değer taşıyan kişilerin adları üzerindeki hakkın gasbı veya bu adlarla iltibas yaratılması şeklinde meydana gelmesine karşın, sıradan kişilerin adları da aynı şekilde ihlal edilebilir. Bu durumlarda MK m.26 ve diğer kişilik hakkını koruyucu hükümlerle koruma sağlanır. Hakkı ihlal edilenin tanınmış veya sıradan kişi olması, kişilik hakkının korunması bakımından fark yaratmasa da, aşağıda izah edileceği gibi, hakkın korunmasında izlenebilecek yollar bakımından fark yaratır.

⁴¹⁰ Memiş, Alan İsmi; Farklı ayırt edici ad ve işaretlerinin birbirine üstünlüğü kabul edilmediğinden, kötü niyet olmaksızın tesadüfen aynı sözcük grubunun bir gerçek kişinin adı, ticaret unvanı ve alan adı olarak kayıt veya tescil edilmiş olması halinde, somut olayın koşullarına göre menfaat değerlendirmesi yapılarak sonuca varılacaktır. Füsün Nomer, s.411 vd.

Alan adı ile gerçekleşen ihlallerde, somut olayın koşullarına göre ihlal edilen değeri koruyucu hükümler çerçevesinde yetkili ve görevli mahkemeden koruma talep edilir. Ancak internetin sınır tanımayan doğası gereği, çoğu zaman bu tür ihlaller uluslararası nitelik taşımaktadır. Hakkı ihlal edilen birinin, dünyanın herhangi bir yerindeki tescil makamına dava açıp başka bir yerdeki tescil sahibine karşı kararı uygulatabilmesi pratik olarak çok zordur. Alan adlarına ilişkin uyuşmazlıklarda, tahkim yoluna başvurulmaktadır. Tahkim prosedürü, ICANN⁴¹¹ tarafından yetkilendirilmiş kurumlarca⁴¹², ICANN tarafından kabul edilmiş Alan Adı Uyuşmazlıkları Yeknesak Çözüm Kurallarına göre (UDRP – Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy)⁴¹³ yürütülmektedir. Bu kurumlar arasında en fazla WIPO Hakemlik ve Arabuluculuk Merkezi tercih edilmektedir. Tahkim yolu ile uyuşmazlıkların çözümüne, normal bir mahkeme tarafından yapılacak yargılamadan çok daha hızlı ve daha az masrafla ulaşılabilmektedir. Ancak, UDRP m.4a ile internet alan adına ilişkin ICANN tahkimi ticari ve hizmet markalarının aynen veya iltibas yaratacak şekilde haksız ve meşru menfaat olmadan kötü niyetle alan adı olarak tescili halleriyle sınırlanmıştır.⁴¹⁴ Buna göre ticari ve hizmet markalarıyla ilgili diğer uyuşmazlıkların çözümü genel mahkemeler nezdinde sağlanacaktır. Gerçek kişilerin adları üzerindeki hakları bakımından ICANN tahkimine başvuru mümkün olmamakla birlikte, ad üzerindeki hakkın ticari yönü bakımından tahkim usulüne başvurulabilir. Gerçek kişilerin adına ilişkin alan adı uyuşmazlıklarında en önemli kategoriye, müzik, televizyon, film ve spor gibi alanlardaki ticari faaliyetleri ile ünlü kişilerin adları oluşturmaktadır. Marka korumasına odaklı ICANN

⁴¹¹ ICANN – Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (İnternet Tahsisli İsimler ve Numaralar Kuruluşu) 30 Eylül 1998 tarihinde resmi olarak göreve başlayan ICANN, internetin iş dünyası, teknik, akademik ve kullanıcı gruplarının geniş katılımlarını içeren, kar amacı gütmeyen ve özel sektör alanında faaliyet gösteren bir kuruluştur. Detaylı bilgi için bkz. <http://www.icann.org>, Savaş Bozbel, “**İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Korunmasında ICANN Tahkim Usulü**”, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.

⁴¹² ICANN tarafından yetkilendirilmiş beş tane uyuşmazlık çözüm mercii mevcuttur. Bunlar, Asian Domain Name Dispute Resolution Centre (ADNDRC), Czech Arbitration Court Arbitration Center for Internet Disputes (CAC-ACID), National Arbitration Forum (ADRforum), World Intellectual Property Organisation (WIPO) ve Arab Center for Domain Name Dispute Resolution (ACDR) olarak belirlenmiştir. Başvurucular, alan adı kullanımının iptalini, durdurulmasını, devredilmesini veya askıya alınmasını talep edebilirler. (Çevrimiçi) <http://www.icann.org/en/help/dndr/udrp/providers>, 21.07.2013.

⁴¹³ <http://www.icann.org/en/help/dndr/udrp>

⁴¹⁴ <http://www.icann.org/en/help/dndr/udrp/policy>

tahkiminde gerçek kişilerin adının ticari kullanımının korunmasının nedeni, bu kişilerin faaliyetlerinin sahip oldukları adlarla ayırt edilen ve tanıtılan bir ürün veya hizmet gibi değerlendirilmesi ve alanlarındaki faaliyetleri üzerinde adlarının tescilsiz de olsa marka olarak değerlendirilmesidir. Türk hukukunda, genel yargı yoluna başvuru yanında, İnternet Alan Adları Yönetmeliği, alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak Yönetmelikte öngörölmüş Uyuşmazlık Çözüm Hizmet Sağlayıcılarına (UÇHS) başvuru imkanı sağlamaktadır.⁴¹⁵

3. Kitle İletişim Araçları İle Kişinin Adı Üzerindeki Hakkının

İhlali

Kitle iletişim araçları ile kişinin adı üzerindeki hakkının ihlalinin ne şekillerde gerçekleşebileceğine konunun anlatımı esnasına yer verilmiş olduğundan, burada tekrar edilmeyecektir. Ayırt edici ve tanıtıcı ad ve işaretlerin hukuki statüleri ve tescil sistemlerinin birbirinden farklı olmasının, marka, ticari adlar ve gerçek kişilerin adlarının, hak sahibi olmayan üçüncü kişiler tarafından haksız olarak kullanılabilme imkanını ortaya çıkardığını, internet teknolojisinin bu durumu güçlendirdiğini belirtmek gerekir. Çeşitli içerik paylaşımları ile adın ihlali gerçekleşebileceği gibi, başkasına ait ad ve ticaret unvanının gerçek hak sahibine satılmak üzere alan adı olarak tescil edilmesi (cybersquatting) gibi internete özgü ihlal çeşitleri de ortaya çıkmış ve çoğalmaktadır.

D. Kişinin Sesi, Konuşması, Yazısı ve Resmi Üzerindeki Hakları

Kişinin sesi, konuşması, yazıları ve resimleri kişilik hakkına ilişkin hükümlerin koruması altındadır. Daha önce de değinildiği gibi kişilik hakkı kapsamındaki değerlerin kesin şekilde sınıflandırılması ve sayılması mümkün değildir. Yapay sınıflandırmalarda da, bir kişisel değer bir diğerinin unsuru veya görünümü niteliğinde olduğu görülür. Kişinin sesi, yazıları, mektupları, anıları ve

⁴¹⁵ Sadece ülke kodu alan adları bakımından düzenleme içeren Yönetmelik uyarınca UÇHS'na başvuru, alan adının, başvuru sahibinin sahip olduğu veya ticarete kullandığı marka, ticaret unvanı, işletme adı veya tanıtıcı işaretlerle benzer ya da aynı olması durumunda mümkündür.

resimleri ayrı birer kişisel değer olmalarına karşın, duruma göre özel yaşam kapsamında değerlendirilebilmeleri veya ihlallerinin şeref ve haysiyetin ihlali niteliğinde olması mümkündür. Aynı şekilde anılan değerlerin belirli bir ivaz karşılığında kullanımının devredilmesi ile ticari kişilik hakkı olarak değerlendirilmeleri de söz konusu olabilir. Bu bölümde ele alınan kişisel değerlerin korunmasında, kişilik hakkına ilişkin hükümlerle fikri haklara ilişkin hükümlerin keşiştiği görülür.⁴¹⁶Konuyla ilgili bazı açıklamaların ortak özellik arz etmesi sebebiyle anılan kişisel değerlerin aynı başlık altında ele alınması uygun görülmüştür.

⁴¹⁶ Aşağıda değinilecek FSEK m.85, 86 ve 87. maddeleri, çerçeve hükümlerle düzenlenmiş kişilik hakkına ilişkin özel düzenlemeler niteliğinde kabul edilmektedir. Eser sahibinin manevi hakları (eserin umum arz hakkı, eser sahibi olarak belirtilme hakkı, eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkı ve esere ulaşma hakkı) ile kişilik hakkının keşişip keşişmediği ve dolayısıyla eser sahibinin manevi haklarının kişilik hakkı kapsamında ele alınıp alınmayacağı konusunda tartışma mevcuttur. Bu konudaki birinci görüş uyarınca, manevi hakların kişilik hakkı gibi ölümle sona ermediği ve mali haklarla iç içe geçmiş olduğu noktasından hareket edilerek, eser sahibinin manevi haklarının kişilik hakkından farklı olduğunu ileri sürülmektedir. (Cahit Suluk, Ali Orhan: **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku**, İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, 2005, s.102, dn.1’de anılan Ayiter, s.110, Erel, s.11-13). İkinci görüşe göreyse, manevi haklar eser sahibinin kişiliğine ilişkin haklardır ve kişilik hakkı içinde mütalaa edilebilir. (Suluk, Orhan, s.102, dn.2’de anılan Yarsuvat, s.110, Okutan, s.233; Aksu, s.125, dn.14’te anılan Arslanlı, s.79, Akkanat, s.133-134; İmre, İsim Hakkı ve Korunması, s.799) İsviçre, Alman ve Fransız hukuklarında da eser sahibinin manevi hakları kişilik hakkının özel bir görünümü olarak kabul edilmektedir. Alman hukukunda fikri hak yararlanma hakları, eser yaratıcısı kişilik hakları ve diğer haklar olarak ayrılmaktadır Suluk, Orhan, s.102, dn.3’te anılan Okutan, s.234; Aksu, s.124, dn.12 ve s.125, dn.14.)

İki hak kısaca karşılaştırıldığında şu hususlar tespit edilir. Her kişinin doğumla kazandığı bir kişilik hakkı vardır. Fikri haklar ise eserin meydana gelmesi fiiliyle doğduğundan her kişinin fikri hakkı yoktur. Kişilik hakkı sahibinin ölümü ile sona ererken, eser sahibinin manevi hakları ölümle sona ermez. Bunlar da kişilik hakkı gibi mirasla intikal etmezler ancak ölüm sonrası FSEK ile belirtilen kişiler veya mirasçılar tarafından kullanılırlar. Kişilik hakkı kapsamında korunan kişisel değerler öncelikle kişiliği korumaya yönelir ve sınırlı sayı prensibine tabi değildir. Eser sahibinin manevi hakları sınırlı sayı prensibine tabidir ve öncelikle yaratılan eseri, eserden dolayı da eseri yaratana korur. Dolayısıyla kişilik hakkının ihlalinde bağlantı noktası kişilik iken, eser sahibinin manevi haklarının ihlalinde bağlantı noktası eserdir. Her iki hak da manevi çıkarları korur. Ancak eser sahibinin korunan manevi hakları kişilik hakkının koruduğu değerlerle her zaman örtüşmez. Dolayısıyla eser sahibinin korunan her manevi hakkı kişilik hakkı olmadığından, eserle ilgili her manevi hakkın ihlali de kişilik hakkı ihlali değildir. Yargıtay uygulamalarına bakıldığında, Yargıtayın da iki hakkı ayrı değerlendirdiği BK m.49’u FSEK m.70’in bir tamamlayıcısı olarak görmediği, iki hükmün yaptırma bağladığı menfaatlerin birbirinden farklı olduğu sonucuna vardığı görülmektedir (YİBK 18.2.1981T., 1980/1E., ve 1981/2K.). Ancak bazı hallerde iki hakkın örtüşmesi, korunan manevi hakların kişilik hakkının bir görünümünü oluşturması mümkündür. Bu durumda eser sahibinin kişilik hakkını koruyucu hükümlere de dayanması mümkündür. Eser sahibinin veya ölümünden sonra yakınlarının, koşulları dairesinde kişiliği koruyucu hükümlerden yararlanması şüphesiz her zaman mümkündür. Sonuç olarak, kişilik hakkı ile eser sahibinin manevi haklarının, zaman zaman örtüşebilen ancak farklı haklar olduğu sonucuna varılmalıdır. (Bu bölüm için yararlanılan kaynaklar, FSEK, Aksu, s.131 vd., Tekinalp, s.150 vd., Velidedeoğlu, s.105, Ünsal Piroğlu, “Eserden Doğan Manevi Haklar Tazminatı ve Kişilik Hakkıyla İlişkisi”, **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan**, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2003.)

1. Kişinin Sesi, Konuşması, Yazıları ve Resmi Üzerindeki Hakkı

a. Kişinin Sesi ve Konuşması

Kişinin duygu ve düşüncelerini dile getirdiği her çeşit konuşması veya özel bir amaca yönelik çıkardığı sesler, kişilik hakkına ilişkin hükümlerin koruması altındadır. Bu kişisel değerlerin manevi değer olarak MK m.24 ile korunması, genellikle başka bir kişisel değer ihlali ile birlikte ihlal edilmeleri halinde söz konusu olmaktadır. Örneğin kişinin taklit yaparken çıkardığı seslerin kaydının veya başka biri ile yaptığı özel bir konuşmanın kamuya açıklanması hallerinde, kişinin sesi veya konuşması bağımsız kişisel değerler olmasına karşın özel hayatın veya şeref ve haysiyetin ihlalinin unsuru olarak ses veya konuşmadan bahsedilebilecektir.⁴¹⁷

Kişilik hakkı olarak kişinin özellikle sesinin bağımsız olarak ihlalinin daha çok kişilik hakkının ticari yönü olarak değerlendirilen katmanında sonuç doğuracağı kanaatindeyiz. Örneğin bir ses veya seslendirme sanatçısının ayırt edilebilir sesinin izni olmadan bir reklamda, bir radyo veya televizyon programında kullanılması halinde, kişisel değer olarak ses üzerindeki hakkın ihlali gerçekleştiğinden, manevi bir hakkın ihlali söz konusu olmakla birlikte, çoğu zaman ticari kişilik hakkının ihlali ve sebepsiz zenginleşme talebi de gündeme gelecektir.

b. Kişinin Yazıları

Kişiliğin ifade biçimlerini oluşturan kişinin yazıları da, özellikle mektupları ve anıları, kişilik hakkı kapsamındadır. Kişiler mektuplarında, anılarını içeren yazılarında⁴¹⁸, kendi iç dünyalarıyla ve hayatlarıyla ilgili, başkalarının bilmelerini istemeyecekleri bilgileri, çeşitli konulardaki duygu ve düşüncelerini ifade ederken,

⁴¹⁷ Kişinin sesinin, koşullara göre marka veya eser olarak korunması veya eser niteliğinde olmayan ses veya konuşmayı, bunları nakle yarayan bir alet üzerine tespit eden veya ticari maksatlarla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimsenin, aynı sesin çoğaltılmasını veya yayımlanmasını haksız rekabet esasına dayalı olarak FSEK m.84 uyarınca yasaklayabilmesi konumuz dışındadır.

⁴¹⁸ Anıların kişisel değer olarak korunması için yazılı olmaları gerekli değildir. Kişinin anıları, yaşam öyküsü üzerindeki hak kapsamında korunabilmektedir.

bunların özel yaşamlarının sınırları içinde kalması iradesiyle hareket ederler. Dolayısıyla aslında kişinin mektupları ve anıları özel yaşamlarının bir parçasıdır.

c.Kişinin Resmi ya da Görüntüsü

Kişinin resmi üzerindeki hakkı, kitle iletişim araçlarıyla sıklıkla ihlal edilen kişisel değerlerinden biridir. Resim, bir kimseyi başkaları için tanınabilir kılan her çeşit dış görünüş⁴¹⁹olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla kişinin birebir fotoğrafı değil onun tanınmasını sağlayan her türlü görüntü resim hakkı kapsamında kabul edileceğinden, aslında resim hakkından değil görüntü hakkından bahsetmek daha doğrudur.Resim fotoğraf makinesi ile çekilmiş veya bir ressam tarafından çizilmiş olabileceği gibi, kişinin kamerayla kaydedilmiş görüntüsü, karikatürü veya büstü de resim kavramına dahildir.⁴²⁰ Kısacası, kişinin dış dünyada tanınmasını sağlayan her türlü görüntüsü resim kapsamındadır. Kişinin görsel olarak değil de sözle tasvir edilmesi hallerinde, resim kavramının aşırı geniş yorumlanması suretiyle resim üzerindeki hakkın ihlalden bahsetmek mümkün değildir.⁴²¹

2. Kişinin Sesi, Konuşması, Yazıları ve Resmi Üzerindeki Haklarının Korunması

Ses, konuşma, yazı ve resim, kişilik hakkını koruyucu genel hükümler yanında FSEK m.84, 85, 86 ve 87. maddeleri ile de korunmaktadır. Sese ve konuşmaya ilişkin FSEK m.84⁴²² ile öngörölmüş haksız rekabet yasağı ilkesine dayanan korumanın konusu ve amacı eser niteliğinde olmayan, FSEK'in ilgili hükümleri ya da Sınai Mülkiyet Kanunu kapsamında korunmayan işaret, resim ve

⁴¹⁹ Özsunay, s.144, dn.101'de anılan Hubmann, Das Persönlichkeitrecht, s.260

⁴²⁰ Özsunay, s.144; Helvacı, Koruyucu Davalar, s.72; Suluk, Orhan, s.466; Heykel konusunda farklı görüşler için bkz. Helvacı, Koruyucu Davalar, s.73

⁴²¹ Bu durumda, örneğin bir roman yazarının kurduğı cümlelerle ve benzetmelerle bir kişiyi tasvir etmesi halinde, şeref ve haysiyet ile özel yaşamın gizliliğinin ihlali söz konusu olabilir. Bellican, s.545-546.

⁴²² FSEK m.84: "1.Bir işareti, resim veya sesi, bunları nakle yarıyan bir alet üzerine tesbit eden veya ticari maksatlarla haklı olarak çoğaltan yahut yayan kimse, aynı işaretin, resmin veya sesin 3 üncü bir kişi tarafından aynı vasıttan faydalanılmak suretiyle çoğaltılmasını veya yayımlanmasını menedebilir. 2.Tecavüz eden tacir olmasa bile birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabete mütaallik hükümler uygulanır. 3.Eser mahiyetinde olmayan her nevi fotoğraflar, benzer usullerle tesbit edilen resimler ve sinema mahsulleri hakkında da bu madde hükmü uygulanır."

sesle ilgili yapımcıların emeğinden başkalarının yararlanmasını engellemek suretiyle yapımcıların menfaatlerine koruma sağlamaktır.⁴²³Kişinin sesi ve konuşması üzerindeki hakkıyla ilgili kişilik hakkına ilişkin genel hükümler uygulanacak olup, bunlar eser niteliği taşımadıkça FSEK'in bu konuda etkisi olmadığından, anılan kişisel değerlerle ilgili daha fazla açıklamaya yer verilmeyecektir.

Eser niteliğindeki fikri ürünlerin türüne göre FSEK'in koruyucu hükümleri uygulanmaktadır. Eser niteliğini taşımayan mektuplar, anılar ve resimler ise, esasen fikri mülkiyetten ziyade kişilik hakkının konusunu oluşturur. Eser niteliğini taşınamalarına rağmen, nitelikçe esere yakın bulunarak FSEK çerçevesinde anılan kişisel değerlerin korunmasına ilişkin hükümler doktrinde Medeni Kanun'da yer alan kişiliğin korunmasına ilişkin genel hükmün bir uzantısı niteliğinde veya özel uygulama biçimleri olarak kabul edilmektedir.⁴²⁴Gerek ilgili her iki maddenin de son fıkralarında MK m.24 ile bağlantı kurulması gerekse Yargıtay uygulaması⁴²⁵ bu hususu ortaya koymaktadır.

a. Kişinin Yazıları Üzerindeki Hakkının Korunması

FSEK m.85/1, eser mahiyetinde olmasa bile, mektup, hatıra ve buna benzer yazıların, yazarların ve bunlar ölmüş ise yakınlarının izni olmadan yayımlanamayacağını hüküm altına almıştır. Yazarın ölümünden itibaren on yıl geçmişse artık bu izin şartının aranmayacağı da aynı hüküm fıkrasında düzenlenmiştir.Mektupların yayınlanabilmesi için, mektubun yazarının yanında gönderildiği kimsenin, bunlar ölmüşse yakınlarının izninin alınması gerekmektedir.⁴²⁶Mektubun izin almadan yayımlanabilmesi için mektubu hem yazarın hem de muhatabın ölmesi ve son ölenin ölümünün üzerinden on yıl geçmiş

⁴²³ Hüseyin Cem Çöl: "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na Göre Eser Dışında Koruma Konuları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 52, S. 4, Yıl 2003, s.372.

⁴²⁴ Suluk, Orhan, s.466; Çöl, s.384.

⁴²⁵ "...Yasa koyucu, bazı özel durumlarda, kişisel değer ne olduğunu açıkça belirlemektedir. Örneğin FSEK'nun 86. maddesinde "eser niteliğinde olmasalar bile kişinin resmini kişisel değer" olarak kabul etmiştir..." YHGK 03.10.1990, 1990/4-275E. 1990/459Kwww.hukuki.net, 15.11.2015.

⁴²⁶ Özsunay, s.143; Mektupla ilgili düzenlemelerin gönderilmemiş mektupları da kapsayacağı belirtilmektedir. Çöl, s.377.

olması gerekmektedir.⁴²⁷Doktrinde, FSEK m.85/1'demektup ve hatıra yanında yer alan 'bunlara benzer yazılar' ibresinin hükmün geniş yorumlanmasına imkansızladığı, bu bağlamda tespit edilmiş sözlerin, günlüklerin ve elektronik posta içeriklerinin de madde kapsamında değerlendirilebileceği ileri sürülmektedir.⁴²⁸

Mektup, hatıra ve benzeri yazılar yukarıda belirtilmiş esaslara aykırı şekilde yayımlanırsa, bu yazıları yayımlayan kişiler hakkında,Borçlar Kanununun manevi tazminata ilişkin 58. maddesi ve TCK'nun ilgili hükümlerininuygulanacağı hükme bağlanmıştır (FSEK m.85/3).FSEK m.85/son fıkrası ile yayım yasaya uygun olarak yapılmış olsa dahiMK m.24'ün saklı olduğunu hüküm altına alarak, kişilik hakkına ilişkin genel nitelikli hükümlerin uygulama alanı bulacağını ifade etmiştir. Örneğin izin alarak yayımlanan bir anı kitabında, bir kimsenin gizli sevgilisinin adının ifşa edilmesi caiz değildir.⁴²⁹ Bu düzenleme olmasaydı bile, kişinin mektup, anı ve benzeri yazılarının yayımlanması, özel yaşamın, şeref, haysiyet ve şöhretin, haberleşmeye saygı hakkının ya da başka bir kişisel değerini ihlalini oluşturması halinde, şüphesiz kişilik hakkını koruyucu hükümler uygulanacaktı.

Kişinin mektupları, anıları ve diğer yazılarına ilişkin FSEK m.85 ile korumanın sağlanması için, bu tür çalışmaların mutlaka yazılı olması gerekmeyeceği yönünde zamana uygun genişletici yorum yapmanın mümkün olduğu, kişinin yazılı ya da görüntülü olarak tespit edilmiş hayat hikayesinin bu hüküm çerçevesinde korunabileceği yönünde görüşler mevcuttur. Bu yorumu amaca uygun kabul etmekle birlikte, ilgili maddenin yazılılığa yaptığı vurgu nedeniyle kişinin görüntülü olarak tespit edilmiş hayat hikayesinin daha ziyade FSEK m.84 çerçevesinde korunabileceği kanaatindeyiz.

⁴²⁷ Toplum tarafından tanınan kişilerin özel dünyalarının zaman geçtikten sonra topluma aktarılmasının yaşadıkları dönemin anlaşılabilirliği ve yorumlanabilirliği için gerekli bulunduğu ve ölümlerinden itibaren on yıl geçtikten sonra yapılacak açıklamaların bu kişiler açısından sakınca doğurmayacağı düşüncesinden hareketle bu hükmün sevk edildiği belirtilmektedir. Ünal Tekinalp, s.273; Tarihsel olayların anlatımında, özellikle kamuya mal olmuş kişilerle ilgili yazılarda, tarihsel gerçeklerin bilinmesine ilişkin genel çıkar ile özel yaşama saygı ilkesi karşı karşıya geldiğinden bu iki çıkarın özenli bir şekilde dengelenmesi gerektiği belirtilmektedir. Özsunay, s.143.

⁴²⁸ Çöl, s.375.

⁴²⁹ Özsunay, s.143.

b. Kişinin Resmi Üzerindeki Hakkının Korunması

Türk hukukundaki kişinin resmi üzerindeki hakkı kişilik hakkı olarak kabul edilmektedir.⁴³⁰ Resim üzerindeki hakla ilgili, kişilik hakkını koruyucu hükümler yanında, eser niteliğini taşımasa bile resim ve portrenin, bunlarda tasvir edilenin veya tasvir edilen ölmüşse yakınlarının onayı olmadan⁴³¹ teşhir veya diğer suretlerle umuma sunulamayacağını hükme bağlayan FSEK m.86 mevcuttur.FSEK m.86,resim, portre veya fotoğrafın eser niteliğini değil, bunlarda tasvir edilen kimsenin kişilik hakkını korumayı amaçlamaktadır.⁴³²Bu koruma resim veya portre sahibinin ölümünden itibaren on yıllık bir süre ile sınırlıdır. Doktrinde, FSEK m.86 kapsamındaki resim ve portrelerde, tasvir edilen kişinin gerçek kişi olması, tasvirin gerçek kişinin dış görünüşüne ilişkin olması ve tasvirin tasvir edilenin tanınmasına imkan vermesi⁴³³unsurlarının bulunması gerektiği belirlenmiştir.⁴³⁴

Resim üzerindeki hakkın kişilik hakkı olarak kabul edildiği Alman hukukunda da, ilgilinin izni alınmaksızın resminin çekilmesi, alınması, yayınlanması ya da kamunun ilgisine sunulması yasaklanmıştır Alman Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun (KUG) 22. maddesi kişinin resmi üzerinde bağımsız bir hakkının varlığını kabul ederek resmin rıza dışında yayımını yasaklamaktadır.⁴³⁵ İsviçre 1922 tarihli Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (URG), resim üzerindeki hakka değinmeden,

⁴³⁰ Kılıçoğlu, s.106.

⁴³¹ Velidedeoğlu, s.125, dn. 67'de anılan İsviçre Federal Mahkemesi kararına göre, tanınmış müteveffa ressamı ölüm yatağında gösteren bir tablonun hayatta bulunan karısından izin alınmaksızın teşhir olunmasının, kadının kişilik hakkını ihlal ettiği neticesine varılmıştır. (JT. 1945, s.24.)

⁴³² Tekinalp, Fikri Mülkiyet, s.274.

⁴³³ Bu unsurla ilgili olarak, tasvirin, tasvir edilen kişiye benzemesi değil, olağan ve dikkatli bir inceleme sonucu tasvir edilenle bağlantı kurulması imkanı vermesinin yeterli olduğu ileri sürülmektedir. Ayrıca, konuyla ilgili olarak, olağan bir inceleme ve dikkat sonucu sahibi belirlenebiliyorsa resmedilmiş bir uzvun da koruma kapsamına girebileceği ileri sürülmektedir. Bkz, Çöl, s.380 ve Suluk, Orhan, s.466. Bu yaklaşımları makul bulmakla birlikte, 'olağan ve dikkatli bir inceleme sonucu tasvir edilenle bağlantı kurulması imkanı'nın kişisel hassasiyetlerle ve sübjektif ölçülerle değil olabildiğince objektif ölçülere uygun değerlendirme yapılarak tespit edilmesinin sanat özgürlüğünün sınırlanması ve sansür tehlikelerine karşı bir tedbir olduğunu hatırlatmak isteriz. Resmedilmiş uzuvların korunması konusunda da, bazı kişilerin belirli uzuvları ile şöhret kazanabildikleri veya şöhretlerini korumak için bazı uzuvlarını devamlı ön plana çıkarabildikleri, bu uzuvlarını astronomik rakamlar karşılığında sigorta güvencesi altına alabildikleri bilinmektedir. Bu gibi hallerde uzuvların kişiyi tanıtıcı etkisinden bahsedilebilir ve resmedilmiş sahibi tanınabilir uzuvların kanunun korunması altında olduğu ileri sürülebilir.

⁴³⁴ Çöl, s.379-380.

⁴³⁵ Kılıçoğlu, s.105, dn.168; Özsunay, s.145.

35. maddesinde sipariş verilen resimlerin rıza dışında yayımının yasak olduğunu belirtmekle yetinmiştir. Alman öğretisinin etkisindeki İsviçreli hukukçuların çoğunluğu resim hakkının bağımsız bir kişilik hakkı olduğunu kabul ederken, bir kısmı resmin yayımının şeref ve haysiyet veya özel yaşamdan bağımsız olarak kişiyi küçük düşürücü nitelik taşıması gerektiği görüşündedirler.⁴³⁶

Eser niteliğini taşımayan resim ve portreler ile eser niteliğinde olanlar arasında koruma bakımından FSEK m.86'nın bir fark gözetmediği görülmektedir. Eser niteliğindeki resim ve portreler üzerinde hem tasvir edilenin hem eser sahibinin hakları mevcut olmasına karşın, eser sahibinin eseri teşhir edebilmesi, maddede öngörülen izin şartının gerçekleşmesine bağlıdır. Kişilik hakkının eser sahibinin haklarına bu şekilde üstün tutulması doktrinde eleştirilmekte ve kişilik hakkı gibi eser sahibini haklarının da mutlak haklar olduğu ileri sürülerek, hakların bağdaştırılmasını sağlayacak bir düzenlemenin daha uygun olacağı ileri sürülmektedir.⁴³⁷Profesyonel olarak yapılan işlerde resim ve portrenin teşhiri konusunda, tasvir edilenle eser sahibi arasında, muhtemelen bir sözleşme mevcut bulunacağından ve uyumsuzluk halinde sözleşme hükümlerine başvurulacağından, kanun koyucunun kişilik hakkına üstünlük tanıyan düzenlemesinin diğer tarafların mağduriyetine neden olacağı her koşulda ileri sürülemez. Ayrıca, eser niteliğindeki bir resmin tasvir edilen tarafından kullanılması, tasvir edilenin kendi çevresindeki amaca uygun kullanımı dışında, eser sahibinin iznine bağlı olduğundan, tarafların menfaatlerinin dengelendiği ileri sürülebilir.⁴³⁸

Kural olarak,kişinin açık veya örtülü geçerli rızasının bulunmaksızın resminin yayınlanması, çoğaltılması ve başkaları tarafından kullanılmasıFSEK m.86'nın ihlali

⁴³⁶ Kılıçoğlu, s.105, dn.168.

⁴³⁷ Çöl, s.381, dn.61'de anılan Ayiter ve Erel.

⁴³⁸ Tekinalp, s.274; Sipariş üzerine yapılan resim veya portreler bu kuralın istisnasını oluşturur. Resmin siparişini veren, tasvir edilen veya bunların mirasçıları, aksi kararlaştırılmamışsa, eser sahibinden izin almadan bu resimden veya portreden fotoğraf alırtabilirler (FSEK m.87/1). Hüküm belirtilen kişilere sadece fotoğraf alabilme hakkı tanımakta olup, bu kişilerin eseri çoğaltma hakkı bulunmamaktadır.(FSEK m.87/2). Sipariş üzerine yapılan eserin ticari yönünün ağır bastığı ve resim ya da portre ile tasvir edilen kişi arasında aidiyet ilişkisi kurulduğu düşüncesiyle sayılan kişilere fotoğraf alma hakkı tanındığı belirtilmektedir. Tekinalp, s.275.

yanında, kişilik hakkına saldırı niteliği taşır.⁴³⁹Gerek izin alarak gerekse koruma süresinin bitiminden sonra teşhir ve umuma arz edilen resimler bakımından, kişilik hakkına saldırı niteliğini taşıyan unsurların mevcudiyeti halinde, kişilik hakkının genel hükümler çerçevesinde korunması gündeme gelecektir.Kural izin almak olmakla birlikte, bazı hallerde resim veya portrenin umuma sunulmasında izin şartı aranmaz. Bu haller FSEK m.86 ile belirlenmiştir. Buna göre, memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimleri, tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimler ile günlük hadiselere müteallik resimlerle radyo ve film haberleri için izin almak şart değildir.FSEK m.86/1’de ülkenin siyasi ve sosyal hayatında rol oynayan kimseler denilmişse de, halka sunulan resimlerin ifade ettiği hal ve hareketleri meslek edinmiş kimseler görüntülerinin halka sunulmasına izin vermediklerini ileri sürerek hukuka aykırılık iddiasında bulunamayacaklardır.⁴⁴⁰ Sinema ve ses sanatçıları, sporcular, işadamları ve özellikle politikacılar ilk gruba girer. Bu gruptaki kişilerin resminin yayınlanması için özel izin gerekli olmasa da, bu resimlerin kullanılmasının başka kişilik değerlerinin ihlaline yol açmamasına dikkat edilmeli, resmin kullanımının zaman ve konu bakımından ölçülü olması gözetilmelidir.⁴⁴¹Resmin yayımlanması için izin almanın gerekli olmadığı bu hallerde, yayım amacını aşmamalı, özel hayata, şeref ve haysiyete veya kişinin ticari veya siyasi kişiliğine saldırıya dönüşmemelidir. Resme ilgili kişiyi toplum nezdinde küçük düşüren birtakım unsurlar eklenmişse hukuka aykırılık gerçekleşir.⁴⁴²

İzin almanın gerekli olmadığı diğer hallerde, görüntülenen kişilerin topluma mal olmaları gerekliliğine ilişkin şartı bulunmamaktadır. Ancak bu hallerde de görüntüleme kanununun amacını aşmamalı,yayım sosyal gereklilik unsuru taşımalıdır.⁴⁴³ Örneğin toplumsal bir olayla ilgili olarak bir topluluğun

⁴³⁹ Doktrinde fotomodel ve manken gibi meslekleri gereği ücret karşılığı poz veren kişilerin, bu resimlerin yayımlanmasına örtülü olarak izin vermiş oldukları savunulmaktadır. Çöl, s.382, dn.62.

⁴⁴⁰ Arpacı, s.131. Arpacı, aksinin kabulünün MK m.2/2 hükmüne ters düşeceğini belirterek, bir dansözün dans ederken çekilen resminin yayınlanmasını örnek olarak vermektedir.

⁴⁴¹ Özsunay, s.147.

⁴⁴² Arpacı, s.131.

⁴⁴³ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.69.

görüntülediği bir resimde amaç olayın nakledilmesi olduğundan, sadece ilgilinin resmini alıp topluma sunma amacı taşıyan hareketler FSEK m.86 ile meşrulaştırılmaz.⁴⁴⁴ Bu düzenleme ile halkın toplumsal yaşam bakımından önemli olayları öğrenme hakkı ile kişinin resmi üzerindeki hakkı arasında denge kurulması amaçlanmıştır. Bazen kamu yararı da izin almadan resmin teşhir edilmesinde hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırmaktadır (FSEK m.30). Polis tarafından aranan bir suçlunun fotoğrafının çoğaltılması veya kayıp insanların fotoğraflarının umuma sunulması bu kapsamda değerlendirilebilir.

Hükmün ihlali halinde, BK m.58 ile koşulları varsa TCK'nun ilgili hükümleri uygulanır (FSEK m.86/2). Yasaya uygun olarak yapılan yayımlarda da kişilik hakkı ihlalinin gerçekleşmesi halinde MK m.24'ün uygulanması söz konusu olacaktır (FSEK m.86/4). Örneğin, ilgililerden izin alınarak gerçekleştirilen yayın sırasında görüntüyü komik, utanç verici ve benzeri şekillere sokacak bir takım değişiklikler yaparak umuma arz sağlanırsa, verilen iznin sınırları aşılmış ve kişilik hakkı ihlal edilmiş olur. Aynı şekilde, yayımlanmasına izin verilen görüntü ticari, siyasi veya reklam amacıyla kullanılırsa yine kişilik hakkının ihlali gerçekleşir.⁴⁴⁵ Son olarak, kişinin görüntüsü kişi hakkında bilgi sağladığından, kişinin resminin kullanılmasının özel yaşam kapsamında değerlendirilebildiği veya şöhretine zarar verdiği durumlarda bu hakkın AIHM tarafından insan hakkı olarak değerlendirilerek korunduğu da belirtilmelidir.⁴⁴⁶

⁴⁴⁴ Arpacı, s.131, dn.92'de anılan Hubmann, s.301.

⁴⁴⁵ Amerikan uygulamasında, bir sigorta şirketinin hayat sigortası reklamında, hasta görüntülü bir kişinin yanında, bir başkasının resmini onun izni dışında yayınlaması ve davacının resminin altına da "sağlıklı ve verimli yıllarımda kendimi sigorta ettirmiştim" cümlesinin konulması, kişilik hakkına çok ciddi bir saldırı olarak nitelendirilmiştir. Özsunay, s.148, dn.110'da yer verilen Pavesich v. New England Life Ins. Co. olayı; Alman hukukunda da, Federal Mahkemenin 18.3.1959 tarihli kararı ile ses yıldız Caterina Valente'nin resminin izin ve rızası dışında, bir diş protezi temizleyicisinin (Kukident) reklamında kullanılması, kişilik hakkına bir saldırı olarak kabul edilmiştir. Özsunay, s.148, dn.111'de yer verilen BGHZ 30, 7. Ayrıca Kötz, Deliktsrecht, s.267; "Meşhur bir şahsiyetin isminin ve resminin bir marka olarak ticaret siciline tescil ettirilmiş olması, şahsi menfaatlerin veya ismin ihlali mahiyetini taşıyorsa, onu tescil ettirene, bu markayı kullanmak hususunda bir talep hakkı vermez....." Zürih Yüksek Mahkemesi kararı. Weiss II, 168) Velidedeoğlu, s.124, dn.66'da yer verilen Zürih Yüksek Mahkemesi kararı.

⁴⁴⁶ Arslan Öncü, s.189, dn.405'te anılan Von Hannover v. Germany, (App. No. 59320/00), Judgment of the ECHR of 24 June 2004 para.50; Schüssel v. Austria (App. 42409/98) Admissibility Decision of the ECHR of 21 February 2002; Sciacca v. Italy, (App. No. 50774/99), Judgment of the ECHR of 11

3. Kişinin Sesi ve Konuşması, Yazıları ve Resmi Üzerindeki Haklarının Kitle İletişim Araçlarıyla İhlali

a. Kişinin Sesi ve Konuşması Üzerindeki Haklarının Kitle İletişim Araçlarıyla İhlali

Kişinin sesi veya bir konuşmasının rızası dışında herhangi bir kitle iletişim aracı ile yayınlanması/yayımlanması hukuka aykırıdır ve hukuki sonuçları yanında cezai sonuçlar da doğurur. Örneğin bir telefon konuşmasının kişinin bilgisi ve rızası dışında kayda alınıp yayınlanması kişilik hakkını ihlal etmek yanında suç teşkil eder.

Bir ses sanatçısının sesinin veya konuşmasının ticari bir reklamda kullanılması örneğinde olduğu gibi, kişinin ayırt edilebilir sesi üzerindeki hakkının bağımsız olarak ihlali daha çok kişilik hakkının ticari yönü bakımından ciddi sonuçlar doğurur. Bu konuda, oldukça ünlü, “taklitçiler davası” olarak adlandırılan iki dava zikredilebilir. Her iki davada⁴⁴⁷ da reklamcılar, ünlü sanatçılar Bette Midler ve Tom Waits’e iki önemli üretici için reklam cıngıllarında özgün seslerinin kullanılmasını teklif etmişler ve her iki sanatçı tarafından da reddedilmişlerdir. Reklamcıların, Bette Midler ve Tom Waits’in stilini ve vokal tınısını yineleyen benzer sesli sanatçılar bularak reklam cıngıllarında kullanmaları üzerine, Midler ve Waits tanıtım hakkı esasına dayanarak mahkemeye başvurular. Bu davalarda Midler lehine \$400.000 ve Waits lehine \$2.500.000 tazminata hükmedilmiştir.

b. Kişinin Yazıları Üzerindeki Hakkının Kitle İletişim Araçlarıyla İhlali

Kişinin mektupları, anıları ve diğer yazıları özel yaşam alanına dahildir ve iradesi dışında kamuya açıklanamaz. Toplum tarafından ilgi duyulan tanınmış kişilerin elektronik posta yoluyla gönderdikleri mesajların, mektupların, günlüklerin kitle iletişim araçlarıyla ifşa edilmesi, kişinin yazıları üzerindeki hakkının ihlaline örnek teşkil etmektedir. Bir yazarın kendisine gönderilen mektupları, gönderenlerin

January 2005, para.29; Reklos and Davourlis v. Greece, (App. No. 1234/05), Judgment of the ECHR of 15 January 2009, par.40.

⁴⁴⁷ Midler v. Ford Motor Co. 849 F.2d 460 (9th Cir. 1989) ve Waits v. Frito-Lay, Inc. 978 F.2d 1093 (9th Cir. 1992), (Çevrimiçi), <http://rightofpublicity.com/brief-history-of-rop>, 22.03.2012

iznini almadan kitap haline getirip yayımlaması veya günlük bir gazetede ki köşe yazılarına aktarması ya da tanınmış iki yazarın birbirlerine yazdıkları mektupların ele geçirilip izinsiz olarak kitap haline getirilip yayımlanması örneklerinde de hem FSEK m.85 hem de kişilik hakkı ihlal edilmektedir.

c. Kişinin Resmi Üzerindeki Hakkının Kitle İletişim Araçlarıyla İhlali

Kamuyu ilgilendiren olaylarda yasal düzenlemeler ifade özgürlüğü veya kimi hallerde sanat özgürlüğü lehine kişilerin görüntülerinin rızaları alınmadan yayınlanması konusunda meşru zemin sağlasa da, kural her insanın görüntüsünün yayınlanması konusunda karar vermeye münhasıran yetkili olmasıdır.⁴⁴⁸Görüntüsü yayınlanacak kişinin, ilgili yayın için özel, hukuka uygun,⁴⁴⁹ yayının amacı ve kapsamı belirtilerek aydınlatılmış rızasının⁴⁵⁰ alınması gerekir.Kişinin genel açıklamalarından görüntüsünün yayınlanmasına rızası olduğu sonucuna varılamaz.⁴⁵¹Bir görüntünün yayınlanmasıyla ilgili rızanın mevcut olduğunu ispat yükü, görüntüyü yayınlayan taraftadır.

⁴⁴⁸ Bir gemide çıplak güneşlenen aktrist Romy Schneider, uzun lensli fotoğraf makinesiyle çekilen fotoğrafının yayınlanması üzerine açtığı davada, mahkeme, herkesin görüntüsünün yayınlanması konusunda sahip olduğu münhasır karar vermeye yetkisine vurgu yaparak, mahremiyetin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Rosa Biasini (Romy Schneider) / Société Union des Editions modernes and Daniel Angeli, Cour d'appel de Paris, 5.6.1979, Sémaine Juridique 1980, No. 19343, (Çevrimiçi), <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/francecases.asp#Schneider> , 16.03.2012.

⁴⁴⁹ 1970 yılında henüz 20 yaşındayken, süt ürünleri ambalajı üzerinde kullanılmak üzere bir seri fotoğraf çektiren model, fotoğraflarının herhangi bir şekilde ve herhangi bir süre boyunca kullanılmasına yazılı izin vermiştir. Yaklaşık 15 yıl sonra, Air France'ın magazin dergisinde, üzerinde kendi resmi olan bir ürün ambalajının resmini görünce, görüntüsünün haksız kullanılması nedeniyle açtığı davada ilk derece mahkemesinin önceden verilmiş yazılı iznin davacının dava açmasını engellediği yönündeki kararı, yüksek mahkeme tarafından bozulmuştur. Modelin yetki verdiği tarihte geçerli hukuka göre yasal hakların tamamının kullanımı için 21 yaşında olmak gerektiğinden ve o dönemde model 20 yaşında bulunduğundan rızası geçersiz sayılmıştır. Miss X / Atlas, Chambre Civile 1, 27 mars 1990, 88-18396, French Supreme Court/ Cour de Cassation, Civil 1, 27.03.1990, Bulletin 1990 I N° 72 p. 52, (Çevrimiçi), <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/francecases.asp#Expansion>, 17.03.2012

⁴⁵⁰ Kaya, s.304; Kişisel görüntüyü yayımlama konusundaki yetkilendirme aydınlatılmış rızaya dayanmalıdır. Aydınlatılmış rızanın söz konusu olması için yayının amacı ve kapsamı açıkça belirtilmiş olmalıdır. B Sa. C., Cour D'Appel Bordeaux, 23.9.1998, La Sémaine Juridique 1999, No. 1641. (Çevrimiçi), <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/francecases.asp#B>, 17.03.2012.

⁴⁵¹ Dava konusu yayından önce, özel yaşamının açık bir kitap olduğu yönünde açıklamalarda bulunan Brigitte Bardot'nun özel alanında oğluyla bir araya gelişinin fotoğrafının yayımlandığı dergiye karşı açtığı davada, mahkeme, önceki açıklamaların bu olay için geçerli olmadığını, bireylerin fotoğrafının çekilirken özel ve açık rızasının alınması gerektiği yönünde karar vermiştir. Brigitte Bardot /

Kişinin resmi üzerindeki hakkının kitle iletişim araçları ile ihlali, kişinin rızası alınmadan yayın yapılması suretiyle gerçekleşebileceği gibi, verilmiş rızanın sınırlarının aşılması suretiyle de gerçekleşebilir. Aksi açıkça belirtilmemişse, görüntünün yayınlanması konusunda verilen rızanın sonraki yayınları kapsamadığı kabul edilmelidir. Fransız Yüksek Mahkemesi çıplak fotoğrafları bir Fransız magazin dergisinde yayımlanmış bir mankenin açtığı davadaki kararında, davalı tarafın ilgili fotoğrafların önceden Kanada'da yayımlanmış olduğu ve mankenin kendi isteğiyle bu pozları vermiş olduğu yönündeki iddialarına karşın, önceki yayınların gerçekleşmesinde davacının rızasının bulunup bulunmadığının bilinmediği, davacı manken kendi isteğiyle ilgili pozları vermiş ve bu pozların yayınlanmasına rıza göstermiş olsa bile, bu rızanın sonraki yayınları kapsamadığını hüküm altına almıştır.⁴⁵²

Kişinin resmi üzerindeki hakkının ihlali tek başına gerçekleşebilmekle birlikte, genellikle kişinin şeref ve haysiyetinin ya da özel yaşamın gizliliği hakkının ihlali ile birlikte ortaya çıkmaktadır.⁴⁵³ Yukarıda anılan Prenses Caroline'nin günlük yaşamında izinsiz çekilen fotoğraflarının yayımlanmasıyla ilgili von Hannover davası ve ünlü model Naomi Campbell'in uyuşturucu bağımlılığıyla ilgili bir toplantıdan çıkarken izinsiz çekilen fotoğraflarının yayımlanmasıyla ilgili MGN Limited davası resim hakkının özel yaşamın ihlali ile birlikte ortaya çıktığı hallerde örnektir. Resim hakkının şeref ve haysiyetin ihlali ile birlikte gerçekleşmesine, rahatsız edici bir olayda resmi yayımlanmak istenen kişi yerine yanlışlıkla olayla ilgisi olmayan başkasının resminin yayımlanması, resmin itibarı zedeleyici şekilde reklam aracı olarak kullanılması⁴⁵⁴ veya kişinin bedensel

Beaverbrook Ltd, Tribunal Grand Instance Seine, France, 24.11.1965. Sémaine Juridique 1966, No. 14521, (Çevrimiçi), <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/francecases.asp#Bardot>, 16.03.2012.

⁴⁵² Isabelle X v Entrevue/ Conception de presse, Chambre Civile 1, 17 septembre 2003, 00-16849, French Supreme Court/ Cour de Cassation, Civil 1, 17.09.2003, (Çevrimiçi), <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/francecases.asp#Isabelle%20X>, 17.03.2012

⁴⁵³ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.74.

⁴⁵⁴ Binicilik sporuyla uğraşan bir bira fabrikasının ortağı, katıldığı turnuvaların birinde atıyla atlayış yaparken fotoğrafı çekilmiş ve bu fotoğraf turnuva ile ilgili haberle birlikte gazetede yayımlanmıştır. Cinsel engelleri olan hastalara sunulan bir ilaç üreten firma, ilacın tanıtımı için izin almaksızın bu

kusurlarının veya eksikliklerinin vurgulanarak resminin yayımlanması örnek gösterilebilir.⁴⁵⁵Zürih Yüksek Mahkemesi bir kararında resmi ve ismi sigara ve kibrit kutularında kullanılan meşhur bir ressamın, buna para karşılığında razı olduğu izlenimi uyandırılarak halk nazarında itibarı lekelenebileceğinden kişiliğinin aşağılanacağını, bu şekilde bir kimsenin isminin ve resminin ticari reklam maksadıyla kullanılmasının hukuka aykırı olduğu yönünde karar vermiştir.⁴⁵⁶

Resim üzerindeki kişilik hakkının tek başına ihlal edildiği hallere bir kimsenin iki çocuğuyla birlikte olan resminin bir banka afişinde rızası dışında reklam olarak kullanılması⁴⁵⁷, iki öğretmen okulu öğrencisinin resimlerinin bir duvar takviminde kullanılması⁴⁵⁸ örnek olarak belirtilebilir. Bir fotoğrafta görüntüsü detay olarak yer alan kişi, bundan dolayı kişilik hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunamaz ancak kişinin görüntüsünün detay niteliği titizlikle tespit edilmelidir.

fotoğrafın kullanıldığı posterler dağıtmıştır. Açılan dava sonucunda Alman Temyiz Mahkemesi kişilik hakkının ihlal edildiğini tespit ederek davacıya tazminat ödenmesine karar vermiştir. Herrenreiter/“Gentleman Rider”, I ZR 151/56, Bundesgerichtshof, 14.2.1958, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen 26, 349, (Çevrimiçi), <http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/gercases.asp#Herrenreiter>, 17.03.2012

⁴⁵⁵ Kılıçoğlu, bir kimsenin rızası olmadan yüzündeki yaraların bir hastalığın tipik örneği olarak tıpla ilgili bir dergide yayımlanmasının kamu yararı nedeniyle hukuka uygun olduğunu savunmaktadır (Kılıçoğlu, s.107). Kanaatimizce bu halde de, kişilik hakkına temel oluşturan tüm uluslararası ve ulusal mevzuat yanında, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesinin 10. maddesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği ilgili maddeleri gereğince hastanın rıza gösterip göstermeme konusunda seçim hakkı vardır ve rızası olmadan kimliği belirlenecek şekilde resminin yayımlanması hukuka aykırıdır.3.12.2003 tarihli 5013 sayılı İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile iç hukuka aktarılmış sözleşmenin 10. maddesinin 1. fıkrasına göre, herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. 01.08.1998 tarihli 23420 sayılı resmi gazetede yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliği, m.5d: “Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz”; m.5f: “Kanun ile müsaade edilen haller ile tıbbi zorunluluklar dışında, hastanın özel hayatının ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz”; m.21: “Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir”; m.23/4: “Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz.”

⁴⁵⁶ Mahkeme ayrıca, isminin ve resminin sigara kutuları veya benzerler üzerinde dolaşmasından dolayı davacının kendini manen rahatsız hissetmesinin, bunun yasak edilmesine hakim kanı olması için kafi bir sebep teşkil ettiğini, isim ve resim sahibinin devlet adamı, politikacı veya artist olarak herkesçe meşhur olmasının onun isim ve resminin hukuki himayeden mahrum olması neticesini doğurmadığı sonucuna varmıştır. Velidedeoğlu, s.123, dn.63’te yer verilen Zürich Yüksek Mahkemesi kararı, Weiss II, 170.

⁴⁵⁷ Kılıçoğlu, s.108, dn.177’de anılan Y.2HD, 29.01.1976, 1975/9403E., 1976/325K. (YKD, 1976, C.2, S.7, s.957-958).

⁴⁵⁸ Kılıçoğlu, s.108, dn.178’de anılan Y.2HD, 17.12.1969, 1969/33339-5689 (Karahasan, s.894)

Resmin reklam amacıyla kullanıldığı hallerde, özellikle ünlülerin görüntülerinin kullanılması durumunda, kişilik hakkının yanı sıra malvarlığı ile ilgili hakkın da zarar görmesi söz konusudur.Ünlü, popüler ve saçlarını boyatmak istememesi basında haber olmuş bir kadın oyuncunun rızası dışında, internette yayınlanan bir saç boyası reklamında görüntüsünün kullanılması sonucu, oyuncu tarafından açılan davada, davalı yüklü miktarda tazminata mahkum edilmiştir.⁴⁵⁹ Benzer şekilde, yine bir internet reklamında görüntüsü kullanılarak, tanıtılan zayıflama çayı yardımıyla kilo verdiği ileri sürülen ünlü sunucu maddi ve manevi zararlarının tazmini için dava açmıştır.⁴⁶⁰

Kişinin karikatürünün yayımlanması yoluyla kişilik hakkının ihlalinin değerlendirilmesinde daha esnek davranmak gerekmektedir. Karikatürün niteliği itibarı ile güldürücü ve komik olması, kişinin belirleyici bazı niteliklerini abartarak göstermesi⁴⁶¹ karşısında, katı bir yaklaşım çoğu zaman karikatür yoluyla kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği sonucuna varılmasını ve karikatür sanatının aşırı derecede kısıtlanması sonucunu doğuracaktır.

⁴⁵⁹ <http://www.haberturk.com/gundem/haber/834397-tazminat-adaleti#>

⁴⁶⁰ <http://www.hurriyet.com.tr/60-bin-liralik-dava-23384033>

⁴⁶¹ Karikatürle ilgili bkz. Kılıçoğlu, s.46-47.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KİŞİLİK HAKKININ İHLALİNDE SORUMLULUK VE HUKUKİ KORUMA YOLLARI

I. Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Başvurulacak Hukuki Yollar

Kişilik hakkı hukuka aykırı olarak saldırıya uğramış veya saldırı tehlikesi altında olan kişinin başvurabileceği hukuki yollar MK m.25 ile düzenlenmiştir. MK m.25 uyarınca koruyucu davalar olarak ifade edilen saldırının önlenmesi davası, saldırıya son verilmesi davası, hukuka aykırılığının tespiti davası ile maddi ve manevi tazminat davaları açılabilir. Sayılan davalar yanında, koruyucu davalarla birlikte düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde bulunulması ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre iadesine ilişkin istemde bulunulması imkanı aynı madde ile öngörülmüştür. Doktrin ve mahkeme kararlarına göre, MK m.25'te sayılanlar dışında BK m.77 vd. düzenlenen sebepsiz zenginleşme ile BK m.530 vd. düzenlenen gerçek olmayan vekaletsiz iş görme davalarının da açılabilmesi mümkündür.¹Bu hukuki yollar yanında, kişilik hakkı ihlal edilen kişi, düzeltme ve cevap hakkını kullanabilecektir. Kişilik hakkına yönelik saldırılarla ilgili, bir kanunda özel hüküm bulunması halinde MK m.25'e öncelikli olarak özel düzenleme niteliğindeki hükümlerin uygulanacağını hatırlatmak gerekir. Örneğin maddi bütünlüğüne yönelik bir saldırı nedeniyle bedensel zarar doğmuşsa MK m.25 değil BK m.54 ve m.55 uygulama alanı bulacaktır. Benzer şekilde, resim hakkına yönelik bir saldırıda özel hüküm niteliğindeki FSEK m.86 öncelikli olarak uygulanacaktır.

Kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin açabileceği davalar koruyucu davalar ve tazminat davaları olarak iki grupta ele alınmaktadır. Aşağıdaki açıklamalar bu ayırımı göre yapılacaktır. Önce koruyucu davalar, sonra tazminat davaları ele alınacak, daha sonra düzeltme ve cevap hakkı konusu incelenecek ve son olarak hukuksal korumada taraflar konusuna değinilerek bu bölüm tamamlanacaktır.

¹ Kılıçoğlu, s.301.

A. Koruyucu Davalar

MK m.25/1 ile kişilik hakkına yönelik saldırının değişik aşamalarında açılacak, birbirini tamamlayan üç farklı koruyucu dava öngörülmüştür. Bunlar, henüz saldırı gerçekleşmeden açılacak saldırının önlenmesi davası, saldırı devam ederken açılacak saldırıya son verilmesi davası ile sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti davasıdır.^{2,3}Koruyucu davaları tazminat davalarından ayıran özelliklerden biri hiçbirinin maddi kazanç elde edilmesine yönelmemesidir. Tazminat davalarının açılması için failin kusurlu olması ve bir zararın doğmuş olması şartları mevcutken, koruyucu davalarda kusur ve zarar şartları aranmaz. Saldırının haksız olması yeterlidir.⁴

Koruyucu davaları açmak için ortak olarak aranan şartlar ilgili gerçek veya tüzel kişinin kişilik hakkına sahip olması, söz konusu hakkın bir saldırıya maruz kalması ve bu saldırının hukuka aykırı olmasıdır. Başka bir deyişle saldırıyı haklı kılacak bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmaması gereklidir.⁵Saldırı çeşitli şekillerde gerçekleşebilir ve herhangi bir kişisel değeri hedef alabilir. Saldırımı konumuz kapsamına sokan husus saldırı gerçekleştirilirken failin kitle iletişim araçlarını kullanmış olmasıdır. Uygulanacak hukukun tespiti bakımından da saldırının kapsamı önem arz eder; zira haksız saldırı bazen tek bir hareketle tamamlanıp sona ererken, bazı hallerde hareket sona erdikten sonra saldırı zaman içine yayılarak varlığını sürdürmeye devam eder.⁶ Birinci durumda hareketin tamamlanıp sona erdiği yer haksız saldırının gerçekleştiği yer iken, ikinci durumda hareketin akabinde saldırının vuku bulduğu her yer kişilik hakkının ihlal yeridir.

² Doktrinde, MK m.25'te sayılan davalar tüketici biçimde belirtilmediği, hükümde bazı davaların sayılmış olmasının kişiliğin korunmasını belirgin hale getirmek amacıyla yönelik olduğu ileri sürülmektedir. Arpacı, s.163; "...Her ne kadar maddede 've diğer davalar gibi' tarzında genişletici yoruma imkan veren bir ifade kullanılmamışsa da, sınırlayıcı bir ifadeye de yer verilmemiştir. Bir maddenin yorumundan sınırlayıcı bir anlam çıkarılamıyorsa o maddenin dar yorumlanmaması yorum kurallarındandır; Öztan, s.152.

³ Haksız rekabete karşı başvurulacak hukuki yollara ilişkin TTK m.56/I'de MK m.25'e paralel düzenlemeler yer almaktadır.

⁴ Arpacı, s.152; Öztan, s.154; Buradaki haksızlık unsuru objektiftir, hukuka aykırılık demektir. Velidedeoğlu, s.127; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s.245; İmre, İsim Hakkı ve Korunması, s.809.

⁵ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.86 vd.

⁶ "...Federal Mahkemenin ifadesiyle "geçmişte kalan eylemin basit bir sonucu değil", "hukuka aykırı gerçek bir durum"un varlığı söz konusudur..." Helvacı, Koruyucu Davalar, s.95.

Koruyucu davalar herhangi bir zamanaşımı veya hak düşümü süresine tabi değildir.⁷Aşağıda da izah edileceği gibi, koruyucu davaların her birinin saldırının belirli bir aşamasında ve belirli koşullar oluştuğunda açılması zorunlu olduğundan, bu davalar bakımından tazminat davalarından farklı olarak zamanaşımı ve hak düşümü süreleri söz konusu olmaz.

1. Saldırının Önlenmesi Davası

Saldırının önlenmesi davası⁸, geleceğe yönelik olarak bir saldırıyı başlamadan engellemek veya önceden gerçekleşmiş ve sona ermiş bir saldırının tekrarını engellemek amacını güder. Kişilik hakkına henüz bir saldırının gerçekleşmediği aşamada açılan bu dava, saldırının sonuçlarına yönelen diğer davalardan farklı olarak her zaman saldırı eylemine yönelir.⁹Davalının belirli bir davranışı yapmaması, kaçınması emrini içeren mahkeme kararı ile davacı gelecekte meydana gelecek saldırıdan korunur.Yapmama yükümlülüğünün ihlali artık ortadan kaldırılamayacağından, davalının bu yükümlülüğü ihlal etmesi halinde, mahkeme kararını yerine getirmeye zorlanması mümkün değildir.¹⁰

Saldırının önlenmesi davasının açılabilmesi için yukarıda belirtilmiş ortak şartlar yanında, ilk defa gerçekleşecek bir saldırı tehlikesi bulunması veya gerçekleşmiş bir ihlalin tekrarlanması ihtimalinin bulunması gerekir.¹¹ Saldırı tehdidi yakın ve ciddi olmalı, bir kimsenin kişilik hakkına saldırıda bulunulacağı yönünde objektif olarak ciddi belirtiler olmalıdır. Örneğin bir gazetenin ya da web sitesinin, ünlü bir şarkıcı ile ilgili skandal yaratacak fotoğrafları hafta sonu yayımlayacağını reklamını yapması, bir yayınevinin iki ünlü yazar arasındaki mektupların

⁷ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.162.

⁸ Saldırının önlenmesi davası, içtinap davası olarak da anılır.

⁹ Kılıçoğlu, s.321; Serdar, s.251.

¹⁰ Kılıçoğlu, s.322.

¹¹ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.128; İmre, İsim Hakkı ve Korunması, s.809; Arpacı, s.152; Öztan, s.153; Kılıçoğlu, s.325; Saldırının önlenmesi davasının açılabilmesi için önceden bir ihlalin gerçekleşmiş olması aranmaz. Saldırı tehlikesinin bulunması yeterlidir. Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s.248; Serdar, s.253.

okunmasından oluşan bir dinleti düzenleyeceği ilan etmesi ciddi belirtiler olarak kabul edilmelidir. Saldırı tehdidi yakın olduğu sürece açılacak dava, somut koşullara göre belirlenecek bu sürenin geçirilmesinden sonra açılmaz.

Davayla ilgili yakın ve ciddi tehdit şartlarının varlığının ispatı davacının üzerine olup, kişilik hakkına yönelik saldırı tehlikesinin kuvvetle muhtemel olduğunun ispatı yeterlidir.¹² Saldırının tekrarı tehlikesi, olayların normal akışına, tarafların karşılıklı kişisel durumuna göre belirlenebilir. Saldırının daha önce tekrar edilmiş olması, tekrar edileceğinin açıkça bildirilmesi veya taraflar arasında devam eden bir tartışmanın varlığı saldırının tekrarı tehlikesinin varlığına örnektir. Dava devam ederken saldırı tehlikesinin ortadan kalkması halinde dava reddedilir. Dava açılırken hem önleme hem durdurma talep edilmişse, dava durdurma talebi bakımından devam eder. Ancak dava sadece önleme talebiyle açılmışsa, davanın devam etmesi şartların varlığı halinde davanın ıslahı halinde mümkündür.¹³

2. Saldırının Durdurulması Davası

Bu davanın amacı, kişilik hakkına yönelmiş ve devam etmekte olan hukuka aykırı bir saldırının durdurulması, ortadan kaldırılması, saldırının kaynağı kurutularak, gelecekte gerçekleşmesi muhtemel yeni zararların engellenmesidir.¹⁴ Dava anında saldırının mevcudiyeti devam etmelidir. Saldırıya uğrayan kişi, gecikme saldırıya rızası olduğu kanaatini oluşturabileceğinden, makul süre içinde davayı açmalıdır. Sonradan dava açılması, duruma göre rızanın geri alınması olarak

¹² Arpacı, s.152; Helvacı, Koruyucu Davalar, s.129; Tehlikenin mevcudiyeti tehditlerden, hazırlık hareketlerinden, daha önce gerçekleşmiş saldırıların şekliyle veya sistematik saldırılardan anlaşılabilir. Öztan, s.154; Kılıçoğlu, s.325.

¹³ Kılıçoğlu, s.326; Kitle iletişim araçları ile gerçekleşen saldırılar çok çabuk bir şekilde yayıldığından, önleme talebine ilişkin mahkeme kararının İİK m.30'a göre icrası sağlanıncaya kadar geç kalınabilir. Bu nedenle, davanın mahkemece kabulü hakkındaki kararın, davacı tarafından talep edilmesi ve gerekçelendirilmesi aranmaksızın, karara uyulmaması halinde İİK m.343 uyarınca hapis cezası uygulanabileceği yönündeki ihtarı kendiliğinden kapsamı gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir. İmre, İsim Hakkı ve Korunması, s.809; Kılıçoğlu, s.326.

¹⁴ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.130; Kılıçoğlu, s.333; Akipek, Akıntürk, Ateş Karaman, s.395.

kabuledilebilecekse de, makul süre aşıldıktan sonra dava açılmasının hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceği göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁵

Saldırının durdurulması davası tek bir hareketle tamamlanıp sona eren saldırılar için açılmaz; zira bu hallerde artık devam eden bir saldırı söz konusu değildir. Sona eren saldırılar bakımından artık saldırının durdurulması davasının konusu kalmayacağından, koşulları varsa, tazminat davası açmak mümkündür. Saldırının durdurulması davası, seri halde devam eden saldırılar veya hareket sona erdikten sonra zaman içine yayılarak varlığını sürdürmeye devam eden saldırılar söz konusu olduğunda açılır. Örneğin, bir gazete, televizyon ya da bir web sitesi, bir kimsenin özel hayatına ilişkin birtakım bilgileri rızası dışında ele geçirmiş ve yazı dizisi olarak yayınlamaya başlamışsa, yayınlama devam ettiği müddetçe durdurma davası açılabilecektir.¹⁶ İzni olmadan gazetede veya televizyondaki bir reklamda ya da sadece bir fotoğrafçının vitrininde resmi kullanılan kişi resminin kullanılmasına son verilmesini bu dava ile talep edebilecektir.¹⁷ Özellikle internet aracılığıyla gerçekleşen yayınlar bakımından içerik kaldırılmadıkça erişim mümkün olduğundan bu davanın önemi büyüktür.

Kitle iletişim araçları ile gerçekleşen ihlallerde durdurma kararı ile emredilen hukuka aykırı durumun kaldırılması, hukuka aykırı durumu yaratan açıklama aracının veya açıklamanın içeriğinin kaldırılmasına yönelik olabilir.¹⁸ Dava açıldıktan sonra saldırı durmuşsa dava konusuz kalır. Davanın mahkemece kabulü

¹⁵ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.163.

¹⁶ Arpacı, s.151; Özsunay, s.154; Öztan, s.152.

¹⁷ Reisoğlu, s.51; Benzer şekilde, bir kimsenin şeref ve haysiyetini rencide edecek nitelikte ilanlar veya resimler, duvarlara asılmış ya da reklam panolarına yerleştirilmişse, bu ilan ve resimlerin asılması veya yerleştirilmesi eylemi sona ermiş olmasına rağmen saldırı devam etmektedir. İlan ve resimlerin kaldırılmasını temin için durdurma davası açılacaktır; Radyo ve televizyon yoluyla kişilik hakkına saldırı bakımından durdurma davasına konu yayınların, bir seri halinde devam eden programlar ve reklamlar olduğu, her bölümünde farklı bir konunun işlendiği seri programların devam eden saldırı oluşturmayacağı yönünde bkz. Serdar, s.258.

¹⁸ Kılıçoğlu, s.339; Durdurma kararı örneğin dağıtılma aracının toplatılmasına, duvar afişlerinin sökülmesine, kişinin resminin sergilenmesine son verilmesine, ard arda yayınlanan yazı dizisinin geriye kalan bölümlerinin yayımlanmamasına yönelik olabilir. Akipek, Akıntürk, Ateş Karaman, s.397.

hakkındaki kararın, karara uyulmamasının cezai hükümlerin uygulanmasını gerektireceğini kendiliğinden kapsamı yararlı olacaktır.

Saldırının önlenmesi davası ile bir eylemin önüne geçilirken, saldırının durdurulması davasında hukuka aykırı eylemin değil sonuçlarının, saldırı nedeniyle oluşan hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılması hedeflenmektedir.¹⁹Saldırının durdurulması davası açılmadan saldırının önlenmesi davasının açılması veya saldırı başladıktan sonra her iki davanın birlikte açılması mümkündür.²⁰Bu şekilde hem mevcut saldırının durdurulması hem de tekrarlanması kuvvetle muhtemel saldırıların önlenmesi talep edilmiş olur.Diğer yandan, saldırınındurdurulması davası, tazminat davaları gibi saldırının sonuçlarına yönelir. Ancak, durdurma davası geleceğe dönük olarak saldırının sebebini ve kaynağını yok etmeyi amaçlarken,tazminat davaları geçmişe yöneliktir ve doğmuş ve sona ermiş bir saldırının sonuçlarını ortadan kaldırıp eski durumun yaratılmasını hedefler. Farklı amaçlara hizmet ettiklerinden durdurma ve tazminat davalarının birlikte açılması mümkündür.²¹Son olarak, saldırınındurdurulması davası yanında, yayının yöneldiği kitlede oluşmuş yargıları gidermek amacıyla düzeltme ve cevap hakkının kullanılması da mümkündür.

a. Yazılı Basın ve Radyo Televizyon Yayınları Bakımından Saldırının Durdurulması Davası

Yazılı basın bakımından saldırının durdurulması davası, yukarıda da belirttiğimiz gibi reklam gibi tekrarlanacak veya yazı dizisi gibi devam edecek içerikteki yayınlar için açılabilir.²² Davanın korunması hedeflenen menfaate hizmet edebilmesi için, dava açılmadan veya dava ile birlikte ihtiyati tedbir talebinde

¹⁹ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.95,130; Kılıçoğlu, s.323; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s.245.

²⁰ İmre, İsim ve Korunması, s.809.

²¹ Kılıçoğlu, s.334.

²² Bir gazetede bir defa yayımlanan bir haber için bu dava açılmaz; zira saldırı gerçekleşmiş ve sona ermiştir. Bu durumda açılacak bir tespit davası ile hukuka aykırılığın belirlenmesi, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi veya yayımlanması ya da tazminat davaları söz konusu olabilir. Murat Doğan: “İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası (Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 8.2.3001 Tarihli E. 755/K. 1157 Sayılı Kararı Çerçevesinde).” **Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.VII, S. 1-2, Yıl 2003, s. 396. (Kıs: Durdurma Davası)

bulunmak gereklidir. Radyo ve televizyon yayınları bakımından da anlık durdurma söz konusu olamayacağından, saldırının durdurulması davası ile yayının tekrarlanması veya sonraki bölümleriyle devam etmesi engellenir. Yine dava sonucunun etkinliğini sağlamak için ihtiyati tedbir talebinde bulunmak gerekmektedir. Hukuk mahkemesinin usulüne uygun vereceği durdurma kararının icrası dışında, kişilik hakkının ihlalinin durdurulması için gazetelerin toplatılması, satılmasının veya dağıtılmasının engellenmesi veya radyo ve televizyon yayınlarının durdurulması söz konusu değildir.²³

b. İnternet Yayınları Bakımından Saldırının Durdurulması Davası

İnternet yoluyla gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlallerinde, ihlal teşkil eden yayın varlığını sürdürdükçe saldırının durdurulması davasının açılması mümkündür. Bir gazetenin eski tarihli günlük baskısında yayımladığı bir içerik nedeniyle bu dava açılmazken, aynı gazetenin websitesindeki arşivinden içeriğe erişmek mümkün olduğu sürece saldırı devam ettiğinden, durdurma davası açılabilir.²⁴

İnternet yoluyla gerçekleşen saldırının durdurulması, saldırı oluşturan içeriğin yayından kaldırılması veya aşırı bir önlem olmasına karşın erişimin engellenmesi ile mümkündür. Saldırının durdurulmasının temini için 5651 sayılı Kanun ile öngörülen uygulamanın MK m.25 ile birlikte mi uygulanacağı yoksa öncelikli olarak mı uygulanacağı konusundaki karışıklık Yargıtay kararları ile netlik kazanmıştır. Yargıtay'ın çeşitli kararlarında vurguladığı üzere 5651 sayılı Kanun 4721 sayılı MK'na göre özel kanun durumundadır ve öncelikle uygulanır.²⁵

²³ 5187 sayılı Basın Kanunu m.25 uyarınca, hükümde sayılmış belirli suçlarla ilgili soruşturma veya kovuşturmanın başlatılmış olması şartıyla basılmış eserlerin tamamına hakim kararıyla el konulabilir, dağıtımı ve satışı engellenebilir. 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanunun m.32/1 uyarınca, hükümde sayılmış yayın hizmeti ilkelerinin ihlali halinde idari tedbir olarak, ihlale konu programın yayınının beş kez kadar durdurulmasına, isteğe bağlı yayın hizmetlerinde ihlale konu programın katalogdan çıkarılmasına karar verilebilir.

²⁴ Doğan, Durdurma Davası, s.397.

²⁵ "...5651 S.K. internet ortamındaki yayınlar sebebiyle kişilik haklarının saldırıya uğraması durumunda hangi usul ve esaslara göre mücadele edileceğini düzenlemekte olup bu yönüyle 4721 S.K. göre özel yasa durumundadır. Özel yasada bir düzenlemenin varlığı halinde öncelikle

Saldırının durdurulması amacına hizmet eden içeriğin kaldırılması ve erişimin engellenmesi 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9. maddesi²⁶ ile düzenlenmiştir. Anılan 9. maddenin birinci fıkrası uyarınca, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını talep etme veya doğrudan sulh ceza hakimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini talep etme hakkına sahiptir. İçerik ve/veya yer sağlayıcısı kişilik haklarının ihlal edildiği iddiası ile kendilerine yapılan başvuruları en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırır. İçerik ve/veya yer sağlayıcısının içeriğin yayından çıkarılması talebini reddi üzerine yapılan veya doğrudan yapılan başvurular hakkında hakim en geç yirmi dört saat içinde ve duruşma yapmaksızın karar verir. Sulh Ceza Hakiminin kararlarına karşı itiraz yolu açıktır. Hakim bu madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararları doğrudan Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderilir. Birlik tarafından da erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği derhal ve en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir.

Özel hayatın gizliliği hakkı kişilik hakkı kapsamında bir kişisel değer olmasına karşın, 5651 sayılı Kanun oldukça tartışmalı bir şekilde özel yaşamın gizliliğinin ihlali ile ilgili sansür ölçüsünde özel bir düzenleme içermektedir. 5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesi uyarınca, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebilirler. Başkanlık talebin uygulanmasına karar verirse, bunu Erişim Sağlayıcıları Birliğine bildirir. Erişim

uygulanacağı da hukukun genel kuralıdır ve özel yasa görev yönünden özel bir düzenleme de içermektedir. 5651 Sayılı Kanunun özel düzenleme gözetildiğinde davacının tedbir nitelikli istemleri yönünden görevli mahkemenin sulh ceza mahkemesi olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece açıklanan sebeplerle tedbir istemleri yönünden görevsizlik kararı verilmesi gerekir..." Yargıtay 4. HD, E. 2012/2045, K. 2013/1218, T. 29.1.2013; Yargıtay 4. HD, E. 2012/6581, K. 2012/10331, T. 13.6.2012. www.kazanci.com , 23.11.2013.

²⁶ Bu maddenin başlığı "İçeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı" iken 6518 sayılı Kanununun 93. maddesiyle "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi" şeklinde değiştirilmiştir.

sağlayıcılar bu tedbir talebini derhal, en geç dört saat içinde yerine getirir. Özel hayatın gizliliğinin ihlaline bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde doğrudan Başkanın emri üzerine erişimin engellenmesi Başkanlık tarafından yapılır. Birinci durumda talepte bulunan kişi, erişimin engellenmesi talebini talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde, ikinci durumda Başkanlık, başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararını yirmi dört saat içinde sulh ceza hakiminin kararına sunar. Her iki halde de hakim kararına 48 saat içinde açıklar.²⁷

3. Saldırının Hukuka Aykırılığının Tespiti Davası

MK m.25/1’de koruyucu davalar arasında düzenlenmiş tespit davası ilönceden oluşmuş bir saldırının hukuka aykırılığının tespiti istenir. Tespit davası açmak için saldırı gerçekleşmiş ve sonra ermiş olmasına rağmen etkilerinin devam etmekte olması gerekmektedir.²⁸

Tespit davası, başka bir davanın açılmasının mümkün olmadığı hallerde açılır. Saldırının devam etmekte olması veya gerçekleşmesinin kuvvetle muhtemel olması hallerinde, saldırıyı durduracak veya önleyecek başka dava yolları olduğu için bu dava açılmaz. Bu nedenle kanun koyucu sona ermiş saldırının etkilerinin devam ediyor olmasını açıkça aramıştır.²⁹Hakkı ihlal edilen kişi saldırının önlenmesi veya tazminat davası açmışsa tespit davası açamaz.³⁰Düzeltilme ve cevap hakkının kullanılmış olması, tespit davasının açılmasına engel değildir. Bununla birlikte, düzeltme ve cevap metni yayınlanmış olmasına rağmen, ayrıca tespit kararının

²⁷ Görüldüğü gibi kişilik hakkının ihlal edildiğini iddia eden kişi çok kısa bir sürede ve hatta hakim kararı olmadan sonuca ulaşabilmektedir. Kişilik hakkı kapsamındaki kişisel değerlerden en geniş şekilde yorumlanabilme niteliğine sahip özel yaşam hakkının ayrıca bir düzenlemeye tabi tutulması ve bağımsız yargının sahip olması gereken takdir hakkının atama ile görev alan Telekomünikasyon İletişim Başkanına tanınması sansüre eş etkilidir. Erişimin engellenmesi için hakime 24 saatlik bir karar verme süresi tanınmışken, erişimin engellenmesi kararının kaldırılması için 48 saat süre tanınması, duyurulması kamu yararına olan sıcak gelişmelerin aktarılmasını engelleyici niteliktedir.

²⁸ Doktrinde bazı yazarlar, saldırının hukuka aykırılığını tespit davasının, sona ermiş ancak etkisi devam eden saldırı yanında henüz gerçekleşmemiş bir saldırının yapılacağı veya bir saldırının yapılmakta olduğunun tespiti amacıyla da açılabileceğini ileri sürmektedirler. Helvacı, Koruyucu Davalar, s.132, dn.458’de anılan yazarlar. Ayrıca bkz. İmre, İsim ve Korunması, s.806; Serdar, s.249.

²⁹ Arpacı, s.161; Öztan, s.154; Akipek, Akıntürk, Ateş Karaman, s.398.

³⁰ İmre, İsim ve Korunması, s.806.

yayınlanmasında davacının hukuki bir menfaatinin bulunup bulunmadığının her olayda ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir.³¹

Saldırının hukuka aykırılığını tespit davası, her ikisi de eda davası niteliğindeki saldırının önlenmesi ve durdurulması davalarını tamamlayan bir hukuki yoldur. Davanın amacı hukuka aykırılığın tespiti ile saldırının etkilerinin ortadan kaldırılmasıdır. Saldırıya uğrayan kişinin kişilik hakkına yapılan saldırının üçüncü kişilerce öğrenilmesi ve bu durumun onun şeref ve haysiyetine dokunması ya da toplumda yanlış izlenimler oluşturması halinde saldırının etkilerinin devam ettiği kabul edilir.³² MK m.25/I'e dayanarak özel tespit davası açmak sadece kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişiye tanınmış bir haktır. Saldırıda bulunan ancak genel hükümler dairesinde tespit davası açabilir. Tespit davası açma şartlarından biri olan, hukuki ilişkinin tespiti için hukuki yarar bulunması şartı saldırıya uğrayan bakımından saldırı devam ettikçe mevcut kabul edilirken, saldırıyı gerçekleştiren açacağı genel tespit davasında hukuki yararı bulunduğunu ispatlamalıdır.³³

Öğretide, hukuka aykırılığın sadece tespitinin kişiye tekrar itibarını kazandıramayacağı, mahkeme kararının üçüncü kişilere bildirilmesi veya yayımlanması talebiyle açılan tespit davasının eda davası olduğu ve durdurma davası niteliğini taşıdığı ileri sürülmektedir.³⁴ Kanaatimizce, hareket sona erdikten sonra zaman içine yayılarak varlığını sürdürmeye devam eden saldırılar söz konusu olduğunda açılan durdurma davasının aksine, tek hareketle sona eren saldırılar bakımından hukuki koruma yolu olarak tespit davasının bağımsız bir dava olarak düzenlenmiş olması yerindedir; zira bu saldırılar bakımından durdurma veya önleme davaları açılmayacaktır. Saldırıyı gerçekleştirenin kusurunun bulunmadığı ve kusursuz sorumluluğun da söz konusu olmadığı hallerde tazminat davaları da açılmayacaktır. Düzeltme ve cevap hakkının kullanılması için öngörülmuş yasal sürenin de geçirilmiş olduğu varsayımında, tespit davası kişilik hakkını koruyucu tek

³¹ B. Zakir Avşar, Gürsel Öngören: **Radio ve Televizyon Hukuku**, Piramit Yayıncılık, 2003, s.160.

³² Helvacı, Koruyucu Davalar, s.132.

³³ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.133-135.

³⁴ Kılıçoğlu, s.317.

yoldur. Kitle iletişim araçları ile gerçekleşen ihlaller devamlılık arz ettiğinden durdurma davasının geniş bir uygulama alanı olup, bu alanda tespit davasına pek yer olmayacağı düşünülebilir. Ancak internet yayıncılığı bir tarafa bırakılırsa, televizyon ve yazılı basın ile gerçekleşen tek seferlik ihlaller bakımından tespit davasının koşulları oluşabilir. Örneğin bir gazetede yer alan bir makalede veya bir tartışma programında, bir kişi hakkında yapılan eleştirilerin hakaret oluşturması, ancak bu kişinin daha sonraki baskı ve yayınlarda herhangi bir şekilde konu edilmemesi durumunda tazminat davası açmayı tercih etmeyen kişinin başvurabileceği tek hukuki yol tespit davası açmaktır.³⁵

4. Düzeltmenin veya Kararın Üçüncü Kişilere Bildirilmesi veya Yayınlanması

MK m.25/2 uyarınca davacı, açacağı koruyucu davalarla birlikte düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi veya yayımlanması talebinde bulunabilir. Yasal düzenlemede açıkça ifade edildiği gibi, bu talepler bağımsız bir davanın konusu olamayacaklarından, öncelikle birlikte talep edilecekleri koruyucu davanın şartlarının oluşması gerekmektedir. Davanın şartları oluşmuşsa, düzeltme veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi veya yayımlanması için davacının talepte bulunmuş olması, saldırıdan üçüncü kişilerin haberdar olması ve bildirim veya yayımın saldırının etkilerini ortadan kaldıracak nitelikte olması gerekir.³⁶ Kişilik hakkının kitle iletişim araçları ile ihlali, davacının talebi dışındaki özel koşulları bünyesinde taşımaktadır. Kişilik hakkı ihlal edilmiş kişi yargılama süreci sonunda lehine karar elde etse bile, kişilik hakkına yönelik saldırının hukuka aykırı olduğu, önleme veya durdurma kararı verildiği, üçüncü kişilerce bilinmedikçe, çoğu halde koruyucu davalardan umduğu menfaati elde edemeyeceğinden, kanunun bu imkana yer vermesi oldukça isabetlidir.

³⁵ Son zamanlarda kitle iletişim araçları aracılığı ile yapılan açıklamaların hukuka aykırılık teşkil ettiği hallerde, saldırı sona ermesine rağmen, açıklamanın yer aldığı araç mevcut ve erişilebilir oldukça – örneğin basılmış bir gazetenin internet sürümü erişilebilir oldukça – kişilik hakkının ihlalinin devam edeceği ve durdurma davasının açılacağı haklı olarak ileri sürülmektedir. Bkz. Kılıçoğlu s.335 ve s.335, dn.91’de anılan yazarlar.

³⁶ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.141.

Talep üzerine düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi veya yayımlanması kararının verilmesi halinde, kararın hangi kısımlarının yayımlanacağı, yayının nerede, nasıl ve kim tarafından gerçekleştirileceği, masraflarını kimin karşılayacağı gibi hususlara hakim karar verecektir. Her halde, saldırı hangi araçla gerçekleşmişse, karar, aynı türden kitle iletişim aracı tarafından yayımlanacaktır.³⁷Düzeltilme metni davacı tarafından da hazırlanabilir ancak hazırlanan metnin yayımlanabilmesi için hakim tarafından onaylanması şarttır.³⁸

Karar ve düzeltme metninin yayımlanması, BK m.58/2'de düzenlenen manevi tazmin karakterini haiz ve manevi tazminat davasının şartlarının varlığını gerektiren kınama kararının yayımlanmasından farklıdır.³⁹ Burada, manevi tazminata karar vermek için gerekli kusur ve zarar koşulları aranmaksızın, saldırının olumsuz etkilerinin, özellikle toplumda yaratılan olumsuz değerlendirmenin, ortadan kaldırılması amacı mevcuttur ve bu yol kişilik hakkını koruma amacına hizmet eder. Davacının tatmini, manevi tazminat kararında yer aldığı gibi bir edim söz konusu olmaksızın, kararın veya düzeltmenin yayımlanması ile sağlanır.⁴⁰ Diğer yandan, farklı bir prosedüre tabi düzeltme ve cevap hakkının kullanılmış olması, karar ve düzeltme metninin yayımlanmasına engel değildir.⁴¹

³⁷ Radyo ve televizyon yoluyla yapılan saldırılarda hakimin öncelikle saldırının yapıldığı kanalda kararın ilan edilmesine karar vermesi gerektiği, ancak şartlara ve saldırının ağırlığına göre, saldırının gerçekleştirildiği kanal yanında başka kanallardan da kararın yayımlanmasına karar verilebileceği yönünde bkz. Serdar, s.264;

³⁸ Dural, Ögüz, s.163; Helvacı, Koruyucu Davalar, s.138; Kılıçoğlu, s.344-345.

³⁹ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.139; Kararın yayımlanmasının hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler için bkz. Kılıçoğlu, s.343.

⁴⁰ Öztan, s.155. BK m.58/2'de düzenlenmiş hakimin manevi tazminattan başka bir giderim biçimi kararlaştırabilmesi ve özellikle saldırıyı kınama kararı vermesi ise manevi tatmin sağlama amacına yöneliktir ve bir tazminatın yerine veya tazminatın yanında hükmedilmesi mümkündür.

⁴¹ Düzeltme cevap hakkının kullanılmasında kişi kendi görüş ve değerlendirmelerini umuma sunarken, koruyucu davalara ilişkin kararın yayımlanmasıyla saldırının hukuka aykırı olduğu mahkeme kararı ile duyurulmaktadır. Serdar, s.265.

B. Tazminat Davaları

Tazminat davaları saldırının gerçekleşip sona ermiş olduğu aşamada açılır. Saldırı henüz gerçekleşmeden veya devam ederken tazminat davası açılmaz. Tazminat davaları saldırıyla değil saldırının mağdur üzerindeki sonuçları ile ilgilidir ve bu davaların sonucunda, fail mağdurun durumunda saldırı nedeniyle oluşan olumsuz durumu telafi etmek için bir edimi ifa etmek borcu altına girer.⁴² Maddi ve manevi tazminat davalarında saldırıda bulunanın kusurlu olması şartı aranırken, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ile sebepsiz zenginleşme esaslarına dayanan tazminat davalarında kusur şartı aranmaz. Her türlü kişilik hakkı ihlalinde maddi ve manevi tazminat talebi gündeme gelebilir.

1. Maddi Tazminat Davası

Kişilik hakkı hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan ve bu saldırı nedeniyle malvarlığında eksilme meydana gelen kimse, maddi tazminat davası yoluyla malvarlığında meydana gelen eksilmenin giderilmesini sağlar. MK m.25/3 ile kişilik hakkının ihlali nedeniyle maddi tazminat davası açılabileceği öngörürken, açılacak dava BK m.49 ile düzenlenmiştir. BK m.49 uyarınca kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Haksız fiil sorumluluğu kurallarına tabi maddi tazminat davasının açılabilmesi için saldırıda bulunan kişinin eyleminin hukuka aykırı ve kusurlu olması⁴³, bu eylemin neticesinde bir zarar doğması ve zararla hukuka aykırı kusurlu eylem arasında uygun nedensellik bağı bulunması gerekir.⁴⁴ Kişilik hakkına saldırı durumunda tazminat talebinin özel olarak düzenlendiği hallerde, MK m.25'e öncelikli olarak özel hükümler uygulanırken, özel hüküm olmayan hallerde, genel hüküm niteliğindeki MK m.25/3 ve BK m.49 uyarınca dava açılacaktır.⁴⁵

⁴² Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 157.

⁴³ Maddi tazminat için kusurun şart olduğunun kesin bir biçimde ifade edilmesinin doğru olmadığı; zira maddi zararı sonuçlayan kişilik hakkı ihlalinin, kusursuz sorumluluk sebebine de dayanabileceği ileri sürülmektedir. Arpacı, s.153.

⁴⁴ Arpacı, s.153, dn.194'te anılan yazarlar; Öztan, s.158; Kılıçoğlu, s.358 vd.

⁴⁵ Adın gasbı (MK m.26/2), nişanın bozulmasının sonuçları (MK m.120), evlenmenin butlanı (MK m.158/2), boşanmada maddi ve manevi tazminat (MK m.174), evlilik dışı babalık davasında ananın mali hakları (MK m.304), ölüm ve bedensel zarar (MK m.53 ve 54), haksız rekabet (MK m.57) gibi

Mutlak hak niteliğindeki kişilik hakkına yönelik her saldırı prensip olarak hukuka aykırı olmakla birlikte, MK m.24/2'de hukuka uygunluk sebepleri mevcut olduğunda hukuka aykırı saldırı söz konusu olmaz. Kitle iletişim araçları ile kişilik hakkına saldırının hukuka aykırı olması, hukuka uygunluk sebepleri mevcut olmaksızın kişilik hakkına müdahale edilmesi halinde söz konusu olur.

Maddi tazminat davası açmanın ikinci şartı, koruyucu davalardan farklı olarak, saldırıyı gerçekleştirenin kusurlu olmasıdır. Buna göre, saldırıyı gerçekleştirenin kast veya ihmalinin ya da kusursuz sorumluluk halinin varlığı tazminat ödenmesi yönünde karar verilebilmesi için zorunludur.⁴⁶ Kitle iletişim araçları ile gerçekleşen ihlaller bakımından kusursuz sorumluluk hallerinden özellikle adam çalıştırmanın sorumluluğu (BKm.66) sıklıkla söz konusu olabilecektir.⁴⁷ Maddi tazminatın belirlenmesinde somut olayın koşulları yanında özellikle kusurun ağırlığı göz önünde bulundurulur (BK m.51). Kusurun ağırlığının değerlendirilmesinde saldırıda bulunan ve bulunulan gerçek veya tüzelkişilerin kim olduğu ve toplumdaki yeri, saldırının şekli ve hangi araçla gerçekleştirildiği, içeriği, ulaştığı kitle, zarar görenin ortak kusurunun bulunup bulunmadığı gibi unsurlar değerlendirilir.⁴⁸ Zarar gören zararlı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş veya tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış

maddi tazminatın özel hükümlerle düzenlendiği hallerde ilgili özel hükümler genel nitelikli tazminat hükümlerine öncelikli olarak uygulanırlar. Yargıtay, kişilik hakkı kavramı içine giren gerçek ve tüzel kişilerin isim üzerindeki hakkı özel surette korunduğundan, ismin gasbından doğan manevi tazminat isteklerinde, BK m.58'in değil, MK m. 26'nın esas alınmasının zorunlu olduğu yönünde karar vermiştir. Yargıtay 4. HD E. 1982/4544, K. 1982/8663, T. 11.10.1982 www.kazanci.com , 25.12.2013. Özel hüküm bulunmayan hallerde, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen genel hükümler (BK m.49 vd.) uygulanacaktır. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.248; Serdar, s.272; 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 13. maddesi ve 6112 sayılı Kanun'un 18. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan tazminat taleplerinin dayanağını da BK m.49 oluşturmaktadır.

⁴⁶ Objektiflikten tamamen uzak, tamamen ve açıkça gerçek dışı bir açıklamanın yayımlanmasının kast unsuru taşıdığı veya bir gazetenin açıklamasının gerçek dışı olduğunu açıkça ortaya koyan bir cevap ve düzeltmeyi yayımlanmaması halinde bu andan itibaren zarara kasten sebebiyet vermenin söz konusu olacağı belirtilmektedir. Bir gazeteye geç vakit geldiği için hiçbir araştırmaya tabi tutulmadan ertesi gün yayımlanan gerçek dışı açıklamaların da basının özen yükümlülüğünün ağır bir ihmali olduğu belirtilmektedir. Haberin başka kaynaktan alınmasının kural olarak sorumlulukta bir değişiklik yapmayacağı belirtilmektedir. Kılıçoğlu, s.366-371; Avşar, Öngören, s.170.

⁴⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.248.

⁴⁸ Kılıçoğlu, s.379; Avşar, Öngören, s.171.

ise hakim tazminatı indirebileceği gibi tamamen kaldırabilir (BK m.52/I).Zarar gören, saldırıda bulunanın kusurunu ispatlamak zorundadır.⁴⁹

Kişilik hakkının ihlali nedeniyle açılacak maddi tazminat davasının konusunu, kişilerin konusu para ile ölçülebilen kişilik değerlerinde meydana gelen zararlar oluşturur. Dolayısıyla maddi bir zararın meydana gelmiş olması maddi tazminat davası açmanın zorunlu koşuludur.⁵⁰ Dava ile telafisi istenen zararı, kişilik hakkı ihlal edilen kişinin malvarlığının bu saldırıdan önceki ve sonraki durumları arasındaki fark oluşturur.⁵¹ Zarar saldırıya uğrayan kişinin malvarlığının aktifinde azalma, pasifinde çoğalma veya mahrum kalınan kar şeklinde ortaya çıkabilir. Kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlali halinde oluşan zararın daha fazla mahrum kalınan kar olarak ortaya çıktığı belirtilmektedir.⁵² Kitle iletişim araçları ile itibarı zedelenen bir sanatçının iş anlaşmalarının iptal edilmesi, tacizci ilan edilen bir doktorun hastalarını kaybetmesi gibi haller bu duruma örnektir.⁵³Saldırının maddi

⁴⁹ Kusura dayanan sorumlulukta kusurun ispatı, kişilik hakkına saldırı teşkil eden fiilin işleniş tarzını belirleyen delillerin, kusurun varlığı konusunda hakime vereceği kanaatle sağlanır. Kusursuz sorumlulukta ise, kusursuz sorumluluğu düzenleyen hükmün uygulanması için gerekli şartların gerçekleştiğinin ispatlanması gerekir. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.185.

⁵⁰ Davacıların velayeti altındaki çocuğun fotoğraflarının, davalı tarafından izinsiz çekilerek ticari amaçlı katalogda yayınlanması sebebiyle açılan maddi ve manevi tazminat istemli davada, davacıların izni olmadan çocuklarının fotoğraflarının katalogda yayınlanmasından dolayı manevi tazminat hakları kabul edilmiştir. Ancak maddi tazminat talebi, fotoğraflarının izinsiz katalogda kullanılmasının çocuğun mali haklarını ihlal ettiği, dolayısıyla çocuğun maddi tazminat isteme hakkı bulunduğu, anne ve baba lehine maddi tazminata hükmedilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmiştir. Yargıtay 11. HD E. 2009/13160, K. 2011/5955, T. 16.5.2011 www.kazanci.com, 05.01.2014.

⁵¹ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s.253; Kılıçoğlu, s.358; Bir tüzel kişinin, adı ve markası olan sözcüğü kendi ürünleri üzerinde kullanarak reklamını yapan diğer tüzel kişiye karşı açtığı davada Yargıtay, davacının adının izinsiz, hukuka aykırı surette gasp edilerek kullanıldığını tespit ederek, ada tecavüz edilmekle zarar doğmuş olduğundan bahisle, MK m.26 hükmünün uygulanması ile davacı lehine manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini tespit etmiştir. Davacının, marka kullanma sözleşmesi yapılmış olsa idi, davalının kuruma ödemek zorunda kalacağı ücret miktarını esas alarak maddi tazminat talebinde de bulunduğu davada, Yargıtay, davalının hukuka aykırı eylemi sonucu, davacının malvarlığında bir eksilme ve dolayısıyla maddi tazminatın belirlenmesinde esas alınabilecek bir zarar oluşmadığından, yerel mahkemenin, sözleşme dışı sorumlulukta bulunan zarar ve tazminat kavramları üzerinde durmadan zarar kavramını yanlış değerlendirmek suretiyle maddi tazminat isteğini hüküm altına almasının hukuka aykırı olduğunu hüküm altına almıştır. Yargıtay 4. HD E. 1982/4544, K. 1982/8663, T. 11.10.1982. www.kazanci.com 05.01.2014.

⁵² Bkz. Kılıçoğlu, s.360, dn.150'de anılan yazarlar.

⁵³ 2005 yılında Fransız bir firmanın Türkiye için üretilen ürünlerinin içine çocukların zihinsel ve bedensel gelişimini olumsuz etkileyecek madde koyduğu ve 2-12 yaş arasındaki çocukların tükettiği ürünlere bu maddenin konulmasının amacının gelecek nesillerin zeki olmasının engellenmesi olduğu iddiaları internetle yaklaşık altıbuçuk milyon kişiye ulaştırılmış ve firmanın satışları önemli ölçüde gerilemiştir. <http://www.guvenliweb.org.tr/guvenlik/node/5> 05.01.2014.

zararlı olup olmadığı konusu, özellikle gerçek kişiler bakımından her zaman açıkça ve kolayca tespit edilemeyebilir. Bu konuda tereddüt olduğunda hakimin, yaşam tecrübelerine ve olayların normal akışına göre gerçekleşen saldırının maddi zarara neden olup olmayacağını takdir etmesi gerekir.⁵⁴

Maddi tazminat davasında, kişilik hakkı saldırıya uğrayanın zararının miktarı, tazminatın azami miktarını belirler. Zarar gören zararın varlığını, miktarını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır (BK m.50/1).⁵⁵Yukarıda belirtildiği gibi, genellikle mahrum kalınan kar olarak ortaya çıkacak zararın hesaplanması, zarara uğrayanın konumuna ve durumuna göre değişkenlik göstereceğinden ve tahmini bir hesaplama dayandığından, ispatı her zaman kolay olmayıp, güç bir iştir. Zarar miktarının tam olarak ispat edilemediği bu hallerde hakim, olayların akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri⁵⁶ göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir (BK m.50/2).⁵⁷ Örneğin çıkan haberler nedeniyle yapacağı reklam sözleşmesinin iptal edildiğini ileri sürerek maddi tazminat talebinde bulunan bir oyuncunun zararının ispatında, reklam sözleşmesi delil olarak kullanılabilirken, ortada henüz sözleşme olmadığı hallerde hakim reklam anlaşmasının konusu, süresi, davacı standartlarında bir oyuncunun elde edebileceği kazanç, saldırının şekli, ağırlığı gibi hususları değerlendirerek zarar ve tazminat miktarını belirleyecektir. Ancak her halde, ispat yüküne ilişkin MK m.6 ve hukuk davalarında dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi gereğince de, hakimin kararına dayanak oluşturacak vakıalar ve delilleri davacı ortaya koymak

⁵⁴ Kılıçoğlu, s.362.

⁵⁵ Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlali durumunda, ihlale neden olan kişinin tespiti, kusurluluğunun ispatı gibi BK m.49 vd. hükümlerin öngördüğü koşullara tabi olmanın zarar gören açısından zorluk yaratacağı ve kimi zaman sonuç alınamayacağı ileri sürülerek, kitle iletişim araçlarının özel bir rizikoyu taşımaları ve kendilerine sebep sorumluluğu esaslarının uygulanması önerilmektedir. Öztan, s.158.

⁵⁶ Zarar görenin aldığı önlemlerin, zararın çoğalmasını engelleyecek önlemler değil kar elde etmek için alınan önlemler olduğu, zararın çoğalmasını engelleyecek önlemlerin alınıp alınmamasının zararın belirlenmesinde değil tazminat miktarın müterafik kusur nedeniyle tenkisi bakımından önemli olduğu belirtilmektedir. Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s.264.

⁵⁷ Bu hükmün uygulanması için zararın gerçek miktarının ispatının imkansız olması veya davacıdan beklenemeyecek olması gerektiği belirtilmektedir. Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s.262; Kılıçoğlu, s.362.

durumundadır, yoksa hakimin resen bunları araştırması söz konusu değildir. Dava sonucu mahkemece nakden tazmin kararı verilecektir.⁵⁸

Bazı hallerde saldırı sonucu zarar görenin menfaat elde etmesi söz konusu olabilir. Bu durumda zarar görenin menfaat elde etmesi ile saldırı arasında uygun nedensellik bağı olması şartı ile elde edilen menfaatin zarar miktarından mahsup edilmesi gerekir. Bir menfaat elde edildiğinin ispatı davalı yanın yükümlülüğüdür. Menfaat miktarının hesaplanmadığı durumlarda BK m.50/2 kıyasen uygulanır.⁵⁹Kişilik hakkı sözleşmesel sorumluluğun ihlali nedeniyle de saldırıya uğrayabileceğinden, maddi tazminatın şartlarının sözleşme hukukuna göre tespit edilmesi veya akdi ve akit dışı sorumlulukların yarışması söz konusu olabilecektir.⁶⁰ Maddi tazminat davasının zamanaşımı, haksız fiil esasına dayanan davalar için BK m.72 uyarınca fiilin işlendiği tarihten itibaren on yıl içinde kalmak kaydıyla zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl⁶¹, sözleşmesel sorumluluğun ihlaline dayanan davalar için BK m.146 uyarınca on yıldır. Maddi tazminat talebi başkasına temlik edilebileceği gibi mirasçıya da intikal eder.Maddi tazminat davası, saldırıya son verilmesi, hukuka aykırılığı tespit, manevi tazminat ve elde edilen kazancın verilmesi davaları ile birlikte açılabilirken,saldırımın önlenmesi davası ile birlikte açılması söz konusu olmaz.

2. Manevi Tazminat Davası

Kişilerin konusu para ile ölçülebilen kişilik değerlerinde meydana gelen zararları maddi tazminat davasının konusunu oluştururken, para ile ölçülemeyen kişilik değerlerinde meydana gelen, ekonomik nitelik taşımayan zararları manevi

⁵⁸ BK m.51 uyarınca hakim tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. Tazminatın belirlenmesi hakimin takdirine bırakılmışsa da, kitle iletişim araçları ile kişilik haklarının ihlalinde maddi tazminatın aynen tazmin şeklinde belirlenmesi ve giderilmesi için mahiyetine uygun değildir. Serdar, s.275;Kılıçoğlu, s.378.

⁵⁹ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s.273.

⁶⁰ Arpacı, s.153.

⁶¹ BK'nun 72. maddesi gereğince, zarara yol açan davranışın aynı zamanda suç sayılan bir eylem teşkil etmesi halinde, olayda uygulanacak zamanaşımı süresi, o suçun bağlı olduğu ceza zamanaşımı süresidir. Ceza zamanaşımı süresinin uygulanması için somut olayla ilgili bir soruşturma ya da kovuşturma açılmış bulunması da şart değildir.

tazminat davasının konusunu oluşturur.⁶² Manevi tazminat kural olarak kişinin manevi varlığının veya kişilik hakkının konusunu oluşturan maddi varlığının zarar görmesi halinde gündeme gelir.⁶³

Kişilik hakkının ihlaliyle ilgili manevi tazminat talebine ilişkin genel hüküm niteliğinde kabul edilen⁶⁴BK m.58 uyarınca, kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir. Manevi tazminat davası ile maddi tazminat davasının şartları aynıdır. BK m.58'e dayanarak manevi tazminat davası açılması için, kişilik hakkına yönelik hukuka aykırı bir saldırı olması, saldırıda bulunanın kusurlu olması⁶⁵, saldırı sonucu manevi bir zararın doğması ve zararlar saldırı arasında uygun illiyet bağı olması gerekir. Maddi ve manevi tazminat davaları, zararın niteliği bakımından farklılık gösterir. Manevi zararın niteliği konusunda fikir birliği bulunmamakla birlikte, Yargıtay'ca da benimsenmiş baskın görüşe göre manevi zarar saldırı sonucu oluşan acı, elem ve ıstırapı, yaşama zevki ve sevincinde azalmayı ifade eder.⁶⁶ Buna

⁶² Özsunay, s.156.

⁶³ Kişilik hakkının konusunu oluşturmayan maddi varlığın zarar görmesi nedeniyle tazminat davası açılabilmesi için, zarar gören şeye duyulan manevi ilgi nedeniyle bir kişisel varlığın da ihlal edilmiş olması aranır. Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s.330; Hatıra değeri olan bir eşyanın ya da manevi değeri yüksek ve yerine konması mümkün olmayan antika bir eşyanın zarar görmesi bu duruma örnek olarak verilebilir. Hasan İşgüzar: "Kişilik hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları", **Ankara Barosu Dergisi**, S.6, Yıl 47, 1990, s.862.

⁶⁴ Akipek, Akıntürk, Ateş-Karaman, s.408; Kılıçoğlu, s.387, dn.225'de anılan yazarlar.

⁶⁵ BK m.58'de kusur şartın zikredilmemiş olmasına karşın hükmün kusursuz sorumluluğu düzenlediği tarzında bir yorumun kanunun sistemi ve amacı ile bağdaşmadığı, kusursuz sorumluluk hali bulunmadıkça sorumluluğun kusur esasına dayandığı yönünde bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.253; Kusursuz sorumluluk halinde, fiilinden sorumlu olunan kişinin kusurunun hafif ya da ağır olması tazminat miktarının belirlenmesinde önemli değildir. Yalçınduran, s.441.

⁶⁶ Bu görüş subjektif görüş olarak ifade edilir. Objektif görüşe göre manevi zarar kişilikte meydana gelen eksilmeyi ifade eder. Bu görüş taraftarlarına göre manevi tazminat talebinde bulunabilmek için mağdurun acı veya üzüntü hissetme yeteneğinin bulunması önemli değildir. Ayırt etme gücünden yoksun olanlar ve tüzel kişilerin manevi tazminat talep edebilmelerinin objektif görüş uyarınca haklılaştırılabileceği yönünde bkz. İşgüzar, s.872; Yargıtay ve baskın şekilde doktrin subjektif teoriyi benimsenmekle birlikte tüzel kişilerin manevi tazminat davası açabilecekleri kabul edilmektedir. Ayırt etme gücü bulunmayanlar bakımındansa doktrinde çoğunluk görüşü aksi yöndedir. Türker Yalçınduran: "5187 Sayılı Basın Kanunu'na Göre Basın Özgürlüğü ve Manevi Tazminat", **Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan**, İstanbul, Der Yayınları, 2009, s.433; Öğretide büyük çoğunluk tarafından reddedilen bir diğer görüşe göre cezalandırıcı ve önleyici bir nitelik taşıyan manevi tazminat bir çeşit özel hukuk cezası niteliğindedir. Görüşler için bkz. Kılıçoğlu, s.388 vd.

göre manevi tazminat, kişilik hakkının ihlali sonucunda uğranılan manevi zararın yani duyulan acı ve elemi karşılanması için söz konusu olan bir yaptırım türüdür⁶⁷

BK m.58'in ifadesinden manevi tazminatın öncelikle bir miktar paranın ödenmesi şeklinde belirleneceği anlaşılmaktadır. Maddi tazminatın belirlenmesinde belirli kriterlere göre tespit edilen zarar miktarına dayanılırken, manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde böyle bir imkan bulunmadığından bu alanda hakim takdir hakkı büyük rol oynar.⁶⁸ Hakim manevi tazminatla ilgili değerlendirme yaparken, saldırı oluşturan eylem ve olayın özelliğini, olayın gerçekleşme biçimini, tarafların kusur oranını, olaydan etkilenme derecesini dikkate almalıdır.⁶⁹ Olaydan etkilenme derecesinin belirlenmesinde, genel yaşam tecrübeleri yanında kişinin saldırıdan sonraki tepki ve davranışları da dikkate alınmalıdır. Ayrıca, kitle iletişim araçlarıyla kamusal ilgiye açık bir konuda yapılan yayından etkilenen kişi veya toplumdaki konumu nedeniyle eleştiriye daha tahammüllü olması gereken bir kişi lehine manevi tazminata hükmedilme ihtimali daha düşük olacaktır.⁷⁰

Manevi tazminat tutarının belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel durum ve koşullar bulunacağından, hakim takdir hakkını etkileyecek nedenleri

⁶⁷ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s.330.

⁶⁸ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s.342; Yalçınduran, s.434.

⁶⁹ Yalçınduran, s.438; Fotoğrafları izin alınmaksızın ticari amaçla çıkarılan bir çocuk dergisinde yayınlanan küçüklerin yaşları nedeniyle rızalarının geçerli olmadığı ve velayet hakkına sahip annelerinden izin alınmadığı, bu nedenle manevi tazminata ilişkin BK m.58'in şartlarının çocuklar bakımından gerçekleştiği ancak çocukların fotoğraflarının dergide yayınlanması yönünden yayın içeriği, fotoğrafların kullanım şekli, derginin niteliği gözetildiğinde davacı annenin kişilik haklarına saldırı sayılacak bir yön bulunmadığı yönünde bkz. Yargıtay 4. HD E. 2008/6920, K. 2009/3478, T. 10.3.2009, www.kazanci.com 25.12.2013.

⁷⁰ Yargıtay 4. HD, 03.07.2013 T. E. 2013/1020, K.2013/12789 www.kazanci.com/ ; 818 sayılı BK m.49/II'de yer alan hakim manevi tazminatın miktarını tayin ederken tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate alacağına ilişkin hükme 6098 sayılı BK'da yer verilmemiştir. Eski düzenlemede yer alan bu hüküm, kişilerin ekonomik güçlerine göre farklı konumlandırılmalarına yol açtığından bahisle eleştirilmekte, hükmün önemli makamları işgal edenlerin sert eleştirilere daha tahammüllü olmaları gerektiği şeklinde yorumlanması gerektiği son derece haklı olarak savunulmaktaydı. (Arpacı, s.156). Manevi tazminatla ilgili değerlendirme yapılırken kişi, konu ve kullanılan araçla ilgili değerlendirme yapılması için bir hüküm bulunması elzem değildir. Kişilik hakkı ve basın özgürlüğü gibi karşı karşıya gelen hakların mahkemece dengelenmesi zorunludur. Dolayısıyla bu değişiklik yerinde olmuştur; zira hükmün eski hali genel yorumlanışı itibarı ile esas amacı maddi kazanç sağlamak olmayan manevi tazminatın takdirinde kişilerin ekonomik güçlerine göre kişiliklerinin değerlendirilmesi gibi bizzat kişilik hakkını ihlal eden bir düzenleme içermekteydi.

kararında objektif olarak gösterilmelidir. Yargıtay'a göre, takdir edilecek miktar, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek, tazminata benzer bir işlevi olan özgün bir nitelik taşıdığından, bir ceza olmadığı gibi malvarlığı hukukuna dair bir zararın karşılanması da amaç edinmemiştir. Bu nedenle tazminatın sınırı amacına göre belirlenmeli ve takdir edilecek miktar, mevcut durumda elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.⁷¹ Manevi tazminat miktarının caydırıcı olması gerekmele birlikte, zarar göreni zenginleştirecek, felaketi özendirecek nitelikte ve karşı tarafı ekonomik olarak yıkacak nitelikte olmamalıdır.⁷²

Bazı durumlarda manevi tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesi zarar gören için hiçbir anlam ifade etmeyebilir veya yetersiz kalabilir. BK m.58/2 uyarınca hakimtazminatın ödenmesi yerine veya tazminatla birlikte diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir, özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.⁷³ Burada, hukuk yargılamasında hakimin taleple bağlı olması kuralının istisnası söz konusudur. Kişilik hakkına yönelik saldırının biçimine göre manevi tazminatin farklı yollarını belirlemekte hakimin çok geniş takdir yetkisi bulunmaktadır.⁷⁴

⁷¹ Yargıtay 4. HD, 22.05.2013 T. E. 2013/5580, K.2013/9332; Yargıtay 3. HD, 19.09.2013 T., E. 2013/12126, K.2013/13000; Yargıtay 4. HD, 30.01.2013 T., E. 2012/1185, K.2013/1388 <http://www.kazanci.com/> 12.05.2014.

⁷² Helvacı, Gerçek Kişiler, s.130; Kılıçoğlu, s.409; Mülga 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun'un 28. maddesinde radyo ve televizyon yayınlarıyla saldırıya uğrayanlar için manevi tazminat miktarının alt sınırı belirlenmişti. Yürürlükteki 6112 sayılı Kanun'da benzer bir düzenleme mevcut değildir. Avşar, Öngören, s.174.

⁷³ Kararın ilanının hangi kitle iletişim aracı ile yapılacağı konusunda Borçlar Kanununda bir açıklık bulunmadığından, bu konunun da hakimin takdir hakkı kapsamında çözüleceği ileri sürülmektedir. Avşar, Öngören, s.177.

⁷⁴ Davalının davacıdan özür dilemesi, sözünü geri alması, mahkeme kararı ile davalının davranışının kınanması, sembolik miktarda çok düşük bir para meblağını ödemeye mahkum edilmesi ve benzeri kararlar verilebilir. Ancak saldırıyı kınayan kararın yayımlanması dışındaki tazmin şekillerinin çoğunun icra kabiliyeti yoktur. Kılıçoğlu, s.417; Akipek, Akıntürk, Ateş-Karaman, s.408; Yalçınduran, s.448, 449; Mahkeme kararı taraflar arasında hüküm oluşturduğundan, davacı manevi tazminatı oluşturan miktarın bir hayır kurumu, vakıf ve benzeri herhangi bir üçüncü kişiye verilmesine hükümlenmesini isteyemez. Davacının bu yöndeki beyanları sadece ahlaken bağlayıcıdır. Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s.344.

Manevi tazminat davası için zamanaşımı süresi, maddi tazminat davası için geçerli sürelerle aynıdır. Manevi tazminat talebinin, karşı tarafça kabul edilmedikçe devredilmesi mümkün değildir. Miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça da mirasçılara geçmez.

3. Sebepsiz Zenginleşme Davası

Kişilik hakkının ihlali halinde açılacak davalar MK m.25'te tahdidi olarak sayılmamıştır. Dolayısıyla, her ne kadar MK m.25'de belirtilmiş davalar arasında yer verilmemişse de, şartlar oluştuğunda BK hükümlerine göre sebepsiz zenginleşme davasının açılacağı kabul edilmektedir.⁷⁵ Sebepsiz zenginleşme, sözleşmeler ve haksız fiiller gibi bağımsız bir borç kaynağıdır.⁷⁶ Sebepsiz zenginleşmeye ilişkin BK m.77 uyarınca haklı bir sebep olmaksızın bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen kişi, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür.

Konumuz çerçevesinde sebepsiz zenginleşme davası açmak için, kitle iletişim araçları ile kişilik hakkına hukuka aykırı bir saldırı olması, saldırı nedeniyle saldırıda bulunan kişinin zenginleşmiş ve saldırıya maruz kalan kişinin malvarlığında bir azalmanın gerçekleşmiş olması, saldırı ile saldırıya maruz kalan kişinin malvarlığındaki azalma arasında nedensellik bağı olması gerekir. Bu davanın açılması için kusur şartı aranmaz. Kusur sadece sebepsiz zenginleşenin haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulması için aranacaktır. Kişilik hakkına saldırı nedeniyle sebepsiz zenginleşme davasının açılması, daha çok para ile ölçülebilen kişilik değerlerine yönelik saldırılarda gündeme gelmektedir.⁷⁷

⁷⁵ Kılıçoğlu, s.347.

⁷⁶ Sözleşmelerden ve haksız fiillerden doğan borçlara ilişkin hükümlerin kimi hallerde yetersiz kalması nedeniyle sebepsiz zenginleşme ayrı bir borç kaynağı olarak kabul edilmiştir. Sebepsiz zenginleşmenin şartları diğer borç kaynaklarından farklı ve kendine özgüdür. M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 2016, s.313.

⁷⁷ Kılıçoğlu sebepsiz zenginleşme davasının daha çok resmin rıza dışında reklam aracı olarak kullanılmasında uygulama alanı bulacağı ifade etmektedir (Kılıçoğlu, s.347). Kanaatimizce ticarileşmiş tüm kişilik hakkı değerleri bakımından sebepsiz zenginleşme davası gündeme gelebilecektir.

Sebepsiz zenginleşme davası açarken kusur şartı aranmadığından, kişilik hakkına saldırıda bulunanın kusursuz olduğu veya kusurun ispatının çok güç olduğu hallerde, maddi tazminat davası yerine bu dava açılabilir.⁷⁸ Dava neticesinde, sebepsiz zenginleşen kişinin haksız olarak elde ettiği kazancı, kişilik hakkına saldırı ile malvarlığında azalmaya yol açtığı kişiye ödemesine karar verilir. Ödenecek tutar davalının malvarlığındaki azalma miktarından fazla olamaz. Zenginleşmenin fakirleşmeden az olduğu hallerde zenginleşme tutarı, zenginleşmenin fakirleşmeden çok olduğu hallerde fakirleşme tutarı iade borcu bakımından üst sınır teşkil eder⁷⁹.

Somut olayda hem sebepsiz zenginleşme hem de maddi tazminat davasının şartları mevcutsa, talepler yarışır ve davacı dilediği davayı açabilir. Saldırı nedeniyle zenginleşmenin fakirleşmeden az olduğu hallerde, saldıranın kusuru bulunması halinde maddi tazminat davası açmak daha elverişli olacaktır.⁸⁰ Diğer yandan, davalının kusurunu ve hukuka aykırılığı ispatlaması gerekmeyeceğinden, davasını sebepsiz zenginleşme hükümleri temelinde açmak davacının lehinedir.⁸¹ Saldırıda bulunanın zenginleşmesi, saldırıya uğrayanın fakirleşmesi karşılığında gerçekleşmemişse gerçek olmayan vekaletsiz iş görme davası açılabilecektir.⁸² Sebepsiz zenginleşmeden doğan talep hakkı, zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten itibaren on yıl içinde kalmak kaydıyla, hak sahibinin geri isteme hakkı olduğunu öğrendiği tarihten itibaren iki yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

⁷⁸ Kılıçoğlu, s.348.

⁷⁹ Oğuzman, Öz, s.330 vd. Alman hukukunda sebepsiz zenginleşme fakirleşme şartına bağlı tutulmamıştır. Türk ve İsviçre Doktrinin de bu görüş yanlılarının gittikçe arttığı ifade edilmektedir. Bu konuda, klasik görüşü savunanlar, fakirleşme şartının aranmaması halinde sebepsiz zenginleşmenin değil vekaletsiz iş görmenin söz konusu olacağını savunurken, modern görüşü savunanlar, sebepsiz zenginleşme hukukunun amacının yoksullaşmanın telafisi değil zenginleşmenin tasfiyesi olduğunu, haksız olarak elde edilen kazancın tasfiyesini hedefleyen sebepsiz zenginleşmeden bahsedebilmek için fakirleşme şartının aranmasının gerekli olmadığını ileri sürerler. Ae, s.734,dn.72'de anılan yazarlar, s.735; Rona Serozan: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, III. Cilt, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s.124. (Kıs: Haksız Zenginleşme)

⁸⁰ Bu durumda davacının, davalının zenginleşmesini aşan ölçüdeki zararını talep edebilmesi yanında, BK m.72/1'de öngörölmüş uzatılmış ceza zamanaşımı süresinden yararlanabilmesi bakımından da avantajı olur. Serozan, Haksız Zenginleşme, s.316.

⁸¹ Serozan, Haksız Zenginleşme, s.316.

⁸² Kılıçoğlu, s.348.

4. Vekaletsiz İş Görme Davası

Vekaletsiz iş görme, vekaleti olmaksızın bir kimsenin başkasının hukuk alanına müdahale ederek, başkasının hesabına bir işi görmesi olarak tanımlanabilir (BK m.526). İş sahibinin objektif olarak menfaatine ve gerçek veya tahmin edilen iradesine uygun olarak vekaletsiz iş görme hukuka aykırı değildir. İş görenin başkasının hukuk alanına müdahale ederek bir işi kendi hesabına ve kendine menfaat sağlamak üzere yapması halinde ise gerçek olmayan vekaletsiz iş görme söz konusu olur (BK m.530).^{83, 84} Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hukuka aykırıdır. Kişilik hakkının ihlali halinde MK m.25/3 uyarınca maddi ve manevi tazminat davaları yanında açılacak dava, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme temeline dayanır.⁸⁵

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme haksız fiil niteliğinde kabul edilmektedir.⁸⁶ Ancak, iş sahibine işgörenin elde ettiği menfaatlerin tamamını devir alma imkanı sağlaması bakımından, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme gerek haksız fiil gerekse sebepsiz zenginleşmeden farklılaşır.⁸⁷ Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine istinaden dava açabilmek için, kişilik hakkına saldırıda bulunulması, saldırının hukuka aykırı olması, saldırı ile elde edilen kazanç arasında nedensellik bağı bulunması ve failin mağdurun elde etmeyi amaçlamadığı veya elde

⁸³ Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmenin varlığı için önce vekaletsiz iş görmenin genel unsurları yani vekaletsiz olarak başkasına ait bir işin görülmesi ve bu işi görmeyi caiz kılacak unsurların bulunmaması gerekir. Haluk Tandoğan: **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1957, s.42. (Kıs: Vekaletsiz İş Görme); Tandoğan aynı eserinde başlıca gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hallerini saydıktan sonra en çok rastlanan çeşidin iş görenin başkasına ait olduğunu bildiği bir işi kendi menfaatine istismar etmesi olduğunu belirtmiştir. Ae. s.294; Belirtelim ki iş sahibinin yapılan işi uygun bulması durumunda vekalet hükümleri uygulanır (BK m.531).

⁸⁴ İş sahibinin menfaatini korumak amacıyla girişilen bir iş, iş sahibinin bilinen veya bilinmesi gereken iradesine aykırı ise veya iradesine uygun olmakla birlikte menfaatine aykırı şekilde yapılıyorsa, yapılan müdahaleler hukuka aykırıdır ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görme söz konusu olur. Hukuka uygun vekaletsiz iş görme ise hukuki işlem benzeri fiil olarak kabul edildiğinden bu tür iş görmeden doğan taleplere sözleşmesel sorumluluğa ilişkin bazı hükümler kıyasen uygulanır. Tandoğan, Vekaletsiz İş Görme, s.42,43-54; Cevdet Yavuz: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 9. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2014, s.1325.

⁸⁵ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.256; Dural, Ögüz, s.156.

⁸⁶ Başkasının haklarını kendi menfaatine istismar etmenin haksız fiil müessesesi çerçevesinde olduğu yönünde bkz. Tandoğan, Vekaletsiz İş Görme, s.92.

⁸⁷ Yavuz, s.1331-1332.

edemeyeceği bir kazancı elde etmiş olması gereklidir. Bu davada kusur şartı aranmaz.⁸⁸ İş gören müdahalesi ile kaza arasında illiyet bağı bulunmadığı veya kesildiğini kanıtlamadıkça, diğer yükümlükleri yanında kazadan da sorumlu olur.⁸⁹

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede, iş gören yapılan işten elde edilen her türlü malvarlıksal menfaati iş sahibine devretmekle yükümlüdür. İş gören elde ettiği kazancı elden çıkarmış olsa bile devir borcu aynen devam eder. İşin görülmesi nedeniyle iş görenin eline geçen belgeler, planlar, modeller ve iş görenin kendi özel becerileri ile elde ettikleri dahil olmak üzere tüm malvarlıksal değerler devir yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmektedir⁹⁰. Zarara uğrayan kişi tazminat talep ederken sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandığında talebinin üst sınırını malvarlığında meydana gelen fakirleşme ve mahrum kaldığı kar miktarı oluşturacakken, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme çerçevesinde herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın tazminat miktarını belirleyebilecektir. Dolayısıyla, iş görenin elde ettiği kazancın iadesi talebi her zaman sebepsiz zenginleşme talebinden daha kapsamlıdır veya ona eşittir. Maddi tazminat talepleri bakımından da, kişilik hakkı ihlal edilen kişinin maruz kaldığı zarar, tazminat talebinin üst sınırını oluşturduğundan, failin saldırı sonucu mağdurun elde edemeyeceği bir kazancı elde etmesi halinde, mağdur bakımından maddi zarar oluşmayacağından, maddi tazminat davası açılması mümkün olmayacaktır.⁹¹ Sebepsiz zenginleşme temelinde yöneltilecek talepler ile maddi tazminat taleplerinin sınırlanmış olması, kişilik hakkına haksız saldırıda bulunan kişinin, kişisel beceri ve imkanları neticesinde elde ettiği kazancın bir bölümünü ve kimi hallerde önemli bölümünü muhafaza etmesine imkan verebilecektir. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri ile haksız fiil

⁸⁸ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.131; Öztan, s.162; Kılıçoğlu, s.354.

⁸⁹ Tandoğan, Vekaletsiz İş Görme, s.42; Vekaletsiz iş görmede iş gören işin yapılmasında sadece kusurundan sorumludur. Tandoğan, Ae, s.55.

⁹⁰ Tandoğan, Vekaletsiz İş Görme, s.193-194; Gerçek vekaletsiz iş görmede iş sahibi işin kendi menfaatine yapılması halinde kanunda öngörülmuş bazı masraf ve giderlere katlanmak durumundadır. Bu masraf ve giderler iş görene ödenmedikçe, iade edilecek şeyler üzerinde iş görenin hapis hakkı söz konusu olur. Gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede ise iş görenin masraf ve gider talep edebilmesi iş sahibinin yapılan işten faydalanmasına bağlıdır ve iş görenin gerçek vekaletsiz iş görmede sahip olduğu hapis hakkı burada yoktur. Yavuz, s.1332.

⁹¹ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.256.

ve sebepsiz zenginleşme hükümlerinin yetersiz kaldığı hallerde, bir kimsenin kazanç elde etmek hırsıyla başkasının hukuki alanına saldırarak bundan yarar sağlaması engellenmekte⁹² iş görenin özel beceri ve yeteneğiyle elde ettiği menfaatleri dahi devretmesi yükümlülüğü öngörülerek, iş gören adeta bir medeni hukuk cezasına maruz bırakılmaktadır.⁹³

Kişilik hakkının ihlali halinde, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ile sebepsiz zenginleşme hükümlerinin yarışacağı kabul edilmektedir.⁹⁴ Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme kurumu, saldırıya uğrayan kişinin fakirleşip fakirleşmediğine bakılmaksızın ve iade talebi için bir üst limit olmaksızın, iş görenin elde ettiği menfaatin tamamının hak sahibine devrini temin ettiğinden, davacı bakımından oldukça elverişlidir. Tazminat davası bakımından ise, tazminat davası ile vekaletsiz iş görme davalarının birbiri üstüne yığılmasının kabul edilemeyeceği ancak kazancın devri talebinde bulunmanın tazminat talebinden feragat etmeyi kapsamaması nedeniyle, bu iki talebin birbirini tamamen bertaraf etmediği savunulmaktadır. Buna göre, iki talep bir arada ileri sürülebilecek, ancak birinin yerine getirilmesi halinde, yerine getirmenin kapsamı nispetinde diğeri ortadan kalkacaktır. Mesela, tazminat davasına konu zararın elde edilen kazançtan fazla olması halinde, kazancı devralan iş sahibinin devraldığı kazanç zarar miktarından düşülecek ve kalan miktarda tazminat talebi devam edecektir.⁹⁵ Bu konuda, davacının talebinin ya maddi tazminata ya da davalının elde ettiği kazançta yönelmesi gerektiğini ileri süren görüş mevcuttur. Bu görüş maddi tazminat davası bakımından davacının iki yoldan birini seçmesi gerektiğini savunurken, manevi tazminat davası bakımından farklı değerlendirme yapmaktadır.⁹⁶

⁹² Tandoğan, Vekaletsiz İş Görme, s.3; Kılıçoğlu, s.351.

⁹³ Serozan, Haksız Zenginleşme, s.316.

⁹⁴ Serozan, Haksız Zenginleşme, s.316; Oğuzman, Öz, s.348; Sebepsiz zenginleşmeye dayanan talep ile vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanan taleplerin ise yarışamayacağı, vekaletsiz iş görme hükümlerine göre işi yapana masraflarının ödenmemesi halinde sebepsiz zenginleşme hükümlerinin tamamlayıcı olarak uygulanacağı kabul edilmektedir. Oğuzman, Öz, s.347.

⁹⁵ Helvacı, Gerçek Kişiler, s.131, dn.470'de anılan Hatemi; Tandoğan, Vekaletsiz İş Görme, s.206; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.256; Dural, Ögüz, s.157.

⁹⁶ Arpacı, s.162. Arpacı bu durumu bir kurbandan iki post elde etme olarak değerlendirmektedir. Ancak bu görüş izlendiğinde ve sadece maddi tazminat davası açıldığı varsayıldığında, başkasının

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanarak elde edilen kazancın iadesinin sağlanması, özellikle fikri haklar ve haksız rekabet alanlarında en ağır yaptırım olarak etkin hukuki koruma sağlarken, günümüzde kişilik hakkının ticari boyutunun ihlali ile büyük kazançlar elde edilebilmesi neticesinde, bu alanda da çok önemli hale gelmiştir. Özellikle kişinin adı, resmi ve özel yaşamı kullanılarak ciddi kazanç elde edilmesi mümkün bulunmaktadır.⁹⁷ Elde edilen kazancın iadesinin kapsamının belirlenmesi çoğu zaman çözümlenmesi güç bir sorun olarak ortaya çıkar. Kazancın kesin olarak tespiti mümkün olmayabileceği gibi, elde edilen kazancın tamamı kişilik hakkına yönelik saldırı nedeniyle elde edilmemiş de olabilir. Bu gibi hallerde⁹⁸ BK m.50/2 uyarınca hakim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir. Elde edilen kazancın kesin olarak tespitinin mümkün olmadığı hallerde, ikinci bir yol olarak, kazancın iadesi yerine objektif faydanın iadesi talep edilebilecektir. Başka bir deyişle, kişilik hakkına saldırılan kişi buna rıza göstermiş olsaydı, ilgili kitle iletişim aracı sahibi kuruluşun ödemesi gereken miktar, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümler kıyasen uygulanarak tespit edilecektir.⁹⁹ Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme haksız fiil niteliğinde olduğundan haksız fiillere ilişkin zamanaşımına tabidir¹⁰⁰ ve tazminat davalarında uygulanan BK m.72 hükmü gerçek olmayan vekaletsiz iş görme temelinde açılacak davalar için de uygulanmaktadır.

hukuki alanına müdahale edenin haksız kazancı meşrulaştırılmış ve aslında bir kişinin hakkı olan post iki kişiye paylaştırılmış olur.

⁹⁷ Tirajını artırmaya çalışan gazeteler veya izlenme oranını artırmaya çalışan televizyon kanalları, elde edecekleri kar karşısında bir miktar maddi ve manevi tazminat ödemeyi göze alarak kişilik hakkına saldırabilmektedirler. Ünlü birinin görüntüsünün bir reklamda kullanılması veya özel hayatının bir dizi filme konu edilmesi gibi hallerde elde edilen tüm kazancın iade edilmesini sağlayan bu dava, saldırıların önlenbilmesi için etkili bir imkandır.

⁹⁸ Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.256; Öztan, s.162.

⁹⁹ Serdar, s.269, dn.122'de anılan Riklin.

¹⁰⁰ Vekaletsiz iş görmeden doğan taleplere sözleşmeden doğan taleplere uygulanan on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır. Tandoğan, Vekaletsiz İş Görme, s.55, 207, 298; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.256.

C. Düzeltme ve Cevap Hakkı

1. Genel Olarak Düzeltme ve Cevap Hakkı

İfade özgürlüğü hakkıyla ilgili devletin pozitif edim yükümlülüğünün önemli görünüşlerinden biri olan düzeltme ve cevap hakkı, kitle iletişim araçlarının ifade özgürlüğünü kötüye kullanmasını önlemek amacıyla kişilere, kendileriyle ilgili yayınlar konusunda, aynı araçlardan yararlanarak düşüncelerini açıklama, kendilerini savunma ve yanlış açıklamaları düzeltme olanağı sağlayan temel bir haktır.¹⁰¹

Düzeltilme ve cevap hakkı kurumunun incelendiği Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 15 Aralık 2004 tarihli “Yeni Medya Ortamında Cevap Hakkına İlişkin Tavsiye Kararında¹⁰² da vurgulandığı¹⁰³ üzere, hakkın yapısında yayıncıyı, yayının ilgili olduğu kişileri ve kamuyu içeren üç yönlü bir ilişki bulunmaktadır. Hak, kişiler bakımından gerçeğe aykırı ya da kişilik hakkını ihlal eden yayınlara karşı, bunların yarattığı etkiyi eş ya da benzer düzeyde yaratma imkanı verecek araçlara sahip olmayan kişileri koruma işlevine sahiptir. Düzeltme ve cevap hakkının tanınmasıyla kitle iletişim araçları karşısında güçsüz durumda olan kişilerin ifade özgürlüğü ile kitle iletişim araçlarının ifade özgürlüğü arasında adil bir denge sağlanmaktadır.¹⁰⁴ Diğer yandan, hakkın kullanılması, kamuoyunun bilgi edinme hakkı çerçevesinde değerlendirilmekte, bu hak vasıtasıyla kamunun farklı kaynaklardan haber almasının sağlandığı, zarar gören kişinin görüşü hakkında bilgi edinmekle kamunun doğru bilgiye ulaşma ve haber alma özgürlüğünün temin edildiği belirtilmektedir.¹⁰⁵

¹⁰¹ Ahmet Çiftçi: “Yazılı Basında Cevap ve Düzeltme Hakkı”. **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.42, S.1-4, Yıl 1991-1992, s.48. (Kıs: Yazılı Basın); David Thór Björgvinsson: “Cevap Hakkı”, İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler, **Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi**, Ankara, Matbam Ajans&Reklam&Tanıtım, 2012, s. s.151.

¹⁰² Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on the Right of Reply in the New Media Environment, Adopted by the Committee of Ministers on 15 December 2004 at the 909th Meeting of the Ministers' Deputies; <http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp>

¹⁰³ Şahin, s.201.

¹⁰⁴ Doktrinde, düzeltme ve cevap hakkının, kitle iletişim araçları ve kişiler arasındaki eşitsizliği dengeleyerek telafi ettiği, başka bir deyişle silahları eşitleyici fonksiyon gördüğü ifade edilmektedir. İçel, s.211; Serdar, s.336; Düzeltme ve cevap hakkının tanınmamasının temelde ifade özgürlüğü hakkının ihlali anlamına geleceği yönünde bkz. Şahin, s.195 vd.

¹⁰⁵ Björgvinsson, s.152; András Koltay: “The Right of Reply. A Comparative Approach”, **Iustum Aequum Salutare**, III, 2007/4, s. 204, (Çevrimiçi) ias.jak.ppke.hu/hir/ias/20074sz/11.pdf, 26.12.2015. (Kıs: The Right of Reply); Serdar, s.337.

Düzeltilme ve cevap hakkı kurumu, yayıncıyla ilgili yönü bakımından yayıncının ifade özgürlüğü hakkını sınırlarken, kitle iletişim araçları ile kişilik hakkı ihlal edilmiş kişiler bakımından savunma imkanı sağlayan hak niteliğindedir.¹⁰⁶ Kişilik hakkını ihlal eden bir yayınla ilgili açılan dava sonucunda tazminata hükmedilmesi, ihlalin gerçekleşmesinden kararın verilmesine kadar belirli bir zaman geçtiğinden ve mahkeme kararları bir kitle iletişim aracıyla gerçekleşen yayın gibi popüler olmayıp kitlelere erişmediğinden, kişinin toplum nezdinde zarar gören itibarının iadesini etkili şekilde sağlayamaz. Düzeltilme ve cevap hakkı, kişilik hakkının saldırıya maruz kaldığı zamanda hemen koruma sağlayan bir araçtır.¹⁰⁷ Düzeltilme ve cevap hakkının kullanılabilmesi için, yayımlanan materyalin belirli bir kişiyle ilgili olması gerekmektedir.¹⁰⁸ Bu hak tüm gerçek ve tüzel kişilere, vatandaşlık ve ikametgah koşuluna bakılmaksızın, eşit şekilde, makul süre içinde ve herhangi bir mali yükümlülüğe bağlı tutulmadan sağlanmalı, ancak düzeltilme ve cevabın içeriği, üçüncü bir kişinin hukuken korunan çıkarlarını ihlal etmemelidir.¹⁰⁹

Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkı saldırıya uğrayanların düzeltilme ve cevap hakkı kapsamında ileri sürecekleri taleplerin içeriği farklıdır. Düzeltilme hakkı, kişinin kendisi hakkındaki gerçeğe aykırı ya da yanlış ifadelerin düzeltilmesini ve doğru ifadelerin yayınlanmasını sağlar. Düzeltilmenin amacı gerçeğe aykırı ya da yanlış ifadelerle ilgili gerçek durumun ne olduğu hakkında kamuoyunun bilgilendirilmesi olup, bu kapsamda başka herhangi bir içerik yayınlanmaz. Buna karşılık cevap hakkı, zarar gören tarafın yayının ilgili olduğu konu hakkında kendi durumuyla ilgili kapsamlı açıklamalar sunmasını, başka bir deyişle hakkındaki yayına karşılık vermesini sağlar. Buna göre, cevap hakkı kapsamında yapılacak açıklamalar, gerçeğe aykırı ya da yanlış ifadelerin düzeltilmesiyle sınırlı değildir.

¹⁰⁶ İçel, s.209; Şahin, s.196. Düzeltilme ve cevap hakkının hukuki niteliği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Hakkın meşru müdafaa hakkı niteliği yanında, manevi tazminatın bir türü ve durdurma davasının özel olarak düzenlenmiş biçimi, medya hukuku alanında ilgili kişi ile medya arasındaki ilişkide, kişiliği korumak amacıyla kabul edilmiş kendine özgü bir hukuki müessese olarak değerlendirilen görüşler mevcuttur. Görüşler için bkz. Serdar, s.332 vd. ile Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s .68.

¹⁰⁷ Koltay, The Right of Reply, s.204.

¹⁰⁸ Björgvinsson, s.151.

¹⁰⁹ Şahin, s.201, dn.157.

Karşılaştırmalı hukukta, düzeltme ve cevap hakkına yer verilmekle birlikte, hakkın düzenlenmesiyle ilgili yeknesak bir model mevcut değildir. Türk hukukunda düzeltme ve cevap hakkı yalanlama anlamına gelen tekzip kavramını da kapsayacak şekilde bir bütün olarak ele alınmıştır ve düzeltme ve cevap hakkı tekzip ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Düzeltme ve cevap hakkının kullanımı da bunlardan birini, ikisini veya tümünü kapsayacak şekilde gerçekleştirilebilmektedir.¹¹⁰

Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş ülkelerin hemen hemen tümünde, farklı formlarda da olsa, cevap hakkına yer verildiği, buna mukabil Anglo-Saxon hukuk sistemini benimsemiş ülkelerin bu hakkı düzenlemekten kaçındığı görülmektedir.¹¹¹ Kıta Avrupası hukukunda düzeltme ve cevap hakkının kabulüne ve yerleşmesine, cevap hakkını genel ve mutlak olarak kurumsallaştıran Fransız Basın Kanununun hükümleri¹¹² öncülük etmiştir. Günümüzde, düzeltme ve cevap hakkı konusunda karşılaştırmalı hukukta yazının içeriği ile ilgili genel olarak iki sistemin benimsendiği belirtilmektedir. Fransız sistemi olarak adlandırılan sisteme göre, düzeltme ve cevap hakkı sadece maddi olaylarla sınırlı olmayıp, maddi olayların değerlendirilmesine, görüş ve yorumlara karşı da kullanılabilir. Fransa yanında Belçika, İtalya, Lüksemburg ve Güney Amerika devletleri bu sistemi benimsemiştir. Alman sistemi olarak adlandırılan ikinci sistemde düzeltme ve cevap hakkı sadece maddi olaylarla sınırlı olarak kullanılabilir. Bu sistemi Almanya yanında Orta ve Kuzey Avrupa ülkeleri benimsemektedir.¹¹³ Diğer yandan, Alman,

¹¹⁰ Çiftçi, Yazılı Basın, s.53; András Koltay: “The Right of Reply in a European Comparative Perspective”, October 17, 2012, (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=2162935>, 26.12.2015 (Kıs: European Comparative Perspective)

¹¹¹ Koltay, The Right of Reply, s.211.

¹¹² Düzeltme ve cevap hakkının tarihsel kökeninin Fransız Devrimine kadar uzandığı, 1822 yılında kabul edilen Basın Kanunu ile hakkın kurumsallaştırıldığı belirtilmektedir. İçel, s.209; Fransa’da, 1881 tarihli Basın Özgürlüğü Kanunu, 12. maddesi ile düzeltme hakkını (droit du rectification), 13. maddesi ile cevap hakkını (droit de response) düzenlemektedir. Bir gazete haberine karşı cevap hakkının kullanılmasında, içeriğin hakaret nitelikli olması şartı aranmazken, sadece radyo ve televizyon haberciliği alanında geçerli olacak şekilde düzenlenen cevap hakkının kullanılması ancak radyo ve televizyonda yayınlanan içeriğin hakaret nitelikli olması halinde mümkündür. Björgvinsson, s.152.

¹¹³ İçel, s.210; Koltay, The Right of Reply, s.211; Düzeltme ve cevap hakkını mutlak bir nitelikte kabul eden Fransız sistemi, basının ifade özgürlüğü için tehdit oluşturduğu gerekçesiyle eleştirilirken, Alman modelinin basının ifade özgürlüğü hakkını dikkate alan dengeleyici işleve sahip bir sistem olduğu ifade edilmektedir. Şahin, s.201.

Hollanda, Norveç ve İspanyol düzenlemelerinde olduğu gibi, bazı hukuk düzenlerinde cevap hakkının kullanılması için içeriğin yanlış ya da hakaret nitelikli olduğunun ileri sürülmesi gerekli olmayıp, kişi hakkında olumsuz izlenime neden olması yeterli görülürken, Macaristan gibi bazı ülkelerde, içeriğin gerçeğe aykırı ya da hakaret nitelikli olduğunun kanıtlanması aranmaktadır. İkinci durumun, cevap hakkının en zayıf şekilde uygulanmasına örnek olarak gösterilmektedir.¹¹⁴Türk Hukukunda düzeltme ve cevap hakkının kullanılması bakımından, yayının olay açıklaması veya değer yargısı olması konusunda herhangi bir sınırlama öngörülmemiş olduğundan hareketle Fransız sisteminin benimsendiği söylenebilir. Düzeltme ve cevap hakkının kullanılabilmesi için, hakkı kullanmak isteyen şeref ve haysiyetine saldırıldığını veya kendisiyle ilgili gerçeğe aykırı yayın yapıldığını ileri sürmesi gerekmektedir.

Avrupa'da düzeltme ve cevap hakkını genel bir kural olarak hükme bağlamamış tek ülke olan İngiltere olup 1996 tarihli Defamation Act (m.15/2) ile hakkında yayın yapılan kişiye, cevabını yazarın uygun bulunduğu şartlarda yayımlatma imkanı tanınmıştır.¹¹⁵Bunun dışında genellikle medya alanındaki kurumların ya da medya kuruluşlarının kendi iç düzenlemeleri ile cevap hakkına yer verilebildiği görülmektedir.¹¹⁶ Kıta Avrupasının ifade özgürlüğü anlayışından oldukça farklı bir anlayışa sahip ABD ifade özgürlüğü rejiminde, yazılı ve elektronik basın için düzeltme ve cevap hakkı hiç tanınmazken, sadece radyo ve televizyon yayınları için

¹¹⁴ Koltay, The Right of Reply, s.212.

¹¹⁵ İçel, s.210; Serdar, s.327; Abdullah Güzel: **Cevap ve Düzeltme Hakkı**, Ankara, Adalet Yayınları, 2010, s.27, 71; İsveç'te de düzeltme ve cevap hakkını genel bir kural olarak hükme bağlanmamıştır. Frekansları kullanmaya yetkilendirilen medya hizmet sağlayıcı ile medya otoritesi arasında yapılan sözleşmede, cevapların yayınlanmasıyla ilgili yükümlülük öngörülerek, cevap hakkının kullanılması sağlanmaktadır. Koltay, European Comparative Perspective, s.5.

¹¹⁶ Ulusal Gazetecilerin Birliği Davranış Kuralları 4. maddesi ile cevap hakkını düzenlemektedir. Ancak, gazetecilik etiğine ilişkin bu kuralların uygulanması zorunlu değildir. Communications Act 2003 uyarınca, televizyon yayıncılığında tüm programlarda tarafsızlık ve doğruluğun tüm yayıncılar için yasal gereklilik olması, tüm görüşlerin sunulmasını gerektireceğinden bunun dolaylı olarak cevap hakkına yol açtığı savunulmaktadır. Bunlar yanında The Broadcasting Code of Ofcom (m.7, 11) cevap hakkına yer vermekte ve düzenlemelerin ihlali halinde yaptırım uygulayabilmektedir. BBC kendi editöryal ilkeleri ile cevap hakkına yer vermiştir. Koltay, The Right of Reply, s.208, 209.

ve oldukça sınırlı bir biçimde cevap hakkı kabul edilmektedir.¹¹⁷ Federal Yüksek Mahkemeye göre devlet gücüyle gazeteleri istemedikleri ifadeleri yayınlamaya zorlamak, gazete editörlerine sorumlu buldukları gazetelerde neyi yazıp neyi yazmamaları gerektiğini söylemek, Anayasaya aykırıdır.¹¹⁸

Düzeltilme ve cevap hakkı, farklı içeriklerle, bazı ülkelerde anayasal hak olarak düzenlenirken, bazılarında kanunlarla düzenlenmektedir. Örneğin, Hırvatistan (m.38), Makedonya (m.16), Portekiz (m.37/4), Türkiye (m.32) ve Yunanistan'da (m.14/5), düzeltilme ve cevap hakkı anayasada yer almaktadır. Hollanda'da ise düzeltilme ve cevap hakkı medeni kanun (m.6,167) ile düzenlenmiştir.¹¹⁹

Avrupa Birliği'nde,2007 tarihli Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi'nin 28. maddesi¹²⁰ ile cevap hakkı düzenlenerek, üye devletlerin cevap hakkı veya benzeri alternatif yollar sağlamaları gerektiği öngörülmüştür. Buna göre, bir üye devletin mevzuatında cevap hakkına yer vermesi zorunlu olmayıp, cevap hakkına eşdeğer önlem içeren bir düzenleme ile yükümlülüğünü yerine getirmiş kabul

¹¹⁷ Bu konuda ilk ve en önemli karar olan *Red Lion Broadcasting v. FCC* 395 U.S. 367 (1969) hakkında bkz. Koltay, *The Right of Reply*, s.206; Radyo ve televizyon yayınları için tanınan cevap hakkının oldukça sınırlı bir şekilde tanındığı görülmektedir. Kamuyu ilgilendiren tartışmalı bir konuda görüşler ileri sürülürken, bir kişinin veya grubun kişiliğine saldırıda bulunulursa, yayıncının saldırıya uğrayan kişi veya gruba, saldırıdan itibaren bir hafta içinde cevap hakkı önermesi gerekmektedir. Yabancı gruplara ve kamusal kişiliklere bu hak tanınmamaktadır. Siyasal seçimler esnasında adaylar ve sözcülerinin açıklamalarına karşı cevap hakkı kullanılmaz. Haberlerin sunumu esnasında yapılan röportajlara, spot olarak sunulan haberlere karşı da cevap hakkı kullanılmaz. Kişilere yönelik yapılan eleştirilere karşı yine cevap hakkı kullanılmaz. Şahin, s.197, dn.144; Yazılı basın yoluyla kişilik hakkına saldırılması durumunda cevap hakkı sadece Nevada eyaletinde (1911 Kanunu) tanınmıştır. İçel, s.210.

¹¹⁸ Björgvinsson, s.154'te anılan *Miami Herald Publishing Co/Tornillo* 418 U.S. 241 (1974) ;Güzel, s.27; Koltay, *The Right of Reply*, s.207.

¹¹⁹ Koltay, *European Comparative Perspective*, s.5.

¹²⁰ Directive 2010/13/EU on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive, the AVMS Directive) art. 28: "1) Medeni, idari veya ceza hukuku çerçevesinde Üye Devletlerce kabul edilen diğer hükümler saklı kalmak kaydıyla, bir televizyon programındaki asılsız iddialar sebebiyle yasal çıkarları, özellikle şöhreti veya itibarı zarar görmüş her gerçek veya tüzel kişi, milliyetine bakılmaksızın, cevap hakkı veya eşdeğer telafilere sahip olmalıdır. Üye devletler, cevap hakkı veya eşdeğer telafilerin fiilen kullanılmasının makul olmayan süre veya şartlar ileri sürülerek engellenmemesini temin edeceklerdir...2) Bir Üye devletin yargı yetkisi altındaki tüm yayıncılara ilişkin olarak cevap hakkı veya eşdeğer telafiler mevcut olacaktır..."; Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi'nin yerini aldığı 1989 tarihli Sınırsız Televizyon Yönergesi'nde (Directive 89/552/EC) de cevap hakkına yer verilmişti.

edilecektir.¹²¹Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi yanında, Avrupa Parlamentosu ve Konsey, üye devletlerin Yönerge’de düzenlendiğinden çok daha kapsamlı bir cevap hakkı tesis etmelerine ilişkin AB Konseyi tavsiye kararını¹²² kabul etmiştir. Tavsiye kararında, sadece televizyon değil, çevrimiçi yayınları da kapsamak üzere tüm kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilen yayınlara karşı cevap hakkının düzenlenmesi ile sadece gerçeğe aykırı ifadeler yönünden cevap hakkı tanınması gerektiğini düzenleyen Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi’nin aksine, gerçeğe aykırı ifadeler yanında bir kimsenin mahremiyetine müdahale teşkil eden veya şeref ve haysiyetine veya itibarına saldırı teşkil eden içerikler bakımından da cevap hakkının tanınması önerilmiştir.¹²³

Avrupa Konseyi’nin konuyla ilgili ilk düzenlemesi, 1974 tarihli kararıdır.¹²⁴ Kararda, basın özgürlüğünün yükümlülükleri ve sorumlulukları da içerdiği ve çeşitli kaynaklardan gelen bilgilere erişmekte kamunun çıkarı bulunduğu belirtilerek, üye devletlerin zarara maruz kalan bireylere, zararlı olay ya da düşünce açıklamalarına karşı cevap hakkını sağlamaları gerektiği ortaya konulmuştur.¹²⁵ Avrupa Konseyi’nin 1989 yılında çıkardığı Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi, 8. maddesinde¹²⁶ cevap hakkına yer vermektedir. Bu düzenleme, AB Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi’nin düzenlemesi ile benzerdir. Avrupa Konseyi 2004 tarihli “Yeni Medya

¹²¹ Koltay, *European Comparative Perspective*, s.2.

¹²² Recommendation of the European Parliament and of the Council of 20 December 2006 on the protection of minors and human dignity and on the right of reply in relation to the competitiveness of the European audiovisual and on-line information services industry (2006/952/EC). Tavsiye kararın hukuki zorlayıcılığı bulunmamaktadır

¹²³ Koltay, *The Right of Reply*, s.210.

¹²⁴ Council of Europe Committee of Ministers Resolution (74) 26 on the Right of Reply – Position of the Individual in Relation to the Press (Adopted by the Committee of Ministers on 2 July 1974, at the 233rd meeting of the Ministers’ Deputies).

¹²⁵ Koltay, *European Comparative Perspective*, s.3.

¹²⁶ “Her bir ileten Taraf, milliyet veya ikametgahtan bağımsız olarak her gerçek veya tüzel kişinin Madde 5 kapsamında kendi kaza dairesi dahilindeki bir yayıncı tarafından iletilen programlarla ilgili olarak bir cevap hakkını kullanma veya diğer benzeri yasal veya idari yollara başvurma fırsatına sahip olmasını temin edecektir. Özellikle, cevap hakkının kullanımının zamanlamasının ve diğer düzenlemelerinin bu hak etkin şekilde kullanılabilir şekilde olmasını temin edecektir. Bu hakkın veya diğer benzeri yasal veya idari yolların etkili kullanımı hem zamanlama hem de usul açısından temin edilecektir.” Türkiye bu Sözleşmeyi 7 Eylül 1992’de imzalamış, 21 Ocak 1994 tarihinde onaylamış ve 1 Mayıs 1994’de yürürlüğe koymuştur. www.rtuk.org.tr

Ortamında Cevap Hakkına İlişkin Tavsiye Kararında¹²⁷ cevap hakkının çevrimiçi ortamlardaki yayınları kapsayacak şekilde genişletilmesinin uygun olacağına değinmiş, cevap hakkının konusunu sınırlandırarak çeşitli hukuk sistemlerinde yanlış ve gerçeğe aykırı olay açıklamaları bakımından uygulanması gerektiğini belirtmiştir.¹²⁸ Ayrıca, cevap hakkının mevcudiyetinin, kişilerin kişilik hakkının ihlali nedeniyle sahip oldukları diğer hakları ortadan kaldırmadığı da belirtilen tavsiye kararında vurgulanmıştır. Avrupa Konseyinin kararını izleyen Konsey organı AİHM, Melnychuk v. Ukrayna¹²⁹ davasının kabul edilebilirlik kararında konuyu incelemiş ve AİHS’de düzenlenmemiş olmasına rağmen düzeltme ve cevap hakkının ifade özgürlüğü hakkının norm alanı içinde olduğunu belirlemiştir.¹³⁰ Bu değerlendirmeyi yapmış olmakla birlikte, AİHM, başvurucunun yayınlamak istediği ifadenin içeriği kaba ve çirkin bir dille kaleme alındığından, başvurucuya bu yönde bir fırsat tanınmasına rağmen söz konusu ifade biçimini değiştirmeden, başvurunun kabul edilebilir sınırın ötesine geçtiği gerekçesiyle, başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.¹³¹ Daha yeni tarihli Kaperzynski v. Poland¹³² kararında da aynı görüşü teyit etmiştir.¹³³

AİHM’in Melnychuk v. Ukrayna kararı, bir yönüyle düzeltme ve cevap hakkının kullanılmamasının bazı durumlarda yayıncının sorumluluğunu doğurmayacağına altını çizmiştir. Düzeltme ya da cevap metninin belirli ölçütlere uygun şekilde hazırlanması gerekmektedir. Olayda söz konusu olduğu gibi kullanılan

¹²⁷ Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on the Right of Reply in the New Media Environment, Adopted by the Committee of Ministers on 15 December 2004 at the 909th Meeting of the Ministers' Deputies; <http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp>

¹²⁸ Koltay, European Comparative Perspective, s.3.

¹²⁹ Şahin, s.203, dn.159.Melnychuk v. Ukraine, Başvuru No. 28743/03, 5 Temmuz 2005.

¹³⁰ Mahkeme cevap hakkıyla ilgili Avrupa Konseyi belgelerine “ilgili uluslararası ve iç hukuk” başlığı altında doğrudan göndermede bulunmuş ve cevap hakkının ifade özgürlüğünün en önemli unsurlarından biri olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre cevap hakkı gerçek dışı bilgiye karşı itiraz edilebilmesi ve özellikle genelin çıkarımın olduğu siyasal ve edebi tartışmalarda düşünsel çoğulculuğun sağlanabilmesi için gereklidir.(plurality of opinions). Karar göre devlet, medyaya erişim talebinin geri çevrilebilmesi konusundaki koşulları, bireyin ifade özgürlüğüne orantısız bir müdahale oluşturacak ölçüde keyfiliğe bağlı olmaktan çıkartmalıdır ve medyaya erişimin reddedilmesine karşı yetkili bir yerel makam önünde itirazı olanaklı kılacak düzenlemeler yapmalıdır. Şahin, s.203-204.

¹³¹ Björgvinsson, s.158; Koltay, European Comparative Perspective, s.3.

¹³² Kaperzynski v. Poland, Başvuru No. 43206/07, 3 Nisan 2012.

¹³³ Koltay, European Comparative Perspective, s.4.

ifadelerin hukuka aykırı nitelik taşımaması, metnin belirli uzunlukta olması ve orijinal içerikle ilgili olması gibi hususlara dikkat edilmelidir.¹³⁴ Hukuka uygun düzeltme ve cevap metninin unsurları, ilgili yasal düzenlemelerde belirtilmektedir.

2. Türk Hukuk Sisteminde Düzeltme ve Cevap Hakkı

Düzeltilme ve cevap hakkı, anayasal bir hak olarak 1982 Anayasasının 32. maddesinde düzenlenmiştir¹³⁵. Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, düzeltme ve cevap hakkı, ayırım yapılmaksızın, kitle iletişim faaliyeti yürüten organların tümüne karşı kullanılabilir. 32. maddenin birinci fıkrasında, düzeltme ve cevap hakkının ancak kişilerin haysiyet ve şereflerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanındığı ve düzenlenmesinin kanunlara bırakıldığı ifade edilerek, bir yandan hakkın mutlak nitelik taşımadığı, diğer yandan kullanılmasının koşulları ortaya konulmuştur. Buna göre, kamuoyuna doğru haber ve bilginin sunulması gerekliliği ve kişilerin şeref ve haysiyetlerine saygılı olma yükümlülüğü, faaliyetlerinde serbest kalmaları esas olan kitle iletişim araçlarının serbestisini sınırlayan unsurlar olarak belirtilirken, diğer yandan bu unsurlar düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasının koşullarını oluşturmaktadır. Hakkın kullanılması için ilgili kişinin maddede belirtilmiş bu iki bağımsız koşuldan birinin veya ikisinin gerçekleştiği iddiasıyla yayıncıya başvurması gerekmektedir. Düzeltme ve cevap yayımlanmazsa, yayımlanmasının gerekip gerekmediğine hakim tarafından ilgilinin müracaat tarihinden itibaren en geç yedi gün içerisinde karar verilir (m.32/2).¹³⁶ İsviçre hukukunda da, gazete, radyo ve televizyon başta olmak üzere, süreli bir yayında yer alan bir durum açıklaması nedeniyle kişiliği doğrudan etkilenen bir kimsenin cevap hakkını kullanabileceği öngörülmüştür. Türk hukukundaki sınırlı düzenlemenin aksine, İsviçre hukukunda cevap hakkının

¹³⁴ Koltay, European Comparative Perspective, s.10.

¹³⁵ Türk hukukunda ilk kez 1864 tarihli Matbuat Nizamnamesinde düzenlenmiş olan cevap hakkı, düzeltme ve cevap hakkı olarak 1961 Anayasası'nın 27. maddesi ile anayasal güvenceye kavuşmuş ve 27. madde aynen korunarak, 1982 Anayasasının 32. maddesi olarak düzenlenmiştir.

¹³⁶ Hakkın kullanımının basın ifade özgürlüğü hakkı üzerinde sınırlama etkisi yaratması nedeniyle, yasal sınırlamanın hakim kararıyla uygulanmasının anayasal ek güvence niteliği taşıdığı ifade edilmektedir. Şahin, s.210.

kullanılabilmesi için, kişiliğin doğrudan etkilenmesi yeterli olup, kişilik hakkının hukuka aykırı olarak ihlal edilmesi aranmaz.¹³⁷

Düzeltilme ve cevap hakkının kullanılması için öngörölmüş koşullardan, kişinin haysiyet ve şerefine dokunulmasının hakaret suçu oluşturup oluşturmadığına bakılmaksızın, düzeltme ve cevap hakkı kullanılabilir.¹³⁸ Kişinin haysiyet ve şerefine dokunan yayının gerçeğe uygun olması, objektif haber verme niteliğini taşıması veya başka bir kaynaktan iktibas edilmiş olması da, düzeltme ve cevap hakkının doğmasına engel değildir.¹³⁹ Ancak, kitle iletişim aracının ifade özgürlüğünün sınırlanmasında nazara alınacak ölçütlerden biri olan, ifadenin muhatabının toplumsal konumu, düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasında dikkate alınmalıdır. Muhatabın sıradan kişilere göre daha ağır eleştirilere katlanmak zorunda olan politikacılar ve kamu görevlileri gibi kişilerden olması halinde, somut olaya göre hakların dengelenmesinde farklı ölçütler uygulanması gerekliliği burada da söz konusu olacaktır.¹⁴⁰ İkinci olarak, kişi yapılan yayın, kendisiyle ilgili¹⁴¹ ve gerçeğe aykırı olması koşullarının bir arada bulunması halinde, kişilik hakkının ihlali gerekmeksizin, düzeltme ve cevap hakkını kullanabilecektir.

Gerçeğe aykırılığın kişinin sübjektif algısına göre mi yoksa objektif ölçüye göre mi tespit edileceği konusunda farklı görüş ve uygulamalar mevcuttur.¹⁴² Türk hukukuna göre, ilgili yasal düzenlemelerde yer alan “gerçeğe aykırı yayım” ifadesi ile objektif olarak kanıtlanabilir bir gerçekliğin kastedildiği kabul edilmekte, ilgili kişinin, yayımın gerçeğe aykırı olduğu yönündeki sübjektif değerlendirmesi yeterli görölmemektedir. Diğer yandan, mevcut yasal düzenlemelerin, düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasında biçimsel gerçeği yeterli bulan ve maddi gerçeğin

¹³⁷ İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) m.28. Hüseyin Can Aksoy: “Cevap ve Düzeltme Hakkı Çerçevesinde Haberin Gerçeğe Aykırılığı”, **TBB Dergisi**, S.112, 2014, s.69.

¹³⁸ İçel, s.212; Çiftçi, Yazılı Basın, s.58; Serdar, s.350

¹³⁹ İçel, s.212; Avşar, Öngören, s.141; Serdar, s.341.

¹⁴⁰ Aynı yönde bkz. Çiftçi, Yazılı Basın, s.59.

¹⁴¹ Gerçeğe aykırı yayınların tümüne karşı herkesin düzeltme ve cevap hakkının doğmasının engellenmesi amacıyla, bu hak sadece yayına konu olan kişilere tanınmıştır. Avşar, Öngören, s.141.

¹⁴² Çiftçi, Yazılı Basın, s.60.

araştırılmasını gerekli görmeyen karşılaştırmalı hukuktan esaslı biçimde ayrılma anlamına geldiği belirtilerek, Türk hukukundaki uygulamanın da bu yönde değiştirilmesi gerektiği de savunulmaktadır. Bu görüşe göre, ilgili kişinin yayını gerçeğe aykırı görmesi cevap hakkının doğması için yeterlidir.¹⁴³ Diğer görüş, madde hükmünde objektif gerçeklik arandığından, hak iddiasında bulunan kimsenin sübjektif olarak inandığı bir gerçekliğe dayanılarak düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasına izin vermenin doğru kabul edilemeyeceğini ileri sürer. Bu görüşe göre gerçeğe aykırı beyan iddiasını mahkeme her olayda tarafların ileri sürdüğü iddiaları tartarak ve böyle bir iddianın yayınlanmasının kamusal tartışmalara katkısının olup olmadığını belirleyerek karar verir.¹⁴⁴ Aslında iki görüş arasındaki fark, birinci görüşün kişilik hakkına öncelik tanınması karşısında ikinci görüşün bu yaklaşıma karşı çıkararak daha dengeleyici bir sistemi benimsemesinden kaynaklanmaktadır.

Kanaatimizce, hakim konuyla ilgili değerlendirilmesini yaparken, yayının ilgili olduğu kişinin konumu ve haberin içeriği belirleyici olmalıdır. Bir kamu görevlisi, politikacı veya kamusal makam ile ilgili bir habere karşı muhatabın düzeltme ve cevap hakkını kullanması ile sıradan bir kişi hakkında yapılan bir habere karşı hakkın kullanılması farklı değerlendirilmelidir. Özellikle kamusal makamlar ve politikacılarla ilgili haberler bakımından, ifade özgürlüğünün yönetimi denetlemenin en etkin araçlarından biri olduğu göz önünde bulundurularak, hakkın kullanımında maddi gerçeğin ispatlanması daha sıkı şekilde aranmalıdır. Aynı zamanda, bu kişiler kendilerini ifade etmek konusunda sıradan kişilere oranla daha güçlü konumda bulduklarından, başka şekillerde kendilerini ifade etme yollarını denemeleri beklenmelidir.¹⁴⁵ Siyasi iktidar mensuplarının düzeltme ve cevap hakkını kullanmaya hevesli yaklaşımı, hakkın sansür etkisini vurgulayıcı olacağından ifade özgürlüğü hakkına zarar verebilecektir. Diğer kişilerle ilgili yapılan haberlerin kamusal tartışmaya katkısı ölçü olarak kabul edilmeli, kamusal tartışmaya katkısı zayıf ve

¹⁴³ İçel, s.213.

¹⁴⁴ Şahin, s.211. Şahin, İçel'in savunduğu görüşün, düzeltme ve cevap hakkına yönelik, özellikle hakkın ifade özgürlüğü üzerindeki sansür etkisiyle ilgili olan, tüm eleştirileri haklılaştırdığını, ifade özgürlüğü sisteminin işleyişine katkıda bulunmak yerine sistemi etkisizleştirdiğini ileri sürerek eleştirir. Ae, s.211.

¹⁴⁵ Bu konudaki görüşleri için bkz. Şahin, s.211.

kişilerin özel hayatlarının magazinsel bir yaklaşımla didiklenmesine yönelik yayın içeriklerinde, düzeltme ve cevap hakkının kullanılabilmesi için biçimsel gerçeklik yeterli kabul edilmelidir. Sonuç olarak, hakim somut olayın koşullarını, yayın içeriği ve yayının ilgili olduğu kişi bakımından değerlendirerek, ifade özgürlüğü hakkı ile kişilik hakkını dengelemelidir. Düzeltme ve cevap hakkının kullanımı için ağır basan hak ifade özgürlüğü hakkı olduğunda maddi gerçekliğin ispatlanmasında tam ispat ölçüsüne yakın derecede ispat gerekli görülmeli, ağır basan hak kişilik hakkı olduğunda yaklaşık ispat ölçüsünde ispat yeterli olmalıdır. Düzeltme ve cevap hakkı münhasıran bir haberleşme hukuku kurumu olduğundan, şeref ve haysiyete dokunan bir yayın dolayısıyla açılması mümkün diğer dava haklarının kullanılmış olması, söz konusu hakkın kullanılmasına engel değildir.¹⁴⁶

Türk hukukunda, Anayasanın 32. maddesinde dayanağını bulan düzeltme ve cevap hakkının her bir kitle iletişim aracı ile gerçekleştirilen yayınlar bakımından nasıl kullanılacağı, anayasal hükümde öngörüldüğü gibi, ilgili kanunlarla düzenlenmiştir.¹⁴⁷ Aşağıda bu düzenlemelere yer verilecektir.

a. Yazılı Basında Düzeltme ve Cevap Hakkı

5187 sayılı Basın Kanununun düzeltme ve cevap başlıklı 14. maddesi, Anayasanın 32. maddesindeki düzenlemeye paralel olarak, kişinin düzeltme ve cevap hakkına sahip olabilmesi için şeref ve haysiyetini ihlal edici veya kendisiyle ilgili gerçeğe aykırı yayım yapılmış olması koşullarından birinin varlığını aramaktadır.

Kişinin düzeltme ve cevap hakkına sahip olabilmesi için yayımın süreli yayınlar tarafından yapılmış olması gerekmektedir. Süreli olmayan yayınlara karşı bu hak kullanılamaz. Kanunun öngördüğü bu açık ayırımın nedeni süreli yayınların daha geniş kitlelere ulaşabilmesi ve ulaştığı kitleler üzerinde etkinlik sağlamasıdır.¹⁴⁸

¹⁴⁶ Çiftçi, Yazılı Basın, s.58.

¹⁴⁷ Belçika, Fransa, İtalya, Letonya ve Slovakya hukuklarında da ayrı düzenlemeler mevcuttur. Koltay, European Comparative Perspective, s.6.

¹⁴⁸ Çiftçi, Yazılı Basın, s.63; İçel, s.217.

Sürelî yayınların belirli aralıklarla sürekli olarak yayımlanmaları, düzeltme ve cevabın kısa sürede yayımlanmasını ve oluşan olumsuz etkinin ortadan kaldırılmasını mümkün kılmaktadır. Sürelî yayın niteliği dışında 14. madde yayın türü konusunda başka bir koşul öngörmemiştir. Sürelî yayın ile yayımlanan her türlü haber, eleştiri veya başka türdeki yazı, fotoğraf, resim veya karikatür düzeltme ve cevap hakkını doğurabilir.¹⁴⁹ Sürelî yayında yer alan ilan ve reklamlara karşı düzeltme ve cevap hakkının kullanılabilip kullanılamayacağı konusu Alman hukukunda tartışmalıdır.¹⁵⁰ Türk hukuku bakımından Basın Kanununda bir ayırım yapılmamış olması karşısında, ilan ve reklamlara karşı düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasını engelleyen bir sebep bulunmamaktadır.

(1) Hakkın Öznesi

Düzeltilme ve cevap hakkı doğan kişi, yayına konu edilerek, yayından zarar gören kişidir.¹⁵¹ Yayının hedeflediği kişinin açıkça veya ima yoluyla belirtilmiş olması hakkın doğmasını engellemez.¹⁵² Zarar gören kişi bu hakkı bizzat kullanabileceği gibi yetkili vekili aracılığıyla da kullanabilir. MK m.16/1'in kıyasen uygulanmasıyla ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların münhasıran şahsa bağlı hak niteliğindeki düzeltme ve cevap hakkını tek başlarına kullanabilecekleri kabul edilmelidir. Kişilik hakkına yönelik saldırı söz konusu olduğunda, hakkın kullanılması bakımından tam ehliyetlilerin yasal temsilcileri tarafından temsil edilmeleri kabul edilmelidir. 5187 sayılı Kanun 14. maddesinin son fıkrası ile düzeltme ve cevap hakkına sahip olan kişinin, hakkın kullanılabilmesi süre içinde ölmesi halinde hakkın, mirasçılardan biri tarafından kullanılabilmesi öngörülmüştür. Hakkın kullanılması bakımından Kanunda vatandaşlık koşulu aranmamıştır. Esasen insan hakkı olarak belirlenmiş ifade özgürlüğü hakkının norm alanında kabul edilen

¹⁴⁹ İçel, s.217.

¹⁵⁰ İçel, s.218.

¹⁵¹ Aksinin kabulü ile bireysel ilgi yerine genel ilginin kabul edilmesi, farklı görüşlere sahip herkesin görüşlerine ters düşen yayınlara karşı düzeltme ve cevap hakkının varlığını gerektirir ki bu durumda medyanın ifade özgürlüğü hakkı kabul edilemez derecede sınırlanmış olur. Serdar, s.346; Avşar, Öngören, s.141.

¹⁵² Çiftçi, Yazılı Basın, s.62; Serdar, s.347.

düzeltilme ve cevap hakkı için vatandaş olma koşulu aranması düşünülemez. Bu hakkın yabancılara da tanınması AIHS m.1¹⁵³ gereğince Devletin yükümlülüğüdür.

Gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de düzeltilme ve cevap hakkına sahiptir.¹⁵⁴ Düzeltilme ve cevap hakkını ifade özgürlüğünün norm alanında kabul eden AIHM kararlarının mevcudiyeti karşısında, bu hakkın tüzel kişiler bakımından geçerli olmadığını savunmak, tüzel kişiler bakımından ifade özgürlüğü hakkını AIHS ve 1982 Anayasasında öngörülmemiş bir sınırlama nedeni ile sınırlamak anlamına gelir ki bu durum hukuka aykırıdır. İkinci olarak, Basın Kanununda kullanılan kişi teriminin anlamının belirlenmesinde genel kanun niteliğindeki Medeni Kanuna başvurulduğunda da, Basın Kanununda ifade edilen düzeltilme ve cevap hakkının kullanacak kişilerin gerçek ve tüzel kişileri kapsadığı sonucuna varılır. Son olarak, diğer kitle iletişim araçlarında düzeltilme ve cevap hakkının kullanımını düzenleyen hükümlerde¹⁵⁵ tüzel kişilerin de hakkın öznesi olarak kabul edilmesi karşısında, Basın Kanununda ayrı bir yol izlenmesine hiçbir neden bulunmamaktadır.

Tüzel kişiliğe sahip olmayan toplulukların düzeltilme ve cevap hakkı yoktur. Ancak bu topluluklara mensup kişilerden yayından etkilenenler bireysel olarak bu hakkı kullanabilirler. Bir kişinin düzeltilme ve cevap hakkını kullanması diğerlerinin

¹⁵³ AIHS m.1: “Yüksek Sözleşmeciler Tarafından, kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanınır.”

¹⁵⁴ Aynı yönde bkz. Coşkun Ongun: “Medya Yayınlarına Karşı Cevap ve Düzeltilme Hakkı (Tekzip)”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 86, S. 2012/1, s.55. (Kıs: Cevap ve Düzeltilme Hakkı); Güzel, s.44. İçel Basın Kanunu’nun 14. maddesi ile internet yayınlarıyla ilgili 5651 sayılı Kanun’un 14. maddesinin ayrıca tüzel kişilerden bahsetmemiş olması karşısında sadece gerçek kişilerin düzeltilme ve cevap hakkını kullanabilecekleri izlenimi oluşsa da, Radyo ve Televizyon yayınlarıyla ilgili 6112 sayılı Kanun’un 18. maddesi gerçek kişiler yanında tüzel kişilerin de cevap hakkını kullanabileceklerini düzenlediğinden ve cevap ve düzeltilme hakkının kullanılmasında kitle iletişim araçlarının türüne göre hak sahiplerinin belirlenmesinin haklı ve mantıklı bir gerekçesi olamayacağından, basın ve internet yayınlarına karşı da tüzel kişilerin düzeltilme ve cevap hakkını kullanabileceklerini ileri sürmektedir. İçel, s.215; Bazı hukuk düzenlerinde gerçek ve tüzel kişilere tanınan hakkın kapsamı farklı olabilmektedir. Örneğin Finlandiya hukukunda gerçek kişiler cevap hakkına sahipken, tüzel kişilerle sadece düzeltilme hakkı kullanma imkanı sağlamıştır. Koltay, *European Comparative Perspective*, s.6.

¹⁵⁵ 2954 sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu m. 27/2, 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un 18. maddesi, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m. 9/1’in düzeltilme ve cevap hakkının kullanılmasında bakımından hem gerçek hem tüzel kişileri işaret ettiği görülmektedir.

de kullanmasına engel teşkil etmez. Ancak, hakkın kullanılması sonucu topluluk mensubu diğer kişiler de tatmin edilmişse, artık başkalarına bu hakkı tanımak hakkın sınırlarını aşmak olur. Aynı yayımla ilgili kişilerin düzeltme ve cevap metnlerinin birbirini tamamlar nitelikte olması halinde, her metin ayrı ayrı yayımlanmalıdır.¹⁵⁶

(2) Düzeltme ve Cevap Metninin Yayımlanması

Düzeltilme ve cevap hakkının kullanılmasını başka bir deyişle düzeltme ve cevap yazısının yayımlanmasını sağlamak süreli yayının sorumlu müdürünün yükümlülüğüdür. Yazılı basın hukuki sorumluluğu konusunda sorumlu müdürün sorumluluğu olmamasına rağmen, düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasında karşı taraf sorumlu müdürdür. Düzeltme ve cevap metninin sorumlu müdür yerine gazete tüzel kişiliğine gönderilmesi Yargıtay tarafından ret nedeni olarak kabul edilmektedir.¹⁵⁷ Süreli yayında birden fazla sorumlu müdür varsa, yükümlülük, düzeltme veya cevaba konu olan içeriğin yayımlandığı bölümün müdürüne aittir. Sorumlu müdür hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, günlük süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç üç gün içinde, diğer süreli yayınlarda yazıyı aldığı tarihten itibaren üç günden sonraki ilk nüshada, ilgili yayının yer aldığı sayfa ve sütunlarda, aynı puntolarla ve aynı şekilde yayımlamak zorundadır. Süreli yayının birden fazla yerde basılması halinde, düzeltme ve cevap yazısı, hakkın kullanılmasına sebebiyet veren eserin yayımlandığı bütün baskılarda yayımlanır.

Süreli yayının sorumlu müdürüne yüklenen yükümlülüklerin yerine getirilmesi için, hakkı kullananın öngörölmüş koşullara uygun hareket etmiş olması,

¹⁵⁶ Çiftçi, Yazılı Basın, s.67; Serdar, s.348; Tüzel kişiliğe sahip olmayan topluluğun çok geniş olması halinde, yayın ile hedef alınan topluluk mensubu kişinin tayin ve teşhisi güçleşeceğinden, topluluk mensubu bir kişinin düzeltme ve cevap hakkının varlığından bahsedilemeyeceği, daha dar topluluklarda topluluk mensupları teşhis edilebilir olduğundan bu topluluklara mensup kişilerin düzeltme ve cevap hakkına sahip olabilecekleri yönünde bkz. Çiftçi, Yazılı Basın, s.67, dn.47'de anılan Erman- Özek, s. 94 ve Özek, Türk Basın, s. 110.

¹⁵⁷ Ongun, Cevap ve Düzeltme Hakkı, s.58, dn.7'de anılan Yargıtay 7.CD 18582 K. 06.12.2006 T. ile s.60, dn.11'de anılan Yargıtay 7.CD 16475 K. 18.10.2006 T; Düzeltme ve cevap yazısının sorumlu müdür dışındaki kişilere gönderilmesi ve yayımlanmaması sonucunda, Sulh Ceza Mahkemesinin talebi kabulü halinde sorumlu müdürün itiraz hakkının ortadan kalkmayacağı yönünde bkz. Coşkun Ongun, Ongun, Coşkun: **Yargı Kararları Işığında Medya Hukuku**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.138'de yer verilen Y.7.CD 18582 K. 06.12.2006 tarihli karar. (Kıs: Medya Hukuku)

öncelikle 14. maddede belirtilmiş hak düşümü süresi niteliğindeki iki aylık süre içinde sorumlu müdüre başvurması gerekmektedir. Düzeltme ve cevap yazısı yayın yoluyla işlenebilen herhangi bir suçun unsurunu içermemelidir. Yazının, suç teşkil etmeyen ancak haksız fiil sonucunu doğuran sözler içermesi halinde, yayıma engel bir hal yoktur.¹⁵⁸ Düzeltme ve cevap yazısı üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmamalıdır.¹⁵⁹ Bu şekilde olayla ilgisiz kişilerin zarar görmesinin engellenmesi amaçlanmıştır.

Bir savunma hakkı olarak görülen düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasında, hakkı doğuran yayın içeriği savunmanın sınırını oluşturur. Düzeltme ve cevap yazısı yapılan yayınla ilgili olmalıdır. Bu nedenle, düzeltme ve cevap yazısı, buna neden olan eserden uzun olmamalı ve içeriğinde ilgili eser belirtilmelidir. Düzeltme ve cevabın yasal süreler içinde yayımlanmaması veya yasaca öngörülmüş koşullara aykırı şekilde yayımlanması halinde, düzeltme ve cevap hakkını kullanmayı talep eden kişinin, bulunduğu yer Sulh Ceza Hakimliği'ne başvurmasıyla, mahkemeden alınacak kararlar yayının yapılması sağlanır.¹⁶⁰

b. Radyo ve Televizyon Yayınlarına Karşı Düzeltme ve Cevap Hakkı

6112 sayılı Kanunun¹⁶¹ “yayın hizmeti ilkeleri” başlıklı 8. maddesi ile yayın hizmetlerinin kişi veya kuruluşların cevap ve düzeltme hakkına saygılı olmak zorunda” oldukları hüküm altına alınmıştır (m.18/1,o).¹⁶² Gerçek ve tüzel kişiler, kendileri hakkında şeref ve haysiyetlerini ihlal edici veya gerçeğe aykırı yayın

¹⁵⁸ Düzeltme ve cevap hakkını kullananın kusur yeteneği olmaması veya yasama dokunulmazlığından yararlanmaması nedeniyle cezalandırılabilip cezalandırılmaması önemli değildir. Ancak, yazı bir suç unsuru içermesine karşın hukuka uygunluk sebebi bulunuyorsa yayımlanabilir. İçel, s.223.

¹⁵⁹ Güzel, s.50.

¹⁶⁰ Düzeltme ve cevabın belirlenen süreler içinde yayımlanmaması ya da gerektiği gibi yayımlanmaması halinde uygulanacak prosedür için bkz. 5187 sayılı Kanun m.14/4,5,6. Düzeltme ve cevap yazısının yayımlanması zorunluluğuna kesinleşmiş hakim kararlarına rağmen uymayan sorumlu müdür ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin adli para cezasıyla cezalandırılması (m.18/1) ve masraflar yayın sahibi tarafından karşılanmak üzere, bu yazının tirajı yüzbinin üzerinde olan iki gazetede ilan şeklinde yayımlanması öngörülmüştür (m.18/3).

¹⁶¹ Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun

¹⁶² 6112 sayılı Kanunun 18. maddesinde düzeltme ve cevap hakkı, 5187 sayılı Basın Kanununun düzeltme ve cevap hakkına ilişkin 14. maddesine paralel şekilde düzenlenmiştir.

yapılması halinde, yayın tarihinden itibaren altmış gün içinde üçüncü kişilerin hukuken korunan menfaatlerine aykırı olmamak ve suç unsuru içermemek kaydıyla, düzeltme ve cevap hakkını kullanabileceklerdir. Yazılı basında düzeltme ve cevap hakkını kullanabilecek kişilerle ilgili açıklamalar burada da geçerlidir. Basın Kanunu'na göre düzeltme ve cevap hakkının karşı tarafı sorumlu müdür iken, 6112 sayılı Kanun'a göre karşı taraf medya hizmet sağlayıcıdır. Ancak, radyo ve televizyon yayınlarına karşı düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasında, yazılı basınla ilgili düzenlemelerden farklı olarak, başvurucuya seçimlik bir hak tanınmıştır. Buna göre başvurucu tercihine göre medya sağlayıcıya başvurmak yerine, aynı süreler içinde doğrudan sulh ceza hakimliğine de başvurabilir (m.18/7).

Medya hizmet sağlayıcı, 6112 sayılı Kanunun 3/1,1 bendinde radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti içeriğinin seçiminde editoryal sorumluluğu bulunan ve bu hizmetin düzenlenme ve yayınlanma biçimine karar veren tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Düzeltme ve cevap metninin yanlış muhataba gönderilmesi halinde reddedilebileceği dikkate alınarak, medya hizmet sağlayıcısının kim olduğunun tespiti önem taşımaktadır. 6112 sayılı Kanunun 6. maddesinin 5. fıkrası uyarınca medya hizmet sağlayıcılar, yönetmelikle belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde künye bilgilerini, iletişim adresini, izleyici temsilcisinin adını ve iletişim bilgilerini Üst Kurula bildirmek ve internet sitelerinde yayınlamak zorundadır. Buna göre medya hizmet sağlayıcısının kim olduğu ilgili kanalın internet sitesinde yer alacak künye bilgilerinden veya RTÜK internet sitesinden öğrenilebilir.

Medya hizmet sağlayıcılar, hiçbir düzeltme ve ekleme yapmaksızın, yazıyı aldığı tarihten itibaren en geç yedi gün içinde, düzeltme ve cevaba konu yayının yapıldığı saatte ve programda, izleyiciler tarafından kolaylıkla takip edilebilecek ve açıkça anlaşılabilir biçimde düzeltme ve cevabı yayımlar.¹⁶³ Düzeltme ve cevap

¹⁶³ 6112 sayılı Kanunun düzeltme ve cevap hakkını düzenleyen 18. maddesinde hakkın “düzeltme ve cevap yazısı” şeklinde kullanılacağı öngörülmüştür. Hakkı doğuran yayının dikkat çekici çeşitli görsel ve işitsel öğelerle sunulması imkanı karşısında sadece yazı formatında karşılık verilebilmesinin öngörülmüş olması kanaatimizce yetersizdir. 6112 sayılı Kanun ile ilga edilen 3984 sayılı Kanunun düzeltme ve cevap hakkı ile ilgili 28. maddesinin 3. fıkrasında yayın süresi ve şeklinin halin icabına

hakkı doğuran programın yayından kaldırıldığı veya yayınına ara verildiği durumlarda, düzeltme ve cevap hakkı, yedi günlük süre içinde anılan programın yayın saatinde kullanılır. Düzeltme ve cevapta, buna neden olan yayın belirtilir. Düzeltme ve cevabın yasal süreler içinde yayımlanmaması veya yasaca öngörülmuş koşullara aykırı şekilde yayımlanması halinde, Sulh Ceza Hakimi'ne başvurularak, hakim kararı ile yayının yapılması sağlanır.¹⁶⁴

2954 sayılı Türkiye Radyo Televizyon Kanunu'nun 27. maddesi ile düzeltme ve cevap hakkı ayrıca düzenlenmiş ise de, 6112 sayılı Kanun'un 18. maddesinin sonradan çıkmış olması ve de radyo ve televizyonlar hakkında ayırım yapılmamış olması nedeniyle bu maddedeki düzeltme ve cevap hakkı hükümleri özel radyo ve televizyon yayınlarının yanı sıra TRT yayınlarını da kapsamaktadır.¹⁶⁵

c. İnternette Düzeltme ve Cevap Hakkı

(1) İnternet Yayınları Bakımından Düzeltme ve Cevap Hakkının Gerekliliği

Kara Avrupası hukukunda düzeltme ve cevap hakkının yazılı basın ile radyo televizyon yayınlarına karşı kullanılmasıyla ilgili genel bir mutabakattan bahsetmek mümkün olup, hakkın içeriği, düzenlenmesi, kullanılma usulü, kullandırılmaması

ve delillere göre hakim tarafından takdir edileceği yönündeki düzenleme yazı dışında görüntülü veya farklı bir formatla hakkın kullanımını mümkün kılmaktaydı. Silahların eşitliği prensibi gereğince, eski düzenlemenin daha tatminkar olduğu ve 6112 sayılı Kanun'un bu yöndeki düzenlemesinin yetersiz olduğu belirtilmelidir. Düzeltme ve cevap hakkının yazılı kullanımı dışında farklı kullanım şekillerine ilişkin öneriler için bkz. Serdar, s.358 vd.

¹⁶⁴ Düzeltme ve cevabın belirlenen süreler içinde yayımlanmaması ya da gerektiği gibi yayımlanmaması halinde uygulanacak prosedür için bkz. 6112 sayılı Kanun m.18. 6112 sayılı Kanunun 32. maddesi ile yargı kararlarına rağmen düzeltme ve cevap hakkına uymayan medya hizmet sağlayıcılarına idari yaptırımlar öngörülmüştür. Medya hizmet sağlayıcısının idari yaptırım kararlarına karşı iptal davası açması, kararın yerine getirilmesini durdurmaz.

¹⁶⁵ İçel, s.432; Şahin, s.212; Aynı görüşteki Ongun, 6112 sayılı Kanunun Türkiye Radyo-Televizyon Kurumunun yükümlülüğü başlıklı 45. maddesinde, Kanunda belirtilen yayın ilkeleri ile bu Kanunun yayın hizmetlerinde ticari iletişimi düzenleyen hükümlerinin, TRT Kurumu yayınları hakkında da uygulanacağı ve söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde, TRT Kurumunun ihlalin niteliği açıkça belirtilerek Üst Kurulca uyarılacağı ve yükümlülüğün gereğinin yerine getirilmesi ilgili Bakanlığa bildirileceği şeklindeki düzenleme ile 6112 sayılı Kanun ile TRT arasındaki bağın ortaya konulduğu belirtilmektedir. Ongun, Cevap ve Düzeltme Hakkı, s.64

durumunda uygulanacak yaptırımlar bakımından hukuk düzenleri arasında bazı farklılıklar bulunmakla birlikte, hakkın mevcudiyetine yönelik bir itiraz yoktur. Konu internet yayınları olduğunda aynı mutabakattan bahsetmek mümkün değildir. Bu konuda, cevap hakkının internet yayınlarına karşı kullandırılmasının uygun olup olmadığı, uygunsa nelerin internet yayını olarak kabul edileceği, hakkın kabul edilmesi halinde nasıl kullandırılacağı gibi bir dizi tartışmalı mesele mevcuttur. İnternetin geniş ve sınırsız iletişime imkan sağlaması, coğrafi sınırlara tabi olmaması, diğer kitle iletişim araçlarının aksine, herhangi bir tesise ihtiyaç duyulmaksızın bireylere bloglar veya forumlar gibi yapılar aracılığıyla kendi yayınlarını yapma imkanı sunması karşısında, hem yayını gerçekleştirenlerin hem de yayını alanlarının kontrol altında tutulması imkansızca yakın bir zorluk derecesindedir.

İnternetin geniş kitlelere ulaşabilmesi, internet yayınlarının yaratacağı zararı da büyütülmektedir. İnternet üzerinde hızlı ve beklenmedik şekilde meydana gelebilecek saldırılara karşı tedbir alınmaya çalışılması her zaman sonuç vermemekte, özellikle bir içeriğin yasal yöntemlerle engellenmeye çalışılması durumunda, yasaklamanın uyandırdığı merak, içeriğin tekrar yayınlanması yoluyla önceden olduğundan daha fazla alıcılara ulaşmasına neden olmaktadır.¹⁶⁶ Diğer yandan, internette yayınlanan bir içeriğe aradan yıllar geçtikten sonra bile arama motorları ile erişilebilmekte, yayınlandığı zaman bir kimsenin kişilik hakkına zarar veren içerik, aradan uzun zaman geçtikten sonra aynı kimsenin yeniden zarar görmesine neden olabilmektedir. İnternet yayınlarına karşı cevap hakkının tanınmasıyla, ilk yayın tarihinde veya yıllar sonra içeriğe erişildiğinde, cevap hakkını

¹⁶⁶ Katharine Stove: “**Defining a Right of Reply: An Examination of the Law Commission’s Proposals to Use a Right of Reply to Regulate Online Conduct**”, LLM Research Paper, Faculty Of Law University of Wellington, 2013, s.8. (Çevrimiçi) <https://core.ac.uk/download/pdf/41338642.pdf> , 29.06.2016; “Streisand Etkisi” olarak isimlendirilen bu durumda, sansürlenmeye veya yasaklanmaya çalışılan bir içeriğin, sansürleme çabasına karşı gösterilen tepki ve bu çabanın uyandırdığı merak nedeniyle, içeriğin daha geniş kitlelere ulaşması söz konusudur. Birçok kişi daha önce hiç önemsemedikleri halde yasağın konusu hakkında bilgi sahibi olmayı ister hale gelmektedir. “Streisand Etkisi” adını, Barbara Streisand’ın 2003 yılında Malibu’daki malikanesinin fotoğraflarının yayınlanmasını engellemeye çalışması ve bu çabanın fotoğrafların daha fazla yayılması ile sonuçlanmasından almıştır. Engellenmeye çalışılan fotoğraflar, meraklı bir paparazzi tarafından çekilmiş olmayıp, Kaliforniya sahillerinin kayıt altına alınmasına ilişkin bir hükümet projesi sırasında tesadüfen çekilmiştir. <http://tvtropes.org/pmwiki/pmwiki.php/Main/StreisandEffect>, 28.12.2016

kullanan mağdurun bakış açısıyla birlikte konunun öğrenilmesinin, yayıncı ile mağdurun menfaatlerini dengeleyeceği savunulmaktadır.¹⁶⁷

Cevap hakkının internet yayınlarına karşı kullandırılmasının uygun olup olmadığı konusunda iki görüş mevcuttur. İnternet yayınlarına karşı cevap hakkı tanınmasının gerekli olmadığını savunan görüşe göre, herkes istediği zamanda istediği içeriği internet üzerinde yayınlayabileceğinden internet yayınlarına karşı cevap hakkını yasal olarak düzenlemek gereksizdir ve canlı tartışma ortamına zarar vericidir. Diğer görüş buna karşı çıkarak, cevap hakkının internet ortamında kullanılmasının teknik olarak kolay ve zararın hemen giderilmesi bakımından uygun bir yöntem olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, kişilerin internet ortamında istedikleri içeriği istedikleri zaman yayınlamaları çözüm değildir. Zarar verici içeriğin örneğin bir gazetenin websitesinde yayınlanmış olması durumunda, hem bu websitesine erişenlerin sayısı daha fazla olacaktır hem de okurlar bir haber sitesinde yayınlanan bilgilere daha fazla inanma eğiliminde olacaklardır. Zarar gören kişinin içeriğin yoruma açık olması halinde yorumlar kısmında kendini ifade etme imkanı, kısa süre içinde yüzlerce yorum arasında bu yorum kaybolacağından, çözüm olmayacaktır. Dolayısıyla, internet yayınları bakımından da cevap hakkının düzenlenmesi gerektiği haklı olarak savunulmaktadır.¹⁶⁸

(2) Düzeltme ve Cevap Hakkının Kullanılması Bakımından İnternet Yayınlarının Sınırlandırılması

İnternet ortamında medya kuruluşları yanında bireylerin de içerik yayınlamaları karşısında, cevap hakkının hangi yayınlar bakımından kullanılabilmesi, başka bir deyişle nelerin internet yayını olarak kabul edilmesi gerektiği açıklığa kavuşturulması gereken bir konudur. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2004 tarihli “Yeni Medya Ortamında Cevap Hakkına İlişkin Tavsiye Kararında bu hakkın sadece medyanın bir parçası olarak değerlendirilen davalılara

¹⁶⁷ Stove, s.10.

¹⁶⁸ Stove, s.11-12.

karşı uygulanabilir olduğu, medyanın gazeteler, süreli yayınlar, radyo, televizyon ve web tabanlı haber hizmetler gibi çevrimiçi veya çevrimdışı olarak, düzenlenen bilgilerin periyodik olarak yaygınlaştırılması için her türlü iletişim aracı anlamına geldiği belirtilmiştir.¹⁶⁹ Bu tanımdan hareketle kesin sonuçlara varmak pek mümkün değildir. Çevrimiçi ortamda kimlerin medyanın bir parçası olarak değerlendirilebileceği hususu açık olmadığı gibi “düzenlenen bilgi”den (edited information) ne anlaşılması gerektiği de açık değildir. Her ne kadar Avrupa Konseyi’nin, cevap hakkının kullanılmasını medya tarafından sunulan içeriklerle kısıtlamayı seçtiği söylenebilecekse de, yapılan tanım uyarınca cevap hakkının pratikte daha geniş kapsamlı bir şekilde uygulanabilmesi mümkün görünmektedir.¹⁷⁰

Türk hukuku açısından da aynı karmaşa söz konusudur. İnternet yayınlarıyla ilgili 5651 Sayılı Kanun dışında konuyla ilgili yasal düzenleme mevcut değildir. Düzeltme ve cevap hakkı 5651 sayılı Kanun’un önceden “içeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı” başlıklı 9. maddesi ile düzenlenmiş¹⁷¹ ancak daha sonra bu madde değiştirilmiş ve cevap hakkı kaldırılmıştır.

5187 sayılı Basın Kanunu’nda yapılması planlanan değişiklikle ilgili hazırlanan 1/893 esas numaralı tasarı hakkındaki Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Raporu’nda, kimlerin internet yayıncısı olarak kabul edileceğinin belirlenmesi amacıyla, Tasarının 3’üncü maddesiyle Basın Kanununa eklenmesi öngörülen “görsel ve işitsel içerikleri kaydeden veya düzenleyen”¹⁷² ibaresinin tam olarak ne

¹⁶⁹ Recommendation of the Committee of Ministers to Member States on the Right of Reply in the New Media Environment, Adopted by the Committee of Ministers on 15 December 2004 at the 909th Meeting of the Ministers' Deputies; <http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp>

¹⁷⁰ Stove, s.14.

¹⁷¹ 5651 sayılı Kanun’un 2007 yılında yürürlüğe girmesinden önce, o dönemde yürürlükte olan 5680 sayılı Basın Kanununun cevap ve düzeltme hakkını düzenleyen 19. maddesinin kıyasen uygulanması tartışılırken, 5651 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte bu tartışma sona ermiştir. Ahmet Çiftçi: “İnternet Ortamında Yapılan Yayınlarda Cevap ve Düzeltme Hakkı”. (Kıs: İnternet) (Çevrimiçi) <http://inet-tr.org.tr/inetconf14/bildiri/92.doc> , 20.12.2013.

¹⁷² Tasarının 3. maddesi ile 5178 sayılı Basın Kanunu’nda yer alan “eser sahibi” tanımına, “görsel ve işitsel içerikleri kaydeden veya düzenleyen” kişilerin de dahil edilmesi eleştirilmekte, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na göre “eser sahibi”nin eseri meydana getiren kişi olarak tanımlandığı hatırlatılarak, içerik sahibinin, kaydeden ya da düzenleyen kişilerin “eser sahibi” olmadığı belirtilmektedir. Kişilerin mağduriyete uğramaması bakımından tanımlamaların doğru yapılması önem taşımaktadır. Basın

anlama geldiğinin, söz konusu düzenlemeyle kimin Kanun kapsamı içine alındığının açıkça belirtilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, mezkur raporda, Tasarının 3'üncü maddesinde yer alan eser sahibi ve internet haber siteleri tanımlarının web sitelerinden bağımsız bloglar, sosyal medya araçları ve internet üzerinden yayın yapan radyolar da göz önüne alınarak süreli yayın ifadesinin gözden geçirilmesi gerektiği de ifade edilmiştir.¹⁷³ Tasarının 3. maddesiyle basın kanunu kapsamına alınması öngörülen internet haber sitesi “internet ortamında, haber ya da yorum niteliğinde yazılı, görsel veya işitsel içeriklerin sunumunu yapan süreli yayınlar”¹⁷⁴ olarak, muğlak biçimde tanımlanmıştır. Hangi kriterlere sahip web sitelerinin bu kategoriye girdiği açıkça belirtilmemiştir. Örneğin Facebook ve Twitter gibi web sitelerinin, blogların bu kategoride mi değerlendirileceği; yoksa kastedilenin sadece Türkiye'deki IP adresli siteler mi olduğu madde metninden anlaşılmamaktadır.¹⁷⁵ İnternet ortamında yayınlarını sürdüren haber sitelerinin faaliyetlerinin hem Basın Kanunu hem 5651 sayılı Kanun'a tabi olmasının doğuracağı sakıncalar da dile getirilerek eleştirilen tasarı kanunlaşmamıştır. Konumuzla ilgili olarak internet yayınlarının ya da yayıncılarının belirlenmesi konusu da henüz çözümlenmemiştir.

Bu konuda, düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasını internet ortamındaki yayınları da kapsar şekilde düzenleyen bazı Avrupa Birliği üye devletlerinin düzenlemeleri aydınlatıcı olabilir. Almanya, Avusturya, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Lüksemburg, Macaristan, Polonya, Portekiz ve Slovenya

Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları (1/893), Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Raporu, 28.4.2014 tarihli Karşı Oy Yazısı, s.15.

¹⁷³ Basın Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları (1/893), Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Raporu, s.10.

¹⁷⁴ “Süreli yayın” tanımlamasının, internet sitelerinin 24 saat yayında olması ve haber içeriklerinin sürekli değişmesinden dolayı belirsiz bir tanım olduğu ifade edilmektedir. Basın Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları (1/893), Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Raporu, 28.4.2014 tarihli Karşı Oy Yazısı, s.15.

¹⁷⁵ Basın Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum Komisyonu ve Adalet Komisyonu Raporları (1/893), Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Raporu, Muhalefet Şerhi, s.16.

hukuklarında, kanun yoluyla ya da mevcut kuralların yorumlanması yoluyla internet ortamında gerçekleşen yayınlar bakımından düzeltme ve cevap hakkı kullanılmaktadır. İlgili düzenlemelere bakıldığında, cevap hakkının kullanılabilmesi bakımından internet ortamındaki yayınların, genellikle gazetecilik prensiplerine bağlı kalınarak gerçekleştirilen yayınlarla sınırlandırıldığı, düzensiz yayınları kapsamadığı görülmektedir. Örneğin Avusturya hukukunda, 1981 tarihli Medya Yasası uyarınca, yazılı basın için öngörülen düzenlemelerin, çevrimiçi gazetelere ve diğer internet portallarına da uygulanacağı öngörülmüş, ancak kişisel yaşam alanlarına ilişkin sunumları içeren veya sahibinin kendisiyle ilgili yayınlarını içeren sitelerinin bu uygulamadan hariç olduğu açıkça belirtilmiştir. Yasaya göre, periyodik elektronik medya, elektronik olarak programın yayınlanması, elektronik olarak bir sitesinin indirilmesi veya yılda en az dört kez elektronik olarak yayınlanan bir içeriğin söz konusu olması halinde söz konusu olur.¹⁷⁶ Estonya hukukunda, basın için öngörülmüş etik kurallar, elektronik gazeteler için de geçerlidir.¹⁷⁷ Finlandiya hukukunda, çevrimiçi gazeteleri ve haber portallarını içeren network yayını teriminin, yayıncı tarafından üretilen veya işlenen materyallerden bir süreli yayına benzer şekilde tutarlı bir bütün halinde düzenlenmiş ve düzenli olarak yayınlanması amaçlanan bir dizi ağ mesajı anlamına geldiği bizzat kanun tarafından açıklanmaktadır.¹⁷⁸ Polonya hukukunda, çevrimiçi gazeteler veya haber portalları, 1984 tarihli Basın Kanununda belirtilen "basın" tanımına girmeleri halinde, Basın Kanununun genel hükümlerine tabi olurlar.¹⁷⁹ Portekiz hukukunda, Basın Kanununun internet yayınlarına uygulanmasını sağlayan açık bir kural bulunmamasıyla birlikte, Basın Kanununun hükümleri çevrimiçi gazetelere ve gazetecilik materyali içeren tüm internet içeriğine uygulanmaktadır.¹⁸⁰

Anılan düzenlemeler genel olarak değerlendirildiğinde, internet yayınlarında düzeltme ve cevap hakkının, gazetecilik ve televizyon yayıncılığının kamuyu

¹⁷⁶ Koltay, *European Comparative Perspective*, s.7, dn.27.

¹⁷⁷ Koltay, *European Comparative Perspective*, s.7, dn.29.

¹⁷⁸ Koltay, *European Comparative Perspective*, s.7, dn.30'da anılan Kitle İletişim Ortamında İfade Özgürlüğünün Uygulanması Hakkında Kanun, m.2.1.6.

¹⁷⁹ Koltay, *European Comparative Perspective*, s.7, dn.35.

¹⁸⁰ Koltay, *European Comparative Perspective*, s.7, dn.36.

bilgilendirme ve kamunun haber alma anlayışı çerçevesinde değerlendirildiği ve bu sınırlar içinde tutulmasının amaçlandığı görülmektedir. Bu nedenle, kişisel bloglar ve sosyal medya ortamlarındaki yayınlara karşı düzeltme ve cevap hakkı tanınmamıştır. Esasen hakkın kabul edilmesinin temelinde, güçlü medya kuruluşları karşısında daha güçsüz durumda olan bireyin ifade özgürlüğünün korunmasının olduğu göz önünde bulundurulduğunda, basın hukuku kaynaklı hakkın internet yayınlarının tümü bakımından kullandırılmaması makul karşılanabilir. Düzeltme ve cevap hakkı tanınmayan yayınlara karşı diğer hukuki çarelere başvurarak hukuka aykırılığın giderilmesi her zaman mümkündür.

(3) Türk Hukuku Bakımından İnternet Yayınlarına Karşı Düzeltme ve Cevap Hakkının Kullanılması

İnternet yayınlarına karşı cevap hakkının kullanılması, 5651 Sayılı Kanunun “içeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı” başlıklı 9. maddesi ile düzenlenmişken¹⁸¹, 06.02.2014 tarihli 6518 sayılı Kanun’un 93. maddesiyle cevap hakkı kaldırılarak, 9. madde içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi başlığıyla yeniden düzenlenmiştir.

Yürürlükteki 9. madde uyarınca, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hakimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcısı tarafından bu talep en geç yirmi dört saat içinde cevaplandırılır. Sulh ceza hakimine başvurulması halinde,

¹⁸¹ Mülga 9. maddenin birinci fıkrası uyarınca, içerik nedeniyle hakları ihlal edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle internet ortamında yayımlanmasını isteyebilmekteydi. Kişinin hangi haklarının ihlal edilmesi halinde bu yola başvuracağı madde metninde açıklanmamış olduğundan, bu hakların Anayasanın 32. maddesi ile çerçevesi belirlenmiş haklar olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Buna göre kişilerin şeref ve haysiyetlerine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un 9. maddesi uygulanabilir durumdaydı.

hakim en geç yirmi dört saat içinde, kişilik hakkının ihlalinin gerçekleştiği yayın, kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL, vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesine karar verebilir. Zorunlu olmadıkça internet sitesinde yapılan yayının tümüne yönelik erişimin engellenmesine karar verilmese de, hakim URL adresi belirtilerek içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle ihlalin engellenemeyeceğine kanaat getirmişse, gerekçesini belirterek, internet sitesindeki tüm yayına yönelik olarak erişimin engellenmesine de karar verebilir. Hakimin verdiği erişimin engellenmesi kararları doğrudan Erişim Sağlayıcıları Birliğine gönderilir ve Birlik tarafından erişim sağlayıcıya gönderilen içeriğe erişimin engellenmesi kararının gereği derhal, en geç dört saat içinde erişim sağlayıcı tarafından yerine getirilir

5651 sayılı Kanun'un 9/A maddesi ile internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişilerin, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebileceği düzenlenmiştir. Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı, talebi uygulanmak üzere derhal Erişim Sağlayıcıları Birliğine bildirir, erişim sağlayıcılar bu tedbir talebini derhal, en geç dört saat içinde yerine getirir. Görüldüğü gibi, özel hayatın gizliliğinin ihlaline dayanan taleplerde, mahkeme kararı olmaksızın içeriğin engellenmesi tedbiri uygulanabilmektedir. Ancak, erişimin engellenmesi tedbirinin kendiliğinden kalkmaması için, erişimin engellenmesini talep eden kişilerin, internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiğinden bahisle erişimin engellenmesi talebini, talepte bulunduğu saatten itibaren yirmi dört saat içinde sulh ceza hakiminin kararına sunması gerekmektedir. Hakim kararını en geç kırk sekiz saat içinde açıklar ve doğrudan Kuruma gönderir, aksi halde, erişimin engellenmesi tedbiri kendiliğinden kalkar.

5651 sayılı Kanununun 3. maddesi ile içerik, yer ve erişim sağlayıcılarına, yönetmelikle belirlenen esas ve usuller çerçevesinde tanıtıcı bilgilerini kendilerine ait internet ortamında kullanıcıların ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak bulundurmak

yükümlülüğü getirilmiştir. Bu bilgiler doğrultusunda içerik ve yer sağlayıcı tespit edilecektir. İçeriğin yayından çıkarılması veya engellenmesiyle ilgili herhangi bir başvuru süresi öngörülmemiş olması yerindedir. İçeriğin yer aldığı ortam erişilebilir oldukça saldırı devam edeceğinden başvuru için kısıtlayıcı bir süre öngörülmemiş olması internetin doğasına uygundur.

İnternet yayınlarına karşı cevap hakkını düzenleyen 9. madde değiştirilerek cevap hakkı kaldırıldığından, yukarıda bahsedilen internet haber sitelerinin Basın Kanun'unun kapsamına dahil edilmesini öngören tasarı kanunlaşmadığından, mevcut durumda Basın Kanunu'nun hükümlerinin internet yayınlarına uygulanması hukuken mümkün olmadığından ve Anayasa'nın 32. maddesi cevap hakkının bir kanun ile düzenlenmesini öngördüğünden, bu konuda bir düzenleme yapılmaya kadar internet yayınlarına karşı düzeltme ve cevap hakkının kullanılması mümkün değildir. Buna karşılık, uygulamada mahkemelerin hatalı olarak internet ortamında yapılan yayın için basılmış eserlere uygulanan 5187 sayılı Basın Yasasının 14. maddesini gerekçe göstererek cevap ve düzeltmenin yayınlanması kararı verebildiği gözlemlenmektedir.¹⁸²

İnternet üzerinden ulaşılan her tür yayına karşı 5651 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağını kabulü, farklı kitle iletişim araçları ile gerçekleştirilen yayınlara internet üzerinden de ulaşılabilmesi karşısında, her bir kitle iletişim aracının özelliklerine uygun tedbirler içerdiği varsayılan diğer kanunların işlevini zaman içinde zayıflatacaktır. Kanaatimizce bu konuda yapılacak düzenlemenin, internet üzerinden ulaşılabilen her yayının kaynağına göre tabi olduğu kanuna paralel hükümler içermelidir.¹⁸³ Diğer deyişle, bir gazetenin internet sürümü veya internet ortamında erişilen televizyon programı Basın Kanunu veya 6112 sayılı Kanun'un öngördüğü rejime paralel hükümlerle oluşturulacak bir hukuki rejime tabi tutulmalıdır. Aksi halde, aynı kaynağa sahip içeriklerin farklı hukuki rejimlere göre

¹⁸²http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/183265/Aciklama_ve_duzeltme_metni.html (Erişim Tarihi: 12.03.2017).

¹⁸³ İnternet sayfasına sahip süreli yayınların, özellikleri nedeniyle Basın Kanununa tabi olmaları gerektiği yönünde bkz. Çiftçi, İnternet.

daha geniş ya da daha dar kapsamlı özgürlüğe tabi tutulmasının haklılaştırılması güçtür. Ancak, internet sayfasında yer alan ve her zaman erişilebilir olan kişilik hakkını ihlal eden içeriğe karşı düzeltme ve cevap hakkının kullanılması konusunda, yazılı basın ve radyo televizyon yayınları için öngörülmüş iki aylık süreden daha uzun bir zamanaşımı süresi belirlenmesi gerektiği görüşündeyiz.

3. Düzeltme ve Cevap Hakkına Alternatif Yöntemler

Düzeltilme ve cevap hakkının kullanılmasına ilişkin yasal süreçlere başvurmadan, birtakım alternatif yöntemlerle de hakkın kullanılması mümkündür. Kişilik hakkı zarar gören kişinin, masrafını karşılayarak bir ilan yayınlatması, basın toplantısı düzenleyerek hakkındaki ithamlarla ilgili açıklamalar yapması ya da hakkındaki gazete haberine karşı Basın Konseyi'ne şikayette bulunması mümkündür. Ancak, zarar görenin yasal başvurusu üzerine düzeltme ve cevap hakkını kullandırmayan yayıncının hukuken öngörülen yaptırıma maruz kalması söz konusu iken, alternatif yöntemlerin kullanılmasında yaptırım söz konusu olmayacaktır.¹⁸⁴

Düzeltilme ve cevap hakkının kullanılmasıyla ilgili alternatif yöntemlerden ilki, yukarıda bahsedildiği gibi, Basın Konseyi'ne şikayet yoludur. Türkiye'de yayımlanan her türlü gazete, dergi, haber ajansı, radyo, televizyon, internet yayını veya gazeteci hakkında, şikayet konusu yayın üzerinden iki aydan fazla zaman geçmemiş olması koşuluyla, belirli prosedür izlenerek Basın Konseyi'ne şikayette bulunulabilir. Yazılı olarak yapılacak başvuruda söz konusu yayının aslının, ses yahut görüntü kaydının veya fotokopisinin Konseye gönderilmesi ve Basın Meslek İlkelerinden hangisinin ihlal edildiğinin belirtilmesi gerekmektedir.¹⁸⁵ Konsey yapılan başvurular nedeniyle, basın mensupları ve/veya basın organları hakkında “şikayeti yersiz bulma”, “uyarma” veya “kınama” kararı alabilir.¹⁸⁶ Basın Konseyi'nin yaptırım gücü yoktur. Ancak, Basın Konseyi Sözleşmesinin 19. maddesi uyarınca basın organlarının, kendileriyle ilgili kararları yayınlamaları, Basın Meslek İlkeleri'ne

¹⁸⁴ Güzel, s.125.

¹⁸⁵ <http://basinkonseyi.org.tr>, 12.03.2017.

¹⁸⁶ Basın Konseyi Sözleşmesi, m.18. <http://basinkonseyi.org.tr/basin-konseyi-sozlesmesi/>

uyuma yönündeki taahhütlerinin gereği sayıldığından, Konsey'e yapılacak başvurunun amaca hizmet etmesi mümkündür.

İkinci alternatif yöntem olarak anında cevap hakkından bahsetmek gerekir. Özellikle canlı olarak yayınlanan televizyon ve radyo yayınlarında kullanılması söz konusu olan anında cevap hakkı ile yayın nedeniyle zarara maruz kalan kişinin durumu öğrenir öğrenmez hakkındaki yayına cevap vermesi imkanı sağlanmaktadır.¹⁸⁷ Yayın kuruluşunun, yayın nedeniyle bir kimseye zarar verdiğini fark ederek kendi rızasıyla özür dileyip yayın içeriğini düzeltmesi, düzeltme hakkının kullanılmasında başka bir yöntemdir. Yayın nedeniyle zarara maruz kalan kişinin yasal yollara başvurmadan, yayıncıyla iletişim kurarak düzeltme ve cevap hakkını kullanması, yasal yollara başvurmaksızın, ilan vererek, basın toplantısı düzenleyerek veya kendine ait blogda açıklamasını yayınlamak suretiyle kendi imkanlarıyla düzeltme ve cevap hakkını kullanması diğer alternatif yöntemleri oluşturmaktadır.¹⁸⁸

Alternatif yöntemler, yasa ile öngörülmüş ve himaye edilen düzeltme ve cevap hakkı niteliğinde olmadıklarından, bu yöntemlere başvurmak düzeltme ve cevap hakkını kullanabilmek için yasal başvuru süresini durdurmaz. Dolayısıyla, bu yöntemlere başvurmak isteyen kişilerin sonuç alamama ihtimalini göz önünde bulundurarak, yasal başvuruda bulunabilmek için zamanaşımı süresine dikkat etmeleri gerekmektedir. Diğer yandan, düzeltme ve cevap hakkına alternatif yöntemlerin, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi ve AB üyesi ülkelerde geçerli Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi tarafından ifade edilen, cevap hakkına alternatif eşdeğer yöntemler niteliğinde olmadığı da belirtilmelidir. Cevap hakkına eşdeğer yöntemlerin, cevap hakkı gibi, medya ile kişiler arasında silahların eşitliğinin sağlanmasını temin etmesi, yasal temele sahip olması ve ihlal edilmesi halinde yasalarca öngörülmüş yaptırımın uygulanması gerekmektedir. Düzeltme ve cevap hakkına alternatif yöntemler ise

¹⁸⁷Sena Coşkun: "Avrupa Birliği Sürecinin Cevap ve Düzeltme Hakkına Katkısı ve Hakkın Kullanımında Alternatif Yollar", **Sosyal Bilimler Dergisi**, C.XV, S.1, 2013, s.98; Güzel, s.130.

¹⁸⁸ Detaylı bilgi için bkz. Coşkun, s.101 vd; Güzel, s.131 vd.

çoğu zaman tarafların inisiyatifine bağlıdır ve çoğunlukla yasal temele sahip olmadıkları gibi bunlarla ilgili yaptırım uygulanması söz konusu değildir.

II. Hukuksal Korumada Taraflar

Kişilik hakkını koruyan davalar ve tazminat davaları, kişilik değerlerine saldırıda bulunulan kişiler tarafından saldırıyı gerçekleştiren kişilere karşı açılır. Kusur şartı aranmaksızın açılabilen koruyucu davalarda davalı sıfatını taşıyanlar, maddi ve manevi tazminat davaları kusur veya kusursuz sorumluluk esasına dayandığından, tazminat davalarında davalı sıfatına sahip olmayabilecektir.¹⁸⁹

A.Davacı

Gerçek kişiler gibi kişilik hakkına sahip olan tüzel kişiler de gerek koruyucu davalar gerekse tazminat davalarında davacı sıfatına sahiptirler. Doktrin¹⁹⁰ ve bazı mahkeme kararlarındaki, tüzel kişiler bakımından ancak kazanç kaybı niteliğinde maddi zarar gerçekleşeceği ancak manevi zararın söz konusu olamayacağı yönündeki görüşlere karşın, doktrindeki baskın görüşe de uygun olarak, Yargıtay çeşitli kararları ile tüzel kişilerin de manevi tazminat isteyebileceğini açıklığa kavuşturmuştur.¹⁹¹ Biz bu konuda azınlık görüşüne katılıyoruz.¹⁹²

¹⁸⁹ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.155.

¹⁹⁰ Kılıçoğlu, s.439; Serozan, s.109.

¹⁹¹ Arpacı, s.163; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.254; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s.233; MK ve BK (m. 58) hem gerçek hem de tüzel kişilerin de kişisel haklarını korumaktadır. Her iki kanunda da, manevi tazminat isteyecek kişinin mutlaka gerçek kişi olması gerektiği esastan hareketle düzenleme yapılmış olsaydı, ilgili hükümlerde gerçek kişi olma şartı öngörülerek tüzel kişilerin ayrık tutulduğuna dair bir ibareye veya ayrık bir düzenlemeye yer verirdi. Oysa her iki kanunda da gerçek kişi olma şartı açıkça öngörülmemiştir. Yargıtay ve bilimsel eserlerdeki baskın görüş, tüzel kişilerin de nitelikçe gerçek kişilere özgü olanların dışında kalan, kişisel haklarına saldırı halinde manevi tazminat namı altında özel bir giderim isteyebilecekleri yolundadır Yargıtay'a göre, kalpleri ve hissiyatı olmayan tüzel kişilerin elem ve ızdırap duymamaları, tüzel kişilerin, ölüm dolayısıyla manevi tazminatı tanzim eden BK'nun 56. maddesine göre hak talebinde bulunmamaları sonucunu doğurur. Hukuk nizamı tüzel kişileri hukuk sujesi olarak tanıdığına ve onlara ad, şeref ve itibar gibi kişisel varlıklar bahşedilmiş olduğuna göre, kişisel varlıklara yapılan saldırı sebebiyle elem ve ızdırap duymayacaklarından söz edilerek tüzel kişilerin manevi tazminat adı ile bir paranın ödetilmesi davası açamayacaklarını kabul etmek yasa koyucunun amacına aykırı düşer. Manevi zarar, salt üzüntünün

Kişinin davacı olarak harekete geçebilmesi için, kendisiyle ilgili bir yayın nedeniyle zarar görmüş olması gerekmektedir. Yayında kişinin kimliğinin açıkça belirtilmeyip, yayın içeriğinde kişinin mesleği, yakınları, alışkanlıkları gibi bazı tanıtıcı unsurlara yer verilerek, saldırının yöneldiği kişinin kim olduğunun ortalama özelliklere sahip biri tarafından anlaşılmasının sağlandığı hallerde de¹⁹³ saldırı gerçekleşmiş olduğundan¹⁹⁴ kimliği açıkça belirtilmeyen kişi dava açabilecektir.

Koruyucu davaları ve tazminat davasını açmak için kişinin hak ehliyetine sahip olması yeterli olup fiil ehliyetinin varlığı kural olarak şart değildir.¹⁹⁵ Fiil ehliyetinin medeni usul hukukundaki görünümü olan dava ehliyetine sahip olmayan sınırlı ehliyetsizler, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olan koruyucu davaları ve manevi tazminat davasını MK m.16/1 uyarınca istisnai olarak yasal temsilcilerinin onayı gerekmeksizin açabilirler. Sınırlı ehliyetsizler tek başlarına kullanabildikleri kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarla ilgili davalarda dava ehliyetine sahiptir. Malvarlığını ilgilendiren diğer tazminat davaları ise yasal temsilciler tarafından açılacaktır. Kısıtlanmaları için yeterli sebep bulunmamakla birlikte korunmaları için fiil ehliyetleri sınırlanmış ve kendilerine yasal danışman atanmış sınırlı ehliyetlilerin dava açabilmeleri MK m.429/1 uyarınca danışmanın olumlu görüşüne bağlıdır. Kanaatimizce, sınırlı ehliyetsizlerin dahi tek başına açabileceği koruyucu davalar ve manevi tazminat davası bu kapsamdan hariç tutulmalıdır.

varlığı halinde değil, kişinin kişilik değerlerinin saldırıya uğraması durumunda gerçekleşen bir zarardır. Bir tüzel kişinin kişisel haklarından olan (adı, şerefi, onuru ve itibarı gibi) varlıklarına yapılan saldırının; bu manevi değerlerinde bir eksilmeye (manevi zarara) sebep olacağı bir gerçektir. İlgili karar için bkz. Yargıtay HGK E. 2011/4-687, K. 2012/26, T. 1.2.2012 ; Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK., 15.12.2004 gün ve 2004/4-709 E-2004/720 K.; 31.5.2000 gün ve 2000/4-900 E-2000/935 K. sayılı kararlar. www.kazanci.com, 25.11.2013.

¹⁹² Ticari itibarın saldırıya uğraması örneğinde, manevi acı duyması mümkün olmayan tüzel kişilerin ihtiyacı itibarın iadesinin sağlanmasıdır. Tespit davası yoluna başvurarak ve yargılama sonunda verilen mahkeme kararının yayımlanması ile amaca ulaşılabilecektir. Manevi tazminat talep etme hakkının tüzel kişilere tanınması hakkın niteliğine uygun olmayıp, manevi tazminat talebini esas amaç ve niteliğinden uzaklaştırmaktadır.

¹⁹³ Kılıçoğlu, s.429.

¹⁹⁴ Bir gazete haberinde eleştirilen bir kamu kurumu komisyonunda görev aldığı iddia edilen kişi, gerçekte o komisyonda görev almamış ve haberde adının bir harfi yanlış yazılmış, ikinci soyadı yazılmamıştır. Çalıştığı kurumda o isimlerde başka birinin olmaması dolayısıyla haberin davacıya yönelik olduğunun tespit edilebilmesi nedeniyle kişilik hakkına saldırının gerçekleştiği kabul edilmiştir. Y.4.HD, E. 2009/13285, K. 2010/9836, T. 7.10.2010 www.kazanci.com, 03.01.2013.

¹⁹⁵ Kılıçoğlu, s.431.

Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar yani tam ehliyetsizlerin dava açmaları mümkün olmayıp bu kişiler taraf buldukları davalarda yasal temsilcileri tarafından temsil edileceklerdir. Kişiyeye sıkı sıkıya bağı hakların kullanımında temsil geçerli olmamasına karşın, yeni eğilimlere göre, bu kişilerin korunması amacıyla kişilik hakkı ve kişilik hakkının korunmasına yönelik haklar bakımından temsil geçerli kabul edilmektedir.¹⁹⁶ Tam ehliyetsizlerin manevi acı duyması mümkün olmadığından, bu kişiler için manevi tazminat davası açılmayacağı, küçükler ayırt etme gücüne sahip olup acıyı hissedebildiklerinde ve akıl hastaları iyileştiklerinde devam eden veya etkileri devam eden saldırılara karşı bu davanın açılacağı savunulmaktadır.¹⁹⁷ Bu görüş kabul edilebilir olsa da, uygulamada tüzel kişilere bile sağlanan bu imkanın tam ehliyetsizlerden esirgenmesi yersiz olur.

Koruyucu davaları açmak kişiyeye sıkı sıkıya bağı haklardan olduğundan, temlik edilmeleri veya mirasçılara geçmeleri mümkün değildir. Mağdurun dava açılmadan ölmesi halinde, gerçekleşmiş saldırı aynı zamanda mirasçılarının kişilik hakkına saldırı niteliğinde olmadıkça, mirasçılarının dava açması mümkün değildir. Saldırının aynı zaman da mirasçılarının da kişilik hakkını ihlal ettiği hallede, saldırı oluşturan eyleme karşı açılacak davayı, mirasçılar, ölen adına değil kendi adlarına açacaklardır. Saldırıya uğrayanın dava açtıktan sonra ölmesi üzerine, dava konusu hakkın mirasçılara intikali mümkün olmadığından, dava konusuz kalır. Ancak saldırının mirasçılarının da kişilik hakkını ihlal ettiği hallerde, mirasçılarının, usul ekonomisi gerekçesiyle, miras bırakanın açtığı davaya devam edebilecekleri savunulmaktadır.¹⁹⁸ Manevi tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez. Karşı tarafça kabul edilen manevi tazminat istemi malvarlığı niteliğini kazandığından artık devredilmesi mümkün hale gelir. Manevi tazminat talebi miras bırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez. Maddi tazminat davası açma hakkı ise başkasına temlik edilebileceği gibi mirasçılara da geçer.

¹⁹⁶ Akipek, Akıntürk, Ateş Karaman, s.317-318; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, s.87.

¹⁹⁷ Kılıçoğlu, s.432.

¹⁹⁸ Helvacı, Koruyucu Davalar, s.154.

Düzeltilme ve cevap hakkının kullanımı bakımından 5187 sayılı Basın Kanunu m.14/son, 2954 sayılı TRT Kanunu m.27/h ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanununun m.18/5 hükümleri uyarınca, hakkın sahibi olan kişinin ölmesi halinde bu hak, mirasçılardan biri tarafından kullanılabilir. Kişi öldükten sonra kişilik hakkına yönelik saldırı gerçekleşmesi veya cesede yönelik haksız bir saldırı gerçekleşmesi halinde, kişilik hakkı ölümle son bulduğundan, mirasçılarının ancak yapılan saldırı nedeniyle kendi kişilik haklarına dayanarak dava açabilecekleri kabul edilmektedir.¹⁹⁹

B.Davalı

Kişilik hakkını koruyucu davalarda davalı sıfatı kişilik hakkına saldırıda bulunana aittir. Koruyucu davalarda kusur aranmadığından, saldırıyı gerçekleştirenin davalı olabilmesi için, saldırıyı kasten veya istemeden veya farkında dahi olmadan gerçekleştirmiş olmasının önemi yoktur. Farkına varmadan saldırıda olumlu veya olumsuz bir rol oynamış olması gerekli ve yeterlidir. Bu davaların açılmasında, kusur değil eylemin hukuka aykırılığı şartı arandığından, kural olarak haksız fiillerinden sorumlu olmayan tam ehliyetsizlere karşı da koruyucu davalar açılabilir.²⁰⁰ Kusur sorumluluğu için ayırt etme gücünün varlığı gerekli olduğundan, kural olarak tam ehliyetsizlere karşı tazminat davası açılamaz. Ancak, MK m.15 ile yasanın gösterdiği ayırık durumların varlığı durumunda, ayırt etme gücü bulunmayanların da haksız fiilleri nedeniyle verdikleri zararlardan sorumlu tutulabilecekleri öngörülmüştür. Buna göre, örneğin hakkaniyet sorumluluğunun koşullarının bulunması halinde, tam ehliyetsizlere karşı da tazminat davası açılabilir.²⁰¹ Tam ehliyetsizler davada yasal temsilcileri ile temsil edilirler. Sınırlı ehliyetsizler, MK m.16/II uyarınca ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumlu olduklarından, hem koruyucu davalarda hem tazminat davalarında davalı olabilirler, ancak açılan davada

¹⁹⁹ Kılıçoğlu, s.433.

²⁰⁰ Kişiliğe saldırıda bulunan kimseye isnat edilemeyecek bir durum olsa bile, örneğin saldırıda bulunan veya bulunmak üzere olan kimse temyiz kudretinden tamamen yoksun bulunması halinde dahi, bu davalar açılarak özellikle durdurma talep edilebilir. Örneğin, mazbut bir kadını dekolte bir resmini eline geçirmiş olan ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin, bu resmi teşhir etmesi halinde, onun aleyhine saldırının durdurulması davası açılabilir. Velidedeoğlu, s.128.

²⁰¹ Y.4.HD, E. 2009/12195, K. 2009/12541, T. 09.11.2009 www.kazanci.com, 22.10.2014.

yasal temsilcileri ile temsil edilirler.²⁰² Maddi ve manevi tazminat davaları mağdurun kişisel menfaatlerine saldırıda bulunan kişiye karşı ve mirası reddetmiş olmadıkça saldırıda bulunan kişinin mirasçılarına karşı açılır.²⁰³

Kişilik hakkına kitle iletişim araçlarıyla saldırılmasından sorumlu olanlar, yayının gerçekleştiği aracın tabi olduğu kanuna göre belirlendiğinden, aşağıda her bir kitle iletişim aracı bakımından sorumlular tespit edilecektir.

1. Yazılı Basın ile Kişilik Hakkının İhlalinde Davalı

5187 sayılı Basın Kanununun hukuki sorumluluğa²⁰⁴ ilişkin 13. maddesine göre basılmış eserler yoluyla işlenen fiillerden doğan maddi ve manevi zararlardan dolayı süreli yayınlarda, eser sahibi²⁰⁵ ile yayın sahibi²⁰⁶ ve varsa temsilcisi, süresiz yayınlarda ise eser sahibi ile yayımcı²⁰⁷, yayımcının belli olmaması halinde ise basımcı²⁰⁸ müştereken ve müteselsilen sorumludur. Maddenin ikinci fıkrasındasüreli veya süreli olmayan yayınlarda yayın sahibi, marka veya lisans sahibi, kiralayan, işleten veya herhangi bir sıfatla yayımlayan, yayımcı gibi hareket eden gerçek veya tüzel kişiler hakkında da uygulanacağı, tüzel kişi şirketse, anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanının, diğer şirketlerde en üst yöneticinin, şirket ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağı belirtilmiştir.Son olarak 13. maddede, zararı doğuran fiilin işlenmesinden sonra yayının her ne surette olursa olsun devredilmesi, başka bir yayınlara birleştirilmesi veya sahibi olan gerçek veya tüzel

²⁰² İstisnai olarak, saldırıda bulunan sınırlı ehliyetsiz, saldırıyı bir kişilik hakkını kullanırken gerçekleştirmişse, kişilik hakkının münhasıran şahsa bağlı hak niteliğinden dolayı, sınırlı ehliyetsizin dava ehliyetinin tam olduğu belirtilmektedir. Helvacı, Koruyucu Davalar, s.159.

²⁰³ Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s.336.

²⁰⁴ Kişilik hakkının ihlali halinde basının cezai sorumluluğuna ilişkin 11. maddede belirlenmiş sorumlular farklıdır. Süreli yayınlarda söz konusu olan sorumlu müdürün sorumluluğu, 5187 sayılı Kanun uyarınca sadece cezai yönden olup haksız fiiller nedeniyle sorumluluğu bulunmadığından tazminat davalarında kendisine husumet yöneltilemez.

²⁰⁵ Eser sahibi, süreli veya süresiz yayının içeriğini oluşturan yazıyı veya haberi yazan, çeviren veya resmi ya da karikatürü yapan kişidir (5187 sayılı Kanun, m.21)

²⁰⁶ Süreli yayının sahibi, bir gazete veya dergi gibi süreli yayın üzerinde telif hakkına sahip olan kişidir. Kılıçoğlu, s.470.

²⁰⁷ Yayımcı, bir eseri basılmış eser durumuna getirip yayımlayan gerçek veya tüzel kişidir. (5187 sayılı Kanun, m.2j)

²⁰⁸ Basımcı, bir eseri basım araçları ile basan veya diğer araçlarla çoğaltan gerçek veya tüzel kişidir. (5187 sayılı Kanun, m.2k)

kişinin herhangi bir surette değişmesi halinde, yayını devir alan, birleşen ve her ne surette olursa olsun yayın sahibi gibi hareket eden gerçek ve tüzel kişilerin ve anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanının, diğer şirketlerde üst yöneticinin, bu fiil nedeniyle hükmedilecek tazminattan birinci ve ikinci fıkrada sayılanlarla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağı hüküm altına alınmıştır.

Hukuki sorumluluğa ilişkin 13. maddede belirlenen kişiler arasında sorumlulukta bir kademelendirme öngörülmeden, müşterek ve müteselsil sorumluluk esas alınmıştır. Süreli ve süresiz yayınlar arasında ayırım yapılmaksızın, maddenin ikinci fıkrasında yazılı kişiler arasında birden fazla sorumlu bulunduğu takdirde, herhangi bir sıralama ve sınırlandırmaya tabii olmaksızın bu kişiler, birinci fıkraya yapılan atıf gereğince eser sahibi ile birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır. Söz konusu madde hükmünde, sorumluluğa ilişkin her hangi bir sıralama veya sorumluluk hukuku bakımından müteselsil sorumluluğu bertaraf eden farklı bir amaç ve düzenleme de mevcut değildir.²⁰⁹

Maddi ve manevi tazminat davaları için kusur şartı arandığından, eser sahibinin eserinde kişilik hakkına saldırı unsuru bulunmasında kusurlu olması şarttır. Eğer eser sahibinin bilgisi ve isteği dışında yayım yapılmış veya esere eklemeler yapılmışsa, eser sahibinin eylemi ile saldırı arasında nedensellik bağı olmayacağından, eser sahibi sorumlu tutulamaz.²¹⁰ Süreli yayınlarda yayın sahibinin sorumluluğu, yayın sahibinin eser sahibi ile istihdam eden – müstahdem ilişkisi nedeniyle, BK m. 66'da düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğunun özel bir

²⁰⁹ YHGK, 11.03.2009, E:2009/4-79, K.2009/117. Anılan YHGK kararına konu olayda imtiyaz sahibi ile gazeteyi yayımlayan ve marka lisans sahibi olan kişinin farklı kişiler olup, imtiyaz sahibinin pasif husumeti bulunup bulunmadığı tartışılmıştır. Kararda, "imtiyaz sahibi" kavramının, basın yoluyla işlenen fiil nedeniyle hukuki sorumluluğa dair pasif husumetin konu edildiği Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2004 gün ve 2004/4-709 Esas 2004/720 sayılı kararında, "gazete sahibi" olarak nitelendirildiği hatırlatılarak, imtiyaz hakkının münhasıran yayın hakkı sahibine ait olduğu; süreli yayınlarda mutlaka bulunması gereken imtiyaz hakkı sahibinin, bu hakkı kendisinde tutup, isim, marka, logo v.s haklarını başkasına devredebileceği ya da kiralayabileceği belirtilmiştir. Bu durumda, imtiyaz sahibinin "yayımcı" sıfatına sahip olmadığı hallerde de, yayın hakkı sahibi olması nedeniyle, "yayımcı gibi hareket eden" durumunda olduğu tespit edilerek, basın yoluyla işlenen fiillerden dolayı 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır. <http://www.kararara.com/yargitay/hgk/k4633.htm> , 10.01.2014.

²¹⁰ Kılıçoğlu, s.456.

uygulaması olarak değerlendirilmektedir²¹¹. Adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu tutulan yayın sahibi BK m.66'daki kurtuluş kanıtını getirerek sorumluluktan kurtulma imkanına sahiptir.²¹² Süreli olmayan yayınlarda yayımcının sorumluluğu, eser sahibi ile aralarında istihdam eden – müstahdem ilişkisi bulunmadığından BK m.66'ya dayandırılmaz.²¹³ Ancak yayımcının kendi yayınevinde çalışanlardan birinin esere eklemeler yapmak ve benzeri bir eylemi nedeniyle kişilik hakkına saldırı gerçekleştiği halde BK m.66 uygulama alanı bulur. Yayımcının eser sahibi nedeniyle sorumluluğu, kişilik hakkına saldırıda bulunan bir eseri yayımlamasından kaynaklanan kusur sorumluluğudur.²¹⁴ Yayımcının belli olmaması halinde basımcı eser sahibi ile müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır.

Yasal düzenlemede müteselsil sorumluluk öngörüldüğünden, saldırıdan dolayı zarar uğrayan kimse, isterse sorumlulardan birine dava açabileceği gibi isterse birden fazla sorumluya veya tüm sorumlulara karşı dava açabilir. Zarardan birden çok kişinin birlikte aynı sebepten veya çeşitli nedenlerle sorumlu olmaları, müteselsilen sorumlu olanların dış ilişkideki sorumluluğunu etkilemez(BK m.61). Bunların her biri zararın tamamından sorumludur. Mahkemece tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum vekoşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önündetutulur. Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur (BK m.62). Sorumlu kişiler sadece maddi ve manevi tazminat davaları bakımından tespit edilmişse de,

²¹¹ İçel, s.347; Kılıçoğlu, s.470.

²¹² Adam çalıştıranın özen sorumluluğu kusursuz sorumluluk hallerinden biri olarak düzenlenmiştir. Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür (BK m.66/1). Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz (BK m.66/II). Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür (BK m.66/III). Adam çalıştıran, ödediği tazminat için, zarar veren çalışana, ancak onun bizzat sorumlu olduğu ölçüde rücu hakkına sahiptir (BK m.66/IV).

²¹³ Aksi görüşteki yazarlar için bkz. Kılıçoğlu, s.480, dn.407.

²¹⁴ Kılıçoğlu, s.481.

kusur şartı aranmayan koruyucu davalar, sebepsiz zenginleşme ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye dayanan davalar da bu kişilere karşı açılacaktır. Ancak mahkeme kararının uygulanabilirliği bakımından özellikle koruyucu davaların kararı icra etmeye yetkili kişilere karşı açılması uygun olacaktır.²¹⁵

Yazılı basınla gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerine karşı açılacak hukuk davalarında uygulanacak zamanaşımı süresiyle ilgili Basın Kanunu'nda hüküm bulunmadığından, Borçlar Kanunu'nun zamanaşımını düzenleyen hükümlerine başvurulur. Ancak, maddi ve manevi tazminat davalarının zamanaşımı süresini düzenleyen BK'nun 72. maddesinde, tazminatın ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımını öngördüğü bir fiilden doğması halinde bu zamanaşımının uygulanacağı yönündeki hükmünün, çok kısa ceza zamanaşımı süreleri öngörmüş Basın Kanunu m.26 karşısında uygulanamayacağı kanaatindeyiz.²¹⁶

2. Radyo ve Televizyon Yayını ile Kişilik Hakkının İhlalinde Davalı

Radyo ve televizyon yayınları ile kişilik hakkının ihlalde hukuki sorumluluk, Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumu tarafından gerçekleştirilen yayınlar için 2954 sayılı TRT Kanunu ile düzenlenmişken, diğer özel radyo ve televizyonlar için 6112 sayılı Kanun ile düzenlenmiştir.

2954 sayılı Türkiye Radyo Televizyon Kanunu'nun 28. maddesine göre, haksız fiillerde, yayın tespit yoluyla yapılmışsa, metni yazan veya sesi tespit edilen, bu metni veya tespiti fiilen kontrol eden ve yayını fiilen yöneten ve kontrol eden kişiler sorumludur. Kurumun, kendilerine tevdi edilen metni aynen okumakla görevli

²¹⁵ Kılıçoğlu, s.453.

²¹⁶ Basın Kanununun 26. maddesi, basılmış eserler yoluyla işlenen veya Basın Kanunu'nda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının, bir muhakeme şartı olarak, günlük süreli yayınlar yönünden dört ay, diğer basılmış eserler yönünden altı ay içinde açılmasının zorunlu olduğunu hüküm altına almıştır. Basın Kanunu'nun yer alan, Borçlar Kanunu'nda belirlenmiş sürelerden çok daha kısa olan ceza zamanaşımı süreleri karşısında, basın yoluyla gerçekleşmiş ve aynı zamanda suç teşkil eden haksız fiiller bakımından uzatılmış ceza zamanaşımından bahsedilemeyeceği ortadadır. Ancak Yargıtay, Basın Kanunu'nun kısa sürelerini göz ardı ederek TCK m.66'da öngörülen uzun zamanaşımı sürelerinin uygulanmasını savunmaktadır. Aynı yönde bkz. İçel, s.298; Kılıçoğlu, s.487 vd.

personeli, o yayının yönetim ve kontrolünde özel olarak görevlendirilmiş olmamak şartıyla, o yayın yoluyla işlenen haksız fiillerden sorumlu tutulmazlar. Hukuki sorumluluğa sahip kişiler bu şekilde belirtilmiş olmakla birlikte, kanun hükmünde, yayınlar nedeniyle zarara uğrayanların, Türkiye Radyo Televizyon Kurumu personeli aleyhine değil, Türkiye Radyo Televizyon Kurumu aleyhine dava açacakları açıkça belirtilmiştir. Hukuki sorumluluk bakımından, Kurum içinde kimlerin sorumlu olduğu, zarara uğrayanlardan ziyade, aynı madde hükmünce sorumlu personele rücu hakkı düzenlenmiş TRT Kurumu bakımından önem taşımaktadır. 28. maddenin son fıkrasında, yayınlar nedeniyle haksız fiillerden dolayı yayının yapıldığı tarihten başlayarak altmış gün içinde açılmayan davalar dinlenmeyeceği yönündeki düzenleme ile kısa bir hak düşümü süresi öngörülmüştür.²¹⁷

Radyo ve televizyon yayınları bakımından yayıncı, televizyon ve/veya radyo yayın hizmeti veren medya hizmet sağlayıcıyı ifade eder.²¹⁸6112 sayılı Kanun m.6/4 ile medya hizmet sağlayıcıların, ticari iletişim ile üçüncü şahıslar tarafından üretilenler de dahil olmak üzere, yayınlanan tüm yayın hizmetlerinin içeriğinden ve sunumundan sorumlu olduğu öngörülmüştür.Kanununun 18. maddesinin 6. fıkrasında gerçek ve tüzel kişilerin kişilik haklarını ihlal eden yayın hizmetlerinden doğan maddi ve manevi zarardan dolayı, medya hizmet sağlayıcı kuruluş ile birlikte programın yapımcısınınmüştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu öngörülmüştür. Kanununun 46. maddesinin birinci fıkrasında dayayından doğan sorumluluğun yayını yöneten veya programı yapanla birlikte sorumlu müdüre²¹⁹ ait olduğu öngörülmüş, ancak bu hükmün yayın kuruluşunun bu Kanundan doğan sorumluluklarını ortadan kaldırmadığı belirtilmiştir.46. maddenin ikinci fıkrası uyarınca şirketi idare ve

²¹⁷ “...Aynı konuda özel ve genel bir yasanın bulunması halinde öncelikle özel yasa uygulanacaktır. Bu nedenle TRT Kurumunun yayınları yoluyla işlediği suçlarda veya haksız fiillerde dava açma süresi 2954 sayılı Yasanın 28/son maddesi uyarınca yayının yapıldığı tarihten itibaren altmış gündür...” Y. 4. HD, E. 2000/6989, K. 2000/11030, T. 4.12.2000 www.kazanci.com , 22.11.2013.

²¹⁸ 6112 sayılı Kanun, m.3/1,z(ee); Özel medya hizmet sağlayıcı kuruluşlar, münhasıran radyo, televizyon ve isteğe bağlı yayın hizmeti sunmak amacıyla Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmuş anonim şirketlerdir. 6112 sayılı Kanun, m.19/1,a.

²¹⁹ Sorumlu müdür radyo ve televizyon yayınlarının iç denetimini yapan ve yayın sonucunda oluşan sorumluluğu üstlenen kişi veya kişilerdir. <http://eogrenme.anadolu.edu.tr/eKitap/HUK213U.pdf>, 25.05.2014.

temsile yetkili kişiler, sorumluluk alanları belirlenerek görevlendirilen sorumlu müdürün incelemesinden geçmeden veya rızası hilafına bir yayına karar vermişlerse, bu durumda sorumluluk yayına karar veren söz konusu kişilere geçer.

Kişilik hakkının ihlali nedeniyle medya hizmet sağlayıcılarına karşı açılacak davalarda davalının kimler olduğu, görüldüğü gibi 6112 sayılı Kanun'da biraz dağınık şekilde düzenlenmiştir. Sonuç olarak, medya hizmet sağlayıcısı tüzel kişi, medya hizmet sağlayıcısını temsile yetkili kişi, programın yapımcısı, yayını yöneten veya programı yapan ile sorumlu müdür davalı sıfatını haiz olup müteselsilen sorumludur. Kusuru şart koşan davalar bakımından bu kişilerin meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmeleri için kusurlu olmaları gerekmektedir. Ancak, 46. maddenin birinci fıkrasında, yayını yöneten veya programı yapanla birlikte sorumlu müdürün sorumlu olmasının yayın kuruluşunun bu Kanundan doğan sorumluluklarını ortadan kaldırmadığı yönündeki düzenlemesi, yayın kuruluşunun yani medya hizmet sağlayıcı kuruluşun adam çalıştırmanın sorumluluğunda olduğu gibi kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulma imkanı bulunmadığı şeklinde anlaşılmalıdır. Buna göre, medya hizmet sağlayıcı kuruluşun sorumluluğu, tehlike sorumluluğuna yaklaşmaktadır.²²⁰Hemen hemen herkese ulaşabilen ve izleyici ve dinleyicilerin özel bir çaba göstermeden maruz kaldıkları radyo ve televizyon yayınlarıyla kişilik haklarına saldırı halinde olağan özen sorumluluğunun ihlalinin bir görünümü olan adam çalıştırmanın sorumluluğu yerine tehlike sorumluluğuna yaklaşan bir sorumluluğun kabul edilmesi,televizyonun basına göre çok daha güçlü bir iletişim aracı olması karşısında yerinde bir düzenleme olmuştur.²²¹

Radyo ve televizyon yayınları nedeniyle gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerine karşı açılacak hukuk davalarında uygulanacak zamanaşımı süresiyle ilgili 60 günlük

²²⁰ MK m.50/2 uyarınca tüzel kişilerin organlarının hukuki işlemleri ve diğer bütün fiilleri ile tüzel kişiyi borç altına sokmalarında, tüzelkişinin kusursuz sorumluluğu söz konusudur. Buradaki sorumluluk MK m.50/2 düzenlemesinden ayrı olarak, radyo ve televizyon yayıncılık faaliyetinden kaynaklanan riskler nedeniyle öngörülmuş kusursuz sorumluluk halidir.

²²¹ Kitle iletişim araçlarından doğan sorumluluğun kusur ilkesinden soyutlanarak tehlike sorumluluğu veya en azından olağan sebep sorumluluğu şeklinde kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmesi gerektiği yönündeki görüşler için bkz. Serdar, s.236 vd.

hak düşümü süresi öngörmüş 2954 sayılı TRT Kanunu'nun aksine 6112 sayılı Kanun'da hüküm bulunmadığından, Borçlar Kanunu'nun zamanaşımını düzenleyen hükümlerine başvurulur.

3. İnternet Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Davalı

İnternet yoluyla kişilik hakkının ihlalinde sorumluluk, 5651 sayılı Kanun²²² çerçevesinde belirlenmektedir.²²³ 5651 sayılı Kanun, Medeni Kanun'a göre özel kanun niteliğinde olduğundan, MK m.25 uyarınca açılacak davalarda öncelikle uygulanır. Davalı sıfatı mahkeme tarafından, gerektiğinde bilirkişi görüşü de alınarak, 5651 sayılı Kanun'da tanımları yapılarak sorumluluk koşulları düzenlenmiş bulunan içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve erişim sağlayıcı konumunda bulunan kişilerin tespit edilmesine göre belirlenir.²²⁴

İnternet yayınlarına karşı dava, öncelikli olarak söz konusu içeriği sağlayan kişiye karşı açılacaktır.²²⁵ Aşağıda izah edilecek yasal yükümlülüklerini yerine getirmemiş olmaları nedeniyle, kişilik hakkının ihlaline iştirak ettikleri durumda, yer sağlayıcı ve servis sağlayıcı, öncelikli sorumluluğa sahip içerik sağlayıcı ile birlikte veya içerik sağlayıcı tespit edilememişse tek başlarına davalı sıfatını haizdirler. İnternet yoluyla kişilik hakkının ihlalinde failin belirlenmesindeki zorluk nedeniyle, tazminat davaları açarak maruz kalınan maddi ve manevi zararın tazmin edilmesini

²²² İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun

²²³ 5187 sayılı Basın Kanunu ile yürürlükten kaldırılan 5680 sayılı Basın Kanunu'na 15.05.2002 tarih ve 4756 sayılı Kanun'un 26. maddesi ile eklenen Ek 9. madde ile internet yayınları da Basın Kanunu kapsamında kabul edilmişti. Anılan düzenleme uyarınca, Basın Kanunu'nun yalan haber, hakaret ve benzeri fiillerden doğacak maddi ve manevi zararlarla ilgili hükümleri, bilişim teknolojileri ve internet ortamında sayfa açılması veya elektronik gazete, elektronik bülten vb. suretiyle yayınlanan her türlü yazı, resim, işaret, sesli veya sessiz görüntü ve benzerleri hakkında da uygulanacaktı. Basın Kanunu'nun pek çok hükmünün internete uygulanmasında sorunlar çıkacağı gerekçesi ile eleştirilen bu hükme, 5187 sayılı Basın Kanunu'nda yer verilmemiş olması nedeniyle internet yayınlarına sadece 5651 sayılı Kanun uygulanmaktadır.

²²⁴ Yargıtay 4. HD E. 2008/5680, K. 2009/8388, T. 22.6.2009 www.kazanci.com, 23.11.2013.

²²⁵ Keskin, s.2958.

sağlamak zordur.²²⁶ Koruyucu davalar yönünden ise, içerik sağlayıcıya ulaşılmasa bile yasal düzenlemeler çerçevesinde, hakkın himayesi mümkün olabilmektedir.

a. İçerik Sağlayıcının Davalı Sıfatı

5651 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca, internet ortamında kullanıma sunulan her türlü içerikten içerik sağlayıcı sorumludur.²²⁷ İnternet ortamında yapılan yayın, internet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği veriler olarak tanımlanmıştır.²²⁸ İnternet yayınının “veri” kavramı ile belirlenmesinden hareketle, kişisel web sayfaları veya web siteleri ya da Facebook ve Twitter gibi sosyal ağ siteleri üzerinden yapılan paylaşımların, bir foruma gönderilen yazıların da yayın olarak kabul edildiğisonucuna varılmaktadır. Bu durumda, yazılı, görsel ve işitsel medyada içerikleri üreten ve yayınları hazırlayanlar bu alanda çalışan profesyoneller iken, internet yayıncılığında profesyoneller yanında sıradan kişiler de yayıncı kabul edilebilecektir.²²⁹ Kitle iletişim hukuku kurumu olan düzeltme ve cevap hakkının kullanılması bakımından internet yayınları, genellikle gazetecilik prensiplerine bağlı kalınarak gerçekleştirilen yayınlar olarak kabul edilirken, internet yayınlarıyla kişilik hakkının ihlali üzerine açılacak davalarda davalının belirlenmesinde, sıradan kişilerin özel amaçlı içerik paylaşımları da yayın olarak kabul edilecektir.²³⁰ Özel amaçlı kişisel yayınlar genellikle kişinin çalışmaları, deneyimleri ve düşüncelerinin yer aldığı web sitesi, blog²³¹ veya facebook, twitter,

²²⁶ Keskin, s.2955.

²²⁷ “...Dava, yayın yoluyla kişilik haklarına saldırı iddiasına dayalı manevi tazminat istemine ilişkindir. İçerik sağlayıcı, internet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumlu olup, internet sitesinin imtiyaz sahibinin yayından sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu sebeple davalı imtiyaz sahibi hakkındaki davanın reddine karar verilmesi gerekir...” Yargıtay 4. HD, E. 2012/944, K. 2013/2132, T. 11.2.2013 www.kazanci.com (erişim tarihi 23.11.2013)

²²⁸ 5651 sayılı Kanun, m.2/1,ğ.

²²⁹ Birsen ve diğerleri, s.47.

²³⁰ Özel amaçlı kişisel yayınlar yanında, taraflar fiziki olarak karşı karşıya gelmeksizin, elektronik ortamda gerçekleştirilen çevrimiçi iktisadi ve ticari her türlü faaliyetin gerçekleştirilmesine yönelik ticari amaçlı yayınların (6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, m.2/1,a.) içeriğinde gerçek ya da tüzel kişilerin itibarına yönelik küçük düşürücü ifadeler kullanılması veya içerikte yer alan reklamlar yoluyla kişilik hakkının ihlali mümkündür.

²³¹ Blog, ağ günlüğü, günce anlamına gelir. Bloglar, teknik bilgi gerektirmeden, kendi istedikleri şeyleri, kendi istedikleri şekilde yazan insanların oluşturabildikleri, günlüğe benzeyen web siteleridir. Yayıncının seçimine göre okuyucular yazılara yorum yapabilirler ve yorumlar aracılığıyla yazar ve okuyucular arasında iletişim sağlanır. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Blog>

youtube gibi sosyal ağ siteleri hesaplarından oluşur.²³² Bu yayınlardaki kişisel paylaşımlara karşı diğer kullanıcıların cevap verme, yorum yapma yoluyla yayın sahibiyle iletişime geçme olanağı mevcuttur. Yukarıda belirtildiği gibi, her cevap veren veya yorum yapan kişi de yayıncı olarak kabul edilecek ve davalı sıfatını haiz olabilecektir.

İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş içiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur²³³ ve davalı sıfatını haizdir. Web sitelerinde yapılan yayınlar aracılığıyla kişilik hakkının ihlali, doğrudan web sayfasında yer alan bir içerikten kaynaklanabileceği gibi, web sitesinin kendi içeriğinde kişilik hakkına yönelik bir saldırı olmamasına karşın, ihlal teşkil eden içeriğe sahip başka bir web sitesine link²³⁴ verilmesi veya frame²³⁵ vasıtasıyla başka bir web sitesine dikkat çekilmesi yoluyla da ihlal gerçekleştirilebilir. Kendi web sitesinde verdiği linki izleyerek veya frame aracılığıyla içeriği görerek kişilik hakkını ihlal eden içeriğe üçüncü kişilerin erişmesini sağlayan kişinin, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli olması halinde, link ve frame aracılığıyla erişilen içeriğin yayıncısı olarak sorumlu olduğu²³⁶ kabul edilecektir.²³⁷

²³² Birsen ve diğerleri, s.52.

²³³ 5651 sayılı Kanun m.4/2.

²³⁴ Link, ekran üzerinde görüntüsü olan bir web sitesinden başka bir web sitesine, bir metin veya resim aracılığıyla gerçekleşen bir bağlantıdır. Murat Doğan, s.399, dn.41.

²³⁵ Frame, başka bir web sitesinin içeriğinin kısmen ekran üzerinde görünmesi ve ana kısmın asıl site üzerinde bulunmasıdır. Ekran üzerindeki görüntüden asıl içeriğe ulaşılabilir. Murat Doğan, s.399, dn.41.

²³⁶ Ünlü bir kişinin adının internet sitesine yazılarak bu ada link verilmesi ve verilen linkin tıklanması durumunda erotik resimlerin bulunduğu bir internet sitesinin açılması ile gerçekleşen kişilik hakkının ihlaline ilişkin olayda, Yargıtay, ilk site içeriğini hazırlayanın link vererek yaptığı yönlendirme ile ulaşılacak içeriği benimsediği ve bu içeriğe ulaşılmasının amaçlandığı sonucuna vararak içerik sağlayıcıyı sorumlu tutmuştur. Y.4.HD 29.03.2010 tarih ve 2009/6889 E. ve 2010/3543 K. sayılı kararı, Doğu, s.336; Kaya, s.316.

²³⁷ Posada, s.279; Çeşitli sitelere hyperlink ile erişilmesini sağlayan arama motorları yönünden farklı sonuca varılmakta, arama motorlarının link vermesinin yayın olarak kabul edilemeyeceği bu nedenle onların sorumluluğunun doğmayacağı ifade edilmektedir. Posada, s.279, dn.97'de anılan Collins.

Benzer şekilde, başka kullanıcılara ait kişilik hakkını ihlal eder nitelikteki içerikleri retweet eden²³⁸ veya paylaşan da sorumlu olabilecektir.²³⁹

Web sitelerinde yapılan yayınlar aracılığıyla kişilik hakkının ihlalinde, web sitesinin barındırıldığı hostun yetkilisine ulaşılabilse de, içerik sağlayıcının kimliğinin tespiti her zaman mümkün olmayabilir.²⁴⁰ İhlalin giderilmesi için tedbir olarak 5651 sayılı Kanun, içerik, yer ve erişim sağlayıcılarının, tanıtıcı bilgilerini kendilerine ait internet ortamında kullanıcıların ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak bulundurmakla yükümlü olduklarını hükme bağlamıştır.²⁴¹

b. Erişim Sağlayıcının Davalı Sıfatı

İnternet yoluyla kişilik hakkının ihlalinde failin belirlenmesi her zaman kolay değildir. Bunu göz önünde bulunduran yasa koyucu, 5651 sayılı Kanun ile internette gerçekleşen yayın nedeniyle zarara uğrayan kişi bakımından birtakım koruyucu tedbirlere yer vermiştir. Kanun'un 6. maddesi uyarınca, erişim sağlayıcı²⁴², kendisi aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadıklarını ve sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini kural olarak kontrol etmekle yükümlü olmamakla birlikte²⁴³, bazı hallerde sorumluluğunun doğması öngörülmüştür. Erişim sağlayıcı herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka aykırı içerikten, Kanun'da

²³⁸İngiltere'de Lord McAlpine v Bercow [2013] EWHC 1342 (QB) davasında, Twitter kullanıcısı aleyhine verilmiştir. Twitter kullanıcılarının profillerinde, önceden yayınlanmış bir içeriği (tweet) tekrarlamalarının o içeriği onayladıkları anlamına gelmediği şeklinde bir bildirim yer vermeleri yaygın olsa da, böyle bir bildirim kullanıcının hakaret hukuku anlamında yayıncı olarak sorumluluğunu engellemediği belirtilmektedir. Turner, s.36.

²³⁹ Kaya, s.292.

²⁴⁰ Sırabaşı, s.190.

²⁴¹ 5651 sayılı Kanun, m.3/1.

²⁴² Sadece erişim hizmeti sağlayan internet servis sağlayıcılarına, erişim sağlayıcısı denildiği göz önünde bulundurularak, 5651 sayılı Kanun'un 6. maddesinde düzenlenmiş erişim sağlayıcının sorumluluğu, servis sağlayıcının sorumluluğu olarak değerlendirilmelidir.

²⁴³ Yazılı, görsel ve işitsel medyada yayınlanacak içeriklerin önceden denetime tabi tutulması mümkünken, internette yayınlanan içerikler yayından önce depolanmadığından, yazıyı yayımlandığı anda gören site yöneticisinin, Basın Kanunu anlamında sorumlu müdür olarak nitelendirilmesi uygun değildir. Keskin, s.2939, dn.65'te anılan Pekşirin Hülya ve diğerleri, İnternet Yayıncılığı ve İnternet Servis Sağlayıcılarının Sorumlulukları, Genel Politikalar ve Düzenleme Önerileri, (20.12.2008).

öngörüldüğü şekilde haberdar edilmesi halinde erişimi engellemekle²⁴⁴ve erişimi engelleme kararı verilen yayınlarla ilgili olarak alternatif erişim yollarını engelleyici tedbirleri almakla yükümlüdür (m.6/1,a,ç).²⁴⁵Ayrıca, erişim sağlayıcı, sağladığı hizmetlere ilişkin, yönetmelikte belirtilen trafik bilgilerini altı aydan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamak, bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamak ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Kuruma teslim etmekle ve Kurum tarafından bildirilen tedbirleri almakla yükümlüdür. Hukuka aykırı içerikle ilgili kendisine bildirimde bulunulan erişim sağlayıcının, içeriği yayınlamaya devam etmesi halinde, kişilik hakkının ihlaline iştirak etmiş olduğu kabul edilerek davalı sıfatını kazandığı kabul edilir.²⁴⁶Mesela, elektronik postalarda sorumluluk, elektronik postayı hazırlayan ve gönderen gerçek ve tüzel kişilere ait iken, servis sağlayıcının, yetkili makamlar tarafından talep edildiği takdirde elektronik posta adresinin bilgilerini vermemesi halinde, servis sağlayıcı da sorumlu olacaktır.²⁴⁷

c. Yer Sağlayıcının Davalı Sıfatı

Erişim sağlayıcı için öngörülmüş yükümlülük, 5651 sayılı Kanununun 5. maddesi ile yer sağlayıcısı bakımından da öngörülmüş ve kural olarak yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü olmayan yer sağlayıcının, yer sağladığı hukuka aykırı içerikten Kanun'da öngörüldüğü şekilde haberdar edilmesi halinde içeriği yayından çıkarmakla²⁴⁸ yükümlü kılınmıştır(m.5/2).Yer sağlayıcı, yer sağladığı hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini bir yıldan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte

²⁴⁴ 5651 sayılı Kanun, m.2/1,o uyarınca, erişimin engellenmesi, alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesini ifade eder.

²⁴⁵ Erişim sağlayıcı belirtilen yükümlülükleri yanında, sağladığı hizmetlere ilişkin, yönetmelikte belirtilen trafik bilgilerini altı aydan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla ve Kurumun talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Kuruma teslim etmekle ve Kurum tarafından bildirilen tedbirleri almakla yükümlüdür. (m.6/1,b,d)

²⁴⁶ Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.169.

²⁴⁷ Yıldız, İnternet Servis Sağlayıcılar, s.178.

²⁴⁸ İçeriğin yayından çıkarılması, içerik veya yer sağlayıcılar tarafından içeriğin sunuculardan veya barındırılan içerikten çıkarılmasını ifade eder. 5651 sayılı Kanun, m.2/1,ö

belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla da yükümlüdür (m.5/4).Ayrıca, Kurumun talep ettiği bilgileri talep edilen şekilde Kuruma teslim etmek ve Kurum tarafından bildirilen tedbirleri almakyükümlülüğü öngörülmüştür (m.5/5).Hukuka aykırı içerik kendisine ihbar edilmesine rağmen içeriği yayından çıkarmayan yer sağlayıcının dakişiklik hakkının ihlaline iştirak etmiş olduğu kabul edilerek davalı sıfatını kazandığı kabul edilir.²⁴⁹



²⁴⁹Y. 4.HD, 30.09.2014 tarihli, 2013/18163 E. ve 30.09.2014 K. sayılı kararında, davalı şirketin sahibi olduğu sitede davacı hakkında saldırgan ve aşağılayıcı ifadeler kullanıldığı, davacının ihtarnameyle konuyla ilgili uyarıda bulunmasına rağmen uyar-kaldır sisteminin işletilmeyerek uzun bir süre yayına devam edildiği, makul süre ilkesinin aşıldığı, kimliği anonim kişilerce yorum yapılması imkanı tanıyarak, zararı doğuran saldırı eyleminin gerçekleşmesi elverişli ortamı hazırlayan-kullanıma sunanın site sahibi olması nedeniyle, davalının yorumların içeriğini denetleme yükümlülüğünün bulunduğu ve sonuç olarak davacının kişilik hakkının ihlali nedeniyle manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Ayrıca yüksek mahkeme bu tür durumlarda site sahibinin sorumluluğunun türünün kusursuz sorumluluk olduğunu da ortaya koymuştur. <http://www.bhd.org.tr/> , 10.09.2016; Yargıtay bu kararında AİHM'in,kullanıcıların isim dahi belirtmeksizin siteye üye olup yorum yapabildiği durumlarda mağdurdan bu kişileri tespitini istemenin hakkaniyete uygun olmadığı, sitedeki yorumlardan dolayı site sahibi şirketinsorumluluğuna gitmenin pratik ve makul olduğu ve hukuken sorumlu tutulmasının ifade özgürlüğünü ihlal etmeyeceği yönünde 10 Ekim 2013 tarihli Delfi AŞ v. Estonya (Başvuru No:64569/09) kararına atıfta bulunmuştur.

İKİNCİ KISIM

KİŞİLİK HAKKININ İHLALİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞA UYGULANACAK HUKUK

BİRİNCİ BÖLÜM

VASIFLANDIRMA VE KİŞİLİK HAKKI İHLALİNİN GERÇEKLEŞME YERİ

I. Genel Değerlendirmeler

Kişilik hakkının ihlalden kaynaklanan akit dışı borç ilişkilerinde, kişilik hakkı yanında çatışma halinde olduğu ifade özgürlüğü hakkına ilişkin menfaatlerin de dikkate alınması gerekliliği, kişilik hakkının ihlali ile ilgili uyuşmazlıkları karmaşıklaştırmakta ve çözümünü zorlaştırmaktadır.¹ Temel haklarla kesişen çatışma halindeki iki hak çeşitli devletlerin hukuklarında farklı önceliklerde ve düzeylerde korunmakta ve bu durum iki hak arasındaki dengenin kurulmasında uluslararası geçerliliği olan somut kriterlerin kabulünü engellemektedir. Ayrıca kişilik hakkına zarar verici eyleme farklı hukuk düzenlerinde hukuki veya cezai nitelik tanınabilmesi de konuya ilişkin başka bir zorluktur. Yabancılık unsuru taşıyan davalarda, ihlal edilen hakkın korunması ve çatışan hakların dengelenmesi uygulanacak hukukun bu haklara bahsettiği korumaya bağlı olacağından, hangi hukukun uygulanacağını tespiti taraflar için son derece önemlidir.

Diğer yandan, kişilik hakkının dünya çapında ihlaline imkan veren yeni medya teknolojilerinin ortaya çıkması ve yayılması ile maddi hukuk çerçevesinde yaşanan zorluklar, uygulanacak hukuk konusunda da sert bir şekilde kendini göstermiştir. Özellikle geleneksel iletişim yöntemlerini tamamen değiştiren internet ve internetin aynı anda dünyadaki her yerden erişilebilme özelliği, mevcut ve kullanılmış formüllerin yeniden değerlendirilmesi ile yeni çözümler bulunması

¹ Özel bir haksız fiil türü olan kişilik hakkı ihlalinin, davacı ve davalının çatışan menfaatlerinin uzlaştırılması ile ilgili olduğundan, haksız fiiller içinde en zor ve tuhaf olanı olduğu yönünde bkz. Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.83, dn.13'te anılan Tony Weir, A Casebook of Tort, London, Sweet & Maxwell 1996, s.525.

zorunluluğunu dayatmaktadır. Önceleri, kişilik hakkı ihlalinin haksız fiil olarak vasıflandırılması sonucu, uygulanacak hukuka ilişkin mesele genel haksız fiile ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı ile çözümlenirken, teknolojik gelişmeler karşısında genel kural yetersiz kalmış ve kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlalinde sorumluluğa uygulanacak hukukun ayrı bir madde ile düzenlenmesi ihtiyacı hasıl olmuştur.² İsviçre, Belçika, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Litvanya, Macaristan, Polonya ve Romanya gibi bazı ülkelerde kişilik hakkının korunması konusunda özel kanunlar ihtilafı kuralı mevcuttur. Türk hukukunda da kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlalinde sorumluluğa uygulanacak hukuk 2007 tarihli 5718 sayılı MÖHUK'un 35. maddesi ile özel olarak düzenlenmiştir.

Milletlerarası Özel Hukuku alanında kanunlar ihtilafı kurallarının özelleştirilmesi eğilimine karşın, kişilik hakkıyla ilgili özel kanunlar ihtilafı kuralının kabul edilmesi henüz yaygın şekilde benimsenmemiştir.³ Nitekim Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin çoğunluğunda, Almanya, Avusturya, Fransa, Hollanda, İspanya, İsveç ve bazı diğer ülkelerde, mesele akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin genel kanunlar ihtilafı kuralı çerçevesinde ele alınmaktadır. 5718 sayılı MÖHUK ile yürürlükten kaldırılan 2675 sayılı MÖHUK'ta⁴ da konuya ilişkin özel bir hüküm bulunmayıp, kişilik hakkının ihlalden doğan talepler kanununun 25. maddesinde yer alan haksız fiillere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı kapsamında değerlendirilmekteydi.

Kişilik hakkı kapsamındaki değerlerin milli kültürel değerlerle yakından ilgili oluşu, diğer yandan ifade özgürlüğü hakkı ile çatışma halinde oluşu ve bunun neticesinde kişilik hakkı sahibinin menfaati ile medyanın menfaatinin dengelenmesi

²Aysel Çelikel, B. Bahadır Erdem: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 15. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2017, s.455.

³ Comparative Study, Final Report, s.77.

⁴ 27.11.2007 tarih, 5718 sayılı Yeni Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 12.12.2007 tarihli ve 26728 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. 5718 sayılı MÖHUK m. 64/1 uyarınca, 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır; 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı MÖHUK'un Türk hukukundaki yeri ve reform ihtiyacını doğuran nedenler ile 27.11.2007 tarih, 5718 sayılı MÖHUK'un oluşum süreci hakkında detaylı bilgi için bkz. Gülören Tekinalp, Ayfer Uyanık: **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 12. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 2016, s.3 vd.

zorunluluğu, bu konularda farklı anlayışlara sahip ülkeler tarafından ortak bir kanunlar ihtilafı kuralı üzerinde uzlaşılmasını engellemiştir. Nitekim daha çok yakın bir zamanda, yukarıda belirtilen nedenlerle kişilik hakkının ihlalinde sorumluluğa ilişkin hüküm, AB'nde üye ülkelerde akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkında kanunlar ihtilafı kurallarını yeknesaklaştırmayı hedefleyen Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma II Tüzüğü kapsamında çıkarılmıştır.

AB düzenlemeleri bakımından kişilik hakkının ihlalinde sorumluluğa uygulanacak hukuk konusunda karmaşa devam ederken, kişilik hakkı kapsamındaki kişisel verilerle ilgili bir çözüme ulaşıldığı görülmektedir. 95/46 sayılı AB Direktifin⁵ 4. maddesi uyarınca uygulanacak hukuk kişisel verilerin denetleyicisinin kurulmuş olduğu ülkenin hukukudur. Direktif tüm üye ülkeler tarafından iç hukuka aktarılmıştır. Türk hukukunda ise MÖHUK m.35/3 uyarınca, kişilik hakkının ihlalinde sorumlulukla ilgili aynı maddenin birinci fıkrasının, kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi alma hakkının sınırlandırılması yolu ile kişiliğin ihlal edilmesinden doğan taleplere de uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Çalışmamızda, kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlaline uygulanacak hukuk konusunun incelendiği bu kısımda, aşağıda belirtilen sıraya bağlı kalmaya çalışılarak içerik oluşturulacaktır. Yabancı unsurlu bir uyuşmazlıkta ilk adım mahkemenin uyuşmazlıkla ilgili yargılama yapmaya yetkisinin bulunup bulunmadığı konusunda karar vermesi olmakla birlikte, çalışma konumuz esas olarak uygulanacak hukuk meselesine odaklı olduğundan, milletlerarası yetki konusuna yer verilmeyecektir. Uygulanacak hukukun tespitinden önce uyuşmazlık konusu hayat ilişkisinin yani bağlama konusunun ve bunu belirli bir devletin hukukuna bağlayan bağlama noktasının sınıflandırılması, niteliğinin belirlenmesi ya da Türk hukukunda benimsenen ifade ile vasıflandırılması gerekmektedir.⁶ Dolayısıyla ilk önce

⁵Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

⁶ Çelikel, Erdem, s.74; Ergin Nomer, Cemal Şanlı: **Devletler Hususi Hukuku**, 16. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2008, s.103.

vasıflandırma meselesi ele alınacaktır. Kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlalinin tipik özelliği birden fazla yerde ihlal ve zararın gerçekleşmesidir. Bu nedenle vasıflandırma konusundan sonra, kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlalinin ne zaman gerçekleşmiş kabul edileceği ve hangi yer veya yerlerde gerçekleşmiş kabul edileceği meseleleri incelenecektir. Çalışmamamız kapsamında yer verilen her bir kitle iletişim aracı ile gerçekleştirilen ihlale ilişkin fiil ve zarar yerinin neresi olduğunun açıklanmasından sonra, Türk hukuku, İsviçre hukuku ve AB hukukunda konunun ne şekilde düzenlendiğine yer verilecek ve yine aynı bölümde kişilik hakkı statüsünün tespitinde kullanılan bağlanma noktaları incelenecektir. Özel yaşam hakkı kapsamında ele alınırken, genişleyen içeriği nedeniyle artık başlı başına bir kişisel değer olarak kabul edilen kişisel veriler konusu, çalışmanın sınırlandırılması bakımından incelenmeyecektir.

II. Vasıflandırma ve Kişilik Hakkı İhlalinin Vasıflandırılması

Yabancı unsurlu hukuki bir olay ya da ilişkide uygulanacak maddi hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kuralları, yabancılık unsuru içeren bir hayat ilişkisi anlamına gelen bağlama konusu ile bağlama konusunun belirli bir devletin hukukuna bağlanmasında nazara alınan maddi vakıa anlamına gelen bağlama noktası unsurlarını içerir.⁷ Örneğin “*kişilik hakkının ihlalden doğan taleplere zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır*” şeklindeki bir bağlama kuralında, kişilik hakkı bağlama konusunu, zararın meydana geldiği ülke bağlama noktasını oluşturacaktır.

Vasıflandırma, belirli bir olayda hangi hukuki kavram veya hukuki kategorinin uygun olduğunun belirlenmesidir. Örneğin internet adresi işlevine sahip bir alan adının, bir gerçek ya da tüzel kişinin hukuken korunan adını ihlal etmesinin, haksız rekabet mi yoksa kişilik hakkının ihlalinin mi teşkil ettiği, hakimin somut

⁷ Çelikel, Erdem, s.61; Nomer, Şanlı, s.101; Tekinalp, Uyanık, s.19.

koşulları değerlendirerek uyumsuzluğu vasıflandırması sonucu ortaya çıkacaktır. Yabancılık unsuru içermeyen bir olayda, mesele haksız rekabete ilişkin hükümlerin veya kişilik hakkına ilişkin hükümlerin tatbiki ile çözülürken, yabancılık unsuru içeren olaylarda, vasıflandırma sonucunda haksız rekabete veya kişilik hakkının ihlaline ilişkin bağlama kuralının uygulanması sonucu tespit edilecek yabancı ya da milli hukukun maddi hukuka ilişkin hükümlerinin uygulanarak meselenin çözülmesi söz konusu olacaktır.

Kişilik hakkının vasıflandırılması söz konusu olduğunda, hakkın genel olarak haksız fiil olarak vasıflandırılmasının benimsenmiş olduğunu, azınlıkta kalan görüşün hakkın ihlalini kişisel statü içinde vasıflandırdığını belirtmek gerekir.⁸ Bununla birlikte, kapsamı hızla genişleyen hakkın gittikçe daha fazla ve farklı kişisel değerleri bünyesinde barındırması karşısında, bugün için genel kabul gören haksız fiil statüsü içinde vasıflandırmanın baskın şekilde benimsenmeye devam edeceğini söylemek güçtür. İhlal edilen kişisel değere göre vasıflandırma yapılması veya bazı hukuk düzenlerinde olduğu kişilik hakkı ihlallerine özgü kapsayıcı özel bir kanunlar ihtilafı kuralına yer verilerek kişilik hakkı ihlalinin haksız fiil statüsü içinde vasıflandırılmasına son verilmesi söz konusu olabilecektir.

A. Vasıf İhtilafı Doğması

Farklı hukuk düzenlerinin gerek hayat ilişkilerine gerekse bağlama noktalarına farklı hukuki nitelik tanımları vasıflandırma ihtilaflarına neden olabilmektedir. Kitle iletişim araçları ile kişilik hakkı ihlallerinde her iki durum da söz konusu olabildiğinden, mesele kısaca ele alınacaktır.

⁸ Milletlerarası özel hukuk alanında kişilik hakkının korunmasının genel olarak haksız fiil kurallarının uygulanma alanına girdiği, kişilik hakkının ihlalinin aynı zamanda haksız fiil niteliği taşıdığı yönünde bkz. Tekinalp, Uyanık, s.123; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.82.

1. Bağlama Noktasında Vasıf İhtilafı

Hem forumun hukuku hem uygulanacak ülke hukuku, kendi kanunlar ihtilafı kuralları sisteminde tamamen aynı bağlama noktalarına sahip olsalar bile, bağlama noktalarına verdikleri anlamlar farklı olabilir. Burada sorun, bağlama noktalarının anlamının hangi hukuka göre belirlenmesi gerektiğidir. İkametgah kavramına Amerikan, İngiliz ve Kara Avrupası hukukları tarafından farklı anlamlar verilmesi, bağlama noktasına ilişkin vasıf ihtilaflarına tipik örnek teşkil etmektedir. Bunun gibi, bağlama kuralında bağlama noktası olarak yer alan sözleşmenin yapıldığı yer veya ifa yerinin belirlenmesinde, haksız fiilin ika yerinin belirlenmesinde, forum hukuku ile ilgili yabancı hukukun bunlara farklı anlamlar vermiş olması halinde bağlama noktasına ilişkin vasıf ihtilafı ortaya çıkacaktır.⁹

2. Bağlama Konusunda Vasıf İhtilafı

İhtilaf konusu olaya ilgili hukuk sistemlerinin farklı hukuki nitelik tanımış olmasından dolayı bağlama konusunun vasıflandırılmasına ilişkin ihtilaf çıkabilmektedir. Bir hukukta sözleşme hukukuna tabi kabul edilen bir mesele, bir başka hukuk tarafından haksız fiil ya da mülkiyet sorunu olarak kabul edilebilir.¹⁰ Ya da farklı hukuklar problemi aynı hukuki kategoriye dahil etmelerine karşın, birbirlerinden farklı olarak hukuki müesseseyi maddi hukuk veya usul hukuku kapsamında değerlendirebilirler. Zamanaşımının farklı hukuk sistemleri tarafından usul hukuku ya da maddi hukuk kapsamında kabul edilmesi bu duruma örnektir.¹¹

Kitle iletişim araçları yoluyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerinde, zarar yerinin birden fazla olabilmesi nedeniyle birden fazla ülke hukukunun uygulanması söz konusu olabilmektedir. Kişilik hakkının korunması konusunda genel bir

⁹ Çelikel, Erdem, s.75-76; Ernest G. Lorenzen: "Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws" (1941). **Faculty Scholarship Series**, Paper 4584, 1941, s.744. (Çevrimiçi) http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4584, 10.06.2014.

¹⁰ Çelikel, Erdem, s.77; Lorenzen, s.744.

¹¹ Diğer örnekler için bkz. Çelikel, Erdem, s.77-78; Lorenzen, s.744; Şanlı, Cemal, Emre Esen, İnci Ataman-Figanmeşe: **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 2018, s.48 vd.

mutabakat bulunsa da, hakkın içeriğini ve sınırlarını belirleyen kesin bir tanım bulunmadığı gibi, farklı ülke hukuklarının hakkın kapsamını oluşturan değerler bakımından da farklılıklar göstermesi ve konuya ilişkin olarak AIHS m.8 dışında, üzerinde uzlaşmış uluslararası bir sözleşme metni de bulunmaması nedenleriyle, yeknesaklaşmış bir kişilik hakkı konsepti mevcut değildir. Bunun yanında hak kapsamındaki kişisel değerler farklı hukuk sistemlerinde kişilik hakkı, haksız fiil, fikri hak, güvenin ihlali, mülkiyet hakkı gibi farklı hukuki kategoriler altında korunabildiğinden, kişilik hakkı ile ilgili uyumsuzluklarda bağlama konusunda vasıf ihtilafı oluşması muhtemeldir. Örneğin bir ünlünün ticari kişilik hakkının (publicity rights) ihlaline ilişkin bir uyumsuzluk, Amerikan hukukunda mülkiyet hakkı¹², İngiliz hukukunda iltibas suretiyle haksız rekabet (passing off)¹³, Alman¹⁴ ve Fransız¹⁵ hukuklarında kişilik hakkının maddi katmanına ilişkin hukuki rejim ve Türk hukukunda kişilik hakkına ilişkin hükümleri harekete geçirebileceğinden, bağlama konusuna ilişkin vasıf ihtilafı ortaya çıkabilecektir. Başka bir örnekleme, korunması ülkelere göre de farklılık gösteren alan adları konusunda yapılabilir. Alman hukukunda alan adları öncelikle adlar ve kişilik hakkı ile ilgili bölümle korunurken, İsviçre, Hollanda, İngiltere ve ABD’de koruma marka hukukunun hükümlerine göre sağlanmakta olduğundan, bağlama konusunda vasıf ihtilafı oluşabilecektir.¹⁶ Benzer şekilde, resim hakkının, mektup ve anılar üzerindeki hakkın ihlalinin fikri hak veya kişilik hakkı olarak vasıflandırılmasına göre uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralı değişecektir.¹⁷

3. Vasıf İhtilafının Çözümü

Bir vasıflandırma ihtilafı ile karşılaşıldığında iki hukuk düzeninin çatışma halinde olan kurallarının aynı anda uygulanması mümkün olamayacağından, vasıflandırmanın forum hukuku temelinde mi yoksa yabancı hukuk temelinde mi

¹² Abasins, s.15; Bergmann, s.494.

¹³ Personality Rights in England; Abasins, s.20 vd.

¹⁴ Aksu, s.130, dn.33; Wagner s.162.

¹⁵ Abasins, s.40; Brüggemeier, s.17.

¹⁶ Tekin Memiş, Alan İsmi.

¹⁷ Eser niteliğindeki bir resimde hem tasvir edilenin hem eser sahibinin hakları mevcuttur. Bu durumda ihlal edilen hangisinin hakkı ise ona göre vasıflandırma yapılacaktır.

yapılması gerektiğinin tespiti önemlidir. Bağlama noktasının lex fori'ye göre vasıflandırılması konusunda genel bir kabul mevcutken, bağlama konusunun vasıflandırılmasında farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bağlama konusunun vasıflandırılması ile ilgili vasıflandırmanın lex fori'ye, lex causae'ye göre ya da vasıflandırmanın birinci ve ikinci derece vasıflandırma olarak ele alınarak sırasıyla önce lex fori'ye sonra lex causae'ye göre yapılması gerektiği görüşleri yanında, belirtilen yöntemlerin uygulanmasının tatminkar sonuç vermeyeceği, bu nedenle vasıflandırmanın mukayeseli hukuk ilmi yolu ile elde edilecek hukuk prensiplerine göre yapılması gerektiği görüşü mevcuttur. Günümüzde tek bir vasıflandırma hukuku belirlemek yerine vasıflandırma ihtilafını olaydan olaya çözümlenmek eğiliminin belirgin hale geldiği ifade edilse de, bağlama konusunun lex fori'ye göre vasıflandırılmasının en çok benimsenen yöntem olduğu söylenebilir.¹⁸

B. Türk Hukukunda Kişilik Hakkı İhlalinin Vasıflandırılması

Kişilik hakkının ihlalinin haksız fiil olarak vasıflandırılması, Türk hukukunda olduğu gibi, birçok hukuk düzeninde baskın şekilde kabul edilmektedir.¹⁹ Yukarıdaki açıklamalar ışığında, Türk hakimi önüne gelen yabancı unsurlu uyuşmazlıkta öncelikle ihlal edildiği iddia edilen hakkın kişilik hakkı kapsamında olup olmadığını değerlendirecektir. Bağlama konusunun kişilik hakkı olarak vasıflandırılması halinde, mülga 2675 sayılı MÖHUK'tan farklı olarak, 5718 sayılı MÖHUK kişilik hakkının kitle iletişim araçları ile ihlalinde sorumluluğa ilişkin özel hükme yer vermiş olduğundan, ihlal kitle iletişim araçları ile gerçekleştirilmişse, MÖHUK'un konuya ilişkin 35. maddesine göre uygulanacak hukuk belirlenecektir. Kişilik hakkının ihlalinde kitle iletişim araçları kullanılmamışsa, mezkur 35. madde kişilik hakkının sadece kitle iletişim araçları ile ihlali durumuna özgü olduğundan artık uygulanacak hukukun 35. maddeye göre tespiti söz konusu olmayacaktır. Bu tür

¹⁸ Çelikel, Erdem, s.79 vd.; Nomer, Şanlı, s.101 vd.; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, s.51; Tekinalp, Uyanık, s.36.

¹⁹ Kişilik hakkının ihlali haksız fiil niteliği taşıdığından, kişilik hakkı 5718 sayılı MÖHUK'ta özel haksız fiil hükümleri arasında düzenlenmiştir. Tekinalp, Uyanık, s.123; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.82.

ihlallerde, Türk hukukunda kişilik hakkı ihlali yukarıda belirtildiği gibi bir haksız fiil türü olarak vasıflandırıldığından, MÖHUK'un haksız fiillere ilişkin 34. maddesine göre uygulanacak hukuk belirlenecektir.²⁰

III. Kişilik Hakkının İhlalinin Gerçekleşme Yeri

A. Genel Bakış

Haksız fiil olarak vasıflandırılan kişilik hakkının ihlali konusunda uygulanacak hukukun tespitinde, haksız fiilin işlendiği yer hukuku kuralı (lex loci delicti commissi), çeşitli ülkeler tarafından, aşağıda detaylı şekilde ele alınacağı üzere, baskın şekilde kabul edilmektedir. Haksız fiilin bütün unsurlarının aynı yerde gerçekleşmesi halinde kuralın uygulanmasıyla ilgili bir zorluk söz konusu değildir. Ancak, kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalinde olduğu gibi, fiil ve zarar unsurlarının farklı yerlerde gerçekleşmesi durumunda haksız fiilin işlendiği yerden ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır.²¹ Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkını ihlal eden fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olabilmesi ve fiilin işlendiği yer veya yerler ile zararın meydana geldiği yer veya yerlerin birden fazla olması hallerinde, uygulanacak hukukun tespiti konusunda kaçınılmaz olarak bir takım zorluklarla karşılaşmaktadır. Dolayısıyla, kitle iletişim araçları ile gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlallerinin tipik özelliğini oluşturan birden fazla fiil veya zarar yerinin mevcudiyeti, uygulanacak hukukun belirlenmesi meselesini diğer haksız fiillere nazaran zor ve karmaşık hale getirmektedir.²²

²⁰Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s.314; Tekinalp, Uyanık, s.364; Bilgin Tiryakioğlu: "Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk," **Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**, Koç Üniversitesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.212; Sibel Özel: "Kişilik Hakları ve İmalatçının Sözleşme Dışı Sorumluluğu: İmalatçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk", Ae. s.225. (Kıs: Uygulanacak Hukuk)

²¹ Jean-Gabriel Castel: "Multistate Defamation: Should the Place of Publication Rule be Abandoned for Jurisdiction and Choice of Law Purposes?", **Osgoode Hall Law Journal**, Vol.28, No:1, 1990, p.155. (Çevrimiçi) <http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol28/iss1/5>, 19.03.2014.

²² Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.83.

Haksız fiilin işlendiği yer hukuku kuralının çeşitli hukuk düzenlerinde farklı yorumlanabildiği, bazı hukuk düzenlerinde haksız fiilin işlendiği yer olarak fiil yerinin veya zarar yerinin ya da ikisinin birden esas alınabildiği, bazılarında bu konuda mağdura belirli seçenekler arasında seçim hakkı tanınabildiği görülmektedir. Diğer yandan, bazı ülkeler haksız fiilin işlendiği yer hukuku kuralının uygulama şeklini mahkeme kararları ile geliştirmişlerken, bazıları kuralı yoruma ihtiyaç gerektirmeyecek netlikte oluşturmuştur. Sonuç olarak, ika yeri kuralının şu ya da bu şekilde uygulanmakta oluşu, kuralın anlaşılmasında anahtar görevi gören, kişilik hakkını ihlal eden fiilin işlendiği yer ile zarar yerinin belirlenmesini gerektirmektedir.

Diğer yandan, kişilik hakkının gerçekleşme yerinin belirlenmesi, öncelikli olarak ihlalin gerçekleşme anının belirlenmesine bağlıdır. Kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlallerinde, kişilik hakkının ihlali yayın içeriğinin muhatap dışındaki üçüncü kişilerce öğrenilmesi anında oluşmaktadır. O halde, ilk olarak her bir kitle iletişim aracı bakımından yayının aşamaları göz önünde bulundurularak ihlalin oluşum anının tespiti gerekmektedir.

Çalışma konumuz kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlali olmakla birlikte, konu bütünlüğü bakımından, karmaşıklık arz etmeyen, kişilik hakkının kitle iletişim araçları kullanılmadan ihlali durumunda ihlalin oluşum anı ile fiil ve zarar yerinin neresi olduğuna da değinilecektir. Kişilik hakkının kitle iletişim araçları kullanılmadan ihlali ile kitle iletişim araçlarıyla ihlali arasındaki en önemli fark, birincisinde ihlal teşkil eden içeriğin belirli bir muhataba yönelik olması karşısında ikincisinde içeriğin kamuoyuna ya da başka bir deyişle belirsiz sayıda alıcıya yönelik olmasıdır. Bu kısa açıklamadan da anlaşılacağı üzere, kitle iletişim araçları kullanılmadan gerçekleşen ihlallerde, içeriğin kamuya sunulması anlamında, yayın/yayım unsuru bulunmamaktadır. Bu nedenle kişilik hakkının kitle iletişim araçları kullanılmadan ihlali ile kitle iletişim araçlarıyla ihlali konuları ayrı başlıklar altında incelenecektir.

B. Kişilik Hakkının İhlalinin Gerçekleşme Yeri

1. Kişilik Hakkının Kitle İletişim Araçları Kullanılmadan

Sınırötesi İhlali

Kişilik hakkının kitle iletişim araçları kullanılmadan ihlalinde, yukarıda da belirtildiği gibi, içeriğin kamuoyuna sunulması söz konusu olmadığından, yayın unsuru bulunmamaktadır.²³ Kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlalinde, içeriğin üçüncü kişiler dışındaki alıcılara yönelik olması gerekirken, burada içerik sadece muhataba iletilmektedir. Failin belirli bir muhataba yönelik açıklamasının muhataba ulaşması ve içeriğin muhatap tarafından öğrenilmesiyle ihlal gerçekleşmekte ve tek seferde tamamlanmaktadır. Mektup, telefon, teleks, faks, telgraf veya elektronik posta yoluyla yapılan bir açıklama ile başka bir ülkede bulunan kişinin kişilik hakkının ihlal edilmesi, kitle iletişim araçları kullanılmadan gerçekleşen ihlali oluşturmaktadır.

Mektup, telefon ve benzeri diğer araçlarla gönderilen iletilerde, zarara yol açan olayın gerçekleştiği yer iletinin hazırlanarak gönderildiği yer olmakla birlikte, gönderme hazırlık hareketi olarak kabul edildiğinden, haksız fiilin gerçekleşme yeri olarak kabul edilmemektedir.²⁴ Gerçekten, bir yerden başka bir yere belirli bir muhataba gönderilen iletiler, muhataba ulaşmadıkça herhangi bir etkiye sahip değildir.²⁵ Dolayısıyla, kişilik hakkının kitle iletişim araçları kullanılmadan ihlalinde, gönderilen yer değil, gönderilen kişinin iletiyi alıp öğrendiği yer haksız fiilin gerçekleştiği yer olarak kabul edilmektedir.²⁶ Zarar, gönderilen kişinin içeriği öğrenmesiyle oluşacağından, haksız fiilin vuku bulduğu yer aynı zamanda zararın gerçekleştiği yerdir.

²³ Yayının tanımıyla ilgili bkz. Kılıçoğlu, s.31.

²⁴ Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.84.

²⁵ The Commission Working Paper No:87 and the Scottish Law Commission Consultative Memorandum No:62, Private International Law, Choice of Law in Tort and Delict, 1984, s.180. (Çevrimiçi) https://www.scotlawcom.gov.uk/files/5113/1419/9436/cm62_parts1-4.pdf, 11.02.2015. (Kıs: The Commission Working Paper, No:87)

²⁶ Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.84.

İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin zararın meydana geldiği yeri haksız fiilin ika yeri olarak kabul eden klasikleşmiş 1948 tarihli Bata v. Bata kararına konu olan olayda, şeref ve haysiyeti ihlal edici nitelikteki mektup İsviçre'de ikamet eden bir kişi tarafından, Zürih'ten yazılarak Londra'ya postalanmıştır. Londra mahkemesi kişilik hakkı ihlalinde yayımın esaslı unsur olduğunu, yayımın hakaretimiz sözcüklerin işitildiği veya okunduğu yerde gerçekleştiğini, mektubun yayım yerinin²⁷, tebellüğ edildiği yer yani Londra olduğunu belirterek zararın burada meydana geldiğine hükmetmiştir.²⁸

2. Kişilik Hakkının Kitle İletişim Araçlarıyla İhlali

Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalinin karmaşık yapısı, münferit olaylarda fiil ve zarar yerinin tespitini güçleştirmektedir. Zarar sonucunu doğuran nedensel olayın yani fiilin gerçekleştiği yerin belirlenmesinde, yayımcının mutad meskeninin bulunduğu yer, yayım yeri veya hakkı ihlal eden malzemenin dağıtıldığı yer gibi seçeneklerden hangisinin fiil yeri olduğu, kitle iletişim aracının türüne ve diğer koşullara bağlı olarak farklılık göstermektedir.²⁹ Benzer şekilde, zarar yerinin belirlenmesinde de zarar görenin mutad meskeninin bulunduğu yer, hakkı ihlal eden malzemenin dağıtıldığı yer, içeriğin öğrenildiği yer gibi seçeneklerden hangisinin zarar yeri olduğunu, tüm olaylarda geçerli olacak kesinlikte söylemek güçtür. Yasal düzenlemeler bu konuda bir tanım içermemektedir. Dolayısıyla, doktrin ve yargı kararları ışığında fiil yeri ve zarar yerinin hangi yer olduğu belirlenmeye çalışılmaktadır.

Doktrinde, ika yerinin haksız fiilin tamamen veya kısmen ika edildiği yer olduğu, haksız fiilin ikası için hazırlıkların yapıldığı yerin ika yeri olarak kabul

²⁷ Buradaki yayım kelimesi teknik anlamda yayım olarak değil, İngiliz hukukunda yayım terimine verilen hakaret hukukuna özgü spesifik anlamıyla algılanmalıdır. Bkz. aşağıda Yayım Kavramıyla İlgili Terminolojik Karmaşa başlıklı bölüm, s.295 vd.

²⁸ Turgut Turhan: **Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralı**, Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti., 1989, s.180; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.85; Iain Christie: "Applicable Law to the Violation of Personality Rights – A Quest for Reasonableness", s.1, dn.2'de anılan Bata -v- Bata (1948) WN 366. (Çevrimiçi) dianawallismep.org.uk/en/document/media-seminar-oct-06/christie.doc, 23.11.2012.

²⁹ Comparative Study, Final Report, s.83

edilemeyeceği belirtilmektedir.³⁰ Buna göre, kişilik hakkının kitle iletişim araçlarıyla ihlali yayın ile gerçekleştiğinden³¹, yayın gerçekleşene kadarki hazırlık hareketlerinin yapıldığı yerlerin fiil yeri olarak kabul edilemeyeceği, yayın ile ihlalin gerçekleştiği ve fiil yerinin de bu doğrultuda belirlenmesi gerektiği söylenebilir. Zarar yayının sonucu doğduğundan, kişilik hakkını ihlal eden fiilin işlendiği ve zarara maruz kalınan yerin aynı yer olduğu, yani yayın yerinin hem fiilin işlendiği yer hem de zarar yeri olduğu ileri sürülmektedir.³² Yayın yeri genellikle aynı zamanda zararın ortaya çıktığı yer olsa da, bazı hallerde ikisinin örtüşmeyebileceği dikkate alınmalıdır.³³ Bu durumda, öncelikle yayın ve yayımın nerede ve ne zaman gerçekleştiği açıklanmalıdır.

Doktrinde, kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlali altı aşamalı bir model ile izah edilmiştir. Buna göre kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlali, yayının içeriğinin hazırlanması, okuyucu, dinleyici ve izleyicilere gönderilmesi, üçüncü kişiler tarafından alınması, içeriğin üçüncü kişilerce algılanması, algılanan içeriğin bir takım sonuçlara neden olması ve bu sonuçların etkilerinin mağdur tarafından hissedilmesi aşamalarından oluşmaktadır.³⁴ Aşağıda kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalinin aşamalarına yer verilecek ve bu altı aşamalı model üzerinden fiil ve zarar yeri her bir kitle iletişim aracı bakımından ayrı ayrı tespit edilecektir.

³⁰ Tekinalp, Uyanık, s.354.

³¹ Castel, s.164-165.

³² Dan Jerker B Svantesson: "Place Of Wrong' in the Tort of Defamation - Behind the Scenes of a Legal Fiction", **Bond Law Review**, Volume 17, Issue 2, 2005, pp.151. (Çevrimiçi) <http://epublications.bond.edu.au/blr> , 30.06.2016. (Kıs: Place Of Wrong)

³³ Castel, s.164; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.94.

³⁴ Svantesson, Place Of Wrong, s.160 vd.

C. Kişilik Hakkının Kitle İletişim Araçlarıyla İhlalinde Yayının

Aşamaları

1. Yayın İçeriğinin Hazırlanması

Kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlalinde ilk adım yayın içeriğinin hazırlanmasıdır. Bir televizyon programının akışının belirlenerek oluşturulması, kayda alınması, bir elektronik postanın yazılması, bir gazete haberinin ya da köşe yazısının yazılması, gazetenin basılması, çoğaltılması, bir web sitesine yerleştirilecek içeriğin oluşturulması, bir karikatürün çizilmesi veya resmin yapılması, bir fotoğrafın çekilmesi ve benzer eylemler içeriğin hazırlanmasını oluşturur. Birinci aşama, hazırlanan içeriğin kişilik hakkını ihlal edici bir unsur taşıması halinde tamamlanmaktadır.³⁵ Yayın içeriğinin hazırlanması aşamasında hakimiyet tamamen yayıncıda olup, çoğu hallerde mağdur ve üçüncü kişilerin bu aşamada yapılan hazırlıklardan haberi dahi olmadığından, yayıncı sürecin tek belirleyicisidir.

Yayın içeriğinin hazırlandığı bu aşamada, henüz hukuka aykırılık teşkil eden bir durumdan bahsedilemez. Bir ya da birden fazla kimse tarafından oluşturulmuş ve henüz açıklanmamış içeriğin hazırlık aşamalarını sorumluluğa temel almak, bir anlamda bir kimsenin kafasında olup henüz açıklamadığı düşünceleri nedeniyle sorumlu kabul edilmesi anlamına gelmektedir. İnsan hakları perspektifinden bakıldığında da böyle bir düşüncenin kabul edilemez olduğu ortadadır.³⁶ Diğer yandan, içeriğin birden fazla farklı ve rastlantısal olabilecek yerlerde oluşturulması da mümkündür. Hazırlıkların yapıldığı yerin fiil yeri olarak kabul edilmesi, olayla ve taraflarla bağlantısız rastgele yerlerin hukukunun, uygulanacak hukuk olarak tespit edilmesi sonucunu da doğurabilecektir. Açıklanan nedenlerle, hazırlıkların yapıldığı yer, haklı olarak fiil yeri olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla, birinci aşamanın uygulanacak hukukun tespiti bakımından önemi bulunmamaktadır.

³⁵ Svantesson, Place Of Wrong, s.161.

³⁶ Svantesson, Place Of Wrong, s.176.

Bazı yazarlar, bir yayına ilişkin yapılan reklamlar ve duyuruların da yayın sayılamayacağını, bunların da hazırlık çalışmalarından olduğu belirtmektedir.³⁷ Bu durumda hukuka aykırılık henüz gerçekleşmemiş olmakla birlikte, hiçbir şekilde alenileştirilmemiş hazırlık çalışmalarından farklı olarak, kişilik hakkına saldırı tehlikesinin bulunduğu reklam ve duyurular aracılığıyla potansiyel mağdurun bilgisine sunulmuş olacaktır. Saldırının önlenmesi davası açılması bakımından bu aşama önemli hale gelmekle birlikte, duyuru ve reklamların yapıldığı yerin, bu duyuru ve reklamlardan beklenen faydanın elde edilebilmesi için, diğer hazırlık çalışmalarının yapıldığı yerlerden farklı olarak yayının okur ve izleyicilere sunulacağı yer ile örtüşmesi gerekeceğinden, birinci aşamaya dair yapılan açıklamaların geçerliliğine etkisi olmayacaktır.

2. Yayın İçeriğinin Okuyucu, Dinleyici ve İzleyicilere Gönderilmesi

İçeriğin üçüncü kişilere gönderilmesi, içeriğin üçüncü kişilere sunularak aleni hale gelmesi amacına hizmet eder. İçeriğin gönderilmesi aşaması esasen içeriğin yayınlanması anlamına gelmektedir. Bu başlık altında, içeriğin gönderildiği üçüncü kişiler deyiminden ve içeriğin gönderilmesinden ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerektiği gibi, yayın kavramına verilen farklı anlamların üzerinde durulması da gerekmektedir. Aşağıda ilk olarak yayının değişik anlamlarından bahsedilecek, ardından yayının ön koşulu olan içeriğin muhatap dışındaki üçüncü kişilere gönderilmesi meselesi ele alınacak ve son olarak kitle iletişim araçlarının teknik özelliklerine göre içeriğin gönderilmesinin gerçekleşme şekli açıklanacaktır.

a. Yayın Kavramıyla İlgili Terminolojik Karmaşa

Yayın kavramının ne anlama geldiği ve yayının ne zaman gerçekleşmiş kabul edileceği konusunda hukuk düzenleri tamamen aynı anlayışa sahip değildir. Türk hukukunda yazılı basın, radyo ve televizyon yayınları ve internet yayınları ile ilgili

³⁷ Kılıçoğlu, s.31.

yasal düzenlemelere bakıldığında³⁸, bu düzenlemelerden çıkarılacak ortak sonuca göre yayın, belirli bir kişi ya da kişilerle sınırlı olmaksızın, genel olarak sayısı belli olmayan alıcılara yönelik olarak bir içeriğin sunulması, iletilmesidir. Hukuki sorumluluğun doğmasının ön koşulu olan yayın, içeriğin belirsiz sayıda alıcıya iletilmesi ile gerçekleşmektedir.³⁹

Dağıtılma, yayından ayrı bir aşama olmayıp yayının en yaygın gerçekleşme biçimidir. Kara Avrupası hukukuna bakıldığında, yayın yeri ile dağıtım yeri arasında ayırım yapıldığı görülmektedir. Bir gazetenin basıldığı yer yayın yeri, satıldığı yer ise dağıtım yeri olarak adlandırılmaktadır. Buna göre, İngiltere’de basılıp sadece Fransa’da satılan bir gazetenin yayım yeri İngiltere, dağıtım yeri Fransa’dır.⁴⁰ İngiliz hukukunda yayın terimine, hakaret hukukuna özgü spesifik bir anlam verilmektedir.⁴¹ İngiliz hukuk terminolojisine göre, bir içeriğin bir başka kişiye iletilmesiyle yayın gerçekleşmektedir⁴² ve her iletim ayrı bir yayın olarak kabul edilmektedir. Yayın içeriğinin kayda alındığı veya bir gazetenin basıldığı yer yayın yeri değildir. Bir gazetenin her nüshasının satışında⁴³ ya da her bir izleyicinin bir televizyon programını izlemesi halinde yayın gerçekleşmektedir. Yayın yeri ise gazetenin satın alındığı veya televizyon programının izlendiği yer olarak

³⁸ 5187 sayılı Basın Kanunu, 6112 Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyula İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki Kanun.

³⁹ David Rolph: “The Message, Not the Medium: Defamation, Publication and the Internet in Dow Jones & Co Inc v Gutnick”, **Sydney Law Review**, Vol.24, No.2, 2002, s.265. (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=1000090>, 22.02.2016.

⁴⁰ Trevor C. Hartley: “Libel tourism’ and conflict of laws”, **International and Comparative Law Quarterly**, Vol.59, No:01, 2010, p.27. (Çevrimiçi) <http://eprints.lse.ac.uk/35170/>, 08.09.2015.

⁴¹ Dan Jerker B. Svantesson: "The 'place of action' defence - A model for cross-border Internet defamation" *Australian international law journal*,2003, s.176. (Çevrimiçi) http://epublications.bond.edu.au/era_hca/103, 30.06.2016. (Kıs: The 'place of action' defence)

⁴² Castel, s.158; Kara Avrupası hukukunda verilen anlama göre, yayın, yayıncı tarafından gerçekleştirilen tek taraflı bir eylemdir. İngiliz hukukunun ise kendi içinde terminolojik karmaşa mevcuttur. Çeşitli mahkeme kararlarına bakıldığında, kimisinde yayının yayıncının içeriği sunması ve alıcının içeriği algılamasından oluşan çift taraflı bir eylem olarak tanımlandığı, kimisinde ise yayının tek taraflı bir eylem olarak değerlendirilip, içeriğin alıcılar tarafından algılanabilir hale getirilmesi olarak tanımlandığı, görülmektedir. Detaylı açıklamalar için bkz. Svantesson, The 'place of action' defence, s.176 vd.

⁴³ Hartley, s.28’de anılan Duke of Brunswick v. Harmer (1849) 14 QB 185.

belirlenmektedir. Aynı hukuk geleneğine sahip Avustralya ve Kanada hukuklarında da, ‘yayın’a İngiliz hukukundaki anlamın verildiği görülmektedir.

Bu konudaki karışıklığın bir nedeni de, kitle iletişim hukukuna göre yayının gerçekleşmiş kabul edilmesi ile kişilik hakkını ihlal eden bir içeriğin yayınlanmış kabul edilmesi arasındaki farklılıktır. Kitle iletişim hukuku anlamında yayının gerçekleşmiş kabul edilmesi için içeriğin alıcılar tarafından öğrenilmesi şart olmayıp, alıcıların öğrenme imkanına sahip olacakları şekilde içeriğin sunulmuş olması yeterlidir.⁴⁴ Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlali sonucu doğuracak bir yayının gerçekleşmiş kabul edilmesi için ise, içeriğin hakkı ihlal edilen kişi dışındaki üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi ve anlaşılması gerekmektedir.⁴⁵ Aksinin kabulü ile yayına tek bir anlam verilmesi, teorik olarak, hiç öğrenilmemiş bir içerik nedeniyle zararın ve sorumluluğun doğduğunu kabul etmeyi gerektirecek, bir gazetenin, orada dağıtılmış olmakla birlikte tek bir nüshasının satılmamış olduğu yer hukukunun bir uyuşmazlığı yönetmesi söz konusu olabilecektir. Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkına saldırıda yayına kitle iletişim hukukundan farklı bir anlam verilmesi, internet çağında özellikle gereklidir ve hakkaniyeti sağlar.

Diğer yandan, yayının ne zaman gerçekleşmiş kabul edileceği konusunda tek yayın kuralı ya da çoklu yayın kuralının kabul edilmiş olması, önemli farklılıklara neden olmaktadır. ABD’de kabul edilen tek yayın kuralı uyarınca, bir içerik ilk kez dağıtıldığında yayın gerçekleşir ve tek bir dava sebebi oluşturur. Tek yayın kuralı benimsendiğinde, aynı yayın kaç kişiye veya kaç devlete ulaşmış olursa olsun, sadece bir yargı çevresinde tek bir dava açılabilir.⁴⁶ Buna karşılık, Avrupa Birliği ülkelerinin de benimsediği çoklu yayın kuralı uyarınca, yayımlanmış bir içeriğin dağıtıldığı her yerde ayrı bir dava sebebi oluşur. Bir gazetenin her bir satışı ya da bir televizyon programının her izlenişinde ayrı bir zamanaşımı süresine tabi, ayrı bir

⁴⁴ İçel, s.147.

⁴⁵ Obdulio César Velásquez Posada: “Jurisdictional Problems in Cyberspace Defamation”, **Colombia International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional** Bogotá N° 6, 2005, s.256. (Çevrimiçi) www.redalyc.org/pdf/824/82400608.pdf , 30.06.2016.

⁴⁶ Hartley, s.28.

yayın gerçekleşmektedir.⁴⁷ Tek yayın kuralı yayıncı lehine sonuç doğururken, çoklu yayın kuralı, itibarının zarar gördüğü her forumda hakkını savunma imkanı sunulan mağdur lehine sonuç doğurmaktadır. Bu konu aşağıda detaylı şekilde inceleneceğinden burada daha fazla açıklama yapılmayacaktır. Ancak, hangi kural benimsenirse benimsensin, uygulanacak hukukun ve milletlerarası yargı yetkisinin belirlenmesinde, diğerine göre çok farklı tespitler yapılacağı belirtilmelidir.

b. İçeriğin Belirsiz Sayıda Alıcıya Gönderilmesi Gerekliği

Gönderme eyleminin yöneldiği üçüncü kişiler deyiminden, belirsiz sayıda alıcının anlaşılması gerekmektedir. Türk hukukunda basın⁴⁸, radyo televizyon⁴⁹ ve internet yayıncılığına⁵⁰ ilişkin yasal düzenlemeler ışığında da, alıcıların belirsiz ve sınırlı olmayan sayıdaki kişiler topluluğundan oluştuğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Belirsiz sayıda kişinin en az kaç kişiden oluşması gerektiği konusu tartışmalı olmakla birlikte, sınırlı olmayan sayıdaki kişiler deyiminin yayıncının belirleme, kontrol etme olanağı olmayan kişiler anlamına geldiğinin kabulü ile bu konuda her somut olayın kendi koşullarına göre değerlendirme yapılması gerektiği söylenebilir.⁵¹ Mesela, bir gazetenin yayımlanmış kabul edilmesi için, herhangi bir dağıtım yerindeki tirajı önemli değildir. Kişilik hakkının ihlal edilmiş olduğunun kabul edilmesi için belirli sayıda satış gerçekleşmesi koşul olarak ortaya konmamıştır.⁵²

⁴⁷ Aaron Warshaw: "Uncertainty from Abroad: Rome II and the Choice of Law for Defamation Claims", **Brooklyn Journal of International Law**, Vol. 32, 2006, s.276. (Çevrimiçi) <http://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol32/iss1/7>, 08.09.2015.

⁴⁸ 5187 sayılı Basın Kanunu m.2/b, yayımı, basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulması olarak tanımlamıştır.

⁴⁹ 6112 Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun m.3/1,z(ff) uyarınca yayın hizmeti " medya hizmet sağlayıcının editöryal sorumluluğu altındabireysel iletişim hariç olmak üzere, televizyon yayın hizmeti, isteğe bağlı yayın hizmeti ve ticari iletişim ile radyo yayın hizmetini" ifade eder.

⁵⁰ 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkındaki Kanun m.2/ğ, internet ortamında yapılan yayını, internet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği veriler olarak tanımlamıştır.

⁵¹ Alman İmparatorluk mahkemesi bir kararında, üç kişiyi çok sayıda kişi olarak kabul etmiştir. İçel, s.148, dn.108'de anılan RGSt. 15, s.119.

⁵² Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.87.

ABAD'ın karara bağladığı Fiona Shevill⁵³ davasında, yaklaşık toplam 250.000 nüshanın sadece 230 nüshasının İngiltere'de satılmış olması yeterli kabul edilmiştir. İngiliz mahkemesince karara bağlanan Mardas v New York Times⁵⁴ davasında, İngiltere'de New York Times'ın sadece 177 nüshası satılmış ve internet üzerinden 31 kez erişilmiş olmasına karşın, mahkeme, davayı foruma bağlayan diğer faktörleri de değerlendirerek İngiltere'de haksız fiilin gerçekleştiğine karar vermiştir.

c. Kitle İletişim Aracının Türüne Göre İçeriğin Gönderilmesi

İçeriğin üçüncü kişilere gönderilmesi, kullanılan kitle iletişim aracının teknik özelliklerine göre gerçekleşecektir. Basılmış ve çoğaltılmış gazete veya dergilerin satışa sunulmak üzere dağıtım noktalarına gönderilmesi veya abonelerin posta kutularına konulması⁵⁵, radyo veya televizyon yayınının başlatılması, içeriğin websitesine yüklenmesi (upload) gibi eylemler, içeriğin gönderilmesine örnek olarak sayılabilir. Daha önce belirtmiş olduğumuz gibi, kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalinden bahsedebilmek için yayın mevcudiyeti şart olduğundan, gönderme eylemi ile kişilik hakkını ihlal eden fiilin gerçekleşmiş olup olmadığı, bu aşamada yayının gerçekleşmiş olup olmadığının kabulüne göre belirlenecektir.

Basılmış eserin yayımlanmış olduğunun kabulü için, içeriğin alıcılar tarafından fiilen öğrenilmesi değil, içeriğin alıcılar tarafından öğrenilmesine olanak veren fiziki yakınlıkta sunulmuş olması gereklidir.⁵⁶ Kanaatimizce aynı prensip radyo ve televizyon yayınları için de geçerlidir. İnternet yayınları bakımında ise durum biraz daha karmaşık olup, ilgili bölümde konu ele alınacaktır.

⁵³ Case C-68/93 Fiona Shevill, IxoraTrading Inc.,Chequepoint SARL and Chequepoint International Ltd v Presse Alliance SA, [1995] ECR I-415.

⁵⁴ Richard Garnett, Megan Richardson: "Libel Tourism or Just Redress? Reconciling the (English) Right to Reputation with the (American) Right to Free Speech in Cross-Border Libel Cases", **Journal of Private International Law**, Vol. 5, No. 3, 2009; U of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 504, s. 5, dn.22'de anılan *Mardas v New York Times* [2008] EWHC 3135 (QB) at [38]. (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=1709102>, 08.09.2015.

⁵⁵ Kılıçoğlu, s.34.

⁵⁶ İçel, s.148.

(1) Yazılı Basında İçeriğin Gönderilmesi

Çalışmamızın ilk kısmında değindiğimiz üzere basılmış eserlerin yayımı dağıtılma, gösterilme ve asılma şekillerinde gerçekleşebilmektedir. Yayımının başlıca gerçekleşme biçimi dağıtılma olduğundan, özellikle dağıtılma üzerinde durulacaktır.

Basılmış eserlerin yayım şekillerinden olan “dağıtım”ın ne zaman gerçekleşmiş kabul edileceği konusunda farklı iki görüş bulunmaktadır.⁵⁷ Birinci görüşe göre, basılmış eserlerin yayımcının egemenlik alanından çıktığı ve yayımcının basın açıklamasının başkaları tarafından öğrenilmesine engel olamayacağı durumun doğduğu anda yayım gerçekleşmiştir. Bu görüş, gerçekçi olmayan sonuçlara yol açabileceği gerekçesiyle doktrinde kabul edilmemektedir. Gerçekten, satış noktalarına gönderilen basılmış eserlerin herhangi bir nedenle yolda zayi olarak kamuya hiç sunulmamış olması halinde yayımın varlığını kabul etmek doğru değildir. İkinci ve doktrinde kabul edilen görüşe göre, basılmış eserlerin ilgililerin egemenlik alanına ulaştığı anda dağıtım ve dolayısıyla yayım gerçekleşmiştir. Birinci görüşe üstünlük tanınması halinde, sadece gönderme eylemi ile yayımın gerçekleşeceği ve gönderme yerinin fiil yeri olan tespit edilmesi gerekecektir. Doktrinde benimsenen ikinci görüşe üstünlük tanınması halinde ise içeriğin alıcılar tarafından öğrenilmesine olanak veren fiziki yakınlıkta sunulmuş olması ve basılmış eserlerin ilgililerin egemenlik alanına ulaşması koşulları bir arada değerlendirilerek, basılmış eserin dağıtım noktalarına ulaşmasıyla yayımın gerçekleşmiş olduğunun kabulü gerekmektedir. Buna göre basılmış eserlerin dağıtım yoluyla yayımlanmasında, gönderme yeri değil, dağıtım yeri fiil yeridir.⁵⁸

⁵⁷ İcel, s.149; Kılıçoğlu, s.34.

⁵⁸Yayımın gerçekleşmiş kabul edilmesi için dağıtımın ivaz karşılığı veya ivazsız olması gerektiği yönünde bir koşul öngörülmesi olmadığından her iki halde de yayımın gerçekleşmiş olduğu kabul edilmektedir. Satış veya satışa arz etme, ivaz karşılığı dağıtım anlamına geldiğinden, dağıtımla ilgili açıklamalar satış veya satışa arz etme için de geçerlidir. İcel, s. 149-150; Kılıçoğlu, s.33; Yazılı basında, bir gazetenin basılarak alıcılara satış ya da başka şekilde ulaştırılmak üzere dağıtım noktalarına gönderilmesi ile gönderme fiilinin gerçekleştiği yönünde bkz. Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.85-91.

Dağıtımın varlığının kabul edilebilmesi için yayımcının belirli bir çevrede yayımlama iradesinin varlığı ve sürecin yayımcı tarafından yönetilmesi gerektiği hatırlanmalıdır. Örneğin, bazı nüshaların özel ilişkiler nedeniyle bazı kimselere verilmesi veya bazı nüshaların çalınarak aleni hale getirilmesi dağıtım olarak kabul edilmez.⁵⁹Gösterilme ve asılma şeklinde yayımda, basılmış eserin gösterildiği ve asıldığı yerde yayımın gerçekleşmiş olduğu kabul edilmelidir.

Dağıtım ile kişilik hakkını ihlal eden fiil gerçekleşirken, içerik henüz alıcılara ulaşmış olmadığından, dağıtım esnasında zarar henüz gerçekleşmemiştir. Başka bir deyişle, yazılı basın bakımından fiilin işlenmesi ile zararın meydana gelmesi farklı zamanlarda gerçekleşmektedir.

(2) Radyo ve Televizyon Yayınlarında İçeriğin Gönderilmesi

Radyo ve televizyon yayınlarında içeriğin gönderilmesi, içeriğin belirli frekanslar aracılığıyla izleyici ve dinleyicilere gönderilmesidir. Radyo ve televizyon yayınları yayımlandıkları anda üçüncü kişilerce dinlenebilmekte veya izlenebilmektedir. Başka bir deyişle radyo ve televizyon yayınlarında, yazılı basından farklı olarak, içeriğin gönderilmesi ile öğrenilmesi eş zamanlı gerçekleşmektedir. Dolayısıyla, içeriğin gönderilmesi ile haksız fiil gerçekleşmekte ve aynı anda gerçekleşen öğrenme ile birlikte zarar doğmaktadır.⁶⁰

Radyo ve televizyon yayınlarında zarara neden olan olayın gerçekleştiği yer, yani fiil yeri, yayının yapıldığı yerdir.⁶¹ Yayının yapıldığı yer olarak, canlı yayınlarda yayının bilfiil yapıldığı yer, programın yayından önce hazırlandığı bant yayınlarında ise yayın stüdyosunun bulunduğu yer, fiil yeri olarak kabul edilmektedir.⁶² Birden fazla televizyon vericisinin bulunduğu veya programa katılan

⁵⁹ İçel, s.148.

⁶⁰ Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.86.

⁶¹ Kaplan, s.202; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.86.

⁶² Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.91.

kişilerin birden fazla ülkede bulunduğu ya da birden fazla ülkede kaydedilen bir programın yayınlandığı hallerde fiil yerinin tespitinin güçlük arz edeceği ifade edilmektedir.⁶³

Radyo ve televizyon yayıncılığında uydu yayınları özellik göstermektedir. Uydu yayıncılığında, bir uyduyu bütünüyle ya da kısmen kiralayan veya uyduda bir iletici (transponder) ile sözleşme yapan bir yayın kuruluşu, yayını taşıyan sinyalleri uyduya yollamakta, uydu da bu yayını çeşitli araçlarla daha geniş bir alana ve değişik ortamlara yaymaktadır.⁶⁴ Uydu yayını, ses ve görüntü taşıyıcı sinyallerin uyduya gönderilmesi ile başlar. Uydu yayınının başladığı yere yayın yeri de denilmektedir. Yayın yeri yani yer istasyonundan sinyali gönderildiği yer (uplink)⁶⁵ kişilik hakkının ihlal eden fiilin gerçekleştirildiği yer, başka bir deyişle fiil yeri olarak kabul edilmektedir.⁶⁶

(3) İnternet Yayınlarında İçeriğin Gönderilmesi

İnternet yayınlarında içeriğin gönderildiği yer yani fiil yerinin neresi olduğu konusunda en fazla dile getirilen iki farklı alternatiften bahsedilebilir. Bunlar içeriğin yüklendiği yer ile yüklenen verilerin okunmaya hazır tutulduğu sunucunun (server) bulunduğu yerdir. Hangisinin gönderme yeri olarak kabul edilmesi gerektiği konusunda farklı görüşler mevcuttur.⁶⁷ İçeriği yükleyen kişi çoğu zaman sunucunun fiziksel konumu hakkında bilgi sahibi olmayacağından, sunucunun bulunduğu yerin hukukuna uygun davranması söz konusu olmaz. Dolayısıyla, tesadüfi bir yer olan sunucunun bulunduğu yer genellikle fiil yeri olarak kabul edilmemektedir. İnternet

⁶³ Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.91.

⁶⁴ Ünal Tekinalp: "Fikri Mülkiyet Hukuku Yönünden Uyduyla Yayının Bazı Sorunları", **Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan**, MHMÖH Bülteni, S. 1-2, Yıl 23, 2003, s.753. (Kıs: Uydu Yayınının Bazı Sorunları)

⁶⁵ Şebnem Akipek, Esra Dardağan: "Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.50, S.3, Yıl 2001, s.123, dn.22.

⁶⁶ Akipek, Dardağan, s.123.

⁶⁷ Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.172, dn. 131'de anılan Nomer, bu bağlama noktasını elektronik posta dışı ihlaller için failin bilgisayarı kullandığı yer olarak kabul etmektedir. Dow Jones v Gutnick davasında, gönderme yeri sunucunun bulunduğu yer olarak kabul edilmiştir. Dow Jones & Company Inc v Gutnick [2002] HCA 56.

yayınlarnın dünyanın her yanındaki kullanıcılar bakımından erişilebilir hale gelmesi, içeriğin ilgili sunucunun açık olan sabit diskinde yapılan yükleme ve hafızaya aktarma işlemi ile gerçekleştiğinden⁶⁸, bu yüklemenin yapılması ve nerede yapılacağı konusunda fail belirleyici olduğundan, içeriğin yüklendiği yer (upload) fiil yeri olarak kabul edilmektedir.⁶⁹

3. Yayın İçeriğinin Üçüncü Kişiler Tarafından Alınması

Yayıncı tarafından gönderilen içerik bu aşamada okuyucu, dinleyici ve izleyiciler tarafından ulaşılabilir haldedir. Gazete bayiinden gazetenin alınması, televizyon yayınının aynı anda veya daha sonra izlenebilir olması, elektronik posta kutusuna mesajın gelmiş olması ve benzeri şekillerde, kişilik hakkını ihlal eden içerik üçüncü kişilerce ulaşılabilir, algılanabilir hale gelmiştir.⁷⁰

İlk iki aşamada süreçle ilgili inisiyatif sahibi olan yayıncının hakimiyeti, bu aşamada sınırlı hale gelmektedir.⁷¹ Yayımlanan gazetenin dağıtım noktaları belirlenebilir olduğundan, içeriğin üçüncü kişiler tarafından alınabileceği yerler sınırlanabilir özelliktedir. Radyo ve televizyon yayınları bakımından içeriğin üçüncü kişiler tarafından alınabileceği yerlerin sınırlanması özellikle uydu yayınları söz konusu olduğunda her zaman mümkün değildir. İnternet yayınları bakımından ise, açık erişimli web sayfalarına erişimde sınırlama söz konusu olmadığından, içeriğin ulaşılabilir durumda olması ile ulaşılması yani öğrenilmesi arasındaki ayırımın hukuki önemi vardır. İçerik internet bağlantısı olan her yerde alınmış kabul edilebilir hatta içerik kullanıcının bilgisayar tarafından otomatik olarak ve içeriği bilinmeksizin indirilebilir.⁷² Hakkın ihlali sonucu zarar, içeriğin öğrenilmesi ile gerçekleşeceğinden, internet yayınlarında içeriğin alınması ve öğrenilmesi aşamalarının sonuçları farklıdır.

⁶⁸ Ayfer Uyanık Çavuşoğlu: “İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk”, **Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan**, MHMÖH Bülteni, Yıl 22, S.2, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2002, s.978.

⁶⁹ Uyanık Çavuşoğlu, s.977; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.160.

⁷⁰ Svantesson, Place Of Wrong, s.165.

⁷¹ Svantesson, Place Of Wrong, s.167.

⁷² Posada, s.293.

Yukarıda izah edildiği üzere, zaman bakımından radyo ve televizyon yayınlarında ve internet yayınlarında içeriğin gönderilmesi ile alınması eş zamanlı gerçekleştiğinden, bu yayınlar bakımından ikinci ve üçüncü aşamalar birleşmiştir. İçeriğin gönderilmesi ile alınmasının farklı zamanlarda gerçekleştiği basılmış eserler bakımından üçüncü aşama ayrıca gerçekleşir. Burada, yine önemle hatırlatılması gereken husus, içeriğin yayınlanmış olduğunun kabulü için, içeriğin alıcılar tarafından fiilen öğrenilmesi değil, öğrenilebilir durumda olması gerektiğidir. Ancak yayımın gerçekleşmiş olmasıyla henüz zarar meydana gelmiş olmadığından, haksız fiilin tamamlanmadığı bu aşamada, örneğin websitesine yüklenmiş bir içeriğin tüm dünyada erişilebilir halde olması, tüm dünyada kişilik hakkının ihlal edildiği anlamına gelmeyecektir.

4. Yayın İçeriğinin Üçüncü Kişilerce Öğrenilmesi: Haksız Fiilin Tamamlanması

Bu aşama, kişilik hakkını ihlal eden içeriğin üçüncü kişilerin zihnine girdiği, kavrandığı aşamadır. Gazetenin okunduğu, televizyon yayımının izlendiği veya radyonun dinlendiği, websitesindeki içeriğin indirildiği (download), okunduğu ya da izlendiği bu aşamada zararın gerçekleşmesiyle, haksız fiil tamamlanmaktadır.

Yayın ya da yayımın kişilik hakkını ihlal ettiğinden bahsedebilmek için, içeriğin üçüncü kişilerce, sadece görülmesi ve duyulması yetersiz olup, anlaşılmasının gerektiği vurgulanmaktadır.⁷³ Bir kimsenin itibar kaybı, üçüncü kişilere gönderilen kişilik hakkını ihlal eden içerikteki yayımın işitilmesi, görülmesi, okunması ve aynı zamanda anlaşılmasıyla söz konusu olacağından, kişilik hakkı bu aşamada ihlal edilmiş olur.⁷⁴

Bu prensip, yazılı basın yanında, radyo ve televizyon yayınlarına ve özellikle internet yayınlarında da geçerlidir. İçeriğin üçüncü kişilerce algılanmasıyla haksız fiilin zarar unsuru gerçekleştiğinden, başka bir deyişle, kişilik hakkının ihlaline

⁷³ Rolph, s.266'da anılan Webb v Bloch (1928) 41 CLR 331 at 363.

⁷⁴ Posada, s.293; Dow Jones & Company Inc v Gutnick [2002] HCA 56, par.61.

ilişkin fiilin tamamlanmasıyla, saldırı hangi kişisel değere yönelikse, hak sahibi o değer yönünden toplumda oluşan algı nedeniyle zarara maruz kaldığından, kişilik hakkının ihlalinin oluştuğu aşama bu aşamadır.

Kitle iletişim araçlarının öncelikli amaçları kitlelere ulaşmak olduğundan, hemen hemen her durumda yayın içeriğinin sunumunun hedeflenen kitlenin algılayacağı şekilde gerçekleşeceği varsayılabilir. Dolayısıyla içeriğin alınmasıyla birlikte algılanması da çoğu zaman mümkün olacaktır. Bununla birlikte istisnai varsayımlarda, içeriğin algılanma koşulu önemli hale gelebilecektir. Örneğin, bir kimsenin sadece az sayıdaki belirli kişilerin bildiği kurgusal bir dildeki içeriği bir gazetede yayımlatması ya da dünyanın sadece belirli bir bölgesinde kullanılan ya da o bölgeye özgü bir dilde⁷⁵ televizyonda konuşması halinde, içeriğin alındığı birçok ülkede algılama koşulu gerçekleşmemiş olacaktır. Kuşkusuz, bir ülkedeki toplumda algılanmayan içeriğin, bir uzman tarafından anlaşılabilir kitlelere açıklanması halinde, artık algılanma koşulunun gerçekleşmediğinden bahsedilemeyecektir.

Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkına yönelik saldırı sonucunda içeriğin öğrenildiği her yerde zararın meydana geldiğinin kabul edilmesi ile hem doğrudan hem de dolaylı zarar yerlerinin zarar yeri olarak kabul edilmesi, özellikle internet yayınları bakımından, uyuşmazlığa çoğu zaman davacı ve davalının hiçbir bağlantısının bulunmadığı ya da çok zayıf bağlantısının bulunduğu ülke hukuklarının uygulanması sonucunu doğurabilecek, davacıya kendisine en elverişli hukuku belirleme imkanı sağlayarak adil olmayan sonuçlara yol açabilecektir. Bu nedenle, yayının algılandığı yerde mağdurun korunmaya değer menfaatinin bulunması şartı aranarak ve doğrudan zararın gerçekleştiği yer ya da yerler zarar yeri olarak kabul edilerek, kişilik hakkına yönelik kitle iletişim araçlarıyla gerçekleşen saldırılarda zarar yeri olabilecek yerler sınırlandırılmıştır. Aşağıda zarar yerinin sınırlandırılması

⁷⁵ Kanarya Adalarından La Gomera’da kullanılan kendi gramerine sahip koruma altındaki ıslık dili - Silbo dili - ya da Türkiye’nin Karadeniz bölgesinde kullanılan ıslık dili örnek olarak düşünülebilir. İlaveten, ölü dillerden birinin kullanılması ya da şifrelenmiş dilde bir içerik yayınlanması durumunda da algılanma koşulu gerçekleşmeyebilir.

ile ilgili bu kriterler ile kitle iletişim aracının türüne göre zarar yerinden neresi olduğu konuları ele alınacaktır.

a. Yayının Algılandığı Yerde Mağdurun Korunmaya Değer Menfaati Bulunması Gerekliliği

Bir kimsenin kişisel değerlerinin yayının öğrenildiği bir yerde zarar görmüş olduğundan bahsedebilmek için, söz konusu kimse bakımından o yerde kişisel değerlerin korunmasının önemli olması gerekmektedir. İçeriğin üçüncü kişiler tarafından algılandığı yer ile zararın meydana gelmesi arasındaki sıkı ilişkinin varlığının nedeni, mağdurun o yerde korunmaya değer kişisel değerlere sahip olmasıdır. O zaman, belirsiz sayıda alıcıya yönelik bir yayının alındığı herhangi bir yer, mağdurun o yerde korunmaya değer bir menfaati bulunmaması halinde, ihlal edilen kişilik hakkı ile yayının alındığı yer arasında gerekli bağlantı bulunmadığından, haksız fiilin gerçekleşme yeri olarak kabul edilmeyecektir.⁷⁶ İnternet yoluyla saldırılarda söz konusu olduğu gibi, kişilik hakkını ihlal eden içerik tüm dünyada erişilebilir olsa da, saldırıya uğrayan kimsenin gerçekten tanındığı, hayat ilişkilerinin yoğun olduğu yer veya yerlerde bulunan insanların içeriği öğrenmesiyle kişisel değerlerin zarar görmesi söz konusu olacaktır.

b. Zararın Yerinin Doğrudan Zarar Yeri Olarak Anlaşılması Gerekmesi

Haksız fiilin zarar unsurunun gerçekleştiği ya da failin hukuka aykırı eylemlerinden kaynaklanan zararlı sonuçların meydana geldiği yer zarar yeri olarak tanımlanırken, söz konusu zararın, kişilik hakkına yönelik saldırı nedeniyle meydana gelecek tüm zararlar anlamına gelmediği belirtilmelidir. Bir haksız fiilin işlenmesiyle mağdur birtakım doğrudan ve dolaylı zararlara maruz kalabilmektedir. Zarar yeri ya da zararın meydana geldiği yer, hukuken korunması gereken asıl menfaatin ihlal edildiği yerdir. Buna göre zarar yeri, bir ihlalin doğrudan sonucu olarak

⁷⁶ Castel, s.158.

malvarlığında bir eksilmenin meydana geldiği yer değil, sonuç yeri'dir.⁷⁷ Örneğin, A ülkesinde bir yayın nedeniyle itibarı zarar gören bir kimsenin, bu yayının etkileri nedeniyle B ülkesindeki işini kaybetmesi halinde, A ülkesi doğrudan zarar yeri, B ülkesi dolaylı zarar yeri olarak değerlendirilecektir.

c. Kitle İletişim Aracının Türüne Göre Zarar Yeri

İçeriğin gönderilmesi, alınması, alıcılar tarafından öğrenilmesi kitle iletişim aracının türüne göre aynı anda ya da farklı zamanlarda gerçekleşebildiğinden, tek bir kriter ile tüm kitle iletişim araçları bakımından geçerli olacak şekilde zarar yerinin belirlenmesi mümkün değildir.⁷⁸ Bu nedenle, doktrin ve mahkeme kararları ile gerçek yayın yerinin belirlenmesi için bir takım kriterler ortaya konulmuştur. Aşağıda yazılı basın, radyo ve televizyon ve internet yayınlarıyla kişilik hakkının ihlalinde zarar yerinin neresi olduğu ayrı ayrı tespit edilecektir.

(1) Yazılı Basında Zarar Yeri

Yayımlanan bir basılmış eser ile kişilik hakkının ihlalinde zarar yerinin belirlenmesinde, zarar yerinin dağıtım çevresi ile sınırlı tutulması gerekmektedir. Yayımlanan dağıtıldığı yer, yayının üçüncü kişilerin bilgisi kapsamına geldiği ve kişinin şöhretinin zarara uğramasından sorumlu olunan yerdir İlgili bölümde değindiğimiz üzere, dağıtımın söz konusu olabilmesi için yayımcının belirli bir çevrede yayımlama iradesinin bulunması ve sürecin yayımcı tarafından yönetilmesi gereklidir. Buna göre, yayımcının iradesiyle dağıtımın gerçekleştiği bir ülkeden bazı nüshaların alınarak başka bir ülkedeki okuyuculara dağıtılması halinde, o ülkede dağıtımın gerçekleştiği ileri sürülemeyecektir. Dolayısıyla, örneğin, A ülkesinde dağıtılmış bir gazeteyi satın alan bir okurun, gazetenin dağıtılmadığı B ülkesine giderek, orada yaşayan arkadaşına yanında getirdiği gazeteyi vermesi dağıtım olarak

⁷⁷ Turhan, İka Yeri Kuralı, s.170-171; Zarar yeri teriminin haksız fiil alanında içerdiği anlama ve sonuç yeri ile eş anlamlı olarak kullanıldığına ilişkin bkz. Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.85, dn.28; Haksız fiil hukukunu belirleyen zararın, haksız fiil meydana geldiği anda hasıl olan zarar olduğu, bu zararın manevi zarar değil maddi zarar, kar mahrumiyeti değil fiili zarar, dolaylı veya yansıma zarar değil, doğrudan zarar, müstakbel veya muhtemel zarar değil mevcut zarar olduğu yönünden bkz. Nomer, s.361.

⁷⁸ Comparative Study, Final Report, s.98.

kabul edilmeyeceğinden, B ülkesinin zarar yeri olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.

Dağıtım çevresi içinde alıcılar tarafından içeriğin öğrenildiği yer zarar yeri olarak kabul edildiğine göre, bir gazetenin farklı yargı çevrelerinde dağıtılmış ve içeriğinin öğrenilmiş olması halinde, gazetenin dağıtıldığı ve içeriğin algılandığı her yerde ayrı ayrı kişilik hakkı ihlalinin meydana geldiği, ihlalin gerçekleştiği her yerin ayrı ayrı zarar yeri olduğu kabul edilecektir.⁷⁹

(2) Radyo ve Televizyon Yayınlarında Zarar Yeri

Radyo ve televizyon yayıncılığında, belirli frekanslar aracılığıyla gönderilen yayının izleyici ve dinleyiciler tarafından belirli ülkelerden alınması ile yayın gerçekleşmektedir. Yazılı basında zarar yeri tespit edilirken, içeriğin belli bir yerde öğrenilmiş olup olmadığının belirlenmesinde, o yerdeki gazete satışları gösterge olarak kabul edilebilirken, radyo ve televizyon yayıncılığında öğrenme koşulunun sağlanmış olup olmadığının tespiti imkanı bulunmamaktadır. Diğer yandan, radyo ve televizyon yayıncılığının teknik özellikleri nedeniyle yayının gönderilmesi ile alınması eş zamanlı gerçekleşmekte, alıcıların içeriği almak için televizyon ya da radyolarını açmak dışında aktif bir eylemlerine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu özelliklerinden dolayı, radyo ve televizyon yayınlarında yayının alındığı yer aynı zamanda içeriğin öğrenildiği yer olarak kabul edildiğinden, yayının alınma yeri zarar yeridir.⁸⁰

Uydu yayıncılığındaki taşma (overspill)⁸¹ durumunda olduğu gibi, yayıncının yayın iradesi bulunmaksızın yayın içeriğinin bir yerden alınması halinde, yazılı

⁷⁹ Christie s.1; Castel, s.164; s.86; Posada, s. 256.

⁸⁰Kaplan, s.202; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.86.

⁸¹ Uydu yayınlarını da kapsayan sinyal teslim sözleşmelerinde, televizyon sinyalinin yayınlanacağı bölge belirlenmektedir. Uydunun kapsama alanı, sözleşme ile belirlenen bölgelerin dışına taşıdığına, taşma ya da overspill denilen durum oluşmaktadır. Bu durumda, örneğin A ülkesinde gösterimi için lisans verilmiş bir içeriğin, A ülkesine komşu bazı ülkelerde de izlenebilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu sorun şifreleme yöntemleriyle giderilmeye çalışılmaktadır. Ali Osman Özdilek:

basında benimsenen ilkeler burada da geçerli olmalı ve yayıncının yayınlama iradesinin bulunmadığı ve kontrolü dışında gerçekleşen yayınlarla ilgili sorumluluğunun bulunmadığı kabul edilmelidir.

Yayının alındığı yer zarar yeri olarak kabul edildiğine göre, yayının birden fazla ülkeden alınması halinde, yayının alındığı her yerin zarar yeri olarak kabul edilmesini gerektirmektedir. Radyo ve televizyon yayınları, yazılı basına nazaran çok daha geniş kapsamlı alıcılara ulaşabildiğinden, yayının birçok ülkeden alınması halinde, yayının alındığı her yerin zarar yeri olarak kabul edilmesinin, ilgisiz yerlerin zarar yeri olarak tespit edilmesine yol açma riski vardır. Özellikle uydu yayınları⁸² söz konusu olduğunda bu riskin gerçekleşme olasılığı çok daha yüksektir. Mağdurun yayının alındığı yerde korunmaya değer bir menfaati bulunması kriteri, zarar yerlerini sınırlandıracaktır.

Radyo ve televizyon aracılığıyla kişilik hakkının ihlalinde yayının alındığı yerin zarar yeri olduğu mahkeme kararları ile de pekiştirilmiştir. Kanada mahkemeleri tarafından karara bağlanmış Jenner v. Sun Oil Co.⁸³ davası, radyo ve televizyon yayınlarıyla ilgili öncü davalardan biridir. Ontario’da (Kanada) yaşayan ve çalışan davacının ABD’nin New York eyaletinde kurulu bir radyo istasyonunun (National Broadcasting Co.) yayınının kişilik hakkını ihlal ettiği iddiasıyla Ontario’da dava açması üzerine davalılar, davanın tamamen Ontario’da gerçekleşen bir haksız fiile dayalı olmadığını ve Ontario’nun forum conveniens olmadığını ileri sürmüşlerdir. Mahkeme bu iddiaları reddederek, radyo yayınlarının dinlenilsin diye yapıldığını, İngilizce radyo yayını yapanların, İngilizce yayını alan çok sayıda kişi tarafından dinlenmesini amaçladığının varsayılabileceğini belirtmiştir. Ayrıca mahkeme, dava konusunda olduğu gibi reklam amaçlı yayın yapanların,

“Sinyal Teslim Sözleşmeleri”. (Çevrimiçi) http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_296.htm, 23.03.2014.

⁸² Ses ve görüntü taşıyıcı sinyallerin uyduya gönderilmesi ile başlayan uydu yayınları, uyduya gönderilen ses ve görüntü taşıyıcı sinyallerin hertz dalgaları yardımıyla çeşitli ülkelerde bulunan alıcılara ulaşması ile sona erer. Uydudan gönderilen sinyallerin yer istasyonunda alındığı yer (downlink) yani yayının alıcılara ulaştığı yer ise zarar yeridir. Akipek, Dardağan, s.123.

⁸³ Jenner v. Sun Oil Co. (1952), [1952] 2 D.L.R. 526 at 535.

programlarının mümkün olduğunca fazla kişiye ulaşmasını amaçladıklarını, radyo yayınlarının tek taraflı bir işlem olmadığını, bir mesaj iletisi olduğunu vurgulayarak haksız fiilin Ontario’da işlendiğini karara bağlamıştır.⁸⁴

Bahama Başbakanının kişilik hakkını ihlal ettiği iddia edilen televizyon yayınına ilişkin Pindling v. National Broadcasting Corp.⁸⁵ davasında da Jenner v. Sun Oil Co. davasındaki yaklaşım sergilenmiştir. Amerika’dan gönderilmekte olan yayın ya Amerikan televizyon istasyonu aracılığıyla doğrudan, ya da davalıya ait kablolu televizyon ve uydu televizyon yayın operatörleri tarafından alınıp yönlendirilerek dolaylı olarak Ontario’da da alınmaktadır. Yayının Ontario’da alınmasıyla ilgili Jenner v. Sun Oil Co. davasındaki tespitler burada da tekrarlanmıştır.⁸⁶ Gorton v. Australian Broadcasting Commission davasında mahkeme, programın yapıldığı stüdyo neresi olursa olsun, izlendiği her yerde yayının gerçekleştiğini ve dolayısıyla haksız fiilin meydana geldiğine hükmetmiştir.⁸⁷

(3) İnternet Yayınlarında Zarar Yeri

Yazılı basında yayım yeri, radyo ve televizyon yayınlarında yayın yeri olarak anılan zarar yeri, internet yayınlarında erişim yeri olarak adlandırılmaktadır. İnternet yayınlarında zarar yeri, içeriğin bilgisayara indirildiği veya alındığı, başka bir deyişle içeriğe erişilen yerdir.⁸⁸ İçeriğe erişilmesi ile kişilik hakkının ihlali

⁸⁴ Castel. s.156.

⁸⁵ Pindling v. National Broadcasting Corp. (1984), 14 D.L.R. (4th) 391 (Ont. H.C.)

⁸⁶ Castel. s.157.

⁸⁷ Gorton v. Australian Broadcasting Commission 22 FLR, 181 (1974), Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.87.

⁸⁸ Alex Mills: “The Law Applicable to Cross-Border Defamation on Social Media: Whose law governs free speech in ‘Facebookistan’?”, **Journal of Media Law**, Vol.7, Issue 1, 2015, s.17. (Çevrimiçi) <https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/394296249.pdf>, 23.05.2016. (Kıs: The Law Applicable to Cross-Border Defamation); Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.173; Dünyanın herhangi bir yerinden internete erişilebilir olması, her yerin zarar yeri olarak kabulüne imkan vermez. Zarar yerinin tespitinde belirleyici olan içeriğin erişilebilir olması değil, erişimin gerçekleşmesidir. Uyanık Çavuşoğlu, s.987; Örneğin A ülkesinde hazırlanmış bir içeriğin B ülkesinde scanner ile taranarak internete konması halinde fiil yeri B ülkesidir. Fiilen bu eserin C, D ve E ülkelerinde hafızaya alınması durumunda, bu ülkeler sonuç yeridir. Başka bir deyişle içeriğe bireysel kullanıcılar tarafından ulaşıldığı yer sonuç yeri olarak tespit edilir. Akipek, Dardağan, s.127.

gerçekleşmektedir. Bir kimsenin kişisel bloguna başka bir kimse hakkında küçük düşürücü bir içerik yüklemesi halinde, üçüncü kişiler tarafından bu içeriğe erişilmesi halinde kişilik hakkının ihlali gerçekleşecektir. Bundan dolayı, zarar yeri, içerikten zarar gören kişinin bulunduğu yer olarak da ifade edilmektedir⁸⁹ ki bu yer kimi zaman zarar görenin mutad meskeni veya ikametgahı ile örtüşebilecektir.⁹⁰

Yukarıda bahsedilen, uydu yayınlarında taşma sonucu yayıncının amaçlamadığı yerlerde de yayının alınmasının yarattığı sorun, internet yayınlarında tüm dünyayı kapsar şekilde ortaya çıkmaktadır. Zarar yerinin belirlenmesinde yayın yeri kuralının uygulanması, internet içeriğine erişilen her yerin zarar yeri olarak belirlenmesini gerektirir. Ancak, genel kuralın tatbiki ile erişimin zarar yerini belirleyen tek kriter olması, teorik olarak dünyadaki her yerin zarar yeri olarak kabulü sonucunu doğuracaktır ki bu kabul edilebilir bir sonuç değildir. Kuşkusuz yayıncının içeriğe tüm dünyada erişilebileceğini bilmediği ileri sürülemez. Ancak, amacının, kontrol edemeyeceği lokasyonları kapsar şekilde, içeriğe tüm dünyada erişilmesi olduğu da söylenemez.⁹¹ Uygulanacak hukukun tespitinde yayının alındığı her yerin hakkın ihlal edildiği yer olarak kabul edilerek hareket edilmesi, özellikle internet yayınları bakımından davacıların forum shopping girişimlerine elverişli zemin hazırlayacaktır.⁹² Böyle bir uygulama olayla ve taraflarla bağlantısı bulunmayan bir hukukun uygulanması sonucunu doğurur ki bu milletlerarası özel hukukun hakkaniyetine aykırıdır. Bu nedenlerle, internet yayınlarında zarar yerinin bazı sınırlamalara tabi tutularak tespit edilmesi gerekmektedir. Bu konuda kişilik hakkı ihlal edilen kişi veya kişilerin tespitinden hareket edilmesi gerektiği ve hakkı ihlal edilenlerin belirli olduğu durumda, zarar yeri olarak bu kişilerin buldukları yer hukukunun uygulanması gerektiği savunulmaktadır.⁹³

⁸⁹ Hatice Özdemir Kocasakal: “İnternet Aracılığıyla Kurulan Uluslararası Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi”, Prof. Dr. Fehiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 2003, s.645.

⁹⁰ Uyanık Çavuşoğlu, s.984; Comparative Study, Final Report, s.98.

⁹¹ Svantesson, Place Of Wrong, s.174.

⁹² Svantesson, Place Of Wrong, s.165.

⁹³ Özdemir Kocasakal, s.646.

İnternetle yapılan yayınlarda, erişimin gerçekleştiği, zarar yeri olarak kabul edilebilecek “her yerin” somut olayın özelliklerine uygun olarak daraltılması için uygulamada hedefleme testi ya da yönelim teorisi olarak adlandırılan yöntem kullanılmaktadır. Hedefleme testi ya da yönelim teorisi uyarınca, içeriğin yer aldığı websitesinin dili ve güncelliği, yapısı, websitesi üzerinden satış yapılıyorsa ödeme gerçekleştirmek için kullanılan para birimi, kdv aralığı, satılan ürünlerin o ülkede teslimi olasılığı, içeriğin yer aldığı makalenin konusunun güncelliği ve dili gibi bazı kriterler kullanılması önerilmektedir.⁹⁴

Çeşitli yöntem ve uygulamalarla zarar yeri duruma göre tek bir ülke ile sınırlı olarak tespit edilebilecekse de, zararın gerçekten birden fazla ülkede ortaya çıkması durumunda, bu hususun davacı tarafından ispatlanmasıyla, uyuşmazlığa birden fazla hukukun uygulanması söz konusu olabilecektir.

5. Üçüncü Kişilerce Algılanan Yayın İçeriğinin Bir Takım Sonuçlara Neden Olması

Çoğu durumda, kişilik hakkına saldırı teşkil eden içeriğin üçüncü kişilerce öğrenilmesiyle hakkın ihlal edildiği yerde zarar meydana gelmekte ve böylece yayının öğrenildiği yer ile zarar yeri örtüşmektedir. Ancak bazı hallerde, bu ilk zarardan sonra ve ilk zararla bağlantılı olarak, bu yer dışındaki başka yerlerde de mağdurun fiilen ölçülebilen birtakım ilave zararlı sonuçlara maruz kalması söz konusu olabilmektedir.⁹⁵ Örneğin ünlü bir aktörün eşine fiziksel şiddet uyguladığını iddia eden bir haber, kuşkusuz toplum nezdinde aktörün itibarını sarsacaktır. İlerleyen zamanlarda söz konusu aktörün bu haberin etkisiyle, çalıştığı işten

⁹⁴ Lenka Karbanová: “Lex Locı Damni Infecti - Applicability To Non-Contractual Obligations In Cyberspace in the Jurisprudence Of French Courts”, **Masaryk University Journal of Law and Technology**, Vol. 5:1, 2011, s.52, dn.5’te yer verilen Courd’ appel de Paris, 4ème chambre, section A, 26 April 2006, Fernard S., Normalu/Acet. (Çevrimiçi) http://mujlt.law.muni.cz/storage/1327951050_sb_05-karbanova.pdf, 02.02.2015; İnternet üzerinde işlenen haksız fiillerde, fail hukuka aykırı içeriğe dünyanın herhangi bir yerinden ulaşabileceğini ve zarar doğabileceğini peşinen bildiğinden, uygulanacak hukukun fail tarafından önceden bilinmemesini, hukuki kesinlik ve güvenliğin sağlanması açısından sorun olarak görmeyen görüş için bkz. Uyanık Çavuşoğlu, s.986.

⁹⁵ Castel, s.164.

kovulması, sözleşmelerinin feshedilmesi, yeni iş teklifleri alamaması, çeşitli yöntemlerle aşağılanması gibi sonuçlar da meydana gelebilecektir. Beşinci aşama, saldırının sonucu olarak zarar verici bir grup olayın gerçekleşmesine ilişkindir.⁹⁶ Kişilik hakkının ihlal edilmesinden sonra bu ihlale bağlı olarak meydana gelen sonuçlara, başka bir deyişle dolaylı zararlara odaklanmak, uygulanacak hukuk ve yargı yetkisinin belirlenmesinde mağdura çok geniş ölçüde imkanlar sağlayabileceğinden ve forum shopping uygulamalarına zemin hazırlayabileceğinden, dolaylı zararların gerçekleşme yeri uygun bağlama noktası olarak değerlendirilmemektedir.⁹⁷

6. Yayın İçeriğinin Sonuçlarının Etkilerinin Mağdur Tarafından Hissedilmesi

Altıncı aşamaya, mağdurun saldırının en güçlü etkilerine mutad meskeninin bulunduğu yerde maruz kalacağı varsayımı nedeniyle yer verilmiştir. Mağdurun yayın içeriğinin sonuçlarının etkilerini hissettiği yer, genellikle mutad meskeninin bulunduğu yer ile örtüşmektedir. Ancak bu örtüşmenin her zaman gerçekleşeceğinden bahsedilemez; zira bir ülkede mutad meskeni bulunan bir kimsenin, bu ülkede değil başka bir ülkede tanınmış olması mümkündür. Diğer yandan, davacının, ekonomik durumunun bozulması, duygusal olarak çöküntüye uğraması gibi, kişilik hakkının ihlalinin sonuçlarının etkilerini hissettiği yer ve zamana ilişkin olan bu aşamada, yayın içeriğinin sonuçlarının etkilerinin mağdur tarafından hissedilmesi, mağdurun bulunduğu yerde gerçekleşeceğinden, mağdurun bulunduğu yeri değiştirmesi halinde zararlı etkileri hissettiği yer de değişecektir.⁹⁸

D. Değerlendirmeler

Fiil ve zarar yerinin tespitinde, yukarıda belirtilen yayının altı aşaması nazara alındığında, içeriğin gönderilmesine ilişkin ikinci aşamanın fiil yeri, gönderilen

⁹⁶ Svantesson, Place Of Wrong, s.167.

⁹⁷ Svantesson, Place Of Wrong, s.167.

⁹⁸ Svantesson, Place Of Wrong, s.161.

içeriğin üçüncü kişilerce alınarak öğrenildiği ve anlaşıldığı üçüncü ve dördüncü aşamaların birlikte zarar yeri olarak belirlenebileceği görülmektedir.⁹⁹ Ancak, kitle iletişim araçlarının özelliklerine göre, bazı aşamaların aynı anda gerçekleşmiş ya da iç içe geçmiş olması da mümkündür. Yayının üçüncü kişilere gönderilmesi ile içeriğin üçüncü kişilerce alınması ve öğrenilmesi yer ve zaman olarak örtüşebileceği gibi farklılık da gösterebilecektir.

Yayıncı tarafından yer ve zamanı belirlenerek gerçekleştirilen tek taraflı eylemden oluşan içeriğin gönderilmesi aşamasında, hazırlık aşamasında olduğu gibi, hakimiyet yayıncıdadır. Bir yayıncının her zaman kendisi için elverişli bir hukuk düzenini seçerek yayını buradan gerçekleştirmesi yüksek bir olasılıktır.¹⁰⁰ İnternet yayınlarında herhangi bir içeriğin gönderilmesi, diğer kitle iletişim araçlarına göre çok daha kolaydır. İnternet bağlantısı olan her yerde içeriğin yüklenebilmesi, yükleme yerinin tesadüfi bir yer olabilmesi sonucunu da doğurmaktadır.¹⁰¹ Dolayısıyla internetle gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlallerinde, yükleyenin kendi lehine uygun koşullar sağlayacak forumu seçmek konusunda daha da özgür olduğu ve bunun neticesinde fiil yerinin somut bir uyuşmazlıkla tamamen bağlantısız, ilgisiz bir yer olabileceği açıktır. Uygulanacak hukukun fiil yerine göre belirlendiği hallerde, fiil yeri kriterinin tek başına kullanılmasının belirtilen sakıncası göz önünde bulundurulmalıdır.

İçeriğin öğrenildiği yer ya da zarar yeri, uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından uygun bir bağlama noktası olarak değerlendirilmektedir. Yayının hazırlık ve üçüncü kişilere gönderilmesi aşamalarında tamamen belirleyici olabilen yayıncının üçüncü aşamada zayıflayan etkisi, zararın gerçekleşmesi aşamasında özellikle internet yayınları bakımından tamamen ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle, yayıncının denetleyemediği, kontrol sağlayamadığı bir sürece ilişkin olan zarar

⁹⁹ Yayının dağıtıldığı yer, yayının üçüncü kişilerin bilgisi kapsamına geldiği ve yayıncının kişinin itibarının zarara uğramasından sorumlu olduğu yer olarak da tanımlanmaktadır. Comparative Study, Final Report, s.23.

¹⁰⁰ Svantesson, Place Of Wrong, s.161-165.

¹⁰¹ Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.172.

yerine odaklanmanın yayıncı açısından adaletsiz olacağı gerekçesiyle, zarar yerinin bağlama noktası olarak kabul edilmesi eleştirilmektedir.¹⁰²

Bununla birlikte, daha önce de belirttiğimiz gibi, zarar yerinin belirlenmesinde zarar yerinin dağıtım çevresi ile sınırlı tutulması gerekliliği, en azından basılmış eserler ve radyo ve televizyon yayınları ile kişilik hakkını ihlal eden yayıncı bakımından söz konusu olabilecek endişeleri ortadan kaldıracaktır. Bu durumda, zarar yerinin tespitinde, yayıncının belirlediği yerlerde dağıtılan yayının alınması ve üçüncü kişiler tarafından öğrenilerek mağdurun kişilik hakkının zarar görmesinin, yukarıda izah edilen yayının üçüncü ve dördüncü aşamalarının, aynı yerde gerçekleşmesi aranacaktır. Nitekim ABAD, Shevill and Others v Presse Alliance SA kararında, uluslararası alanda basın yoluyla kişilik hakkının ihlalinde, şeref ve haysiyeti ihlal edici nitelikteki yayın nedeniyle bir kimsenin kişilik hakkına yönelik zararın, mağdurun bu yerlerde tanınması kaydıyla, yayının dağıtıldığı yerlerde meydana geldiğine hükmetmiştir.¹⁰³

¹⁰² Svantesson, Place Of Wrong, s.167.

¹⁰³ Case C-68/93 Fiona Shevill, IxoraTrading Inc.,Chequepoint SARL and Chequepoint International Ltd v Presse Alliance SA, [1995] ECR I-415, Par. 29.

İKİNCİ BÖLÜM

KİŞİLİK HAKKI İLE İLGİLİ BAĞLAMA KURALLARI

I. Kişilik Hakkının İhlalinden Doğan Sorumluluğa Uygulanacak Hukuka İlişkin Düzenlemeler

A. Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkının İhlalinden Doğan Sorumluluğa Uygulanacak Hukuka İlişkin Düzenlemeler

1. Genel Olarak

Türk hukukunda kişilik hakkının kitle iletişim araçları ile ihlalinde sorumluluğa uygulanacak hukuk 5718 sayılı MÖHUK'un 35. maddesi ile düzenlenmiştir. Kitle iletişim araçları kullanılmadan kişilik hakkının ihlalinde sorumluluğa uygulanacak hukuk ise haksız fiilden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk hakkında genel hüküm niteliğindeki MÖHUK m.34 ile belirlenecektir. 5718 sayılı MÖHUK'un bu düzenlemeleri, kaynak İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku Hakkında Federal Kanunun düzenlemeleriyle, bazı farklılıklar olsa da, paraleldir.

5718 sayılı MÖHUK'un 12.12.2007 tarihinde yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kaldırılan 20.05.1982 tarihli ve 2675 sayılı MÖHUK'un uygulandığı dönemde, haksız fiilden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuka ilişkin 25. madde, kişilik hakkının ihlali dahil tüm haksız fiil tipleri bakımından tatbik edilmekteydi. Mezkur 25. madde uyarınca, haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği yer hukukuna tabidir. Fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde ise zararın meydana geldiği yer hukuku uygulanır. Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha yakın irtibatlı olması halinde, daha sıkı irtibata sahip olan ülke hukukunun uygulanabileceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalinin tipik özelliği olan fiil ve zararın farklı yerlerde meydana gelmesi durumunda, başka bir deyişle mesafeli haksız fiillerde, zarar yeri bağlama noktası olarak belirlenmiştir. Kişilik hakkının ihlalinden doğan sorumluluğun başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması durumunda, daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması, hükümdeki "uygulanabilir" ibaresinden anlaşıldığı üzere, mahkemenin takdirine bağlı olarak söz konusu olabilecektir. Mülga 25. maddenin, pratikte zarar yeri hukukunun uygulanması sonucunu veren

düzenlemesinin açıkça mağdur lehine bir düzenleme olduğunu söylemek mümkündür.

Akit dışı borç ilişkilerinin tümünün genel bir bağlama kuralına tabi tutulduğu sistem 5718 sayılı MÖHUK ile terk edilmiştir. 5718 sayılı MÖHUK 34. maddesinde haksız fiillere ilişkin genel bir kanunlar ihtilafı kuralına yer vermiş, genel hüküm niteliğindeki 34. madde yanında, dört özel haksız fiil türü için ayrı ayrı bağlama kuralları kabul etmiştir. 5718 sayılı MÖHUK'un 35. maddesi ile kişilik haklarının ihlalinde sorumluluk, 36. maddesi ile imalatçının sözleşme dışı sorumluluğu, 37. maddesi ile haksız rekabet ve 38. maddesi ile rekabetin engellenmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları düzenlenmektedir.¹ MÖHUK'un hakkında ayrı bağlama kuralı kabul ettiği dört özel haksız fiil türü dışında kalan ve ayrıca düzenlemeye konu edilmeyen haksız fiiller bakımından, haksız fiillere ilişkin genel kural (MÖHUK m.34) uygulanacaktır.²

2675 sayılı MÖHUK'un yürürlükte olduğu dönemde, kişilik hakkının ihlalden doğan taleplere uygulanacak hukuk, kişilik hakkı ihlalinin haksız fiil olarak vasıflandırılması sonucu, mülga kanununun 25. maddesinde düzenlenmiş haksız fiillere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralına göre belirlenmekteydi. 5718 sayılı MÖHUK'un 35. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, genel haksız fiil kuralı, belirsiz sayıda alıcı karşısında teknik araçlarla çok yaygın bilgilendirme yoluyla kişilik hakkının ihlali söz konusu olduğunda yetersiz kalmaktaydı. Haksız fiillerle ilgili kuralın yetersiz kalması nedeniyle konuyla ilgili özel bir kurala ihtiyaç

¹ Haksız fiillerle ilgili yeni bağlama kurallarının İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'ndan esinlenilerek oluşturulduğu ve her iki hukukta yer alan özel hükümlerin içeriklerinin birbiriyle oldukça benzer olduğu yönünde bkz. Tiryakioğlu, s.211; Daniel Girsberger: "İsviçre'de Durum: Swiss Private International Law Act compared to the new Turkish Act", **Avrupa'da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri**, Koç Üniversitesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.63; Özel, Uygulanacak Hukuk, s.225; Tekinalp, Uyanık, s.364.

² Tiryakioğlu, 212.

duyulmuş ve kişilik hakkının internet dahil tüm kitle iletişim araçları ile ihlali halinde uygulanacak hukuku düzenleyen 35. madde kabul edilmiştir.³

MÖHUK'un kişilik hakkına ilişkin 35. maddesinin başlığı "kişilik haklarının ihlalinde sorumluluk" olarak belirlenmiş olsa da, hükmün açık ifadesinden de söz konusu özel düzenlemenin, kişilik hakkı ihlalinin kitle iletişim araçlarından herhangi biri ile gerçekleştirildiği hallerde uygulama alanı bulacağı anlaşılmaktadır. Kitle iletişim araçları kullanılmadan gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerinde ise uygulanacak hukuk, yukarıda da değindiğimiz gibi, MÖHUK m.34 uyarınca tespit edilecektir.⁴ 35. maddenin gerekçesinde yer verilen "belirsiz sayıda alıcı karşısında teknik araçlarla çok yaygın bilgilendirme" ifadesinden, özel hükmün uygulanması için ihlalin kitle iletişim araçlarından herhangi biri aracılığıyla gerçekleştirilmesi yanında, kamuya açık ve kamuya yönelik şekilde gerçekleşmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Kitle iletişim aracı ile gerçekleşmiş ihlalin söz konusu olabilmesi için, yukarıda bahsedilen, ihlalin kamuya açık ve kamuya yönelik şekilde gerçekleşmesi gerekliliği nedeniyle, ihlal gerçekleşirken sadece kitle iletişim aracının kullanılmış olması, özel hükmün uygulanması sonucunu doğurmayacaktır. Örneğin, internet aracılığıyla gerçekleştirilmekle birlikte, özel e-posta hesabına gönderilerek sadece muhatabına ulaşan içeriğin neden olduğu ihlallerde, içerik kamuya açık olmadığından uygulanacak hukuk yine haksız fiillere ilişkin 34. madde uyarınca belirlenecektir.⁵

Gazetede, televizyonda, internet ortamında bir haber sitesinde veya bir blogda ya da facebook sayfasında yer alan içerik nedeniyle gerçekleşen kişilik hakkı ihlali, özel hükmün kapsamındadır. Kitle iletişim hukuku kapsamındaki yayınlar gibi habercilik vasfı taşımayan, örneğin kişisel bir websitesinde yer alan içerikle kişilik

³ MÖHUK m. 35 gerekçesi.

⁴ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s.314; Tekinalp, Uyanık, s.364; Tiryakioğlu, 212; Özel, Uygulanacak Hukuk, s.225.

⁵ Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s.314; Özel, Uygulanacak Hukuk, s.225.

hakkının ihlal edilmesi durumunda da MÖHUK m.35 uygulanacaktır. Aradaki fark, birinci konumdaki davalının basın ya da radyo ve televizyon yayıncılarının yararlanabileceği imtiyazlar ve savunma imkanlarından yararlanabilecek olmasına karşın, ikinci konumda olan davalının bu imkanlara sahip olmamasında ortaya çıkar. Dolayısıyla bu konu milletlerarası özel hukuk kurallarının ve 35. maddenin uygulanması bakımından bir etkiye sahip olmayıp, 35. maddenin intabiki ile davanın esasına uygulanacak hukukun meselesidir. Uyuşmazlığın tabii olacağı hukukun çatışan kişilik hakkı ile ifade özgürlüğünü ne şekilde dengelediğine bağlı olarak konuyla ilgili bir sonuca varılacaktır.

5718 sayılı MÖHUK'un kişilik haklarının ihlalinde sorumluluğa ilişkin özel düzenlemesi, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanununun 139. maddesinden alınmıştır.⁶ Madde 139. madde, sadece kitle iletişim araçları ile gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerini kapsamaktadır. İsviçre hukukunda da, kitle iletişim araçları ile gerçekleşen ihlaller özel hükmün kapsamında yer alırken, kişilik hakkının kitle iletişim araçlarıyla ihlal edilmediği durumlarda, uygulanacak hukuk akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkında genel bağlama kuralına göre tespit edilmektedir.

MÖHUK'un 35. maddesi ile kaynak İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku Hakkında Federal Kanununun 139. maddesinde düzenlenmiş kişilik hakkının ihlalinde sorumluluğa uygulanacak hukukla ilgili bağlama kurallarına, bu kurallar aşağıda ilgili bölümde detaylı şekilde inceleneceğinden, tekrardan kaçınmak amacıyla burada yer verilmemiştir. Çalışmada farklı bölümlerde değişik hukuk düzenlerine ait bağlama kurallarına yer verilirken, özel bağlama kuralına sahip olan ülkelerin sadece konuyla ilgili bağlama kuralları incelenmiş, özel bağlama kuralına sahip olmayan ülkelerde, kişilik hakkının ihlalinden doğan sorumluluğa haksız fiille ilgili bağlama kuralları uygulanmakta olduğundan, haksız fiille ilgili bağlama kuralları ele alınmıştır. Türk ve İsviçre hukuklarında kişilik hakkı ile ilgili özel

⁶Çelikel, Erdem, s.453; Özel, Uygulanacak Hukuk, s.225; Tekinalp, Uyanık, s.364.

bağlama kuralı mevcut olduğundan, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde Türk ve İsviçre hukuklarının haksız fiillerle ilgili bağlama kurallarına değinilmeyecektir. Ancak kitle iletişim araçlarıyla gerçekleşmeyen ihlallerden doğan sorumlulukla ilgili haksız fiillerle ilgili bağlama kuralları uygulandığından, konu bütünlüğünün sağlanması amacıyla, çalışmanın sadece bu bölümünde Türk ve İsviçre hukukları bakımından ilgili düzenlemelere kısaca yer verilecektir.

2. Türk ve İsviçre Hukuklarında Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğa Uygulanacak Hukuk

Türk hukukunda, kitle iletişim araçları kullanılmadan veya kamuya açık ve yönelik olmaksızın gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlallerine uygulanacak hukuk, daha önce de belirttiğimiz gibi, haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin MÖHUK m.34'e göre belirlenmektedir.⁷ Başka ülkede yerleşik birine hakaret içeren bir mektup gönderilmesi veya bir telefon görüşmesinde hakaret edilmesi gibi hallerde, 34. madde uygulanacaktır.

MÖHUK'un 34. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarının, mülga MÖHUK m.25 ile aynı olduğu görülmektedir. Maddenin birinci fıkrasında, haksız fiilden doğan borçların haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tabi olduğu belirtilerek, birçok hukuk düzeninde haksız fiillerle ilgili düzenlemelerde kabul edilmiş ika yeri kuralı (lex loci delicti) ana kural olarak kabul edilmiştir.⁸ İkinci fıkrada, haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği ülke hukukunun (lex loci damni) uygulanacağı belirtilerek, mesafeli haksız fiillerde zarar yeri hukukunun uygulanması tercih edilmiştir.⁹ Haksız fiilden

⁷ Özel, Uygulanacak Hukuk, s.225.Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s.314; Tekinalp, Uyanık, s.364.

⁸ Almanya'da Alman uyruklu davacıya ait kamyonu çarparak zarara neden olan davalı şirket aleyhine Türk mahkemelerinde açılan davada Türk hukukunun uygulanması Yargıtay tarafından hukuka uygun bulunduğu davada, karşı oy yazısında, haklı olarak, haksız fiilin yabancılik unsuru taşıdığı ve haksız fiilin ika yeri olan Alman hukukunun uygulanmasının gerektiği belirtilmiştir (Y.19.HD 16.11.1995 tarihli,1995/2452E-1995/9769K. sayılı karar). Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s.309, dn.489.

⁹ MÖHUK m.34'ün birinci fıkrasında haksız fiilin işlendiği ülke hukuku ve ikinci fıkrasında zararın meydana geldiği ülke hukukunun bağlama noktası olarak sunulmasına karşın, haksız fiilin işlendiği ülke hukukunun uygulanabilmesi için zararın da haksız fiilin işlendiği ülkede meydana gelmesi şartı bulunduğundan, birinci fıkrada yer verilen bağlama noktasına hiç yer verilmemiş olması durumunda

doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde ise maddenin üçüncü fıkrası ile haksız fiilin işlendiği yer hukuku ve zarar yeri hukukuna nazaran daha sıkı ilişkili hukuka üstünlük tanınarak, daha sıkı ilişkili ülkenin hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür. Görüldüğü gibi, mülga MÖHUK m.25/2 ile daha sıkı ilişkili hukuku uygulamak mahkemenin takdirine bırakılmışken, 5718 sayılı MÖHUK daha sıkı ilişkili ülke hukukunun uygulanmasını bir yükümlülük olarak öngörmektedir.¹⁰ Ayrıca, maddenin beşinci fıkrası ile haksız fiilin meydana gelmesinden sonraki zaman diliminde ve açıkça olmak şartlarıyla, taraflara uygulanacak hukuku seçme imkanı verilmiştir (m.34/5).¹¹

İsviçre hukukunda da, kitle iletişim araçları kullanılmadan gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlallerine uygulanacak hukuk, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Federal Kanunun (IPRG) akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukukla ilgili genel nitelikli hükümlerine, 132. ve 133. maddelere göre belirlenmektedir. 132.

da, şu anki hukuki durumda bir değişiklik olmayacağı yönünde bkz.Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s.310-311; Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalinde zarar yerinin tespiti, manevi zararın lokalize edilmesinin zorluğu nedeniyle kolay değildir. Diğer haksız fiiller bakımından da zarar yerinin tespiti tartışma konusu olabilmektedir. Y.11 HD'nin 2004/5829E.-2005/2562K. Sayılı ve 21.03.2005 tarihli kararına konu olan olayda, Türkiye'de gerçekleşen bir haksız fiil nedeniyle vefat eden sigortalının hak sahiplerine ödemeler yapan davacı sigorta şirketinin, zarara neden olan kişilerden tazminatın rücu tahsilamacısıyla açtığı davada yerel mahkeme, sigortalının hak sahiplerine yapılan ödemelerin Avusturya'da gerçekleştirildiği gerekçesiyle zarar yeri hukuku olarak Avusturya hukukunu uygulamıştır. Yargıtay, haksız fiilin Türkiye'de gerçekleştiğini ve haksız fiil mağdurunun Türkiye'de vefat ettiğini gerekçe göstererek, zararın meydana geldiği yer olarak Avusturya'nın kabul edilmesinin mümkün olmadığı ve Türk hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır. Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s.311, dn.496.

¹⁰Çelikel, Erdem, s.448; Tiryakioğlu, Genel Olarak Haksız Fiiller, 213; Y.10.HD'nin 1994/2751E.-1997-5439K. sayılı ve 10.07.1997 tarihli kararında, Rusya'da meydana gelen haksız fiil nedeniyle, Türk vatandaşı olan mağdur tarafından Rus vatandaşı olan davalı aleyhine Türk mahkemelerinde açıldığında ika yeri olan Rus kanunlarının uygulanması gerektiği ve Türk hukukunun uygulanma ihtimalinin bulunmadığı sonucuna varılmış olması ve haksız fiilin tüm unsurlarının değerlendirilerek Rus hukukundan daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunup bulunmadığının araştırılmamış olması hatalı görülerek eleştirilmektedir. Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s.310, dn.493.

¹¹ Yabancı unsurlu haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra, bu haksız fiile uygulanacak hukuk konusunda uzlaşabilecek tarafların, haksız fiilin maddi hukuka ilişkin sonuçları üzerinde de uzlaşarak uyumsuzluğu sona erdirebilmelerinin beklenebileceği, dolayısıyla hükmün tatbik kabiliyetinden yoksun bulunduğu, hukuk seçiminin haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra yapılması koşulu olmasaydı bu düzenlemenin işler hale geleceği yönünde bkz. Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s.309; Akit dışı borç ilişkilerinde zarar göreni koruma endişesinin böyle bir sınırlandırmanın sebebi olabileceği ancak hukuk seçimi imkanının sadece haksız fiilin meydana gelmesinden sonra yapılması şartına bağlanmasının tatmin edici bir gerekçesi olmadığı yönünde bkz. Nomer, s.367.

madde tarafların, zarara neden olan olayın gerçekleşmesinden sonra, İsviçre hukukunun uygulanmasına karar verebileceklerini öngörerek, taraflara sınırlı bir hukuk seçimi imkanı sunmaktadır.¹² Taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması halinde, uygulanacak hukukun tespitine ilişkin bağlama noktaları, 133. maddede yer almaktadır. Hükme göre, fail ile mağdur müşterek mutad meskene sahipse, uyuşmazlığa müşterek mutad meskenin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır (IPRG m.133/1). Tarafların müşterek mutad meskene sahip olmamaları durumunda, fiilin işlendiği yer hukuku, fiilin işlendiği ülke ile zararın meydana çıktığı ülkelerin farklı olduğu hallerde, zarar yeri hukuku uygulanacaktır. Ancak İsviçre hukuku, Türk hukukundan farklı olarak zarar yeri hukukunun uygulanmasını, failin zararın o ülkede ortaya çıkabileceğini öngörebilecek durumda olması koşuluna bağlı tutmuştur (IPRG m.133/2). Buna göre, fiil ve zarar yerlerinin farklı olduğu hallerde, fail zararın o yerde ortaya çıkabileceğini öngörebilecek durumda değilse, yine fiil yeri hukuku uygulanacaktır. Son olarak, haksız fiilin taraflar arasında önceden mevcut bir ilişkiyi ihlal etmesi halinde, haksız fiille ilgili taleplerin, söz konusu mevcut ilişkiye uygulanacak hukuka tabi olacağı hüküm altına alınmıştır (IPRG m.133/3).

İsviçre MÖH uyarınca, somut uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk tespit edilirken, tüm uyuşmazlıklar bakımından geçerli olan¹³ daha sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına ilişkin istisna kuralı da göz önünde bulundurulmalıdır. Kanununun 15. maddesinde yer alan istisna kuralı uyarınca, ilgili bağlama kuralının tatbiki ile belirlenen uyuşmazlığın tabi olacağı hukukun, somut olayın tüm koşullarına göre, davayla sınırlı bir ilişkiye sahip olduğu ve davanın başka bir hukukla daha sıkı ilişkili olduğunun açık olduğu istisnai hallerde, bu hukukun uygulanmayacağı öngörülmüştür. Ancak, tarafların hukuk seçimi yaparak uyuşmazlığa İsviçre

¹² Haksız fiiller açısından genel hüküm niteliğindeki 132. madde ile sunulmuş hukuk seçimi imkanının diğer özel haksız fiil türleri bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı konusunda İsviçre doktrinindeki farklı fikirler için bkz. Ayşe İpek Sarıöz: **Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s.152 vd.

¹³ Symeon C. Symeonides: **Codifying Choice of Law Around the World- An International Comparative Analysis**, Oxford University Press, New York, 2014, Codifying Choice of Law, s.71.

hukukunun uygulanmasını seçtikleri durumlarda, istisna kuralının uygulanması söz konusu olmayacaktır (IPRG m.15/2).¹⁴

3. Değerlendirme

İsviçre hukukunda, daha sıkı ilişkili bir hukukun mevcut olması halinde öncelikli olarak o hukukun uygulanacağı yönünde bir genel nitelikli hükme MÖHUK'ta yer verilmemiş olmakla birlikte, haksız fiillerle ilgili 34. maddede daha sıkı ilişkili hukuka ilişkin düzenleme mevcut olduğundan, haksız fiilden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk bakımından sonuç her iki hukuk bakımından da aynıdır. Hem İsviçre hem de Türk hukukunda, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra tarafların uygulanacak hukuk konusunda seçim yapmamış olmaları halinde, eğer varsa, uyuşmazlıkla daha sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. Her iki hukuk düzeninde de hukuk seçimi imkanı sunulmuştur. Hukuk seçiminin yapılabileceği zaman, her iki hukukta da haksız fiilin meydana gelmesinden sonraki zaman ile sınırlandırılmıştır. Seçilebilecek hukuk konusunda, Türk hukukunda özel bir sınırlama bulunmazken, İsviçre hukukunda sadece İsviçre hukukunun seçilebilmesine imkan verilmiştir.

Hukuk seçimi ve daha sıkı ilişkili hukukun mevcut olmaması durumunda, İsviçre hukukunda önce, haksız fiilin taraflar arasında önceden mevcut bir ilişkiyi ihlal edip etmediği araştırılacaktır. İstisna kuralı olarak daha sıkı ilişkiye yer verilen bağlama kurallarının bazılarında, müşterek mutad meskenin bulunması ve/veya taraflar arasında önceden mevcut bir ilişkinin bulunması, daha sıkı ilişkinin varlığına gösterge olarak kabul edilmek üzere veya daha sıkı ilişkinin sadece bu hallerde söz konusu olacağını belirtmek üzere yer almaktadır.¹⁵ Dolayısıyla, her ne kadar İsviçre hukukundaki düzenleme uyarınca, haksız fiile önceden mevcut ilişkinin tabi olduğu hukukun uygulanması için, haksız fiilin taraflar arasındaki bu ilişkiyi ihlal etmesi gerekli olsa da, haksız fiilin bu ilişkiyi ihlal etmediği hallerde de, daha sıkı ilişkili

¹⁴ İsviçre hukukunda haksız fiillere ilişkin bağlama kuralı hakkındaki yorum ve mahkeme kararlarıyla ilgili detaylı bilgi için bkz. Sarıöz, s.74 vd.

¹⁵ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. aşağıda s.532 vd.

hukuk olarak, önceden mevcut ilişkinin tabi olduğu hukukun uyumsuzluğu yönetebileceği açıktır. Bu konuda farklı senaryolar ihtimal dahilinde olsa da¹⁶, konuya bu şekilde yaklaşıldığında, Türk hukuku ile İsviçre hukuku arasında bu aşamaya kadar önemli bir farklılık olmadığı söylenebilecektir.

Bir sonraki aşamada, İsviçre hukukuna göre, tarafların müşterek mutad meskene sahip olup olmadıkları araştırılacak ve tespiti halinde uyumsuzluğa müşterek mutad meskenin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Taraflar arasında önceden mevcut ilişkinin daha sıkı ilişkiye karine olarak kabul edilebilmesiyle ilgili yorum, bu kez Türk hukuku bakımından geçerli olabilecektir.¹⁷ MÖHUK m.34'te müşterek mutad mesken kriterine yer verilmemiş olmakla birlikte, hakimin müşterek mutad meskenin varlığını daha sıkı ilişki olarak değerlendirmesi mümkündür. Mutad mesken kriterine açıkça yer verilmesinin, tarafların menfaatlerinin dengelenmesi açısından daha doğru bir yaklaşım olacağı belirtilmelidir. Mülga MÖHUK'ta olduğu gibi, 5718 sayılı MÖHUK'un da müşterek mutad mesken kriterine yer vermemiş olması kanaatimizce eksiklik teşkil etmektedir.

Daha sıkı ilişkinin varlığının tespitinde, haksız fiilin bütün unsurları dikkate alınmalı¹⁸, daha sıkı ilişki kriterinin istisna kuralı niteliğinde oluşu göz önünde bulundurularak, uygulanması mümkün olduğunca objektif ölçütlere dayandırılmalıdır.¹⁹ Doktrinde, haksız fiilin ika yeri ile ilişkisinin geçici olması ve taraflar arasında müşterek milli hukuk, yerleşim yeri veya mutad mesken hukuku gibi müşterek bir hukuk bulunması veya taraflar arasındaki müşterek hukuk ile haksız fiilin işlendiği yer veya zarar yeri veya lex fori veya tescil ve sigorta yeri hukukunun örtüşmesi ya da haksız fiilin tarafları arasında başka bir hukuki ilişki

¹⁶Fer'i bağlama noktasının ancak m.15'de yer alan istisna hükmü çekincesi ile uygulanabileceği, tarafların aralarında önceden akdettikleri sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmiş olmaları ve bu hukukun objektif kriterlere göre belirlenmesi halinde, sözleşme açısından yetkili hukukun haksız fiil ilişkisi ile sıkı ilişkiyi kuramama ihtimali bulunduğu yönünde bkz. Sariöz, s.76, dn.203.

¹⁷ Haksız fiilin tarafları arasında bir başka hukuki ilişki bulunduğu takdirde bu ilişkinin tabi olduğu hukukun en sıkı ilişki prensibine istinaden haksız fiile de uygulanması gerektiğinin kabul edildiği yönünde bkz. Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, s.312; Tekinalp, Uyanık, s.358.

¹⁸Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, s.312.

¹⁹ Tekinalp, Uyanık, s.358.

bulunması ve haksız fiilin bu hukuki ilişki ile irtibatlı olması koşullarında daha sıkı ilişkinin mevcudiyetinin kabul edilebileceği ileri sürülmektedir.²⁰

Türk hukukunda, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları ve daha sıkı ilişkili hukuk bulunmaması üzerine, uyuşmazlık fiilin işlendiği ülke hukukuna, fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yer farklı ülkelerdeyse, zarar yeri hukukuna tabi olacaktır. İsviçre hukukunda da, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları, daha sıkı ilişkili hukuk bulunmaması, haksız fiilin taraflar arasında önceden mevcut bir ilişkiyi ihlal etmemiş olması ya da taraflar arasında böyle bir ilişki bulunmaması ve tarafların müşterek mutad meskenin bulunmaması halinde, uyuşmazlık fiilin işlendiği ülke hukukuna tabi olacaktır. Mesafeli haksız fiiller bakımından İsviçre hukukunda önemli bir farklılık mevcuttur. Fiilin işlendiği ülke ile zararın meydana çıktığı ülkelerin farklı olduğu hallerde zarar yeri hukukunun uygulanması, failin zararın o ülkede ortaya çıkabileceğini öngörebilecek durumda olması koşuluna bağlanmıştır. Türk hukukunda, fail ile mağdur arasındaki dengeyi sağlayan bir enstrüman niteliğindeki öngörme koşuluna yer verilmemiş olması, mağdur lehine düzenleme yapma tercihini yansıtmaktadır. Müşterek mutad mesken kriteri yanında zarar yeri hukukunun uygulanmasında failin öngörme koşuluna da yer verilmemesi nedeniyle, MÖHUK'un haksız fiillerden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuka ilişkin bağlama kuralında, açıkça ve aşırı ölçüde mağdur lehine duruş sergilediği ifade edilebilir.²¹ Açıklanan nedenlerle, haksız fiille ilgili kanunlar ihtilafı kuralının İsviçre hukukunda, Türk hukukuna nazaran, tarafların menfaatlerini daha dengeleyici şekilde düzenlendiği kanaatindeyiz.

²⁰ Çelikel, Erdem, s.448; Tekinalp, Uyanık, s.358.

²¹ Bkz. Aynı yönde, Sarıöz, s.73, dn.193.

B. Avrupa Birliği Hukukunda Kişilik Hakkının İhlalinden Doğan Sorumluluğa Uygulanacak Hukuka İlişkin Düzenlemeler

1. Milletlerarası Hukuk Alanında Avrupa Birliği Düzenlemeleri

Avrupa bütünleşme hareketinin ekonomik boyuttan siyasi boyuta doğru gelişmesiyle, Avrupa Birliği bölgesinde, üye devletlerin hukuk sistemlerinin birleştirilmesi daha da önemli bir hedef haline gelmiştir. Çalışmamızın birinci kısmında değinildiği üzere, Avrupa Birliği ülkeleri münferiden ve bizzat Avrupa Birliği AİHS'e taraf olduğundan ve ayrıca Birliğin birincil kaynaklarından AB Temel Şartı kapsamında ifade özgürlüğü ve kişilik hakkına yer verilmesi sonucu maddi hukukta asgari bir uyum temin edilmiştir.

Devletler özel hukuku alanında, 1999 yılında yürürlüğe giren Amsterdam Antlaşması²² ile AB bünyesinde kanunlar ihtilafı ile milletlerarası usule ilişkin kuralların birleştirilmesi ve yeknesak düzenlemelerin oluşturulması öngörülmüştür.²³ Bu bağlamda, milletlerarası özel hukuk alanında atılan ilk adım olarak değerlendirilen²⁴ Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel Konvansiyonu, 22 Aralık 2000 tarihinde Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası

²² Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts, 1997 O.J. C 340/1

²³Günseli Öztekin Gelgel: **Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006, s.4; Amsterdam Antlaşması sonrasında milletlerarası özel hukuka ilişkin düzenlemelerin yasal temelini Antlaşmanın 61. ve 69. maddeleri arasındaki hükümler teşkil etmektedir. Antlaşmanın 61. maddesinin c bendi uyarınca, “Özgürlük, güvenlik ve adalet alanının yaratılabilmesi için Konsey, 65. maddede yer aldığı şekilde özel hukuk alanında adli işbirliğine ilişkin önlemleri alır” hükmü getirilmiş, 65. maddede ise alınacak önlemlerin kapsam ve şartları düzenlenmiştir. Buna göre, özel hukuk alanında adli işbirliğine ilişkin ve sınır aşıcı etkilere sahip önlemler, 67. madde uyarınca iç pazarın düzgün işleyişinde gerekli olduğu ölçüde, mahkeme ya da mahkeme dışı organlarca verilen belgelerin sınır ötesi tebliğine ilişkin sistemin, delillerin alınmasına ilişkin işbirliğinin, mahkeme dışı davalarda verilen kararlar da dahil olmak üzere, medeni hukuk ve ticaret hukuku davalarına ilişkin kararların tanınması ve tenfizinin geliştirilmesi ve sadeleştirilmesini; üye devletlerde uygulanan kanunlar ihtilafı ve mahkemelerin yargı yetkisine ilişkin kuralların uyumunun geliştirilmesini; medeni yargılamanın iyi işleyişi önündeki engellerin, gerektiğinde üye devletlerde uygulanan medeni usul kurallarının uyumunun geliştirilmesi suretiyle, kaldırılmasını kapsamaktadır. Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik: “Avrupa Topluluğunun Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Uluslararası Anlaşma Akdetme Yetkisi ve C-01/03 Sayılı ve 7 Şubat 2006 Tarihli Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Görüşü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 2, Yıl 2008, s.23.

²⁴ Nuray Ekşi: “Avrupa Birliği Brüksel IIbis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 11, Özel Sayı, 2009, s.1140.

Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Tüzük²⁵ olarak kabul edilmiş ve 1 Mart 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Brüksel I Tüzüğü olarak anılan bu Tüzüğün yerini, 12 Aralık 2012 tarihli Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1215/2012 EC sayılı Tüzük almıştır ve 10 Ocak 2015 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere uygulanmaktadır.²⁶ Bunun yanında aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili Brüksel Ibis Tüzüğü²⁷ ve nafaka alacaklarından kaynaklanan uyuşmazlıklarla ilgili Brüksel II/A Tüzüğü²⁸ kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.

Kanunlar ihtilafı alanındaki ilk düzenleme olan Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında 1980 tarihli Roma Konvansiyonu 17 Haziran 2008 tarihinde Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü olarak kabul edilmiş ve Tüzük AB Resmi Gazetesi'nde 04.07.2008 tarihinde yayımlanarak 24.07.2008'de yürürlüğe girmiştir.²⁹ Akit dışı borç ilişkilerine

²⁵ Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 2001/44 EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü. (Council Regulation EC No 44/2001 of December 2000 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of the Judgments in Civil and Commercial Matters: OJ L 12). Brüksel I Tüzüğü yalnızca Avrupa Birliği'ne üye bir devlet mahkemesinden verilen bir kararın başka bir üye devlet mahkemesi tarafından tanınması veya tenfizi söz konusu olduğunda uygulanmaktadır. Üye devletler açısından milletlerarası yetkiye ilişkin ortak kurallar getiren tüzüğün başka bir amacı da, üye devlet mahkemelerinden verilen kararların AB içinde serbest dolaşımını sağlamaktır. Ekşi, s.1142. Detaylı bilgi için bkz. B. Bahadır Erdem, Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 Tarihli Brüksel Antlaşmasının Hükümlerinin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetki Kuralları ile Karşılaştırılması, MHB, Yıl 17-18, Sayı 1-2, 1997-1998, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, s.183-215.

²⁶ (Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of the Judgments in Civil and Commercial Matters: : OJ L351, 20.12.2012). Yeniden düzenlenmiş anlamında Brüksel I Tüzüğü (recast) olarak anılan Tüzükten, çalışma boyunca Brüksel I Tüzüğü olarak bahsedilecektir.

²⁷ Evlilik ve Müşterek Çocukların Velayetiyle ilgili Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 2003/2201EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü /Brüksel Ibis Tüzüğü. (Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000)

²⁸ Nafaka Borçlarında Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliği Hakkında 2009/4EC sayılı Avrupa Birliği Konsey Tüzüğü /Nafaka Tüzüğü. (Council Regulation (EC) No 4/2009 of December 2008 May 2000 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of decisions and Cooperation in Matters Relating to Maintenance Obligations: OJ L 7- 10)

²⁹ Regulation (EC) No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), O.J. L 177/6. Tüzük, 28. Maddesi uyarınca,

uygulanacak hukuk alanında ortak kuralların kabulüne ilişkin çalışmalar sonucunda, 11.07.2007 tarihinde 864/2007 sayılı Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Tüzüğü (Roma II) kabul edilmiştir.³⁰ Son olarak, 1259/2010 sayılı ve 20 Aralık 2010 tarihli “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasına İlişkin Konsey Tüzüğü (Roma III) kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.³¹

Yukarıda belirtilenler dışında milletlerarası özel hukuk alanında kabul edilmiş tüzükler ve belirli konulara ilişkin maddi hukuk kuralları içeren bazı tüzük ve yönergeler kapsamında yer alan kanunlar ihtilaf kuralları mevcuttur.³² 5718 sayılı MÖHUK’un hazırlık çalışmalarında da Roma I ve Roma II Tüzük hükümleri dikkate alınmıştır.³³ Bu bölümde sadece çalışmamamız bakımından önem arz eden Roma II Tüzüğü üzerinde durulacaktır.

17 Aralık 2009’dan itibaren uygulanmaya başlamıştır. Bundan böyle Roma I Tüzüğü olarak anılacaktır.

³⁰ Ekşi, s.1141; Kanunlar ihtilafı kurallarını yeknesaklaştırmak yolu ile bu alanda doğacak sorunları asgari seviyeye indirmek amacıyla, 1969 yılında başlayan bir çalışma sonucunda 1972 yılında “Akdi ve Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin AET Sözleşmesi Tasarısı” yayınlanmıştır. Ancak daha sonra 1980 yılında tasarının sadece akdi borçlara ilişkin kısmı ayrı bir sözleşme olarak imzalanmış, akit dışı borçlara ilişkin kısmı tasarı olarak kalmıştır (Turhan, İka Yeri Kuralı, s.303 vd.). 1980 Tarihli Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi birçok üye devletin iç hukukuna aktarılmış, Amsterdam Antlaşması sonraki dönemde de, çağdaş gelişmelere uyarlanarak 6 Haziran 2008 tarihinde Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma I Tüzüğü olarak bir Topluluk düzenlemesi halinde getirilmiştir. Tasarı halinde kalarak 1980 tarihli sözleşmeye dahil edilmeyen akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin çalışmalar ayrıca yürütülmüş ve uzun çalışmalar sonunda Roma II Tüzüğü 11 Temmuz 2007 tarihinde kabul edilerek 11 Ocak 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

³¹Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, O.J. L 343/10 29.12.2010. Detaylı bilgi için bkz. Gülüm Bayraktaroğlu Özçelik, Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması. AÜHFD, 61 (2) 2012: 505-539

³² Diğer düzenlemeler için bkz. Ekşi, s.1141-1142.

³³ Öztekin Gelgel, s.9.

2. Roma II Tüzüğü

a. Genel Olarak

Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma Tüzüğü³⁴, akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk alanındaki kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması, bu şekilde karar uyumunun sağlanarak iç pazarın etkin işleyişinin geliştirilmesi amacını taşımaktadır.³⁵ Tüzük, akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk alanındaki kanunlar ihtilafı kurallarını yeknesaklaştırarak hukuki güvenliği sağlamakta, akit dışı borç ilişkilerinden doğan sorumlulukların hangi hukuka tabi olacağını taraflar için öngörülebilir kılarak hukuki kesinliği artırmaktadır. Diğer yandan, dava hangi ülkede açılırsa açılsın, üye devlet mahkemelerinin belirli bir duruma ilişkin yeknesak kanunlar ihtilafı kuralının tatbiki sonucu aynı maddi hukuku uygulayacak olması, diğer üye devletlerin verdikleri kararlara karşılıklı güveni artırmakta ve mahkeme kararlarının serbest dolaşımına ilişkin hedefe ulaşmakta vazgeçilmez önemde katkı sağlamaktadır.³⁶ Nitekim yine Tüzüğün resital kısmında, Tüzüğün kapsam ve hükümlerinin Brüksel I Tüzüğü ve Roma I Tüzüğü ile uyumlu olması gerektiği ifade edilerek, Roma II Tüzüğünün bağımsız bir hukuki metin olarak düşünülmemesi gerektiği ve ortak pazarda hukuk güvenliğinin teminine yönelik programın bir parçası niteliğinde olduğu hususları vurgulanmıştır.³⁷ Brüksel I Tüzüğü akdi ve akit dışı konuları kapsarken, akdi sorumluluğa uygulanacak hukukla ilgili Roma I Tüzüğü'ne ilaveten Roma II Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesi ile bütünlük sağlanmıştır.³⁸ Roma II Tüzüğünün bir başka avantajı olarak, tüm mahkemelerin benzer davalarda aynı kanunlar ihtilafı

³⁴ Regulation (EC) No 864/2007 of European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II), OJ, L 199/40. (Bundan böyle Roma II Tüzüğü olarak anılacaktır.)

³⁵ Roma II Tüzüğü, Resital 6.

³⁶ Roma II Tüzüğü, Resital m. 6; Comparative Study, Final Report, s.67; van Echoud, s.3.

³⁷ Roma II Tüzüğü, Resital m. 7; Zeynep Derya Tarman: "Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S. 2, Yıl 2008, s.195-196.

³⁸ Dan Jerker B. Svantesson: "The Rome II Regulation and Choice of Law in Internet-Based Violations of Privacy and Personality Rights – On the Wrong Track, but in the Right Direction?" **Austrian Review of International and European Law**, Vol. 6, 2011, s.278. (Çevrimiçi) <http://law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/default/files/publication/685078/doc/slspublic/16%20Austrian%20Review%20of%20International%20and%20European%20Law%202011.pdf>, 10.03.2016. (Kıs: The Rome II Regulation)

kuralını uygulamasının, kişilerin kendileri için daha elverişli hükümlere sahip forum arayışlarını sona erdirerek, forum shopping’i minimum düzeye erdireceği de haklı olarak ileri sürülmektedir.³⁹

Ticaret ve özel hukuka ilişkin akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak Roma II Tüzüğü⁴⁰, haksız fiil, sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme ve sözleşmenin kurulması aşamasındaki kusur (culpa in contrahendo) sonucu meydana gelen zararlardan sorumluluk hallerini kapsamaktadır.⁴¹ Haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin 4. maddede yer verilen genel kural yanında, genel kuralın bir uyuşmazlıkta söz konusu menfaatler arasında makul bir denge sağlamadığının kabul edildiği bazı özel haksız fiil türleri için özel kurallara yer verilmiştir.

Tüzükle ilgili sadece bazı kısa bilgilerin verilmesinin amaçlandığı bu bölümde, son olarak Roma II Tüzüğü’nün evrensel olarak uygulandığı belirtilmelidir. Buna göre, Tüzüğün kuralları milli kanunlar ihtilafı kurallarının yerine geçerek tarafların bir üye devlette mutad meskeni bulunup bulunmadığına bakılmaksızın uygulanır. Dolayısıyla, uygulanacak hukukun mutlaka Birlik üyesi bir ülke hukuku olması şart olmayıp, üçüncü bir ülkenin hukukunun da uygulanması söz konusu olabilir.⁴²

b. Roma II Tüzüğü’nün Kapsamı

Başta haksız fiiller olmak üzere akit dışı borç ilişkilerinin kapsamını oluşturduğu Roma II Tüzüğü’nün içeriği hakkında iki özel yön vurgulanmaktadır.⁴³ Öncelikle, Tüzükte genel kural olarak zarar yeri ülkesi hukukunun (lex loci damni) uygulanması kabul edilmiştir. Haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin kural belirlenirken, akit dışı sorumlulukla ilgili tüm üye devletlerin haksız fiilin ika yeri

³⁹ van Echoud, s.4.

⁴⁰ Roma II Tüzüğü, m.1; Aynı madde uyarınca, vergi, gümrük, idari konular ve devletin otoritesinin kullanılması ile ilgili eylem ve ihmallerden doğan sorumluluğa (acta iure imperii) Tüzük uygulanmaz.

⁴¹ Roma II Tüzüğü, m.2/1.

⁴² Roma II Tüzüğü, m.3; Svantesson, The Rome II Regulation, s.278.

⁴³ Comparative Study, Final Report, s.71.

kuralını (lex loci delicti) benimsemiş olduğu ancak bir dava ile ilgili unsurların birkaç ülkede bulunduğu hallerde prensibin pratik uygulaması değişiklik göstermekte olduğundan, bu durumun uygulanacak hukuk konusunda belirsizlik doğurduğu tespit edilmiştir.⁴⁴ Yeknesak kuralların mahkeme kararlarının öngörülebilirliğini artırması ve sorumlu olduğu iddia edilen kişi ile zarara maruz kaldığı iddia edilen kişi arasında makul bir denge sağlaması gerektiği belirtilerek, öngörülebilirlik ve taraflar arasında adil dengenin doğrudan zararın gerçekleştiği ülke (lex loci damni) hukukunun uygulanması ile sağlanabileceği sonucuna varılmıştır.⁴⁵ Böylece, üye devletlerin ulusal sistemlerinde mevcut zarar yeri varyasyonları ortadan kaldırılarak, Tüzükte haksız fiillere ilişkin genel kuralı içeren m.4/1 ile doğrudan zararın meydana geldiği ülke hukukunun uygulanması kabul edilmiştir.

Tüzüğün 4. maddesinde haksız fiillerden doğan sorumluluğa zarar yeri ülkesi hukukunun uygulanması genel kural olarak benimsenmekle birlikte, aynı maddenin ikinci fıkrası ile genel kurala istisna getirilerek, tarafların aynı ülkede mutad meskene sahip olmaları halinde bu ülke hukukunun uygulanacağı hükmüne yer verilmiştir. Roma II Tüzüğü m.4/1 ve m.4/2 ile öngörülmüş kurallardan kaçış klozu içeren m.4/3 ile davanın tüm koşullarına göre haksız fiilin açıkça başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olduğu hallerde, daha sıkı ilişkili ülkenin hukukunun uygulanacağı hükmüne yer verilmiştir. Diğer yandan, sözleşmeler alanında olduğu gibi, taraflara haksız fiilden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuku seçme imkanı da tanınmıştır. Tüzüğün 14. maddesi uyarınca taraflar, ihtilafın vukuundan sonra veya tarafların ticari ilişki içinde

⁴⁴ Roma II Tüzüğü, Resital m.15; Roma II Tüzüğü'nün genel olarak belirli üye devletlerin milletlerarası özel hukukunda öngörülmüş çözümleri kullanarak ancak başta İsviçre hukuku olmak üzere, bazı üye olmayan devletlerin hukuklarında yer alan çözümleri de dikkate alarak, haksız fiillerle ilgili geleneksel yaklaşıma uygun şekilde hazırlandığı ifade edilmektedir. Tüzüğün genel kuralı lex loci delicti kuralının uygulanmasını teyit etmekle birlikte, hukuki belirliliği sağlamak adına, kural ile doğrudan zararın ortaya çıktığı ülkenin hukukunun uygulanması öngörülmüştür. Birden fazla ülkede ortaya çıkan doğrudan zarar söz konusu olduğundaysa, bütün zarar yeri hukukları kümülatif olarak uygulanacaktır. Marija Kravac: "Tortious Liability and Conflict of Laws", **Acta Universitatis Danubius**, Vol.6, No.2/2010, s.122. (Çevrimiçi) <http://journals.univ-danubius.ro/index.php/juridica/article/.../559/511>, 22.06.2015.

⁴⁵ Roma II Tüzüğü, Resital m.16.

olmaları halinde ihtilafın vukuundan önce de serbestçe müzakere ederek akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuku seçme imkanına sahiptirler.⁴⁶

Tüzüğün akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin genel hükmü niteliğindeki 4. maddenin, zararın birden fazla ülkede gerçekleştiği durumlar için kural içermemesi eleştirilmiştir.⁴⁷Roma II Tüzüğü'nün, Roma I ve Brüksel I Tüzüğü ile bir sistem oluşturduğu göz önünde bulundurularak, Brüksel I Tüzüğü'nün haksız fiiller için öngörmüş olduğu özel yargı yetkisi kuralları ile Roma II Tüzüğü'nün zarar yeri hukukunun uygulanmasını öngören 4. maddesi bir arada değerlendirildiğinde, uygulanacak hukukun ve yargı yetkisinin, ABAD'ın Fiona Shevill kararında oluşturduğu mozaik prensibi uyarınca belirleneceği görülmektedir.⁴⁸ Mozaik prensibi uyarınca, aynı zararlı eylem birden fazla ülkede zarara neden olmuşsa, ana kural m.4/1 uyarınca, ilgili tüm ülkelerin hukukları zararın çeşitli kısımlarına paralel şekilde uygulanmaktadır. Brüksel I Tüzüğü ve Roma II Tüzüğü'nün birlikte uygulanması sonucu, mağdurun zararın meydana geldiği ülkelerden birinde dava açmaya karar vermesi halinde, o ülke mahkemesi sadece zararın o kısmı ile ilgili yetkili olarak ve kendi hukukunu uygulayarak karar verecektir. Diğer yandan, mağdurun haksız fiili gerçekleştirenin ülkesinde veya zararlı eylemin gerçekleştirildiği ülkede dava açması halinde, mahkeme tüm zararlarla ilgili yargı yetkisine sahip olacak fakat birden fazla ülkede meydana gelmiş zararlarla ilgili değerlendirme yaparken, zararın meydana geldiği tüm ülke hukuklarını, her bir ülke hukukunu o ülkede meydana gelen zarar bakımından uygulamak zorunda olacaktır.

Tüzüğün 4. maddesiyle ilgili başka bir eleştiri de, tarafların müşterek hukukunun uygulanmasına ilişkin düzenlemenin, sadece müşterek mutad mesken ile sınırlanmış olup, farklı ülkelerde mutad meskene sahip olmakla birlikte bu ülkelerin

⁴⁶ Hukuk seçiminin sınırlı tutulmasının nedeninin, milletlerarası haksız fiil hukukunda tarafların eşit düzeyde çıkarlarını koruma yeteneğine sahip olmadığı, dolayısıyla sınırsız bir hukuk seçim imkanının tanınması durumunda zarara uğrayan tarafın istismar edilebileceği düşüncesine dayandığı ifade edilmektedir. Tarman, s.202, dn.30'da anılan Uluocak, s.215.

⁴⁷ Karbanová, s.48.

⁴⁸ Svantesson, The Rome II Regulation, s.280-281.

hukuku ya da konuyla ilgili maddi hukuk düzenlemeleri aynı olduğunda, ortak hukukun uygulanmasına ilişkin düzenlemeye yer verilmemiş olmasına ilişkindir. Tüzük düzenlemesinin bu yönüyle dar olduğu, farklı ülkelerde yerleşik olup aynı hukuka sahip olma durumu, müşterek mutad meskene sahip olma durumuna benzediğinden, Tüzüğe bu düzenlemenin de dahil edilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁴⁹

Tüzüğün diğer özel yönü ise açıkça, milletlerarası özel hukukta kanunlar ihtilafı kurallarının özelleşmesine doğru bir değişimi yansıtmasıdır.⁵⁰ Tüzükte, tüm türlerdeki akit dışı sorumlulukları kapsamak üzere genel bir kanunlar ihtilafı kuralı benimsemek yerine, özellik gösteren bazı haksız fiil türleri için özel kanunlar ihtilafı kurallarına yer verilmiştir. Buna göre Tüzükte 4. maddede yer alan haksız fiillere uygulanacak hukuk ile ilgili maddeyi imalatçının sorumluluğu (m.5), haksız rekabet ve rekabeti sınırlandırıcı eylemler (m.6), çevre zararları (m.7), fikri mülkiyet haklarının ihlali (m.8), endüstriyel eylem (m.9), sebepsiz zenginleşme (m.10), vekaletsiz iş görme (m.11), sözleşmenin kurulması aşamasındaki kusur (m.12) hallerinde uygulanacak hukuka ilişkin düzenlemeler takip etmektedir. Özel kanunlar ihtilafı kuralları ile düzenlenen haksız fiiller hakkında bu hükümler öncelikli olarak uygulanacağından, bunlarla ilgili genel hüküm niteliğindeki 4. madde uygulanmayacaktır. Özel haksız fiil tipleri dışında kalan ve Tüzüğün 1/2, a-g

⁴⁹ Bu öneriye ilişkin şu örnek verilmektedir. Kenya’da avlanan Fransız bir avcının, önceden kendisiyle bir ilişkisi bulunmayan Belçika’lı bir avcuyu yaralaması halinde ve Belçika ile Fransız hukuklarının uygulanmasının, Kenya hukukuna göre çok daha yüksek ve aynı miktarda tazminata hükmedilmesi sonucunu doğurması durumunda, Kenya’nın kendi tazminat hukukunu uygulamakta menfaati olmadığı ve ortada false conflict söz konusu olduğundan Kenya hukukunun uygulanmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak Roma II Tüzüğü’nün 4. maddesi Kenya hukukunun uygulanmasını emretmektedir. Symeon C. Symeonides: Symeonides, Symeon C.: “Rome II: A Centrist Critique”, **Yearbook Of Private International Law**, Vol. 9, 2007, s.156-157; Louisiana’daki düzenlemeye göre, belirli bir konuda hukukları önemli ölçüde aynı olan farklı eyaletlerde ikamet eden kişilere, aynı eyalette ikamet edenler gibi muamele edilmelidir. La. Civ. Code Ann., art.3544(I). Ae, s.156, dn.35.

⁵⁰ Comparative Study, Final Report, s.71; Working Document of the European Parliament on the Amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II), Committee on Legal Affairs, European Parliament, Rapporteur Diana Wallis, 23.6.2010. (Çevrimiçi)

<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201009/20100922ATT83328/20100922ATT83328EN.pdf>, 30.10.2012. (Kıs: Working Document)

hükümleriyle Tüzüğün kapsamı dışında bırakılanlar dışındaki haksız fiiller alanında 4. madde uygulanacaktır.

Roma II Tüzüğü'nün 1. maddesinde özel hukuka ilişkin konuların Tüzük kapsamında olduğu belirtilmiş olmakla birlikte, nitelik olarak özel hukuk konularını teşkil eden bazı hususlar Tüzük kapsamından açıkça hariç tutulmuştur.⁵¹ 11 Ocak 2009 tarihinden itibaren, açıkça Tüzüğün kapsamı dışında bırakılan konularda üye devletlerin mevcut kanunlar ihtilafı sistemindeki kurallar uygulanmaya devam etmiş, Tüzük kapsamındaki konular bakımından milli kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması ortadan kalkmıştır. En fazla tartışmalara neden olan başlıklardan biri olan kişilik hakkının ihlalinden kaynaklanan sorumluluk da Tüzüğün kapsamından hariç tutulan konulardan biridir. Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalinden kaynaklanan akit dışı sorumluluk konusu, ihtiyaçlarını gözeterek özel kanunlar ihtilafı kuralı gerektiren bir konu olmakla birlikte, yeknesak bir kanunlar ihtilafı kuralı üzerinde mutabık kalınmadığından, Tüzüğün nihai metninde yer almamıştır. Bugün akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukukla ilgili Roma II Tüzüğü kapsamındaki haksız fiiller bakımından Avrupa Birliği düzeyinde yeknesak uygulama mevcut iken, kişilik hakkının ihlalinde uygulanacak hukuk üye devletlerin kendi iç hukuklarında belirlendiği şekilde tespit edilmekte, başka bir deyişle yirmi sekiz farklı uygulama mevcudiyetini sürdürmektedir. Aşağıdaki bölümde Tüzüğün hazırlık çalışmaları sırasında kişilik hakkı ile ilgili teklif edilen bağlama kuralları ve konunun Tüzüğün kapsamı dışına çıkarılma süreci ele alınacaktır.

⁵¹ Tüzüğün 1. maddesinin 2. fıkrasında düzenlendiği üzere, nafaka yükümlülüğü dahil olmak üzere aile hukukuna ilişkin konular (m.1/2,a), evlilik mal rejimine ve mirasa ilişkin akit dışı borç ihtilafları (m.1/2,b), kıymetli evrak hukukundan kaynaklanan ihtilaflar (m.1/2,c), tüzel kişiliği olan veya olmayan bir şirket veya kuruluşun üyesi, sorumlu memuru olan kişilerin bu statülerinden doğan sorumluluklarından kaynaklanan akit dışı sorumluluk (m.1/2,d), trust, kayyum veya bunun gibi hukuki statü neticesinde doğan akit dışı borç ilişkileri (m.1/2,e), nükleer zararlardan doğan akit dışı sorumluluk (m.1/2,f) ve kişilik hakları ile mahremiyetin ihlalinden kaynaklanan sorumluluklar (m.1/2,g) bu Tüzüğün kapsamına dahil değildir. Bkz. Tarman, s.197 ve Öztekin Gelgel, s.39.

c. Kişilik Hakkının İhlali Konusunun Roma II Tüzüğündeki Yeri

Şubat 1998’de Komisyon üye devletlere akit dışı sorumluklara uygulanacak hukuk hakkında bir konvansiyon taslağı hakkında anket formları gönderirken, diğer yandan akit dışı sorumluklara uygulanacak hukuk hakkında bir Avrupa konvansiyonunun yapılabilirliğini ve uygulanabilirliğini incelemek için, Avrupa Milletlerarası Özel Hukuk Grubu (GEDIP) tarafından sunulan Grotius Projesini finanse etmiştir.⁵² Avrupa Komisyonu grubun 1998’de sunduğu verilerden oluşan ilk tüzük taslağını Mayıs 2002 tarihinde sunmuştur.⁵³ Bu taslağın 4. maddesinde kişilik hakkının ihlaline uygulanacak hukukla ilgili özel hükme yer verilerek, hükümde, uygulanacak hukuk zarar gören kişinin mutad meskenin bulunduğu ülke hukuku olarak belirlenmiştir.⁵⁴

Kişilik hakkı ihlalinden doğan sorumluluğa tek bir hukukun uygulanmasını temin ederek, ABAD’ın Fiona Shevill davasında oluşturduğu mozaik prensibi uyarınca, uyuşmazlığa birden fazla yabancı hukukun dağıtılmış şekilde uygulanmasının yarattığı sorunları çözeceği düşünülen bu teklif⁵⁵ yoğun eleştirilerle karşılanmıştır. En sert eleştiriler, genel olarak yayıncıları, kendi kuruluş yeri hukuku dışındaki hukukları dikkate almaya zorlayabilecek kurallara düşmanca yaklaşan medya çıkarlarının temsilcilerinden gelmiştir. Bu teklife yönelik temel eleştirilerden ilki ünlülerle ilgilidir. Dünyanın birçok yerinde evi olan ünlülerin mutad meskenini belirlemenin her zaman kolay olmaması nedeniyle mutad meskenin bağlama noktası olarak kabul edilemeyeceği bildirilmiştir. Daha güçlü bir eleştiri olarak, milletlerarası yetki kuralları ile kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması sonucu, açıkça yayıncı aleyhine sonuçlar doğacağı ileri sürülmüştür. Şöyle ki, yayıncının merkezinin bulunduğu ülke mahkemeleri yayıncıya karşı, kendi ülke kanunları ile uyumlu ve mağdurun ülkesinde hiç dağıtım yapılmamış bir yayınla ilgili zarar gören kişinin mutad mesken hukukunu uygulamak zorunda kalabilecek ve uygulanacak hukuk

⁵² Project No GR/97/051, Comparative Study, Final Report, s.69.

⁵³ van Eechoud, s.5.

⁵⁴ Detaylı bilgi için bkz. Öztekin Gelgel, s.138 vd.

⁵⁵ Comparative Study, Final Report, s.72.

uyarınca yayıncı aleyhine karar verebilecektir. Bu sonucun kabul edilemez olduğu belirtilerek, kuralın uygun olmadığı ileri sürülmüştür.⁵⁶

Diğer düzenlemelere ilişkin olanlar yanında, kişilik hakkının ihlalinde uygulanacak hukukla ilgili görüş ve eleştirileri de dikkate alan Komisyon, Temmuz 2003’de ön taslaktan önemli ölçüde farklılaşmış tüzük tasarısını sunmuştur.⁵⁷ Komisyon’un 2003 tarihli Başlangıç Teklifi’nin 6. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca;

“1. Mahremiyet ve kişilikle ilgili hakların ihlalden doğan akit dışı sorumluluklara uygulanacak hukuk, m.3 ile belirlenen hukukun uygulanması, forumun ifade ve bilgi özgürlüğü bakımından temel prensiplerine aykırı ise, forumun hukukudur

2. Cevap hakkı ve eşdeğer önlemler hakkında uygulanacak hukuk, yayıncı ve yayıncının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukudur”

Bu düzenlemeye göre kişilik hakkının ihlalinin öncelikle haksız fiillere ilişkin genel kurala⁵⁸ (m.3) tabi olduğu, yani ortak mutad mesken veya daha sıkı ilişkili hukuk bulunmadığı takdirde zarar yeri hukukunun uygulanacağı anlaşılmaktadır. Komisyonun 2002 tarihli tasarıda sunduğu teklife yönelik eleştiriler dikkate alınarak özel bir kural kabul edilmiş ve 3. madde ile belirlenen hukukun uygulanması forumun ifade özgürlüğü konusundaki temel prensiplerine aykırı olduğu hallerde forumun hukukunun uygulanması hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme ile yayıncının bulunduğu yerdeki tüm zararlarla ilgili karar vermeye yetkili mahkemenin, yayıncının lex fori ile uyumlu eylemlerini, uyuşmazlığı yönetecek zarar yeri hukuku uyarınca kınamak zorunda kalabileceği ve bunun forumun çatışan haklar arasındaki hassas dengesine zarar vereceği konusundaki endişelerin giderilmesi

⁵⁶ Comparative Study, Final Report, s.72; Working Document, s.2.

⁵⁷ Proposal for a European Parliament and Council regulation on the law applicable to non-contractual obligations (“RomeII”). COM (2003) 427 final. (Başlangıç Teklifi), Nagy, Szabo, s.206; van Eechoud, s.2.

⁵⁸ Komisyon’un Başlangıç Teklifi’nde haksız fiillerle ilgili bağlama kuralı 3. madde ile düzenlemiştir.

amaçlanmıştır.⁵⁹ Bununla birlikte Roma II Tüzüğü'nde kamu düzeni genel kural olarak yer aldığından, bu hükmün gereksiz olduğu da savunulmuştur.⁶⁰ Tasarıda, cevap hakkı ve eşdeğer önlemler hakkında uygulanacak hukukun, yayıncı ve yayıncının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku olacağı hüküm altına alınarak, yayıncı bakımından hukuki kesinlik sağlanmıştır. Aksi halde, zarar yeri hukuku temelinde cevap hakkına birden fazla hukuk uygulanabilir olacaktı.

Genel kural olarak benimsenen zarar yeri hukukunun (lex loci damni), konunun özelliklerinin gerektirdiği bazı düzeltmelerle kişilik hakkının ihlalinde sorumluluğa uygulanması, zarar gören kişinin hukukunun uygulanması anlamına gelecekti ki bu çoğu zaman, mağdur hemen hemen her zaman mutad meskeninin bulunduğu ülkede zarara maruz kalacağından, mağdurun mutad mesken hukukunun uygulanmasına yol açacaktı. Komisyon'un Brüksel I Tüzüğü çerçevesinde, ABAD'ın özellikle Fiona Shevill davasındaki kararından etkilenmiş olduğu, 6. madde ile getirilen kuralın sonucunun, hukukun dağıtımsal temelde uygulanması olduğu görülmektedir.⁶¹ Nitekim Komisyon, mağdur yayının dağıtıldığı devletin mahkemesinde dava açarsa, mahkemenin bu devlette maruz kalınan zarar için kendi hukukunu uygulayacağını, yayıncının merkezinin bulunduğu yer mahkemesinde dava açarsa, o mahkeme zararla ilgili talebin tamamı hakkında hüküm vermek için yargı yetkisine sahip olacağını, kendi ülkesi içinde maruz kalınan zarara kendi hukukunu ve davacı diğer devletlerde maruz kalınan zararlarla ilgili talepte bulunursa, talep edilen zararlarla ilgili dağıtımsal temelde ilgili hukukları uygulayacağını belirtmiştir.⁶²

Komisyon'un başlangıç teklifi, medya tarafından tepkiyle karşılanmıştır. Zarar yeri prensibinin uygulanması, dağıtımsal temelde farklı hukukların

⁵⁹ Csongor István Nagy: "The Word is a Dangerous Weapon: Jurisdiction, Applicable Law and Personality Rights in EU Law – Missed and New Opportunities", **Journal of Private International Law**, Vol. 8, No. 2, 2012, p. 280. (Çevrimiçi) <http://ssrn.com/abstract=2231949>, 05.01.2015.

⁶⁰ Comparative Study, Final Report, s.73; Nagy, Szabo, s.207.

⁶¹ Nagy, Szabo, s.207, dn.79'da anılan Christopher J. Kunke ve Aaron Warshaw.

⁶² Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to non-contractual obligations ("ROME II") /* COM/2003/0427 final - COD 2003/0168, (32).

uygulanmasına veya en azından yayıncının merkezinin bulunduğu yer hukukundan farklı bir hukukun uygulanmasına yol açacağından sonuç, lehe ya da aleyhe, daha az tahmin edilebilir ve öngörülebilirdir. Bu belirsizliğin, medyanın hangi hukuka uymak zorunda olduğunu öngöremediği bir durum oluşturduğundan veya öngörülebilirlik mümkün olsa bile aynı anda çatışan hükümlere sahip olması muhtemel birden fazla hukuk düzeninin kurallarına tabi olma gerekliliği doğurabildiğinden, medya üzerinde önemli yük oluşturacağı savunulmuştur. Medyanın sert eleştirileri üzerine, Avrupa Parlamentosu Komisyonun zarar yeri prensibi yaklaşımını reddetmiştir.⁶³ Kişilik haklarının ihlalden ortaya çıkan taleplere uygulanabilecek hukukların bir hukuk ile sınırlanması gerekliliği düşüncesiyle uygulanacak hukuku yayıncının ülkesi olarak belirlemeye çalışmıştır. Avrupa Parlamentosu'nun Haziran 2005'te sunduğu raporda⁶⁴, kişilik hakkının ihlalinde sorumlulukla ilgili 5. maddede yer alan hüküm aşağıdaki gibidir;

“1. Mahremiyet ve kişilikle ilgili hakların ihlalden doğan akit dışı sorumluluklara uygulanacak hukuk, kayıp veya zararın en önemli unsur veya unsurlarının gerçekleştiği veya gerçekleşebileceği ülke hukukudur.

İhlal basılı bir metnin yayımlanması veya televizyon yayınından kaynaklanmışsa, zararın en önemli unsur ya da unsurlarının gerçekleştiği veya gerçekleşebileceği ülke yayım veya yayın hizmetinin esas olarak yöneldiği ülke veya bu açık değilse editoryal kontrolün icra edildiği ülke olarak kabul edilir ve bu ülkenin hukuku uygulanır. Yayımın veya yayının yöneldiği ülke, özellikle yayım veya yayının dili, belirli bir ülkedeki satışların veya hedef kitlenin boyutunun toplam satışlara veya hedef kitleye oranı veya bu faktörlerin birleşimi ile belirlenir.

Bu hüküm internet ve diğer elektronik ağlar vasıtasıyla gerçekleşen yayınlara da kıyasen uygulanır.

2. Yayım veya yayının içeriği ile ilgili yayıncıya veya yayıncıya karşı, cevap hakkına veya eşdeğer önlemlere veya herhangi bir önleyici veya yasaklayıcı

⁶³ Nagy, Szabo, s.208.

⁶⁴ European Parliament Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations ("Rome II") (COM(2003)0427 – C5-0338/2003 – 2003/0168(COD)) Final A6-0211/2005

tedbire uygulanacak hukuk, yayımcı veya yayıncının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukudur.

3. İkinci paragraf kişisel verilerin işlenmesi nedeniyle mahremiyet ve kişilikle ilgili hakların ihlaline de uygulanır.”

Maddede ifade edilen “kayıp veya zararın en önemli unsur veya unsurlarının gerçekleştiği veya gerçekleşebileceği ülke hukuku”nun uygulanması ilk okumada zarar yeri ülkesi hukukuna başvurmak gibi görünse de, kuralın kendisi bu ülkenin neresi olduğunu belirleyerek, kayıp veya zararın en önemli unsur veya unsurlarının gerçekleştiği veya gerçekleşebileceği ülkenin yayıncının hukuku (menşe hukuku) ile örtüşen, yayım veya yayın hizmetinin esas olarak yöneldiği ülke olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yayının esas olarak yöneldiği ülke ile zararın meydana geldiği ülke aynı olabileceği gibi farklı ülkeler de olabilecektir. Ayrıca, yayım veya yayın hizmetinin esas olarak yöneldiği bir ülkenin açıkça belli olmadığı durumlarda editoryal kontrolün icra edildiği ülke hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır.⁶⁵ Maddenin ifadesinden tek bir ülkeye işaret edildiği ve bunun uygulamadaki sonucunun yayıncının hukuku (menşe hukuku) olduğu gayet açıktır.

Aslında yayının esas olarak yönlendirildiği ülkenin hukukunun mutlaka medya için daha elverişli olacağı söylenemez. Teklifin medya lehine olduğu yönündeki algının kaynağı, Avrupa Parlamentosunun yayının esas olarak yönlendirildiği ülkenin belirgin olmadığı hallerde, editoryal kontrolün icra edildiği ülke hukukunun uygulanmasını önermesidir ki bu kesinlikle medyanın lehinedir. Ayrıca, Avrupa Parlamentosunun yaklaşımı, Tüzüğün, fiilin işlendiği yer hukukunun aksine, zarar yeri hukukunu haksız fiillerle daha ilişkili bulan genel yönelimine aykırıdır.⁶⁶ Diğer yandan, yayının esas olarak yönlendirildiği ülkenin hukukunun mutlaka medya için daha elverişli olacağı söylenemese de, bizzat yayıncının planlı hareketleriyle kuralın uygulanmasının yayıncı lehine sonuç doğurması mümkündür.

⁶⁵ Comparative Study, Final Report, s.74; Nagy, Szabo, s.209; Working Document, 2010, s.3.

⁶⁶ Gilles Cuniberti: “Boskovic on Rome II and Defamation”, 20 July 2010. (Çevrimiçi) <http://conflictoflaws.net/2010/boskovic-on-rome-ii-and-defamation>, 05.06.2013.

İfade özgürlüğüne yüksek düzeyde koruma sağlanan bir yerde kurulmuş olan medya kuruluşunun, kuruluş yeri hukukuna tabi olmayı temin üzere yayınlarını, yayının esas olarak yöneldiği ülkenin tespit edilemeyeceği şekilde birden fazla ülkeye yönlendirmesi mümkündür. Ya da yayınlarını birden fazla ülkeye yönlendirmekle birlikte, esas olarak yüksek düzeyde koruma sağlayan bir ülkeye yönelik yayın yapmak suretiyle, diğer ülkelerde yayın nedeniyle meydana gelebilecek ihlallerden kaynaklanacak sorumluluğunun kendisi için elverişli olan ülke hukukuna tabi olmasını da sağlayabilecektir.⁶⁷

Komisyonun teklifi ile Avrupa Parlamentosunun teklifi arasında ortak bir nokta olarak, her ikisinde de Alman hukukunda doğan ve bazı diğer hukuk düzenleri tarafından da kabul görmüş “aynı anda her yerde bulunma teorisi” (ubiquity theory) uyarınca, zarar gören kişiye fiil ya da zararın gerçekleştiği yer hukuklarından birini seçme imkanının verilmemiş olduğu görülmektedir. Teklifler fiil ya da zarar yeri hukukunun uygulanması eğilimindedir. Bunun haricinde, Komisyon ve Parlamento teklifleri arasında, açıkça görüldüğü üzere önemli farklılıklar mevcuttur. Parlamento’nun teklifinde yer alan düzenlemelerin uygulamadaki sonucu, maddede de ifade edildiği gibi, tek bir ülkenin hukukunun uygulanmasıdır ve bu ülke yayıncının hukukudur. Komisyonun kanunlar ihtilafı kuralı, zarar gören kişinin mutad meskeni hukukunu uygulanmasına yol açabilecek zarar ülkesinin hukukunun uygulanmasını öngörmektedir. Parlamantonun teklifi oldukça net bir biçimde medyanın konumunu desteklerken, Komisyon’un teklifi zarar gören lehine düzenleme içermektedir. Komisyon, medyaya karşı fazlasıyla cömert olduğunu düşündüğü bu teklifi aynı zamanda üye devletlerin büyük çoğunluğu tarafından halihazırda benimsenmiş olan çözümü yansıtmadığı gerekçesi ile reddetmiştir. Komisyon, kendi teklifi ile Parlamento’nun teklifinin uzlaşmasının da mümkün olmadığı gerekçesi ile medya yolu ile gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerinin Tüzük kapsamından çıkarılmasının bu tartışmalı sorun için en kabul edilebilir çözüm olacağını, dolayısıyla 6. maddenin tamamen metinden çıkarılmasını önermiştir.⁶⁸

⁶⁷ Mills, *The Law Applicable to Cross-Border Defamation*, s.17.

⁶⁸ *Comparative Study, Final Report*, s.75; Nagy, Szabo, s.209.

Bununla birlikte, tadil edilen teklif uyarınca haksız fiillere ilişkin 5. madde diğer kişilik hakkı ihlalleri için geçerli olacak, bu dışlama sadece medya yolu ile gerçekleşen kişilik hakkı ihlalleri bakımından söz konusu olacaktır.⁶⁹

Nihai tüzük metninde Komisyon'un önerisi doğrultusunda sınırlı bir şekilde konunun dışlanması tercih edilmeyerek, kişilik hakkının her türlü ihlali tamamen kapsam dışı bırakılmıştır.⁷⁰ Kişilik hakkı ile ifade özgürlüğü hakkı arasındaki zor dengenin kurulması ve farklı çıkarların temsil edildiği Komisyon ve Avrupa Parlamentosu tarafından sunulan metinlerin uzlaştırılmasının imkansızlığı bu sonuca neden olmuştur. Bu dışlama Tüzüğün 1/2, g maddesinde açıkça ifade edilmiştir.

Elektronik iletişimin yeni biçimlerinin sürekli geliştiği çağımızda, özellikle kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlali konusunda etkili koruma sağlanabilmesi için yeknesak düzenlemeye şiddetli bir ihtiyaç varken bu sonuç hayal kırıklığı yaratmıştır. Yine de konunun Tüzük kapsamından çıkarılması Tüzüğün 30. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde, kişilik hakkı konusunun dışlanmasının geçici olmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Roma II Tüzüğü 30. maddesi ile Komisyona 31 Aralık 2008 tarihine kadar Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesine, kişilikle ilgili hakların ihlalinden kaynaklanan akit dışı sorumluluklara uygulanacak hukuk alanındaki durumla ilgili bir rapor sunma görevini yüklemiştir. Şimdiye kadar bir sonuç oluşmasa da, en azından gelecekte kişilik hakkı konusunun Tüzük kapsamına dahil edilmesi umulmaktadır.

Kişilik hakkı konusunun Roma II Tüzüğü'nün kapsamından çıkarılmasının, sadece Tüzüğün konunun düzenlenmesiyle ilgili özel hukuk perspektifini reddini yansıtmadığı, fakat aynı zamanda AB kurallarının bu konuda uyumlaştırılmasının uygun olduğu fikrinin reddini de yansıttığı ifade edilmektedir. Kişilik hakkına ilişkin

⁶⁹ Commission, Amended proposal for a European Parliament and Council Regulation on the Law Applicable to Non-contractual Obligations ('Rome II'), COM (2006) 83 final, 2003/0168 (COD), Art.1/2,h.

⁷⁰ Jan Oster: **European and International Media Law**, Cambridge University Press, 2016, s.118. (Kıs: Media Law); Nagy, Szabo, s.206.

uyuşmazlıklar, iki temel hakkın dengelenmesini gerektirdiğinden, yabancı bir hukukun uygulanması yoluyla bir üye devletin farklı hukuk düzenlerinin oluşturduğu dengeyi kabul etmek zorunda olup olmadıkları veya ne zaman bu zorunluluğun söz konusu olması gerektiğinin tartışmalı olması da konuyla ilgili mutabakatın sağlanmasını engellemiştir.⁷¹

3. Avrupa Birliğı Ülkelerinde Mevcut Durum

Avrupa Birliğı ülkelerinde, akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunda Roma II Tüzüğü'nün uygulama alanı dışında kalan ve ayrıca bir Birlik düzenlemesi ya da uluslararası sözleşmede yer almayan konularda, her üye devletin kendi milli kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmaktadır. Buna göre, kişilik hakkının ihlalinde sorumluluk konusunda Roma II Tüzüğü bir çözüm sunamadığından, yirmi sekiz üye devletin milli kanunlar ihtilafı kuralları yürürlükte. Yukarıda değinildiğı gibi, mesele zıt menfaatleri destekleyen fikirlerin bağdaştırılamaması nedeniyle Tüzükten dışlanmış olsa da, Tüzüğün 30 maddesinin bu alandaki sorunun çözümü amaçlı bir rapor hazırlanması yönündeki hükmü, kişilik hakkının ihlalinde sorumluluğa uygulanacak hukuk konusunda yeknesak bir hüküm ihtiyacının kabulü ile bu konudaki arayışın devam ettiğini göstermektedir.

Üye devletlerin hukuklarına bakıldığında, kişilik hakkının ihlalinde sorumluluğa uygulanacak hukukla ilgili sadece birkaç ülkenin⁷² özel kurala sahip olduğu, geriye kalanların akit dışı sorumlulukla ilgili genel kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak uygulanacak hukuku tespit ettiği görülür. Özel bağlama kuralına yer veren hukuk sistemlerinde, genel olarak bağlama noktası olarak zarar görenin seçimine göre zarar görenin mutad meskeni, zarar yeri veya zarara neden olanın mutad meskeni hukukunun uygulanmasının hükme bağlandığı, bu hukuk düzenlerinin bir kısmında da zarar gören bakımından daha elverişli olduğu kabul edilebilecek zarar görenin mutad meskeni hukuku veya zarar yeri hukukunun

⁷¹ Mills, *The Law Applicable to Cross-Border Defamation*, s.14.

⁷² Belçika, Bulgaristan, Litvanya, Macaristan ve Romanya özel bağlama kuralına sahiptir. *Comparative Study, Final Report*, s.77.

uygulanmasının, zarara neden olan tarafın zararın ilgili devletin topraklarında meydana gelebileceğini öngörebilecek durumda olması koşuluna bağlandığı görülmektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, özel bağlama kuralına sahip olan birkaç ülke dışında geriye kalan diğer ülkeler, haksız fiillere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının tatbiki ile kişilik hakkının ihlalinde sorunluluğa uygulanacak hukuku tespit etmektedirler. Haksız fiile uygulanacak hukukun tespitinde, Avrupa genelinde yaygın bir uygulama olarak, hukuki ilişkinin coğrafi olarak en sıkı ilişkiye sahip olduğu haksız fiilin işlendiği yer hukukunun (lex loci delicti) bağlama noktası olarak benimsenmiş olduğu görülmektedir. Bir uyuşmazlığın taraflarıyla en sıkı ilişki prensibine dayanan ortak mutad mesken yeri de, bağlama noktası olarak kullanılan ikinci kuraldır. Belirtilenler dışında ortak vatandaşlık, zarar gören tarafın mutad meskeni gibi farklı bağlama noktalarına göre uygulanacak hukuk tespit edilebilmekte ya da taraflarca seçilen hukukun uygulanması söz konusu olabilmektedir.

Kişilik hakkının ihlalinde sorumluluğa uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan bağlama noktaları incelenirken, Avrupa Birliği üye devletlerinin hukuk sistemlerinde benimsenen hüküm ve uygulamalara yeri geldikçe değinileceğinden, bu başlık altında üye devletlerin yasal düzenlemeleri tek tek ele alınmayacaktır.

4. Roma II Tüzüğü Sonrası Dönemde Konuyla İlgili Savunulan Çözüm Önerileri

Kitle iletişim araçları ile gerçekleştirilen ve birden fazla hukukun uygulanmasını gerektiren ihlaller söz konusu olduğunda uygulanacak hukukun tespiti, diğer haksız fiil türlerinde uygulanacak hukukun tespitine nazaran birtakım güçlükler arz eder. Öncelikle, kitle iletişim araçlarının doğası gereği hakka yönelik ihlal, özellikle radyo, televizyon ve internetle gerçekleştirilenler, birden fazla ülkede sonuç doğuracaktır. Esasen sorunu en fazla büyüten de sorunun aktörlerinden birinin internet oluşudur. İnternet teknolojisinin günümüzdeki seviyesi, her kullanıcıya

kendi içeriğini oluşturarak diğer kullanıcılarla paylaşma imkanını verdiği ve internetin dünyanın her yerinden erişilebilir olma özelliğinden dolayı, sıradan kullanıcılar potansiyel uluslararası yayıncı konumuna gelmiştir. Kişilik hakkının etkin şekilde korunabilmesi, bu konuda devletlerin birbiriyle uyumlu düzenlemelerle tümü için ortak olan bu soruna karşı, ortak bir savunma kalkanı geliştirmeleri ile mümkündür. Ancak, kişilik hakkı ve ifade özgürlüğü hakkının (çatışan hakların) korunmasının kapsamı ve hakların uzlaştırılması her devletin kendi kültürel algı ve demokratik geleneklerine göre belirlendiğinden, bu konuda ortak bir yöntem benimsemek de zordur. Bir ülkenin, bu haklar arasındaki dengenin nasıl ayarlanacağına ilişkin kararının, demokrasinin nasıl işlemesi gerektiği konusundaki görüşlerini yansıttığı ve bu görüşlerin rasyonel bir tartışmayı engelleyecek kadar güçlü şekilde savunulduğu ifade edilmektedir.⁷³ Nitekim Avrupa Birliğine üye ülkelerde akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunda yeknesak düzenleme getirmeyi amaçlayan Roma II Tüzüğü çalışmalarında, asgari müşterek kültürel değerlere sahip ülkeler arasında bile kişilik hakkına uygulanacak hukuk ile ilgili ortak bir formül benimsenememesi, konuyla ilgili en yakın tarihli ve çarpıcı örneği teşkil etmektedir.

İnternet yayıncılığının niteliği gereği yayıncıları küresel düzeyde yasal riske maruz bırakması, kişilik hakkının kitle iletişim araçları ile ihlalinde uygulanacak hukukun tespitinin önemini artırmıştır.⁷⁴ Bu konuda hukuk camiasında nihai bir uzlaşmaya varılamamış olsa da, Avrupa Birliğinde kitle iletişim araçları ile kişilik hakkı ihlallerinin birden fazla ülkede sonuç doğurması hallerine karşı izlenebilecek yollar bakımından genel olarak benimsenmesi gerektiği savunulan üç farklı görüşten bahsedilebilir.

⁷³ Working Document, 2010, s.3.

⁷⁴ Svantesson, The Rome II Regulation, s.275.

a. Mevcut Durumun Korunması

Kişilik hakkının kitle iletişim araçlarıyla gerçekleşen sınır ötesi ihlallerinde uygulanacak hukukun tespitinde Avrupa Birliği ülkelerinin çoğunda haksız fiilin ika yeri kuralı (lex loci delicti) benimsenmektedir. Ancak, ilgili bölümde detaylı şekilde izah edileceği üzere, kuralı benimseyen AB ülkelerinin çoğu ika yeri kuralını katı bir şekilde benimsemeyip, kurala, alternatif bağlama kurallarıyla birlikte veya istisna kuralı ile birlikte yer vermektedirler.⁷⁵ Bu kural, alternatif seçeneklerle birlikte Türk ve İsviçre hukuklarında da geçerlidir. Statükonun korunmasını savunan görüş, kişilik hakkının sınır ötesi ihlallerine karşı daha etkin bir hukuki koruma sağlanması için uygulanacak hukukun tespitiyle ilgili bir yenilik getirmenin mevcut koşullar çerçevesinde güç ve üzerinde uzlaşamaz olduğunu belirterek, koşullara göre en azından şimdilik bir yenilik yapılmayıp, bu konuda mevcut durumun korunması gerektiğini savunmaktadır.⁷⁶

Bu yaklaşımın savunulmasının en önemli nedenlerinden biri olarak, sınır ötesi kişilik hakkı ihlalleriyle ilgili dava sayısının oldukça az olması gösterilmektedir.⁷⁷ Kişilik hakkına ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının Roma II Tüzüğü'nden çıkarılmasının akabinde kişilik hakkı ve mahremiyetin ihlalden kaynaklanan akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukukla ilgili AB üyesi yirmi sekiz devletin hukuki durumunun mukayeseli olarak incelendiği çalışmada⁷⁸ da bu gerekçe teyit edilerek, bu konuda mahkeme önüne götürülen uyuşmazlık sayısının son derece az olduğu tespit edilmiştir.⁷⁹ Buna karşılık, dava sayısının azlığı bu tür davaların çözümleneceği sistemin karmaşıklığı ile açıklanmakta ve yürütülen yargılama sayısının az olmasının gerçek durumu yansıtmadığı ileri sürülmektedir. Mahkemelerin önüne getirilen bu tür davaların sayısı az olsa da, sınır ötesi kişilik

⁷⁵ Symeonides, Codifying Choice of Law s.52.

⁷⁶ Andrew Dickinson: "Privacy and Personality Rights in the Rome II Regime – Not Again?", 19 July 2010. (Çevrimiçi) <http://conflictoflaws.net/2010/privacy-and-personality-rights-in-the-rome-ii-regime-not-again/>, 05.06.2013; Martin George: "Hartley on the Problem of "Libel Tourism," 19 July 2010. (Çevrimiçi) <http://conflictoflaws.net/2010/hartley-on-the-problem-of-libel-tourism>, 05.06.2013.

⁷⁷ Svantesson, The Rome II Regulation, s.276; Working Document, s.3.

⁷⁸ Comparative Study, Final Report.

⁷⁹ Ae, s.7; Working Document, s.3.

hakkı ve mahremiyet ihlallerine ilişkin olayların sayısı fazladır. Bu konuda kesin bir sayı ortaya konulmasa da, sınır ötesi ihlallere ilişkin gözlemlenen olayların varlığının inkar edilemeyeceği⁸⁰ ileri sürülmektedir. Bu görüşü doğru buluyoruz. Özellikle uluslararası boyutu olan davaların yargılama giderleri dikkate alındığında, kişilik hakkı ihlal edilmiş bir kişinin, ekonomik yönden güçlü olmadıkça kolay kolay yargı yoluna başvuramayacağı, sadece bir başka ülkede yürütülecek yargı giderlerini değil, o ülkeye gidiş geliş, barınma masrafları gibi giderleri karşılamayı göze alamayacağını söyleyebilmek için detaylı araştırmalar yapmaya gerek yoktur.

Bu alanda mevcut statükonun korunması görüşünde olanlar, mevcut tabloya göre konuyla ilgili bir kurala acilen ihtiyaç olmadığını, sorunun İngiliz ve ABD hukuku arasındaki farklılığın ürünü olarak ortaya çıkan hakaret turizmi ile milletlerarası yargı yetkisi ve İngiliz maddi hukukuna odaklanan tartışmalarla abartıldığını savunmaktadırlar.⁸¹ Ayrıca, üye devletlerin çoğunda konuyla ilgili kuralların oldukça açık ve uygulanmasının kolay olduğu, bunun gibi tartışmalı bir konuda üzerinde konsensüs sağlanarak AB mevzuatında yerini alacak bağlama kuralı muhtemelen karmaşık bir metinden oluşacağından, daha açık ve daha fazla öngörülebilirlik sağlayacak bir kural olamayacağı ileri sürülmektedir.⁸² Diğer yandan, Roma II Tüzüğü'nde yer alan kanunlar ihtilafı kurallarının, bir kuralın ya da sonucun seçimini hedeflemediğini, mağdurun mutad mesken, yayıncının işyeri ya da başka bir bağlama noktasına göre belirlenecek hukukun taraflardan birinin daha fazla ya da az lehine olabileceği ifade edilmektedir. Ayrıca, tüm üye devletler AİHS'ne taraf olup, hem özel yaşama hem de ifade özgürlüğü hakkına, kendilerine tanınan takdir marjı içinde saygı duymak zorunda olduklarından, uyuşmazlığa uygulayacakları hukuku kendi anayasal geleneklerinin süzgecinden geçirmelerinin makul karşılanması gerektiği, Roma II Tüzüğü bakımından da konunun, Tüzüğün 26. maddesinde yer alan kamu düzeni kuralı çerçevesinde değerlendirileceği, dolayısıyla

⁸⁰ Svantesson, The Rome II Regulation , s.276.

⁸¹ Dickinson, 'Privacy and Personality Rights in the Rome II Regime – Not Again?'

⁸² George, 'Hartley on The Problem of "Libel Tourism".'

Tüzüğe bu konuda bir bağlama kuralı dahil edilse bile etkili hukuki sonucu olmayacağı ileri sürülmektedir.⁸³

Diğer yandan, konu değerlendirilirken medya ve ünlüler üzerine odaklanmak yerine, bir web bloggeri ya da internet üzerinden paylaşım yapan sıradan bir ofis çalışanın pozisyonları da göz önünde bulundurularak bir kural formüle edilmesi gerektiğinin de altı çizilmektedir. Özetle, kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk konusundaki tartışmaların bugüne kadar olanlardan farklı şekilde odaklanarak yürütülmesi gerektiği, Avrupa çapında yürürlükte olacak bir kural arzu edilir olsa da, bunun gerçekten gerekli olup olmadığının, tartışmanın arka planı değerlendirilerek başarılabilir olup olmadığının ve ne pahasına mümkün olabileceğinin doğru tespit edilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁸⁴

b. Kişilik Hakkının İhlaline İlişkin Maddi Hukukların Uyumlu Hale Getirilmesi

Farklı ülkelerin konuya ilişkin maddi hukuk normlarının uyumlu hale getirilmesi ile kanunlar ihtilafı kuralları hangi ülkenin maddi hukukunu işaret ederse etsin, ihtilafın benzer hukuk normları çerçevesinde ele alınmasının bir çözüm olabileceği düşünülmüştür.⁸⁵ Tüm üye devletlerin hem özel yaşam hakkını hem de ifade özgürlüğü hakkını koruyan AIHS'e taraf olmalarının belirli ölçüde uyum sağlamış olması, maddi hukukların yeknesaklaştırılması görüşünü teşvik etmiştir. Ancak, AIHM'in taraf devletlere genellikle kendi kanunlarını nasıl uygulayacakları konusunda önemli bir takdir marjı tanınması nedeniyle üye devletlerin uygulamaları arasındaki farklılıkların sadece bu yöntemle giderilmesi mümkün değildir.⁸⁶

Çalışmamızın başından beri vurguladığımız gibi, hukuk düzenlerinin çatışma halindeki söz konusu iki temel hakka sağladıkları koruma düzeyi ve hakları

⁸³ Dickinson, 'Privacy and Personality Rights in the Rome II Regime – Not Again?'

⁸⁴ Dickinson, 'Privacy and Personality Rights in the Rome II Regime – Not Again?'

⁸⁵ Svantesson, The Rome II Regulation, s.275.

⁸⁶ Working Document, s.5.

dengeleme biçimleri arasında farklılıklar nedeniyle bu yolla bir sonuca varılması çok güçtür. Kişilik hakkının korunması ile ifade özgürlüğü hakkının korunması ve ihtilaf halinde bu hakların dengelenmesi hassas bir kültür meselesidir. Bu değerlere verilen önem farklı kültürler arasında büyük ölçüde farklılık gösterebildiğinden ülkelerin bu konuda istekli olmalarının beklenemeyeceği ileri sürülmektedir ki yukarıda da değindiğimiz gibi, kişilik hakkına ilişkin maddenin Roma II Tüzüğü kapsamından çıkarılmasıyla sonuçlanan tartışmalarla dolu çalışma dönemi bu görüşün doğruluğunun kanıtıdır.⁸⁷ Müşterek kültürel değerlere sahip Batı Avrupa'da bile önemli farklılıklar mevcuttur. Örneğin, mahremiyet Fransa'da güçlü bir şekilde korunurken, bir şey doğru ise söylenilmesine izin verilmesi gerektiği düşüncesine sahip İngiltere'de mahremiyetle ilgili düşük seviyeli bir koruma söz konusudur. Bu ve benzer örnekler nedeniyle AB'nin bu alanda birlik çapında kurallar koymasının yanlış olacağı görüşü haklı olarak savunulmaktadır.⁸⁸

c. Kişilik Hakkının İhlaline İlişkin Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uyumlu Hale Getirilmesi

Roma II Tüzüğü sonrası dönemde, Tüzüğün yansıttığı iradeye de uygun olarak,⁸⁹ üye devletlerin kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının uyumlu hale getirilmesinin gerekliliğini ve bu uyumlaştırmanın konuyla ilgili en iyi çözümü sunacağını savunan görüşler ileri sürülmüştür. Kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuka

⁸⁷ Son yıllarda AB üyesi devletlerin hukuk sistemlerinin maddi hukuk yönünden uyumlaştırılması ve tüm üye devletler için ortak, "Avrupa Medeni Akit Dışı Sorumluluk Hukuku" oluşturulma amacı mevcuttur. Bu hedef akademik kaynaklardan, Avrupa Medeni Kanunu için Çalışma Grubu, Gandolfi Projesi olarak bilinen Haksız Fiil Hukuku Hakkında Avrupa Grubu, Avrupa Özel Hukukunun Müşterek Temeli Grubu, Avrupa Sözleşme Hukuku (SECOLA) Derneği ve Müktesabat Grubundan gibi çeşitli girişimlerle de desteklenmiştir. Konumuzla ilgili olarak "Avrupa Mahremiyet Kanunu" oluşturması ve AB düzeyinde bu kanunun ulusal hukuk sistemlerinin yerini almasının, birlik içinde birbirinden farklı düzenlemelerin bulunmasını engelleyerek en azından AB içi durumlarda hukuki sonuçlar bakımından yeknesaklığı sağlayacağı düşünülmüştür. Ancak üye devletlerin kültürel kimliklerine bağlı hassasiyetleri karşısında, yukarıda da belirttiğimiz gibi bu hedefe ulaşılması zordur. Comparative Study, Final Report, s.52-53.

⁸⁸ George, 'Hartley on The Problem of "Libel Tourism"'

⁸⁹ Roma II Tüzüğü'nün Komisyona 31 Aralık 2008 tarihine kadar Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Avrupa Ekonomik ve Sosyal Komitesine, kişilikle ilgili hakların ihlalden kaynaklanan akit dışı sorumluluklara uygulanacak hukuk alanındaki durumla ilgili bir rapor sunma görevi yükleyen 30. maddesi ışığında, kişilik hakkı konusunun geçici olarak Tüzük kapsamından dışlandığı ve üzerinde mutabakata varılacak bir düzenlemenin ileride Tüzük kapsamına dahil edilmesi beklenmektedir.

ilişkin bağlama kuralının yeknesak hale gelmesiyle, eylem nerede veya nerelerde gerçekleşirse gerçekleşsin, uygulanacak hukuk aynı bağlama kuralına göre belirleneceğinden, bunun daha fazla öngörülebilirliğe yol açacağı savunulmaktadır. Bu çözümün, tek başına tüm sorunları ortadan kaldıramasa da, sınır ötesi ilişkiler için daha fazla hukuki güvenlik sağlayacağı ve öngörülebilirliğin sağlanmasıyla ihtilafın taraflarının hukuk düzenlerinin çeşitliliğinden kaynaklanan zorluklarla başa çıkmalarını bir ölçüde kolaylaştıracağı açıktır.⁹⁰

Kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukla ilgili yeknesak bir kuralın kabulü halinde, somut uyuşmazlıkta dava nerede açılırsa açılsın, bu bağlama kuralının tatbiki sonucu uygulanmak üzere aynı maddi hukuk tespit edilecek olmasına karşın, aynı maddi hukukun uygulanmasının, maddi hukukun aynı şekilde yorumlanacağı anlamına gelmeyeceği ileri sürülmektedir. Özellikle kişilik hakkı gibi kültürel normlara ve bu normlara dayanan değer yargularıyla ilgili bir alanda yorum farklılıklarının olması kaçınılmazdır. Bu konuda mevcut durum örnek gösterilerek, çoğu üye devlette zarar yeri bağlama noktası olarak kabul edilmesine karşın, zarar yerinin aynı şekilde tespit edilmemesi nedeniyle problem yaşanabildiği belirtilmektedir.⁹¹ Her ne kadar zarar yerinin belirlenmesi konusunda bağlama noktası konusundaki yorum farklılıkları ABAD kararları ile giderilebilecek nitelikte ise de, kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılmasının tek başına sorunu çözmeyeceği doğrudur. Ancak maddi hukukun asgari seviyede uyumunun sağlanması ve aynı zamanda yeknesak kanunlar ihtilafı kuralı kabul edilmesinin eş zamanlı gerçekleştirilmesi halinde, sorunun çözümünde önemli bir aşama kaydedilecektir.

Tüm hukuk düzenleri kişilik hakkı ihlal edilen mağdurların yeterli düzeyde korunmasını sağlarsa, AB düzeyinde maddi hukukun asgari standardı oluşacağından, failin oportünist biçimde en lehe hukuk düzenini araştırması cazibesini yitirecektir. Bu nedenle, kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılmasının, üye devletlerin

⁹⁰ Comparative Study, Final Report, s.53.

⁹¹ George, 'Hartley on The Problem of "Libel Tourism"'.

maddi hukuklarının harmonizasyonuna alternatif olarak değil, ek bir seçenek olarak sunulması gerektiği savunulmaktadır.⁹² Maddi hukukun uyumlaştırılması hedefine tamamen ulaşılması en azından şimdilik mümkün görülmemektedir. Daha olası görülen kanunlar ihtilafı kuralı düzeyinde uyumlaştırma sorunu tamamen çözemese de, belirli düzeyde standartlaşma getireceğinden, kişilik hakkı ile ihtilaflara önemli ölçüde katkı sağlayacaktır.

(1) Kişilik Hakkı Konusunda Yeknesak Bağlama Kuralıyla İlgili Doktrinden Bazı Öneriler

Kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuka ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının yeknesaklaştırılması görüşünün destekçileri olmakla birlikte, somut çözüm önerisi sunanların sayısı azdır. Bu konuda, Profesör Olivera Boskovic⁹³, Roma II Tüzüğü'nün haksız fiillerle ilgili genel bağlama kuralının yani 4. maddenin, kişilik hakkından doğan sorumluluğa da uygulanabilir olduğunu savunmaktadır.⁹⁴ Bu durumda, basitçe, kişilik hakkı konusunu Tüzüğün kapsamından çıkararak m.1/2,g'nin kaldırılmasıyla sorun çözülecek ve kişilik hakkı konusu Tüzük sistemine dahil olacaktır.

Profesör Jan von Hein⁹⁵ Tüzüğün çerçevesini takiben yeni bir hüküm tasarlayarak çözüm önerisi olarak sunmuştur. Roma II Tüzüğü'ne ilave edilmesi düşüncesiyle oluşturulan hüküm taslağı aşağıdaki gibidir⁹⁶;

“1. Tüzüğün m.4/2 ve m.4/3 fıkraları saklı kalarak, mahremiyet ve hakareti de kapsar şekilde kişilikle ilgili hakların ihlalden kaynaklanan akit dışı sorumluluğa uygulanacak hukuk, zarar için tazminat talep eden kişinin haklarının doğrudan ve önemli olarak etkilendiği veya etkilenebileceği ülke hukukudur. Bununla birlikte,

⁹² Marta Requejo: “Country of Origin Versus Country of Destination and the Need for Minimum Substantive Harmonisation”, 20.07.2010. (Çevrimiçi) <http://conflictoflaws.net/2010/country-of-origin-versus-country-of-destination-and-the-need-for-minimum-substantive-harmonisation/>, 23.11.2012. (Kıs: Country of Origin Versus Country of Destination)

⁹³Orléans Üniversitesi, Fransa.

⁹⁴ Boskovic on Rome II and Defamation.

⁹⁵ Trier Üniversitesi, Almanya.

⁹⁶ Gilles Cuniberti: “Von Hein on Rome II and Defamation”, 19 July 2010. (Çevrimiçi) <http://conflictoflaws.net/2010/von-hein-on-rome-ii-and-defamation>, 05.06.2013.

sorumlu olduğu iddia edilen kişi, eyleminin, birinci cümlede belirlenen ülkede meydana gelen sonuçlarını makul olarak öngörebilecek durumda değilse, uygulanacak hukuk bu kişinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukudur

2. Tazminat talep eden kişinin haklarının birden fazla ülkede etkilendiği veya etkilenmiş olması muhtemel olduğu hallerde, bu kişi davalının ikamet ettiği yerde dava açması halinde, davaya mahkemenin bulunduğu yer hukukunun uygulanmasını seçebilir.

3. Cevap hakkı veya eşdeğer önlemlere uygulanacak hukuk yayıncının mutad meskeninin bulunduğu yer hukukudur.

4. Bu maddeye göre uygulanacak hukuk, m.14 uyarınca yapılacak bir sözleşme ile geçersiz kılınabilir.”

Jan-Jaap Kuipers⁹⁷ en sıkı bağlantı kriterinin uygulanmasının, uyumsuzluğun tek bir hukuka tabi tutulması ve internet yayınlarıyla gerçekleşen ihlaller bakımından özel bağlama kuralının gerekli olup olmadığı yönündeki tartışmalara son vererek en makul sonucu sağlayacağı gerekçeleriyle, Roma II Tüzüğü’ne, kişilik hakkının ihlalden kaynaklanan akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukukun, ilişkinin en sıkı bağlantılı olduğu ülkenin hukuku olması gerektiği yönünde bir kanunlar ihtilafı kuralının dahil edilmesini önermiştir.⁹⁸

(2) Avrupa Parlamentosu’nun 10 Mayıs 2012

Tarihli Önerisi

Roma II Tüzüğü’nün yürürlüğü girmesinden sonraki dönemde, Tüzük kapsamından çıkarılan kişilik hakkı konusu üzerinde Birlik düzeyinde yapılan mukayeseli çalışma⁹⁹ ve mevcut problemleri göz önünde bulundurarak, Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komitesi raportörü Diana Wallis tarafından Tüzüğün

⁹⁷ Radboud University Nijmegen, Hollanda.

⁹⁸Jan-Jaap Kuipers: “Towards a European Approach in the Cross-Border Infringement of Personality Rights”, **German Law Journal**, Vol. 12, No.8, 2011, s.1705. (Çevrimiçi) http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No8/PDF_Vol_12_No_08_1681-1706_Kuipers.pdf, 22.11.2014.

⁹⁹ MainStrat Report (Comparative Study, Final Report).

tadili ile ilgili hazırlana raporda¹⁰⁰ Tüzüğe “mahremiyet ve kişilikle ilgili haklar” başlığıyla m.5a olarak eklenmek üzere aşağıdaki düzenleme önerilmiştir.

“(1) m.4/1ve m.4/2’ye hanel getirmeksizin, mahremiyet ve şeref ve haysiyetin ihlalini de kapsayarak kişilikle ilgili hakların ihlalinden doğan akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk zararının tazminini talep eden kişinin haklarının doğrudan ve önemli ölçüde etkilendiği veya etkilenebileceği ülke hukuku olmalıdır. Ancak, sorumlu olduğu iddia edilen kişinin, hareketlerinin önemli sonuçlarının 1. paragraf ile belirlenmiş ülkede ortaya çıkacağını makul olarak öngörememişse, bu kişinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.

(2) Zararının tazminini talep eden kişinin hakları birden fazla ülkede etkilenmiş veya etkilenebilecek ve bu kişi davalının ikametinin bulunduğu yer mahkemesinde dava açarsa, davacı bunun yerine mahkemenin bulunduğu yer hukukunun uygulanmasını seçebilir.

(3) Cevap hakkı ve eş etkili önlemlere yayıncının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.

(4) Bu madde uyarınca uygulanacak hukuk 14. madde uyarınca yapılan bir sözleşmeyle bertaraf edilebilir.”¹⁰¹

Wallis kuralı formüle ederken, ABAD’ın Fiona Shevill kararını izleyen eDate Advertising kararında geliştirdiği menfaatlerin merkezi doktrinini,¹⁰² İngiltere merkezli ancak diğer ülkelerde de kaygı yaratan hakaret turizmi problemini¹⁰³, açılacak davaların yüksek maliyetli oluşunu, dava sonucu hükmedilecek tazminatların yayıncılar üzerinde caydırıcı etkiye neden olacağını¹⁰⁴, gönderilen iletilerin kalıcı olması ve bloglar ile anonim iletilerin ortaya çıkmasıyla, internetin sanal evrensel erişilebilirliğinden kaynaklanan zorluğunun daha da arttığını¹⁰⁵ ve sair

¹⁰⁰ EP Committee on Legal Affairs Draft Report of 2 December 2012 (Diana Wallis) with recommendations to the Commission on the amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) (2009/2170(INI), (Çevrimiçi) [http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/juri/projet_rapport/2011/469993/JURI_PR\(2011\)469993_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/juri/projet_rapport/2011/469993/JURI_PR(2011)469993_EN.pdf), 19.11.2013. (Kıs: Draft Report)

¹⁰¹ Wallis’in kuralı oluştururken Von Hein tarafından önerilen modeli esas aldığı görülmektedir.

¹⁰² Draft Report , recital A; Menfaatlerin merkezi doktrini için bkz. aşağıda s.463 vd.

¹⁰³ Draft Report , recital C.

¹⁰⁴ Draft Report , recital D, E ve H.

¹⁰⁵ Draft Report , recital F.

hususları göz önünde bulundurmuştur. Bu konuda benimsenecek bağlama kuralının çatışan hakları dengelemesi gerektiği ve Roma II Tüzüğü ile Brüksel I Tüzüğü'nde yer alan kamu düzenine ilişkin hükümler göz önüne alınarak, belli bir üye devletin yasalarına erişimi kısıtlamak üzere tasarlanmış olmaması gerektiğini¹⁰⁶ belirterek önerdiği hükmü tasarlamıştır. Önerdiği hükmün içerdiği, zararın gerçekleştiği yer hukukunun uygulanmasına dair temel prensibin, öngörülebilirlik klozu ile birlikte düzenlenerek yayıncıların meşru menfaatlerini de koruduğunu ve bu şekilde Roma II Tüzüğünde yer alması gerektiğini savunurken, hızlı şekilde karar verilmesi gereken ve geçici nitelikteki cevap hakkına uygulanacak hukukun tespitinde en sıkı ilişki kriterinin kullanılması gerektiğini de ileri sürmektedir. Ayrıca kabul edilecek bağlama kuralının taraflara hukuk seçimi imkanı sağlaması ve davacının yayıncının bulunduğu yer mahkemelerinde dava açması halinde, birden fazla üye devlette meydana gelen zararlar için tek bir hukukun uygulanmasını temin etmek üzere lex fori'yi seçme imkanını sağlaması gerektiğini savunmaktadır.¹⁰⁷ Son olarak raporda, mahremiyet ve şeref ve haysiyetin ihlalini de kapsayarak kişilikle ilgili hakların ihlalden doğan sınır ötesi uyuşmazlıkların çözümü için isteğe bağlı başvurulacak alternatif uyuşmazlık çözüm yolu (ADR) merkezi kurulması önerilmektedir.¹⁰⁸

Avrupa Parlamentosu Wallis'in raporunu esas alarak, Roma II Tüzüğü'nün değiştirilmesine ilişkin Komisyon'a tavsiyelerini içeren 10 Mayıs 2012 tarihli kararında, Wallis'in önerdiği hükmü, Tüzüğe "mahremiyet ve kişilikle ilgili haklar" başlığıyla m.5a olarak eklenmek üzere, aşağıdaki gibi değiştirerek kabul etmiştir.¹⁰⁹

"1. Mahremiyet ve şeref ve haysiyetin ihlalini de kapsayarak kişilikle ilgili hakların ihlalden doğan akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak, kayıp veya zararın

¹⁰⁶ Draft Report , recital K.

¹⁰⁷ Draft Report , recital L.

¹⁰⁸ Draft Report , recital M.

¹⁰⁹Law applicable to non-contractual obligations (Rome II) European Parliament resolution of 10 May 2012 with recommendations to the Commission on the amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) (2009/2170(INI)). (Çevrimiçi) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52012IP0200#ntr10-CE2013261EN.01001701-E0010>, 19.11.2013. (Kıs: Draft Report)

en önemli unsur veya unsurlarının ortaya çıktığı veya çıkabileceği ülkenin hukukudur.

2. Bununla birlikte, davalının hareketinin önemli sonuçlarının 1. paragraf ile belirlenmiş ülkede ortaya çıkacağını makul olarak öngörememişse, uygulanacak hukuk davalının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukudur.

3. İhlalin basılı bir içeriğin yayımlanması veya bir televizyon yayınından kaynaklandığı hallerde, zararın en önemli unsur veya unsurlarının ortaya çıktığı veya çıkabileceği ülke, yayımın veya yayın hizmetinin esas olarak yönlendirildiği ülke, veya bu açık değilse, editoryal kontrolün icra edildiği ülke olarak kabul edilir ve o ülkenin hukuku uygulanır. Yayımın veya yayının yönlendirildiği ülke, özellikle yayımın veya yayının dili, belirli bir ülkede satış ve izleyici hacminin toplam satış ve izleyici hacmine oranına göre veya bu faktörlerin birleşimi suretiyle belirlenir.

4. Yayımcı ve yayıncıya karşı, yayın veya yayının içeriği ile ilgili ve kişisel verilerin işlenmesinden kaynaklanan mahremiyet ve kişilikle ilgili hakların ihlali ile ilgili cevap hakkı veya eşdeğer önlemlere ve herhangi bir önleyici veya yasaklayıcı tedbire uygulanacak hukuk, yayıncının, yayıncının veya verileri işleyen mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku olacaktır.”

Avrupa Parlamentosu'nun kabul ettiği taslak metnin 1, 3 ve 4. fıkraları, 2005 yılında sunduğu teklifine benzerdir. İlk bakışta kitle iletişim araçları arasında ayırım yapılarak, internet ile geleneksel medya yayınları arasında farklı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Taslak maddenin 1. fıkrası ile öngörülen genel kural, geleneksel medya yayınları bakımından 3. fıkra ile kaldırılmakta 2005 yılındaki teklifin aksine, 3. fıkradaki özel düzenleme internet yayınlarına teşmil edilmemektedir. Buna göre, kişilik hakkının internet yayınlarıyla ihlal edilmesi halinde uyuşmazlığa kayıp veya zararın en önemli unsur veya unsurlarının ortaya çıktığı veya çıkabileceği ülkenin hukuku uygulanacak; gazete veya radyo televizyon yayınlarıyla ihlal edilmesi halinde uyuşmazlığa yayımın veya yayın hizmetinin esas olarak yönlendirildiği ülke, veya bu açık değilse, editoryal kontrolün icra edildiği ülke hukuku uygulanacaktır.

İnternet yayınları bakımından eDate kararında ortaya konulan menfaatlerin merkezinin bulunduğu yer hukuku lehine yayıncının hedeflediği yer ya da yerleşik

bulunduğu yer hukuku bertaraf edilmiştir. Aşağıda izah edileceği gibi, davacının menfaatlerinin bulunduğu yer, genellikle mağdurun mutad meskeni ile örtüşmektedir. Dolayısıyla, geleneksel medya yayınları bakımından yayıncı lehine sonuç doğarken, internet yayınları bakımından mağdur lehine sonuç doğacaktır. Aynı içeriğin farklı medya kanallarıyla eş zamanlı dağıtımının gerçekleşmesinin rutin hale geldiği günümüzde, aynı içerikle ilgili farklı ülke hukuklarının uygulanması, gerçekçi bir çözüm olarak düşünülemez. Böyle suni ve teknik farklılaşmanın haklılaştırılabilmesinin son derece zor olduğu belirtilerek, çatışan menfaatleri uzlaştırıcı bir çözüm sunan Wallis'in teklifinin benimsenmesi ve kitle iletişim aracının türüne bakılmaksızın aynı kuralın uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir.¹¹⁰

II. Kişilik Hakkının Kitle İletişim Araçları İle İhlalinden Doğan Sorumlulukla İlgili Kanunlar İhtilafı Kuralları

Türk, İsviçre ve Avrupa Birliği ülkelerinin kişilik hakkının ihlali halinde uygulanan kanunlar ihtilafı kurallarına baktığımızda, genel olarak bazı hukuk düzenlerinin düzenlemeleri arasında kesişmeler olsa da kuralların farklılık gösterdiği görülmektedir. İlk bakışta, Roma II Tüzüğü'nün benimsediği kanunlar ihtilafı kurallarında özelleştirme eğiliminin Avrupa Birliği üyesi devletlerin iç hukuk düzenlemelerinde yaygın şekilde benimsenmediği ve çok az sayıda ülkenin milletlerarası özel hukuk düzenlemeleri içinde kişilik hakkına özgü özel bağlama kuralına yer verdiği görülmektedir. Genel olarak kişilik hakkının haksız fiil olarak vasıflandırılarak, konunun haksız fiillere ilişkin genel bağlama kuralı çerçevesinde ele alındığı, bu bağlamda kişilik hakkı ihlali sorumluluğa uygulanacak hukukun yaygın şekilde benimsenen haksız fiilin ika yeri kuralına göre tespit edildiği söylenebilir. Ancak, daha önceki açıklamalarımızda da değindiğimiz üzere, kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının sınır ötesi ihlali hallerinde haksız fiilin ika yeri

¹¹⁰Gilles Cuniberti: "Von Hein on Kate Provence Pictures", 27 September 2012. (Çevrimiçi) <http://conflictoflaws.net/2012/von-hein-on-kate-provence-pictures/>, 10.05.2014.

kuralı tatmin edici sonuçlar vermemekte, kuralın sert bir şekilde uygulanması adil olmayan sonuçlara yol açmaktadır. Yetersiz ve adil olmayan sonuçlardan kaçınabilmek için, bazı hukuk düzenlerinin, haksız fiilin ika yeri kuralını muhafaza etmekle birlikte, tarafların ortak mutad meskeni veya vatandaşlığına dayalı, daha sıkı ilişkinin mevcudiyetine bağlı, tarafların özgür iradesine veya sadece zarar görenin belirli sınırlar içinde yapacağı seçime bağlı olarak uygulanacak hukukun tespitini mümkün kılarak kuralı daha esnek hale getirdiği gözlemlenmektedir.

Kişilik hakkına ilişkin farklı hukuk düzenlerinde benimsenmiş kanunlar ihtilafı kurallarının karşılaştırmalı şekilde ele alınmasının amaçlandığı bu bölümde, önce kişilik hakkının ihlalinde sorumluluğa uygulanacak hukukun tespiti için özel kural benimsemeyen hukuk düzenlerinde yer alan bağlama kurallarına, sonra kişilik hakkı ile ilgili özel kurala yer veren hukuk düzenlerindeki hüküm ve uygulamalara yer verilecektir.

A. Kişilik Hakkının Kitle İletişim Araçları İle İhlalinde Sorumluluğa Akit Dışı Sorumlulukla İlgili Genel Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanması

Kişilik hakkı ile ilgili özel bağlama kuralına yer verilmeyen hukuk düzenlerinde, kişilik hakkı ihlallerine ilişkin uyuşmazlıkların haksız fiil olarak vasıflandırılması sonucu, uygulanacak hukuk haksız fiillere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca tespit edilmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, haksız fiillere uygulanacak hukuk konusunda bağlama noktası olarak haksız fiilin ika yeri kuralı (lex loci delicti) yaygın şekilde benimsenmiş olmakla birlikte, kişilik hakkının kitle iletişim araçları ile ihlalinde olduğu gibi mesafeli haksız fiiller söz konusu olduğunda, kuralın katı uygulanmasının tatminkar sonuç vermemesi nedeniyle, kimi hukuk düzenlerinde ika yeri kuralı yanında fer'i bağlama noktalarına yer verilerek, kimilerinde ise içtihat marifetiyle kural esnetilmiştir. Kişilik hakkının kitle iletişim araçlarıyla ihlalinde sorumlulukla ilgili özel bağlama kuralları, zaten uyuşmazlığın ihtiyaçlarına göre tasarlanmış olduklarından, özel bağlama kuralına sahip olmayan

hukuk düzenlerinde meselenin çözümüne ilişkin bir bakış açısı geliştirilebilmesi amacıyla, örneklerle konu izah edilmeye çalışılacaktır.

1. Kanunlar İhtilafı Kurallarında Hukuk Seçimi İmkanına ve Fer'i Bağlama Noktalarına Yer Verilmesi

AB üye devlet hukuklarına bakıldığında ika yeri kuralının çoğu ülkede temel kural olarak kabul edildiği, ancak kurala esneklik kazandırmak amacıyla ilgili maddeye dahil edilen fer'i bağlama noktaları bakımından hukuk düzenleri arasında farklılıkların mevcut olduğu görülmektedir. Avusturya, Estonya, Almanya ve Hollanda akit dışı sorumlulukla ilgili kanunlar ihtilafı kurallarında hukuk seçimi imkanına yer vermektedirler. İtalya, Hollanda, Litvanya ve Portekiz'de ika yeri kuralı yanında müşterek vatandaşlık veya müşterek mutad mesken bağlama noktası olarak kabul edilirken, Avusturya, Danimarka, Estonya, ve Slovenya'nın kural içinde daha sıkı ilişki bağlama noktasına da yer verdiği görülmektedir. Alman hukukunda hem müşterek mutad mesken hem daha sıkı ilişkili hukuk bağlama noktalarına yer verilmektedir. İspanya, Letonya ve Yunanistan hukuklarında ise sadece ika yeri kuralına yer verilmiş olup ilgili düzenlemeler fer'i bağlama noktaları içermemektedir. Kişilik hakkına ilişkin özel bağlama kuralına sahip olmayan AB ülkelerinin hiç birinde, akademik çevrelerde popülerolan¹¹¹ ve zarar görenin lehine sonuç vereceği düşünülen zarar görenin mutad meskeni, tek bağlama noktası olarak kabul edilmemiştir.¹¹²

AB ülkelerindeki kanunlar ihtilafı kurallarının mukayeseli analizi bu çalışmanın amacı olmadığından, sadece temel ve fer'i bağlama noktalarını içeren kanunlar ihtilafı kurallarını ve farklılıklarını örneklemek amacıyla bazı üye devletlerin düzenlemelerinden bahsedilecektir.

Avusturya hukukunda, taraflara akit dışı sorumluluğa uygulanacak hukuku seçme imkanı tanınmıştır. Eğer taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa, zarara yol

¹¹¹Cuniberti, Von Hein on Kate Provence Pictures.

¹¹² Comparative Study, Final Report, s.113.

açan hareketin gerçekleştirildiği devletin hukukuna göre uyuşmazlık çözümlenir. Ancak, uyuşmazlığın taraflarının başka bir üye devletin hukuku ile daha sıkı ilişki içinde olması halinde, bu ülkenin hukukunun uygulanacağı hüküm altına alınmakla, daha sıkı ilişkili hukukunun ika yeri hukukuna göre öncelikli olarak uygulanmasının önü açılmıştır.¹¹³

Estonya hukukunda da akit dışı sorumluluğa ika yeri kuralı uygulanır. Ancak zarara ilişkin sonuçlar, zarara neden olan olayın gerçekleştiği yerde belirgin değilse, zarara maruz kalan tarafından talep edilmesi halinde, eylemin sonuçlarının belirgin olduğu yer hukuku, yani zarar yeri hukuku uygulanır. Böylece, mağdura kendi çıkarlarına en uygun hukuku seçme şansı tanınmıştır (Estonya MÖHK m.50). Ancak, akit dışı sorumluluk belirtilen kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiğinden başka bir devletin hukuku ile daha sıkı ilişkili ise, ika yeri ya da zarar yeri yerine, daha sıkı ilişkili devletin hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmış (Estonya MÖHK m.53/1), taraflar arasında hukuki bir ilişki veya somut bir bağlantı bulunması, zarara neden olayın gerçekleştiği zamanda tarafların aynı devlette ikamet ediyor olması halleri, tadadi olarak, özellikle sıkı ilişkinin bulunduğu haller olarak belirtilmiştir (Estonya MÖHK m.53/2). Son olarak, tarafların, akit dışı sorumluluğa neden olan eylemin gerçekleşmesinden sonra her zaman Estonya hukukunun uygulanması konusunda anlaşabilecekleri hükme bağlanarak (Estonya MÖHK m.54), sınırlı bir hukuk seçimi imkanı tanınmıştır.¹¹⁴

Alman hukukunda da haksız fiillerden doğan sorumlulukla ilgili temel bağlama noktası olarak ika yeri kuralı benimsenmiştir.¹¹⁵ Haksız fiilin sonuçlarının başka bir ülkede ortaya çıkması halinde, zarar görenin talebi üzerine zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanmaktadır. Başka bir deyişle, bu durumda zarar görene

¹¹³ Avusturya 1978 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (IPRG) m. 35 ve m.48 Comparative Study, National Reports, s.5; Turhan, İka Yeri Kuralı, s.112.

¹¹⁴2002 tarihli Estonya Milletlerarası Özel Hukuku Hakkında Kanun, m.50-m.54, Comparative Study, National Reports, s.39-40.

¹¹⁵Alman milletlerarası özel hukukunun temel kaynağı olan Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB) kapsamında özellikle m.3-46 arasında kanunlar ihtilafı kurallarına yer verilmiştir. Comparative Study, National Reports, s.68.

fiil yeri ile zarar yeri arasında tercih hakkı tanınmıştır. Haksız fiil sorumluluğun ortaya çıktığı zamanda tarafların müşterek mutad meskeni bulunuyorsa (lex domicilii communis), bu ülkenin hukukun uygulanacağı hükme bağlanmıştır (EGBGB m.40). Aynı kanunun 41. maddesi, hakime daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde bu hukuku uygulama yetkisi vermektedir. Ayrıca, kanun sorumluluk doğuran olayın gerçekleşmesinden sonra taraflara uygulanacak hukuku seçme imkanı tanımıştır (EGBGB m.42). Sonuç olarak, Alman hukukunda taraflarca hukuk seçimi yapılmadığı ya da hakim tarafından daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit edilmediği hallerde fiil yeri, zarar yeri ya da müşterek mutad mesken hukukunun uygulanabileceği anlaşılmaktadır.¹¹⁶

2. Kanunlar İhtilafı Kurallarında Yer Alan İka Yeri Kriterinin İctihat Yoluyla Genişletilmesi

Yukarıdaki bölümde haksız fiilin ika yerini temel bağlama noktası olarak kabul etmekle birlikte, hukuk seçimine veya ek bağlama noktalarına yer verilmek suretiyle esneklik kazandırılan ve böylece mesafeli haksız fiillerle ilgili uyumsuzluklara uygun hale getirilen kanunlar ihtilafı kurallarına örneklerle yer verilmiştir. Bazı hukuk düzenlerinde ise, kanunlar ihtilafı kurallarında ek bağlama kriterlerine yer verilmeksizin haksız fiilin ika yeri kuralı bağlama noktası olarak kabul edilmekte, mahkemelerin geliştirdiği içtihatlarla kuralı yorumlanarak, kişilik hakkının sınır ötesi ihlali gibi mesafeli haksız fiillere uygulanacak hukukun tespiti konusunda tatminkar sonuç verecek kriterler tatbik edilmektedir. Fransız hukuku, bağlama kuralında yer alan ika yeri kuralının içtihatlar yoluyla geliştirilmesine tipik örnek teşkil etmektedir. Yirminci yüzyılın ortalarında Fransız Yüksek Mahkemesi Loutour v Guiarud davasında verdiği kararla lex loci delicti'yi, sadece yabancı hukukun Fransız kamu düzenine aykırı olması halinde uygulanmayacak, temel kanunlar ihtilafı kuralı olarak belirlemiştir.¹¹⁷

¹¹⁶ Comparative Study, National Reports, s.68; Uyanık Çavuşoğlu, s.975-976.

¹¹⁷ Loutaur v Guiarud, 1949, p. 89, Krvavac, s.113.

Fransız hukukunda geleneksel eğilimlere uygun olarak haksız fiillere uygulanacak hukukun tespitinde ika yeri kuralı benimsenmiştir. Fransız Yargıtay'ının da önceleri kararları ile desteklediği ika yeri kuralının mesafeli haksız fiiller karşısında tatminkar sonuç vermemesi sonucu, mahkeme kararları ile yeni bir bakış açısı geliştirilmiştir.¹¹⁸ Kişilik hakkının basın yoluyla ihlali gibi karmaşık uyuşmazlıklarda kuralın katı uygulanmasının doğurduğu olumsuz sonuçların bertaraf edilmesi için, haksız fiillere uygulanacak hukukun tespitinde fiilin işlendiği yerden ziyade zarar yerinin dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.¹¹⁹

Bugünkü uygulamada, uluslararası sözleşmelerle aksi öngörülmemişse, akit dışı sorumluluğun meydana çıkmasına neden olan olayın gerçekleştiği yer hukuku temel bağlama noktası olmakla birlikte, kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlali gibi karmaşık, birden fazla ülkeyi ilgilendiren haksız fiiller söz konusu olduğunda Fransız Yargıtay'ının benimsediği yeni anlayışa göre, zarar görenin koşulları ile daha sıkı ilişkili ülke araştırılarak bir sonuca varılmaktadır.¹²⁰ Buna göre haksız fiilin işlendiği yer hukuku (lex loci delicti) yerine, zarar yeri hukuku (lex loci damni), mağdurun mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku ya da başka yeni bağlama noktalarının benimsenerek uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Fransız Yargıtay'ının, basın yoluyla gerçekleşen kişilik hakkının ihlali ile ilgili olarak, hem basım hem de yayım yerini fiilin işlendiği yer olarak kabul ederek ika yeri kuralını uyguladığı kararları mevcut olmakla birlikte¹²¹, mahkeme, basın yoluyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerine düzenli olarak dağıtım yeri kriterini uygulamaktadır.¹²²

¹¹⁸ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Sarıöz, s. 76 vd,

¹¹⁹ Sarıöz, s.77.

¹²⁰ Comparative Study, National Reports, s.52 ve 53'te anılan Arrêt d'une chambre civile de la Cour de Cassation Iere, 11 mai 1999, Bulletin des arrêts des chambres civiles I, n° 153 ; Recueil Dalloz 1999, sommaire 295, observations Audit ; Juris Classeur périodique (Semaine Juridique) 1999 II 1018, note Muir Watt ; Revue critique DIPr 2000, 199, note Bischoff ; Juris Classeur 1999 1048 note Légier

¹²¹ Fransız Yargıtay'ının fiilin işlendiği yer zararın gerçekleştiği yer de kapsayacak şekilde geniş algıladığı kararlar, yayım yerinin hem ikinci fiil yeri hem de zararın gerçekleştiği yer olarak kabul edilmesi, fiilin iki farklı yerde gerçekleştiğinin kabulüyle mesafeli bir haksız fiilin, basit bir haksız fiil haline getirildiği gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Sarıöz, s.78, dn.211.

¹²² Comparative Study, National Reports, s.53; Sarıöz, s.78.

3. Çifte Dava Edilebilirlik Kuralı

Çifte dava edilebilirlik kuralı Avrupa Birliği ülkelerinden sadece İngiltere, Kıbrıs ve Malta'da uygulanmaktadır. Kıbrıs hukukunda belirli bir duruma ilişkin özel bir düzenleme veya içtihat bulunmadığında, Kıbrıs Mahkemelerinde İngiliz hukukunun common law prensipleri uygulanmaktadır.¹²³ Malta kanunlar ihtilafı kurallarının kaynağı da İngiltere'nin kanunlar ihtilafı kuralları olup Malta'nın kendi kanunlar ihtilafı kuralları bulunmamaktadır.¹²⁴ Bu nedenle, her ne kadar çifte dava edilebilirlik kuralı üç ülkede de uygulanmaktaysa da, sadece İngiltere örneği üzerinde durulacaktır.

Akit dışı sorumluluğa uygulanacak hukukun tespitinde, İngiliz hukuku geleneksel olarak ika yeri (lex loci delicti) ve forumun hukuku (lex fori) kriterlerinin kümülatif uygulanması anlamına gelen çifte dava edilebilirlik kuralını kullanmıştır. 1995 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının III. Kısımının kabul edilmesiyle çifte dava edilebilirlik kuralının yerini, ika yeri kuralı almıştır.¹²⁵ Ancak mezkur yasanın üçüncü kısmının 13. Bölümünde şeref ve haysiyetin ihlalden kaynaklanan talepler açıkça bu düzenlemenin dışında bırakılarak, bu alanda çifte dava edilebilirlik kuralının uygulanmasına devam edilmesi öngörülmüştür.¹²⁶

Çifte dava edilebilirlik kuralı, davalı tarafından yurtdışında gerçekleştirilmiş zararlı eylemler için İngiliz mahkemeleri nezdinde ileri sürülen taleplere uygulanır. Davalının zarara neden olan eylemlerinin İngiltere'de gerçekleşmiş olması halinde, eylemin diğer ülkelerle önemli bağlantıları olsa bile, İngiliz hukukuna göre uygulanacak hukuk sorunu ortaya çıkmaz ve uyuşmazlık İngiliz hukukuna göre çözümlenir. Çifte dava edilebilirlik kuralı gereğince, davalının fiili, hem ika edildiği yabancı ülke hukukuna hem de İngiliz hukukuna göre sorumluluğu gerektiren, dava

¹²³ Comparative Study, National Reports, s.24.

¹²⁴ Comparative Study, National Reports, s.109.

¹²⁵ Roma II Tüzüğü kapsamına giren konularda, Tüzük hükümlerinin 1995 tarihli yasa hükümlerinin yerine geçtiği hatırlanmalıdır. Kişilik hakkı ile ilgili hüküm Tüzük kapsamından hariç tutulduğundan, çifte dava edilebilirlik kuralı varlığını sürdürmektedir.

¹²⁶ Comparative Study, National Reports, s.147.

edilebilir bir fiil olmalıdır. Başka bir deyişle, davacı, hem hukuka aykırı eylemin gerçekleştiği yer hukukuna göre eylemi nedeniyle davalının sorumlu tutulduğunu hem de olay İngiltere’de gerçekleşmiş olsaydı davalının iç hukuka göre de sorumlu olacağını ispatlamak zorundadır.¹²⁷

Diğer yandan, hem ika yeri hukuku hem forum hukuku uyarınca, davanın taraflarını aynı kişiler teşkil etmelidir. Örneğin, forum hukukuna göre davacı sıfatını haiz kişi, ika yeri hukukuna göre, bu sıfatı haiz değilse veya benzer durum davalı için söz konusu ise çifte dava açılabilirlik kuralı yine dava açılmasına engeldir.¹²⁸

Genel çifte dava edilebilirlik kuralının bir istisnası olarak taraflarla daha sıkı ilişkili bir hukukun mevcudiyeti halinde, mahkemece bu hukukun uygulanmasına karar verilebileceği kabul edilmektedir. Bu istisna hükmü ile kuralın esnekliği artırılmış ve katı bir uygulamanın meydana getireceği adaletsiz sonuçlardan bir ölçüde kaçınılmışsa da, hükmün aynı zamanda hukuki belirsizliği de artırdığı ileri sürülmektedir.¹²⁹

1995 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının III. kısmının kabulü ile kişilik hakkına dair kısım haricinde akit dışı borç ilişkileriyle ilgili çifte dava edilebilirlik kuralının kaldırılması ve haksız fiillerin ika yeri kuralının kabul edilmesinin, Roma II Tüzüğü kapsamında giren konular bakımından, Tüzük hükümleri 1995 tarihli yasa hükümlerinin yerini aldığından, bir önemi kalmamıştır. Kişilik hakkı konusu Tüzük kapsamından hariç tutulduğundan, çifte dava edilebilirlik kuralı varlığını sürdürmektedir.

1995 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Yasasından kişilik hakkı ile ilgili konuların hariç tutulmasının ana sebebinin, ifade özgürlüğünün (özellikle basın

¹²⁷ Comparative Study, National Reports, s.148.

¹²⁸ Comparative Study, National Reports, s.24.

¹²⁹ Comparative Study, National Reports, s.25, 147.

özgürlüğü) yeni kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması ile zarar görmesi korkusu olduğu ifade edilmektedir. Çifte dava edilebilirlik kuralının uygulanması yayını gerçekleştirenin lehine sonuç doğurmaktadır. Görüldüğü üzere, çifte dava edilebilirlik kuralı ile bir uyuşmazlığa ifade özgürlüğü konusunda daha sınırlayıcı olan yabancı hukukların uygulanması olasılığında, ifade özgürlüğünün İngiliz hukuku tarafından korunduğu ölçüde korunması amaçlanmaktadır.¹³⁰

B. Kişilik Hakkının Kitle İletişim Araçları İle İhlalinde Sorumluluğa Kişilik Hakkına Özgü Özel Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulanması

Ülkelerin hukuk düzenlerinde kişilik hakkıyla ilgili özel kanunlar ihtilafı kuralına yer vermesi, kişilik hakkının kitle iletişim araçlarıyla ihlaliyle ilgili davaların özel niteliğinin dikkate alınması ve bu tür mesafeli haksız fiillere karşı tatminkar bir kural oluşturma çabasının sonucudur. Bu özel bağlama kuralları genellikle, haksız fiilin işlendiği yer ve zarar yeri kriterine dayalı bağlama noktalarına yer vermekte, kimi zaman zarar verenin öngörmüş olması şartına bağlı olarak, zarar görene çeşitli hukuklar arasında seçim yapma imkanı tanımaktadır.

Kişilik hakkının ihlaliyle ilgili özel bağlama kuralına yer vermiş hukuk düzenlerinin bir kısmında, kuralın sadece kitle iletişim araçlarıyla gerçekleşen saldırılara özgü olduğu görülürken, bazılarında kişilik hakkına yönelik her türlü saldırıyı kapsayacak şekilde formüle edildiği görülmektedir. Türk hukuku, İsviçre, Bulgaristan, Romanya ve Litvanya hukukları, özel bağlama kuralının kişilik hakkına saldırının sadece kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilmesi durumuna özgü olduğu hukuk düzenlerine örnektir. Belçika, Çek Cumhuriyeti, Macaristan ve Polonya hukuklarında ise, kişilik hakkına özgü özel kanunlar ihtilafı kuralı, sadece kitle iletişim araçlarıyla gerçekleşen ihlallere özgülenmemiş olup, genel olarak kişilik

¹³⁰ Comparative Study, National Reports, s.149. Kuralın uygulandığı önemli davalar: Phillips v. Eyre (1870) (L.R. 6 Q).b. 1 (Exch.), Boys v. Chaplin (1971) AC 356 and Red Sea Insurance v. Bouygues SA (1994) 3 All ER 749 (CA), ae, s.148.

hakkına yönelik tüm ihlalleri kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Aşağıda her iki grupta ilgili örneklere yer verilecektir.

1. Kişilik Hakkına Özgü Özel Kanunlar İhtilafı Kuralının Sadece Hakkın Kitle İletişim Araçları İle İhlalinde Sorumluluğa Uygulanması

a. Türk ve İsviçre Hukuklarındaki Düzenlemeler

Türk ve İsviçre Hukuklarında, daha önce de izah edildiği üzere, kişilik hakkına özgü özel kanunlar ihtilafı kuralı kişilik hakkını her türlü ihlaline değil, sadece hakkın kitle iletişim araçları ile ihlalinde sorumluluğa uygulanmaktadır. Yine önceden değindiğimiz üzere, İsviçre Devletler Özel Hukuku Hakkında Federal Kanunun (IPRG) 139. maddesi MÖHUK m.35'in kaynağını teşkil ettiğinden, iki düzenlemenin büyük ölçüde birbirine paralel olduğu görülmektedir.

İsviçre Devletler Özel Hukuku Hakkında Federal Kanunun (IPRG) 139. maddesine bakıldığında, medya yolu ile kişilik hakkının ihlalinin doğan taleplere, zarar görenin seçimine göre, failin o devlette zarar verici sonucun gerçekleşeceğini öngörmüş olması koşuluyla zarar görenin mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku, failin iş yerinin merkezinin veya mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku ya da yine failin o devlette zarar verici sonucun gerçekleşeceğini öngörmüş olması koşuluyla zarar yeri hukukunun uygulanacağını hükme bağlandığı görülmektedir. Kişilik hakkının kitle iletişim araçları ile ihlalinde uygulanacak hukuka ilişkin MÖHUK m.35 de belirli koşullara bağlı olarak zarar görenin mutad meskeni hukuku, zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku ve zararın meydana geldiği ülke hukukunu uygulanacak hukuk olarak belirlemiştir.

MÖHUK m.35'in birinci fıkrasının (a) ve (c) bentlerinde, zarar görene tek taraflı olarak kullanabileceği sınırlı bir hukuk seçimi imkanı tanınmıştır.¹³¹ Zarar

¹³¹ MÖHUK m.35'in zarar görene tek taraflı olarak kullanabileceği sınırlı bir hukuk seçimi imkanı tanınmasının, haksız fiil hukukunda, haksız fiilin mağduruna duyulan sempatiye dayanan anlayılı

veren zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise, zarar gören kendi mutad mesken hukukunun ya da zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanmasını seçebilecektir.¹³² Mağdurun seçim hakkını kullanmasının ön koşulunun zararın gerçekleşmiş olması olduğu görülmektedir. Daha önce de değindiğimiz gibi, kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalden bahsedebilmek için, öncelikle yayının gerçekleşmesi ve bu yayının içeriğinin üçüncü kişiler tarafından algılanması gerekmektedir. Bir kimsenin yayın nedeniyle zarara maruz kalması, içeriğin üçüncü kişiler tarafından öğrenildiği yerde korunmaya değer menfaati bulunması halinde mümkün kabul edilmektedir. Dolayısıyla içeriğin üçüncü kişilerce algılandığı her yer değil, mağdurun korunmaya değer menfaatinin bulunduğu yerlerin zarar yeri olarak nitelendirilmesi mümkündür.¹³³

Zarar görenin, MÖHUK m.35/1,a uyarınca mutad mesken hukukunun uygulanmasını seçebilmesi imkanı, uyuşmazlıktan bağımsız şekilde ve sırf davacıya kolaylık sağlamak amacıyla öngörülmüş olmayıp, madde hükmünde de açıkça ifade edildiği üzere, burada bir zararın gerçekleşmiş olması şartına bağlıdır. Kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilen yayın nedeniyle kişinin en fazla tanındığı ve sosyal ilişkilerinin en güçlü olduğu yer olduğu varsayılan mutad meskeninin bulunduğu yerde korunması amaçlanmıştır. Buna göre, zarar görenin kendine ait bir adada tek başına yaşamakta olduğu ve adaya egemen devletle başka hiçbir bağlantısının bulunmadığı, orada tanınmadığı varsayımında, buraya ulaşan yayın içeriğinin üçüncü kişilerce öğrenilmesiyle kişisel değerlerinin zarar görmesi söz konusu olmayacağından, mutad meskeninin bulunduğu yerde bir zarara maruz kaldığından bahsedilemeyecek ve bu nedenle mutad mesken hukukunun uygulanmasını talep

temsil ettiği yönünde bkz. Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s.315, dn.510'da anılan G. Kegel, Internationales Privatrecht, 7. Auflage, München-1995, s.537.

¹³² Zarar görenin mutad mesken hukukunun uygulanabilmesi için failin öngörme koşulu ve zararın burada meydana gelmiş olması koşulunun gerçekleşmesi arandığından, zarar görenin mutad meskeninin bulunduğu yerin aynı zamanda zarar yeri olması halinde bu yerin hukukunun uygulanabileceği, dolayısıyla, MÖHUK m.35'te dört farklı bağlama noktası seçimlik olarak sunuluyormuş gibi görünse de, aslında zarar görene üç seçimlik bağlama noktası sunulduğu, maddenin (a) ve (c) bentlerinde aynı bağlama noktasına yer verildiği haklı olarak ifade edilmektedir. Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s.315.

¹³³ Castel, s.158.

edemeyecektir. Yani, mağdurun mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uygulanmasını talep edebilmesinin ilk şartı, basitçe mutad meskene sahip olması değil, yukarıda izah edildiği üzere bu yerde zarara maruz kalmış olması halinde söz konusu olacaktır.¹³⁴

Mağdurun mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uygulanmasının ikinci şartı, failin burada zararın gerçekleşebileceğini öngörmüş olmasıdır. Failin öngörme şartına verilerek taraflar arasında denge sağlanmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Öngörme koşulunun gerçekleşmiş olup olmadığı, her bir kitle iletişim aracı bakımından değerlendirilerek tespit edilecektir. Yazılı basında mağdurun mutad meskeninin bulunduğu yerde dağıtım yapıp yapılmadığı, radyo ve televizyon yayınlarında yayının bu yere yönlendirilmiş olup olmadığına bakılarak failin öngörme koşulu tespit edilecektir. İnternet yayınları söz konusu olduğunda her yerden erişim mümkün olduğundan ancak failin bunu bilmekle birlikte her yere değil belirli bir kitleye yönelik yayın yapma amacının bulunduğu varsayılarak, çeşitli kriterler yardımıyla yayının yöneldiği kitle ve yayının yöneldiği kitlenin bulunduğu ülke ya da ülkeler belirlenerek öngörme koşulu tespit edilecektir.¹³⁵ Neticede, bir gazete mağdurun mutad meskeninde satılmak üzere dağıtılmamışsa, radyo ve televizyon yayını o ülkeden seyredilmiyorsa veya internet yayınına o ülkeden erişim mümkün değilse¹³⁶ ya da erişim mümkün olmakla birlikte yayın içeriğinden açıkça o ülke ile bir bağlantı kurulamıyorsa, mağdurun mutad mesken hukuku uygulanmayacaktır.

MÖHUK m.35/1,c uyarınca, yukarıda izah edildiği şekilde, failin öngörme koşulunun mevcudiyeti halinde mağdur zarar yeri hukukunun uygulanmasını da seçebilecektir. Zararın mutad meskenin bulunduğu yerde meydana gelmemesi ya da

¹³⁴ Hakim görüş bu yöndeyken, azınlık görüşü olarak, mağdurun kendi mutad meskeni hukukunu seçebilmesi için failin fiilinin sonuç doğurmasının gerekli olmadığını, münferit olaylarda burada sonucun ortaya çıkmasının engellenmiş olabileceği, önemli olanın failin, mağdurun mutad meskeninde sonucun meydana gelebileceğini öngörmüş olması olduğu savunulmaktadır. Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.108, dn.167’de anılan Dasser.

¹³⁵ Bkz. “Kitle İletişim Aracının Türüne Göre İçeriğin Gönderilmesi” başlıklı bölüm, s.299 vd.

¹³⁶ Özel, Uygulanacak Hukuk, s.227; Tekinalp, Uyanık, s.364.

meskenin bulunduğu yerde zarar meydana gelmekle birlikte bu yer dışında başka bir yerde de zararın ortaya çıkması durumunda, zarar yeri hukuku uygulanabilecektir. Bağlama kuralının kademeli olarak formüle edilmeyip, ikinci durumda, mağdur mutad meskeninin bulunduğu yer ve zarar yeri hukukları arasında kendisi için daha elverişli olanı seçme imkanı sunması, mağdur için avantajlı bir durum oluşturmaktadır. Ancak, saldırıya uğrayan tarafa bu tercih hakkı sunulurken, failin öngörme koşulunun aranması kuralda taraflar arasında dengeyi korumaktadır.

Zararın birden fazla ülkede ortaya çıkması halinde, failin seçim hakkını nasıl kullanacağı konusunda MÖHUK bir düzenleme içermemektedir. İsviçre hukukunda da aynı durum söz konusudur. İsviçre hukukunda, mağdurun zararın meydana geldiği ülkelerden sadece birinin hukukunun seçilebileceği yönündeki görüş yanında, mağdurun tüm zararlara uygulanmak üzere sadece bir zarar yeri hukuku seçebileceği ya da her devletin sınırları içinde meydana gelecek zarara o devletin hukukunun uygulanmasının istenebileceği görüşü ileri sürülmektedir.¹³⁷ İkinci görüş, ABAD'ın Fiona Shevill davasında ortaya koyduğu zarar yeri hukuklarının dağıtılmış şekilde uygulanması sonucunu veren mozaik prensibini yansıtmaktadır.

Özel bağlama kuralına sahip hukuk düzenlerine bakıldığında, kişilik hakkına ilişkin bağlama kurallarında en sıkı ilişki kriteri, müşterek mutad mesken ya da vatandaşlık kriterleri ile tarafların irade özgürlüğüne genellikle yer verilmediği görülmektedir.¹³⁸ Türk hukukunda da İsviçre hukukunda olduğu gibi, kişilik hakkına ilişkin özel bağlama kuralında aynı özellik mevcut olup, kanun koyucunun uyuşmazlığın niteliği nedeniyle bilinçli bir tercih yaptığı anlaşılmaktadır. Kişilik hakkına ilişkin özel bağlama kurallarında en sıkı ilişki kriterine yer verilmemiş olmasının eksikliği, özellikle zararın birden fazla yerde meydana geldiği hallerde hissedilmektedir. Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalinin tipik sonucu olarak zarar birden fazla yerde meydana gelirken, en sıkı ilişki kriterinin varlığı

¹³⁷ Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.108.

¹³⁸ AB üye devletlerinden kişilik hakkı konusunda özel bağlama kuralına sahip olan devletlerden sadece Litvanya'da, müşterek mutad mesken kriterine yer verilmiştir.

uyuşmazlığın tek bir hukuka tabi olması imkanını sağlayacak önemli bir enstrüman olabilirdi. Kişilik hakkının ihlalinde uygulanacak hukuku düzenleyen İsviçre MÖHK m.139 en sıkı ilişki kriterini içermese de, kanununun 15. maddesinde yer alan istisna kuralı tüm uyuşmazlıklar bakımından uygulanabilir olduğundan¹³⁹, 139. maddenin tatbiki ile tespit edilecek hukukun, somut olayın tüm koşullarına göre, davayla sınırlı bir ilişkiye sahip olduğu ve davanın başka bir hukukla daha sıkı ilişkili olduğunun açık olduğu istisnai hallerde, tespit edilen hukuk değil daha sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. MÖHUK m.35 ile kaynak İsviçre MÖHK m.139'un uygulaması, İsviçre MÖHK m.15 nedeniyle bu bakımdan farklılık göstermektedir. Kanaatimizce, kişilik hakkı ihlallerinde uygulanacak hukuk tespit edilirken İsviçre hukukunda kullanılabilen en sıkı ilişki kriterine Türk hukukunda yer verilmemiş olması önemli bir eksikliktir.

Son olarak, zarar gören, herhangi bir şarta bağlı olmaksızın, zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasını seçme hakkına sahiptir. Bu hukuk failin kendi hukuku olduğundan, uygulanmasında öngörme şartı aranmazken, mağdurun bu yerde tanınmakta olması, sosyal bağlantılara sahip olması ya da yayının burada gerçekleşmiş olması gibi koşullar da aranmamaktadır. Bu hüküm ile failin kendi hukukundan kaçma imkanının engellendiği ifade edilmektedir.¹⁴⁰

35. maddenin ikinci fıkrasında, kişilik hakkının ihlalinde cevap hakkının süreli yayınlarda münhasıran baskının yapıldığı ya da programın yayınlandığı ülke hukukuna tabi olduğu öngörülmüştür. İsviçre hukukunda da paralel bir düzenleme bulunmaktadır. Bu konu ayrı bir başlık altında inceleneceğinden, burada daha fazla açıklamaya yer verilmeyecektir. Maddenin son fıkrasında da, yine İsviçre hukukundaki düzenlemeye paralel olarak, kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi alma hakkının sınırlandırılması yoluyla kişiliğin ihlal edilmesinden doğan taleplere, birinci fıkranın uygulanacağı öngörülmüştür.

¹³⁹Symeonides, Codifying Choice of Law, s.71.

¹⁴⁰ Özel, Uygulanacak Hukuk, s.227.

b. Avrupa Birliği Üye Devletlerindeki Düzenlemeler

Avrupa Birliği üye devletlerinden Belçika, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Macaristan, Litvanya, Polonya ve Romanya kişilik hakkına özgü özel kanunlar ihtilafı kuralına sahip olup, bunlardan Bulgaristan, Romanya ve Litvanya özel kuralın uygulanmasını sadece kitle iletişim araçları ile gerçekleşen ihlallere özgülemişlerdir. Dolayısıyla Türk hukukunda olduğu gibi, kitle iletişim araçları kullanılmadan gerçekleşen ihlallerde uygulanacak hukuk, haksız fiillere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca belirlenecektir.

Kitle iletişim araçları ile işlenen kişilik haklarının ihlalinden kaynaklanan sorumluluk için özel kanunlar ihtilafı kuralı içeren Bulgaristan'ın 2005 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.108/1'e göre, özellikle yazılı basın, radyo, televizyon ve diğer kitle iletişim araçlarıyla kişilik haklarının ihlalinden kaynaklanan borç ilişkileri, zarar görenin seçimine göre, zarar görenin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku, zararın gerçekleştiği ülke hukuku, zarar veren kişinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku veya eyleminin gerçekleştiği ülke hukukuna tabidir. 108. maddenin ikinci fıkrası ile zarar görenin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku ile zararın gerçekleştiği ülke hukukunun uygulanabilmesi, zarar veren kişinin zararın bu ülkelerde meydana gelebileceğini öngörebilecek durumda olması şartına bağlı kılınmıştır.¹⁴¹

Bulgaristan hukukundaki özel düzenleme kendi içinde daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması yönünde düzenlemeye yer vermemişse de, Bulgaristan Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.2/2'de yer alan genel hüküm uyarınca en sıkı ilişkili hukuk bağlama noktasının kullanılabilir olduğu görülmektedir. Mezkur genel hüküm uyarınca, 108. maddenin de yer aldığı bölümdeki hükümlerde yer verilen bağlama noktalarının uygulanacak hukukun tespitinde etkili olmaması, başka bir deyişle özel bağlama kuralında yer alan kriterlere göre uygulanacak hukukun

¹⁴¹ Comparative Study, Final Report, s.98; Comparative Study, National Reports, s.20.

belirlenemediği istisnai hallerde uyuşmazlık en sıkı ilişkili ülke hukukuna tabi olacaktır.¹⁴²

Litvanya Cumhuriyetinin Medeni Kanunu içinde yayımlanan Litvanya milletlerarası özel hukuk kuralları arasında yer alan madde 1.45 ile mülkiyet hakkı dışındaki kişisel hakların kitle iletişim araçları ile ihlalden doğan zararın tazminine ilişkin taleplere, zarar görenin seçimine göre, zarar görenin yerleşim yeri hukuku, işyeri hukuku, ihlalin gerçekleştiği yer hukuku, zarar verenin yerleşim yeri veya işyeri hukukuna tabi olacağı hükme bağlanmıştır.¹⁴³

Bulgaristan hukukundaki düzenlemeyle büyük ölçüde uyumlu olan Romanya hukukunda ise 1992 tarihli 105 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk İlişkilerinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 112. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, kitle iletişim araçları ile kişilik haklarının ihlalden kaynaklanan akit dışı borç ilişkileri, zarar görenin seçimine göre, zarar görenin ikametgahı veya yerleşim yerinin bulunduğu ülke hukuku, zararın ortaya çıktığı ülke hukuku, zarar veren kişinin ikametgahı veya yerleşim yeri ya da kayıtlı ofisinin bulunduğu ülke hukukuna tabidir. 112. maddenin ikinci fıkrası ile zarar görenin ikametgahı veya yerleşim yerinin bulunduğu ülke hukuku ile zararın ortaya çıktığı ülke hukukunun uygulanabilmesi, zarar veren kişinin zararın bu ülkelerde meydana gelebileceğini öngörebilecek durumda olması şartına bağlı kılınmıştır.¹⁴⁴

2. Kişilik Hakkına Özgü Özel Kanunlar İhtilafı Kuralının Hakkın Her Şekilde İhlalinde Sorumluluğa Uygulanması

Belçika, Çek Cumhuriyeti, Macaristan ve Polonya kişilik hakkına özgü özel kanunlar ihtilafı kuralına sahip olup, hem kitle iletişim araçlarıyla hem de diğer şekillerde gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerinden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk bu kurallar uyarınca belirlenmektedir.

¹⁴² Comparative Study, Final Report, s.99.

¹⁴³ Comparative Study, National Reports, s.98.

¹⁴⁴ Comparative Study, National Reports, s.125.

2004 tarihli Belçika Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun'un 99/2,1 maddesinde yer alan kişilik hakkına ilişkin bağlama kuralı uyarınca, kişilik hakkının ihlali halinde zarar görenin seçimine göre fiilin işlendiği ülke veya zararın gerçekleştiği veya gerçekleşme tehdidinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Ancak zarar görenin seçim hakkı sınırsız bir hak olmayıp, zararın gerçekleştiği veya gerçekleşme tehdidinin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması, zarar verenin, zararın o ülkede gerçekleşeceğini öngörebilecek durumda olması koşuluna bağlıdır.¹⁴⁵

Çek Cumhuriyeti hukukunda, önceden konuyla ilgili özel bağlama kuralı mevcut değilken, 1 Ocak 2014 tarihinde yürürlüğe giren 91/2012 sayılı ve 25 Ocak 2012 tarihli MÖH Kanunu¹⁴⁶ 101. maddesinde, kişilik hakkının ihlalden kaynaklanan sorumluluğa uygulanacak hukuka ilişkin özel bağlama kuralına yer vermiştir. Buna göre, kişilik hakkının ihlalden doğan taleplere zarar görenin seçimine göre zarar görenin veya zarar verenin mutad meskeni ya da işyeri hukuku, zarar görenin öngörme koşuluna bağlı olarak zarar yeri hukuku uygulanacaktır.¹⁴⁷

Polonya hukukunda, 16 Mayıs 2011 tarihinde yürürlüğe giren 4 Şubat 2011 tarihli MÖH Kanunu¹⁴⁸ m.16/2 uyarınca, kişilik hakkı tehdit altında olan veya olumsuz etkilenen bir kimse, topraklarında ihlal riski meydana getiren olayın gerçekleştiği veya ihlalin gerçekleştiği veya ihlalin etkilerinin meydana geldiği ülkenin hukukuna göre hukuki koruma talep edebilir.¹⁴⁹ Mağdurun uygulanacak hukuk olarak ihlalin etkilerinin meydana geldiği ülkenin hukukunu seçme imkanının bulunması, Polonya hukukunda, sadece doğrudan değil dolaylı zararın gerçekleştiği yer hukukunun da uyuşmazlığı yönetmesinin mümkün olduğunu göstermektedir.

¹⁴⁵ Comparative Study, National Reports, s.11.

¹⁴⁶ <http://www.czechlegislation.com/en/91-2012-sb>

¹⁴⁷ Symeonides, Codifying Choice of Law, s.63, dn.106.

¹⁴⁸ http://pil.mateuszpilich.edh.pl/New_Polish_PIL.pdf

¹⁴⁹ Symeonides, Codifying Choice of Law, s.63, dn.111.

Belçika ve Çek Cumhuriyeti hukuklarında yer alan düzenlemeler gibi, kişilik hakkının her şekilde ihlaline uygulanacak hukukla ilgili özel kanunlar ihtilafı kuralına sahip Macar hukukunda, açıkça zarar gören tarafı koruma eğilimindeki bir kuralla karşılaşılır. Macar Milletlerarası Özel Hukuk Hakkındaki 1979 tarihli ve 13 sayılı Kanun Hükmündeki Kararnamenin 10. maddesi uyarınca, kişilik hakkı ihlallerinden doğan taleplere zarar yeri hukuku uygulanır. Ancak, Macar hukuku, meydana gelen zararın giderilmesi veya tazminat bakımından zarara maruz kalan kişi için daha elverişli ise, talepler bu hukuka göre hüküm altına alınır.¹⁵⁰ Görüldüğü üzere, Macaristan hukukunda, forumun hukuku kişilik hakkına ilişkin asgari standart olarak kabul edilmiştir.

3. Düzeltme ve Cevap Hakkına Uygulanacak Hukuka İlişkin Düzenlemeler

Kişilik hakkının kitle iletişim araçları ile ihlalinde sorumluluğa uygulanacak hukukun tespitiyle ilgili özel bağlama kurallarında, düzeltme ve cevap hakkına uygulanacak hukuka ilişkin bir hükme de yer verilebildiği görülmektedir. İlgili bölümde belirttiğimiz üzere düzeltme ve cevap hakkı, kişilere kendileriyle ilgili yayınlar konusunda, aynı araçlardan yararlanarak düşüncelerini açıklama, kendilerini savunma ve yanlış açıklamaları düzeltme olanağı sağlayan temel bir haktır.¹⁵¹ Hakkın kullanılmasından beklenen faydanın elde edilebilmesi için yayın kuruluşuna başvurularak derhal kullanılabilmesi, yayın kuruluşunun başvuruyu reddetmesi halinde düzeltme ve cevap hakkın kullanılmasını sağlayacak bir mahkeme kararınıivedilikle verilmesi ve uygulanması şarttır.¹⁵² Kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun belirlenmesinde genellikle tercih edilmeyen bir bağlama noktası olan fiil yeri kriterinin, düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasında genel olarak benimsendiği görülmektedir.

¹⁵⁰ Comparative Study, National Reports, s.79.

¹⁵¹Bkz. yuk. s.238 vd.

¹⁵² Cuniberti, Von Hein on Rome II and Defamation.

Düzeltilme ve cevap hakkını yönetecek fiil yeri hukukunun mevzuatında bu hakka veya eşdeğer önlemlere yer vermemiş olması halinde, mağdur düzeltme ve cevap hakkını kullanamayacaktır. Ancak, bağlayıcı olan Avrupa Konseyi'nin çıkardığı Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi ve AB Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi cevap hakkına yer vermiş olduğundan, Avrupa ülkeleri bakımından böyle bir sorunla karşılaşılmayacaktır.

Fiil yeri hukuku, düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasında en sıkı ilişkili hukuk olarak değerlendirilmektedir.¹⁵³ Kişilik hakkı ihlal edilen kişinin hızlı bir şekilde düzeltme ve cevap hakkını kullanabilmesi, yayıncıya hemen başvurabilmesi ve yayıncıya yaptığı başvurunun reddedilmesi halinde bu konuda elde edeceği mahkeme kararının ilgili yayıncının bulunduğu yerde icra edilmesine bağlıdır. Dolayısıyla, hakkın etkin şekilde kullanılabilmesi, yayıncının bulunduğu yerde ve o yerin hukukuna göre hareket edilmesi halinde mümkün olacaktır. Bu nedenle, düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasına konu içeriğin yayınlanmasını teminen, pratik zaruretlere sonucu, bu konuda fiil yeri hukukunun uygulanmasının benimsendiği ileri sürülmektedir.¹⁵⁴

Kişilik hakkının kitle iletişim araçlarıyla ihlali sonucu açılan davaların sonucunda, yayıncının bir içeriği yayınlamaktan vazgeçmesi, yayından kaldırması ya da yayın nedeniyle tazminata mahkum edilmesi söz konusu olmaktadır. Düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasında ise, yayıncının kendi platformunda muhtemelen benimsmediği, karşı olduğu bir içeriği yayınlanması söz konusu olmaktadır. Bu yönüyle basın özgürlüğünü sınırlandırdığı ileri sürülen düzeltme ve cevap hakkının kullanılması konusunda, uygulanacak hukuk yönünden yayıncı lehine bir bağlama noktasının benimsenmesinin nedeni, aslında yayıncıyı değil yayıncının bulunduğu forumun ifade özgürlüğü standartlarının korunması olarak da değerlendirilebilir. Yoksa özel bağlama kurallarında zarar yeri hukukunun uygulanması failin öngörme koşuluna bağlı tutulmuşken ve tarafların menfaatleri bu şekilde dengelenirken, fiil

¹⁵³ Çelikel, Erdem, s.456; Özel, Uygulanacak Hukuk, s.228.

¹⁵⁴ Çelikel, Erdem, s.456.

yeri kriterinin uygulanması sonucu, yayıncıya kendi bildiği hukuka tabi olma imkanı sağlanarak yayıncı lehine sonuç doğması, kanaatimizce menfaatlerin dengelenmesi olarak değerlendirilemez.

Diğer yandan fiil yeri kriterinin kabul edilmesiyle, kriterin en önemli avantajlarından biri olan uyuşmazlığı tek bir hukukun yönetmesinin, cevap hakkı ve eşdeğer önlemlerle ilgili yayıncılara hukuki kesinlik sağlayacağı ileri sürülmektedir. Bu şekilde uyuşmazlığa zarar yeri hukukunun uygulanmasında söz konusu olduğu gibi cevap hakkına birden fazla hukuk uygulanabilir olmayacak ve mağdurun ilgili hukuklardan en lehe olanı kullanmasının önüne geçilecektir.¹⁵⁵ Diğer hukuki talepler bakımından uygulanabilir olan bu çözümün cevap hakkı bakımından bazı sorunlara neden olacağı düşünülebilir. Örneğin, birden fazla ülkeden alınan bir televizyon yayınıyla ilgili cevap hakkının kullanılması muhtemelen en elverişli hukuka göre gerçekleşeceğinden, elverişli hukuka sahip ülkenin bu konudaki yaklaşımının diğer ülkelere teşmil edileceği ileri sürülebilir. Ancak, bir içeriğin yayından kaldırılması sonucunu doğuran bir mahkeme kararı da benzer etkiyi doğurabileceğinden, hukuki kesinlik ihtiyacının cevap hakkının kullanılması bağlamında özellikle vurgulanmasını gerektirecek bir durum yoktur.

Roma II Tüzüğü'nün hazırlık çalışmaları sırasında, kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk hakkında tamamen zıt görüşlere sahip Komisyon ve Parlamento'nun, düzeltme ve cevap hakkına uygulanacak hukuk konusunda hemfikir oldukları, her ikisinin de düzeltme ve cevap hakkına uygulanacak hukukun fiil yeri kriterine göre belirlenmesini teklif ettikleri görülmektedir. Komisyon'un 2003 tarihli Başlangıç Teklifi'nin 6/2. maddesinde yer alan hüküm uyarınca, cevap hakkı ve eşdeğer önlemler hakkında uygulanacak hukuk, yayıncı ve yayıncının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukudur.¹⁵⁶ Avrupa Parlamentosu'nun Haziran 2005'te sunduğu raporda yer alan kişilik hakkının

¹⁵⁵ Nagy, Szabo, s.207,

¹⁵⁶ Proposal for a European Parliament and Council regulation on the law applicable to non-contractual obligations ("RomeII"). COM (2003) 427 final.

ihlalinde sorumlulukla ilgili 5. maddenin ikinci fıkrası uyarınca, yayım veya yayının içeriği ile ilgili yayımcıya veya yayıncıya karşı, cevap hakkına veya eşdeğer önlemlere veya herhangi bir önleyici veya yasaklayıcı tedbire uygulanacak hukuk, yayımcı veya yayıncının mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukudur.¹⁵⁷

Kişilik hakkı konusunun Roma II Tüzüğü'nden dışlanması sonrası süreçte yapılan araştırmalarda da, düzeltme talebinin diğer taleplerden farklılaşmış özel bir talep olarak kabul edilebileceği ve bu amaçla uygulanacak hukukun hızlı şekilde çözüm sağlaması gerektiği ileri sürülerek, düzeltme ve cevap hakkına uygulanacak hukuk konusunda yayıncının mutad mesken/işyeri hukukunun pratik nedenlerle uygun olduğu ve en makul çözümü sunduğu görüşü baskın şekilde savunulmuştur.¹⁵⁸ Bununla beraber, azınlıkta kalan görüş ve itirazların da haklılık payı mevcuttur. Pratik çözümü sağladığı ileri sürülerek fiil yeri kriterinin kabulünün, yayıncıya üstünlük kazandıracığı ve sonuç elde edebilmek için mağdurun haksız yere karmaşık ve pahalı bir süreçle karşı karşıya kalacağı, fiil yeri kriterine yönelik itirazlardan biridir. Başka bir görüş olarak, uygulanacak hukukun yayıncının yerleşim yeri hukuku değil, dağıtım yeri hukuku olması gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁵⁹ Esasen mağdurun olası zararı dağıtım yerinde meydana geldiğinden ve bu yer yayıncı tarafından da öngörülebilir olduğundan, dağıtım yeri hukukunun uygulanması daha adil olsa da, düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasının anlamlı olması hızlı şekilde sonucun elde edilmesine bağlı olduğundan, daha az adil ancak ulaşılabilir ve etkili bir sonuç vermesi bakımından fiil yeri hukukunun daha uygun olduğu savunulabilecektir. Kişilik hakkının ihlalden kaynaklanan tüm talepleri tek bir hukukun yönetmesi tercih edilerek, uygulanacak hukukun, akit dışı borç ilişkisinin tabi olduğu hukuk olması gerektiğini savunan görüşe de aynı gerekçeyle karşı çıkılabilir.

¹⁵⁷ European Parliament Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations ("Rome II") (COM(2003)0427 – C5-0338/2003 – 2003/0168(COD)) Final A6-0211/2005.

¹⁵⁸ Comparative Study, Final Report, s.129.

¹⁵⁹ Comparative Study, Final Report, s.129.

Bağlama kurallarında cevap hakkına uygulanacak hukuka ilişkin hükme yer veren bazı AB üye devletlerinin de, cevap hakkına uygulanacak hukukun belirlenmesinde, uyuşmazlığa uygulanacak hukukun belirlenmesinde kabul ettiklerinden farklı bir bağlama noktası öngördükleri görülmektedir. Örneğin, Litvanya hukukunda, cevap hakkının yayının gerçekleştiği ya da radyo veya televizyon programının yayınlandığı devletin hukukuna tabi olduğu öngörülmüştür.¹⁶⁰ Benzer şekilde Romanya hukukunda, düzeltme ve cevap hakkına, yayım ve yayının gerçekleştiği yer hukuku uygulanır.¹⁶¹ Polonya hukukunda ise, yayın yeri yerine Roma II Tüzüğü'nün hazırlık çalışmalarında teklif edildiği gibi bağlama noktası olarak yayıncının mutad meskeni kabul edilmiştir. Polonya hukukuna göre, kişilik hakkının ihlalinin kitle iletişim araçlarıyla gerçekleşmiş olması halinde, düzeltme veya benzeri koruma önlemleri yayıncı veya yayıncının kurulmuş olduğu veya mutad meskenlerinin bulunduğu ülkenin kanunlarına tabidir.¹⁶²

Türk hukukunda da cevap hakkı konusunda kişilik hakkının ihlalden doğan diğer taleplere uygulanacak hukukun belirlenmesi için öngörülmüş bağlama noktalarından farklı, özel bir bağlama noktası kabul edilerek, kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalinde cevap hakkının, süreli yayınlarda, münhasıran baskının yapıldığı ya da programın yayınlandığı ülke hukukuna tabi olduğu hüküm altına alınmıştır (MÖHUK m.35/2). 35. maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, Türk hukukunda da, cevap hakkının kullanılmasında zarar veren lehine bir bağlama noktası seçilerek, zarar verenin bilmediği farklı hukuklar yerine, bildiği bir hukuka tabi olması sağlanmıştır. Daha önce belirtildiği gibi, MÖHUK m.35, İsviçre MÖH Kanunu m.139'dan aynen alındığından, kaynak İsviçre hukuku ile Türk hukukunda cevap hakkına uygulanacak hukuk konusu aynı şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, Türk hukuku ile ilgili açıklamalar aynen İsviçre hukuku için de geçerlidir.

¹⁶⁰ Comparative Study, National Report, s.98.

¹⁶¹ Comparative Study, National Report, s.125.

¹⁶² Polonya MÖH Kanunu m.16/3'ün ifadesinden bu hakkın sadece gerçek kişilere verildiği anlaşılmaktadır. http://pil.mateuszpilich.edh.pl/New_Polish_PIL.pdf

Cevap hakkının kullanmasıyla ilgili hüküm fıkrasında her ne kadar sadece cevap hakkından bahsedilmiş ise de, bu hakkı Türk hukukunda düzenlendiği şekliyle, cevap ve düzeltme hakkı olarak yorumlamak gerekmektedir.¹⁶³ Diğer yandan 35. madde bir bütün olarak kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlaline ilişkin iken, cevap ve düzeltme hakkına ilişkin hüküm fıkrasında sadece süreli yayınlar ve yayınlanan programlardan bahsedilmekle yazılı basın ve radyo televizyon yayınlarına karşı cevap ve düzeltme hakkının kullanılabilceği izlenimini vermektedir. Bu konuda, hüküm fıkrasının internet yayınlarına karşı cevap hakkını da kapsadığı savunulmaktadır.¹⁶⁴ 35. maddenin bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucu ilk bakışta bu sonuca varmak mümkün olsa da, kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalden doğan taleplere uygulanacak hukuku gösteren 35. maddenin birinci fıkrasında, kitle iletişim araçları ibaresi kullanılarak kitle iletişim araçlarının yeni teknolojilerle ortaya çıkacak araçları da kapsayacak şekilde, sınırlandırıcı olmayacak bir dil ile ihlalde kullanılabilcek araçlar tarif edilmişken, düzeltme ve cevap hakkına uygulanacak hukuku gösteren ikinci fıkrada kitle iletişim aracı ibaresi kullanılmayıp süreli yayınlar ve radyo televizyon yayınlarından bahsedilmesi karşısında, hüküm fıkrasının internet yayınlarına karşı cevap hakkını kapsamadığı sonucuna varılmaktadır. Son derece açık bir dile sahip ve özel olarak tasarlanmış bir hükümde bu ayrıntının gözden kaçırıldığı ve bu nedenle internet yayınlarından bahsedilmediği sonucuna varmak biraz güçtür. Kanaatimizce, internetin kendine özgü doğası nedeniyle kanun koyucu kasıtlı olarak cevap hakkının kullanılmasını münhasıran yayının gerçekleştiği ülke ile sınırlı tutmamış, internet yayınları ile ilgili fail lehine bir duruş sergilemekten kaçınmıştır.

MÖHUK m.35/2 uyarınca sadece süreli yayınlara karşı cevap hakkına uygulanacak hukuk baskının yapıldığı yer hukukudur. Süreli yayın 5187 sayılı Basın Kanunu m.2/1,c uyarınca belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarını ifade etmektedir. Buna göre MÖHUK m.35/2 hükmü, yazılı kitle iletişim araçları yönünden sadece belli aralıklarla yayımlanan

¹⁶³ Özel, Uygulanacak Hukuk, s.228.

¹⁶⁴ Çelikel, Erdem, s.456; Özel, Uygulanacak Hukuk, s.228.

gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarına karşı cevap hakkının kullanılması halinde geçerlidir.¹⁶⁵ Süreli olmayan yayınlarla ilgili talepler bakımından, maddenin birinci fıkrasına göre uygulanacak hukuk belirlenecektir.¹⁶⁶

Cevap hakkı süreli yayınlarda baskının yapıldığı ülke hukukuna tabi tutularak, bu konuda genel olarak kabul görmüş fiil yeri kriterine bağlı kalınmıştır. Bu yer aynı zamanda yayıncının mutad meskeni ya da işyerinin bulunduğu yer ile örtüşebileceği gibi, bunlardan farklı bir yer de olabilecektir. Süreli yayınlarda baskının yapıldığı yer yayının kendisinde gösterildiğinden, yayında gösterilen yerin bulunduğu ülke hukuku cevap hakkına uygulanacaktır. Yayın nedeniyle kişilik hakkı ihlal edilen kişi, yayında gösterilen yerin gerçek yayın yeri olup olmadığını araştırmak zorunda olmadığından, yayında gösterilen yer gerçekten baskının yapıldığı yer olmasa bile, cevap hakkını bu yerin hukuku yönetecektir.¹⁶⁷ Baskının yapıldığı yerin yayında gösterilmemesi halinde, cevap hakkı fiilen baskının yapılmış olduğu yer hukukuna tabi olur.¹⁶⁸ Baskının yapıldığı yer olarak yayında birden fazla yer gösterildiği hallerde, zarar görenin cevap hakkına uygulanacak hukuk konusunda seçim hakkının bulunduğu kabul edilir.¹⁶⁹

MÖHUK m.35/2 uyarınca, kişilik hakkının ihlalinde cevap hakkının programın yayınlandığı ülke hukukuna tabidir. Programın yayınlanması deyişinden kast edilen radyo ve televizyon programlarıdır. Yayın yeri ile kast edilen yer ise programın alındığı yer değil, içeriğin gönderildiği yer anlamında yayının gerçekleştirildiği yerdir. Kaynak İsviçre hukukundaki hükümde de, programın yayınlandığı kaynak ülkeye işaret edilmektedir.¹⁷⁰ Görüldüğü üzere, radyo televizyon

¹⁶⁵ Esasen Türk hukukunda süresiz yayınlar yani belli aralıklarla yayımlanmayan kitap, armağan gibi basılmış eserlere (Basın Kanunu, m.2/1,h) karşı cevap ve düzeltme hakkına ilişkin düzenleme bulunmamaktadır. Güzel, s.62.

¹⁶⁶ Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.109.

¹⁶⁷ Nomer, Şanlı, s.347; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.109.

¹⁶⁸ Nomer, Şanlı, s.347.

¹⁶⁹ Nomer, s.370; Nomer, Şanlı, s.347; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.109.

¹⁷⁰ İsviçre MÖH Kanunu m.139/2:“The right to reply against the media shall be governed exclusively by the law of the State in which the publication appeared or from which the radio or television program was broadcasted”

programlarına karşı cevap hakkının kullanılması da kaynak ülke hukukuna tabi kılınarak, fiil yeri kriterine bağlı kalınmıştır. Radyo ve televizyon yayınlarında fiil yeri radyo ve televizyon istasyonlarının bulunduğu yerdir. Ülke dışındaki bir istasyondan yayın yapılan hallerde, yayını yapan kuruluşun vatandaşı olduğu ülke hukuku uygulanacaktır.¹⁷¹ Ülke dışındaki radyo ve televizyonlar tarafından uydu vasıtasıyla yayınlanan programlarda, uydu yayınlarının organizatörünün veya sorumlusunun merkezini veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır.¹⁷²

Düzeltilme ve cevap hakkına uygulanacak hukukun, m.35/2'de yer alan hükmün ifadesiyle münhasıran yetkili olduğu belirtilmiştir. Buna göre, tarafların anlaşarak veya maddenin birinci fıkrasında zarar verene tanınan tek taraflı hukuk seçimi imkanının kullanılarak münhasıran yetkili hukuku bertaraf etmesi söz konusu olamayacaktır.

Türk ve İsviçre hukuklarında cevap hakkına uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin paralel düzenlemeler mevcut olmakla birlikte, cevap hakkının ilgili maddi hukuklarda düzenlenmesine ilişkin farklılıklar mevcuttur. Bu farklılık hakkın kullanılmasının engellenmesi halinde başvurulacak mahkemeler bakımından ortaya çıkmaktadır. İsviçre hukukuna göre, cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasının engellenmesi halinde, kitle iletişim aracının veya davacının ikametgahının bulunduğu yerdeki hukuk mahkemesi yetkilidir. Türk hukukunda ise cevap ve düzeltme hakkının kullanılmasında görevli mahkeme, hakkı kullanmak isteyeninin bulunduğu yerdeki Sulh Ceza Hakimliği'dir ve Sulh Ceza Hakimliği Türk hukukunu uygular.¹⁷³ Türk hukukundaki bu özellik nedeniyle, Türkiye dışında yayın yapan bir medya kuruluşu aleyhine düzeltme ve cevap hakkının kullanılmasının istenmesi halinde, bu talebin hukuk mahkemesine yöneltilerek alınacak kararın ilgili

¹⁷¹ Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.110.

¹⁷² Nomer, Şanlı, s.347; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.110.

¹⁷³ Özel, Uygulanacak Hukuk, s.228.

medya kuruluşunun bulunduğu ülkede tenfiz ettirilmesi gerekecektir¹⁷⁴ ki bu yolu izlemek uzun zaman alacağından, düzeltme ve cevap hakkından beklenen faydayı ortadan kaldıracaktır.

C. Bazı İstisnai Düzenlemeler

1. Kişilik Hakkının Varlığı ve İçeriğine Uygulanacak Hukuk ile İhlali Halinde Hakkın Korunmasına Uygulanacak Hukukun Farklı Kriterlere Göre Belirlenmesi

Mülga 2675 sayılı MÖHUK ve genel olarak AB'ne üye devletlerin hukuklarına bakıldığında, haksız fiillere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı ile tespit edilen uygulanacak hukukun, hem kişilik hakkının kapsamını belirlediği hem de ihlalin kitle iletişim araçları aracılığıyla veya sair şekillerde gerçekleşmiş olmasına bakılmaksızın, kişilik hakkının ihlalden doğan tüm taleplere uygulandığı görülmektedir. Bununla birlikte, bazı ülkelerin hukuki düzenlemelerinde kişilik hakkının varlığı ve kapsamına uygulanacak hukuk ile hakkın saldırılara karşı korunmasına uygulanacak hukuk arasında ayırım yapıldığı, her iki durum için uygulanacak hukukun tespiti için farklı bağlanma noktaları öngörüldüğü görülmektedir. İtalyan ve Portekiz hukukları bu duruma örnektir.

İtalyan ve Portekiz hukukları, kişilik hakkıyla ilgili özel kanunlar ihtilafı kuralına sahip olmamakla birlikte, kişilik hakkının varlığı ve kapsamının tespitinin kişinin milli hukukuna tabi olduğu yönünde düzenlemelere sahiptir. İtalya'nın 1995 tarihli 218 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Kanununun kişisel haklarla ilgili bağlama noktasını belirleyen 24.1 maddesi uyarınca kişilik haklarının varlığı ve içeriği kişinin milli hukukuna tabidir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, kişilik hakkının ihlalinin sonuçlarının haksız fiillerden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuka tabi olduğu belirtilmekte ve bu atıf nedeniyle kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk, aynı kanunun hukuka aykırı fiilden

¹⁷⁴ Özel, Uygulanacak Hukuk, s.228.

sorumluluğa ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı olan 62. maddesinin uygulanmasıyla tespit edilmektedir.¹⁷⁵ Portekiz hukuk düzeninde de, kanunlar ihtilafı kurallarının çoğunu içeren Medeni Kanunu'nun 27. maddesinde benzer bir düzenleme yer almaktadır.¹⁷⁶

Bahsedilen hukuk düzenlerinin, kişilik hakkının varlığının ve kapsamının tespitini kişinin milli hukukuna tabi tutması, kişilik hakkının milli kültürel değerlerle sıkı bağlantısını vurgulayıcı niteliktedir ve bu durum anılan hukuk düzenlerinin kişilik hakkının tespitinde kültürel göreliliği göz önünde bulundurduğu şeklinde yorumlanabilir. Bu tür bir düzenlemenin kişilik hakkının özüne uygun olduğu düşünülebilse de, birtakım sakıncalı sonuçlara yol açma potansiyeline sahip olduğu da kabul edilmelidir. Örneğin, İtalya ya da Portekiz mahkemelerinde dava açmış, aynı saldırıya maruz kalmış birden fazla kişi hakkında, kişilik hakkının varlığı ve içeriği noktasında farklı sonuçlara varılabileceğinden, hakkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğabilecektir.

2. Bağlama Kuralının Sınırlamalar İçermesi

Kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar yabancı hukukun uygulanmasının genel sınırlarını oluşturmaktadır. Bazı ülkelerin kanunlar ihtilafı kurallarının içeriğinde, genel sınırların özel görünümü niteliğinde birtakım sınırlamaların öngörüldüğü görülmektedir. Örneğin Alman hukukunda, uygulanacak yabancı hukuk uyarınca ileri sürülebilecek taleplerden, makul bir tazminat miktarını aşan veya açıkça zarar gören taraf için tazmin dışı amaçlara hizmet eden taleplerin ileri sürülemeyeceği, Alman hukukunda tazminata yönelik yasalarla yabancı hukukun çatışması halinde yabancı hukukun uygulanmayacağı öngörülmüştür (EGBGB m.40/III).¹⁷⁷ 2002 tarihli Estonya Milletlerarası Özel Hukuku Hakkındaki

¹⁷⁵ Comparative Study, Final Report, s.78; Öztekin Gelgel, s.138; 62. madde uyarınca Tarafların ortak vatandaşlık veya ortak mutad meskene sahip olmaları halinde ortak vatandaşlık veya mutad mesken hukuku, aksi halde zarar görenin seçimine göre haksız fiilin işlendiği yer veya zarar yeri hukuku uygulanır. Comparative Study, National Reports, s.88.

¹⁷⁶ Comparative Study, Final Report, s.78; Comparative Study, National Reports, s.122.

¹⁷⁷ Nomer, Şanlı, s.337; Comparative Study, National Reports, s.69.

Kanun'un 52. maddesi, yabancı hukukun uygulanmasıyla mahkemelerin, Estonya hukukuna göre, benzer bir zarar için hükmedilenden önemli ölçüde daha fazla tazminata hükmetmesini engellemektedir.¹⁷⁸ Macaristan'da yürürlükte olan 1973 tarihli 13 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin¹⁷⁹ 10. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, Macaristan hukukunun zarara maruz kalan kişi için meydana gelen zararın giderilmesi veya tazminat bakımından daha elverişli olması halinde, tazminat talebi hakkında Macaristan hukukuna göre hüküm kurulur. Yine aynı KHK'nin 34. maddesi ile bir Macar mahkemesinin, Macar hukukuna göre hukuka aykırı olmayan bir eylem nedeniyle sorumluluk öngöremeyeceği ve gerçekleşen zararlar ilgili Macar hukukunda tanınmamış bir sorumluk temelinde hüküm kuramayacağı öngörülmüştür. Zikredilen düzenlemeler forumun hukukunun standartları uyarınca yabancı hukukun kontrolünü sağlamakta, yabancı hukukun uygulanmasının sınırını oluşturmaktadır.¹⁸⁰

Örnek olarak belirtilmiş bu düzenlemeler yanında, uygulanabilecek yabancı hukuk karşısında ulusal hukukun sınırlandırıcı rolü bakımından, bazı common law ülkelerinde hala geçerliliğini sürdüren çifte dava açılabilirlik kuralı (double actionability rule) zikredilmelidir. Bu kural uyarınca, uyumsuzluk hem lex fori hem de zarar yeri hukuku bakımından dava edilebilir olmalıdır.¹⁸¹ Bu konu ilgili bölümde ele alınacağından açıklamalarımızı sınırlı tutuyoruz.

¹⁷⁸ Comparative Study, National Reports, s.40.

¹⁷⁹ Macaristan'ın 11.04.2017 tarihinde kabul ettiği yeni Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun, 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe girecektir.

¹⁸⁰ Comparative Study, National Reports, s.79.

¹⁸¹ Detaylı bilgi için bkz. s.487 vd.

D. Kişilik Hakkının İhlalinde Sorumlulukla İlgili Kanunlar İhtilafı

Kurallarına Göre Tespit Edilen Hukukun Uygulama Alanı

1. Haksız Fiillere İlişkin Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulama Alanı

Haksız fiil olarak vasıflandırılan kişilik hakkının ihlali gerçekleştiğinde, haksız fiile ilişkin kanunlar ihtilafı kuralınca tespit edilecek uygulanacak hukukun maddi hukuk hükümlerine tabi olacak hususların neler olduğu, başka bir deyişle haksız fiile ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının uygulama alanı aşağıdaki gibi belirlenmektedir.

a. Sorumluluğun Temeli ve Şartlarına İlişkin Meseleler

Haksız fiile ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca tespit edilen uygulanacak hukukun haksız fiil statüsü uyarınca, zarar görenlerin birtakım taleplerde bulunabilmeleri için öncelikle hukuken geçerli bir haksız fiil ilişkisinin tespiti gerekmektedir. Buna göre uygulanacak hukukun haksız fiil statüsü kapsamında öncelikle hukuki sorumluluğun kusur sorumluluğu ya da kusursuz sorumluluğa veya her ikisine birden dayandırılması, hangi şartlarda kusursuz sorumluluk ilkesine göre sorumluluk yüklenebileceği, kusur sorumluluğunda fiilin hukuki niteliğinin tayini ile bu tür bir fiilin sorumluluk kaynağı olup olmayacağı, hukuka uygunluk nedenleri, zararın kapsamı, zararın karşılanmasında sadece maddi ya da manevi zarardan veya her ikisinden de failin sorumlu tutulması, maddi zararın mahrum kalınan kar ile dolayısıyla zararları kapsayıp kapsamadığı, nedensellik bağına ilişkin meseleler, haksız fiil sorumluluğu için failin kastının ya da ihmalinin bulunması gerekliliği ve haksız fiil ehliyetine¹⁸² ilişkin değerlendirmeler yapılır. Başka bir deyişle belirtilen tüm bu meseleler uygulanacak hukukun haksız fiil statüsüne tabidir.¹⁸³

¹⁸² Burada söz konusu olan kişinin kendi iradi işlem ve fiilleriyle borç altına girmeye ehil olması anlamında ve kişinin milli hukukuna göre tespit edilen fiil ehliyeti değil, failin kanun tarafından yüklenen bir sorumluluğa ehil olmasının şartlarının belirlenmesi anlamında haksız fiil ehliyetidir. Örnek olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 65. maddesinde yer alan, hakkaniyetin gerektirdiği hallerde ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin verdikleri zarardan tamamen veya kısmen sorumlu tutulabilecekleri yönündeki düzenlemeden bahsedilebilir. Turhan, İka Yeri Kuralı, s.263; Nomer, s.363; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, s.312; Tekinalp, Uyanık, s.359-360.

¹⁸³ Turhan, İka Yeri Kuralı, s.248-263, 400-403; Tekinalp, Uyanık, s.359-360; Nomer, Şanlı, s.339.

b. Sorumluluktan Doğan Taleplere İlişkin Meseleler

Zarar gören veya zarar görme tehlikesi altında olan kişilerin hangi koşullarda hangi davaları açabileceği, tazminat talebine hakkı olanların belirlenmesi, mağdurun dava hakkının kendisinin veya failin ölümünden sonra devam edip etmeyeceği, tazminat talebinin temlikinin mümkün olup olmadığı, tazminat talebinin borçlularının kimler olduğu, zararın aynen mi nakden mi tazmin edileceği, nakden tazmin edilecekse tazminatın maddi tazminat mı manevi tazminat mı olacağı konularına ilişkin olarak tazminatın türü, tazminat miktarının belirlenmesi gibi haksız fiil ilişkisinin sonuçlarından doğan talepler haksız fiile ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının uygulama alanına dahildir.¹⁸⁴

2. Kişilik Hakkına Özgü Özel Kanunlar İhtilafı Kurallarının Uygulama Alanı

Haksız fiillere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralının uygulama alanına dahil olan yukarıda izah edilmiş sorumluluğun temeli, şartları ve sorumluluktan doğan taleplere ilişkin meseleler, kişilik hakkının ihlaline ilişkin özel kuralın da uygulama alanını oluşturur. Kısaca özetlersek, kişilik hakkının mevcudiyeti, hukuki sorumluluğun doğması için kusurun gerekip gerekmediği, hukuka uygunluk nedenleri, zararın kapsamı, zararın karşılanmasında zarar türlerine göre failin sorumluluğunun belirlenmesi gibi meselelerle kimlerin hangi koşullarda hangi davaları kimlere karşı açabileceği, tazminat talebine hakkı olanlar ile tazminatın türünün, içeriğinin ve miktarının belirlenmesi, dava hakkının davanın taraflarının ölümünden sonra devam edip etmeyeceği, tazminat talebinin temlikinin mümkün olup olmadığı gibi meseleler özel kuralın da uygulama alanını oluşturur.

Kişilik hakkının ihlalinde sorumluluktan doğan taleplerden düzeltme ve cevap hakkının, hem Türk hukukundaki hem de çeşitli yabancı hukuk düzenlerinin kabul etmiş olduğu özel bağlama kuralları içinde ayrı bir hüküm fıkrası olarak düzenlendiği gözlemlenmektedir. Düzeltme ve cevap hakkına uygulanacak hukuk

¹⁸⁴ Turhan, İka Yeri Kuralı, s.264-295, 403-410; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s.312; Tekinalp, Uyanık, s.359-360; Nomer, Şanlı, s.339.

konusunda özel düzenlemelerin içerdiği ve farklı bağlama noktalarına göre uygulanacak hukukun tespitine imkan veren düzenlemeden ayrılarak, düzeltme ve cevap hakkının yayımın ya da yayının gerçekleştiği yer hukukuna tabi tutulmasının ortak şekilde benimsenmiş olduğu görülmektedir.¹⁸⁵

3. Değerlendirme

Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun tespitinde, Türk hukukuna göre örneklersek, mevzuatta konuya ilişkin özel hüküm bulunduğu, özel hüküm niteliğindeki MÖHUK m.35, haksız fiillere uygulanacak hukuk konusundaki genel bağlama kuralı niteliğindeki MÖHUK m.34'e öncelikli olarak uygulanacaktır. Bu durumda kişilik hakkının ihlali halinde açılacak saldırının önlenmesi, durdurulması, hukuka aykırılığının tespiti ve düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi veya yayımlanmasını amaçlayan koruyucu davalar ile maddi ve manevi tazminat, sebepsiz zenginleşme ve vekaletsiz iş görme davalarından oluşan tazminat davaları, uygulanacak özel kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca tespit edilecek hukuk tarafından yönetilecektir.

Özel bağlama kuralının uygulanma koşullarının bulunmadığı hallerde, haksız fiillere ilişkin MÖHUK m.34 hükümleri uygulanacaktır. Bu durumda kişilik hakkının ihlali halinde açılacak koruyucu davalar ve tazminat davaları, haksız fiillere ilişkin bağlama kuralı uyarınca tespit edilecek hukuk tarafından yönetilecektir. Ancak burada, kanunun emredici ifadesi nedeniyle, öncelikli olarak her bir dava bakımından daha sıkı ilişkili bir ülke hukukunun bulunup bulunmadığının araştırılması söz konusu olacaktır. Buna göre, örneğin tarafların ortak vatandaşlık veya mutad mesken hukukunun ya da haksız fiil aynı zamanda önceden taraflar arasında mevcut bir hukuki ilişkinin ihlali niteliğindeyse, bu hukuki ilişkinin tabi

¹⁸⁵ MÖHUK m.35/2; İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m.139/2; Bulgar Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m.108/3, Litvanya Cumhuriyeti Medeni Kanunu m.1.45/2, Romen Milletlerarası Özel Hukuk İlişkilerinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun, m.113, Comparative Study, National Reports, s.20-98-127

olduğu hukukun uygulanacak hukuk olarak tespiti m¼mk¼n olabilecektir.¹⁸⁶ Ayrıca tarafların, ihlal gerçekleştikten sonra ve açıkça olmak şartlarıyla uygulanacak hukuku seçme imkanları mevcuttur. Sonuç olarak, ¼zel bağlama kuralının uygulanmasında olduğu gibi, çeşitli davalar bakımından uygulanacak hukuk, h¼km¼n sunduğu imkanlar çerçevesinde tespit edilecektir.

İsviçre ve Bulgaristan hukuku dışında, T¼rk hukuku ile diğer kişilik hakkına ¼zel bağlama kuralı içeren hukuk d¼zenlerinde, uygulanacak hukukun tespitinde failin ¼ng¼rme koşuluna bağlı olarak mağdurun mutad meskeni ile zarar yeri ve failin mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu yer bağlama noktalarının kullanıldığı g¼r¼lmektedir. Buna karşılık, haksız fiile ilişkin bağlama kuralında yer verilen en sıkı ilişkili hukuk, tarafların m¼řterek milli hukuku veya mutad meskeni kriterlerine yer verilmediği gibi, taraflara uyuşmazlığın gerçekleşmesinden ¼nce veya sonra hukuk seçimi yapma imkanı da tanınmamıştır.

Kanaatimizce kanun koyucunun bu y¼ndeki tercihinin nedeni, kişilik hakkı ihlallerinin ifade ¼zg¼rl¼đ¼ hakkı ile çatışma halinde olduğu g¼z ¼n¼nde bulundurularak, mağdur bakımından, mağdurun mutad meskeni ya da zararın meydana geldiği yer şeklinde ortaya çıkan hayat ilişkilerinin yoğun olduğu yerlerin hukukunun uygulanması suretiyle, mağdurun kişilik hakkı ile ifade ¼zg¼rl¼đ¼ hakkının dengelenmesinin o yerdeki hukuki anlayışa g¼re yapılmasının ve genellikle manevi zarar olarak ortaya çıkan zararın, kişisel değerin ihlal edildiği yerin k¼lt¼rel değerlerine ve hukuki normlarına g¼re belirlenmesinin sağlanmasıdır. Bu şekilde uyuşmazlık, hukuka aykırı eylem ile d¼zeni bozulan toplumun temel hakların dengelenmesine ilişkin kamusal çıkarları esas alınarak ¼z¼mlenecektir. Failin kendi hukukunun uygulanmasının ¼ng¼r¼lmesi ise, failin faaliyetlerini s¼rd¼rd¼đ¼ yerin hukukuna uygun hareket etmesi beklendiğinden, mağdurun tercih etmesi halinde bu hukukun bertaraf edilmesine engel olunmasını amaçlamaktadır. Dolayısıyla, m¼řterek mutad mesken ve milli hukuk ile en sıkı ilişki ilişki kriterlerine yer

¹⁸⁶ elikel, Erdem, s.386; Nomer, s.364.

verilmeyerek ve taraflara hukuk seçimi yapma imkanı tanınmayarak, konunun sadece özel hukukun sınırlarındaki haksız fiil niteliğinin değil, kamusal sınırlara giren niteliği de dikkate alınarak, tarafların menfaati yanında, hukuka aykırı eylemle bozulan kamusal düzenin dikkate alındığı söylenebilir.

Bununla birlikte, kişilik hakkının kitle iletişim araçlarıyla ihlali sonucu birden fazla yerde zarar meydana geldiğinde uyuşmazlığın tek bir hukuka tabi olmasını teminen ve bazı durumlarda özel bağlama kuralındaki bağlama noktalarının tatbiki sonucu belirlenen hukukun uyuşmazlıkla ilişkisinin gevşek olduğu hallerde, somut olayın koşullarına göre uygulanmak üzere en sıkı ilişki kriterine istisna kuralı olarak yer verilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KİŞİLİK HAKKI STATÜSÜNÜN TESPİTİNDE KULLANILAN BAĞLAMA NOKTALARI

I. Genel Bakış

Yabancı unsurlu uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku belirleyen bağlama kuralları oluşturulurken, bağlama konusuna ilişkin korunmak istenen menfaate göre ve bağlama konusunun hangi hukuk ile sıkı bağlantıda bulunduğu nazara alınarak bağlama noktaları belirlenmektedir.¹ Haksız fiillerle ilgili bağlama kurallarında hukuk düzenlerinde en fazla benimsenen kuralın haksız fiilin işlendiği yer anlamına gelen ika yeri kuralı (lex loci delicti) olduğu görülmektedir. İka yeri kuralının bazı hallerde en uygun bağlama noktasını oluşturmaması ve özellikle mesafeli haksız fiiller söz konusu olduğunda yetersiz kalması nedeniyle, haksız fiillere uygulanacak hukukun tespitinde hukuki ilişki ile daha yakın ilişkili hukukun tespitine imkan verecek ilave bağlama noktaları kabul edilmiştir.

Her bir haksız fiil türünün kendi yapı ve özelliklerine uygun özel bağlama kurallarına tabi olması gerekliliğini kabul eden anlayışa uygun olarak, Avrupa Birliği, Türk, İsviçre ve diğer bazı hukuk düzenleri, bazı haksız fiil türlerine özgü özel bağlama kurallarını kanunlar ihtilafı hukuklarına dahil etmişlerdir. Özel kurallara genel olarak bakıldığında ika yeri kuralının varlığını sürdürmekle birlikte, baskın konumda olma özelliğini devam ettirmediği görülmektedir.

Kişilik hakkının kitle iletişim araçlarıyla ihlali karşısında korunmasında gündeme gelen çatışan hakların dengelenmesi meselesi, kişilik hakkının ihlaline uygulanacak hukukun tespitine özgü özel olarak tasarlanmış kuralların oluşumunu da etkilemiştir. Roma II Tüzüğü hazırlanırken, kişilik hakkının ihlalinden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukla ilgili Avrupa Parlamentosu tarafından savunulan menşe ülke ya da menşe hukuku lehine yaklaşımla, Komisyon tarafından savunulan

¹ Tekinalp, Uyanık, s.32-33.

zarar yeri ya da varış hukuku lehine yaklaşım arasındaki gerilim², bu konudaki herhangi bir bağlama kuralının oluşturulmasında da belirleyici olmaktadır. Kişilik hakkına ilişkin özel bağlama kuralları formüle edilirken, ifade özgürlüğü veya kişilik hakkı hareket noktası olarak kabul edilerek, doğrudan ya da dolaylı olarak korunmak istenen temel hak lehine bağlama noktalarına yer verilmektedir.³Aşağıdaki açıklamalarımızda da yer verileceği üzere, ifade özgürlüğü hakkı hareket noktası olarak kabul edilerek davalıyı koruyan menşe ülke lehine yaklaşımla bağlama noktası olarak yayıncı ve içerik sağlayıcının yerleşim yeri veya işyeri ya da fiil yerine öncelik verilmesi ya da kişilik hakkı hareket noktası olarak kabul edilerek, davacıyı koruyan varış ülkesi lehine yaklaşımla bağlama noktası olarak mağdurun mutad meskeni veya zarar yerine öncelik verilmesi söz konusu olabilmektedir.

Diğer yandan, önceki bölümde ele alındığı gibi, kişilik hakkının ihlaline özgü özel kuralların benimsenmesi henüz yaygın şekilde hukuk düzenlerinde yer almamış olup, akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukukla ilgili genel kurallar kişilik hakkı ihlallerine uygulanacak hukukun tespitinde de tatbik edilmektedir. Genel bir bakışla, akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukukla ilgili genel kuralların davacı ve davalı menfaatlerinin korunmasına daha dengeli yaklaştığı, özel kuralların mağdurun menfaatini korumaya eğilimli olduğu ancak özel kurallarda mağdur lehine öngörülmuş bağlama noktalarının uygulanmasının zarar verenin öngörebilme koşuluna bağlı kılınarak taraflar arasında bir denge sağlanmaya çalışıldığı söylenebilir.

Kitle iletişim araçlarıyla gerçekleşen kişilik hakkının ihlaline uygulanacak hukukun tespitinde genel ya da özel bağlama kurallarında yer alan bağlama noktalarına aşağıda sırasıyla yer verilecek, her bir bağlama noktasının konuya uygunluğu, avantajlı ve dezavantajlı tarafları vurgulanmaya çalışılacaktır.

² Nagy, Szabo, s.209.

³ Requejo, Country of Origin Versus Country of Destination.

II. Haksız Fiilin Gerçekleştiği Yer Hukuku

Yabancı unsurlu haksız fiillerden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk konusunda eskiden beri çeşitli hukuk sistemleri tarafından baskın şekilde kabul edilen kural haksız fiilin gerçekleştiği yer hukukunun, başka bir deyişle ika yeri hukukunun (lex loci delicti) uygulanmasıdır.⁴ Kişilik hakkının ihlaline ilişkin özel kanunlar ihtilafı kuralına sahip olmayan hukuk düzenlerinde, yukarıda da belirttiğimiz gibi, kişilik hakkının ihlalinde sorumluluğa uygulanacak hukukun ika yeri kriterine (lex loci delicti) göre belirlenmesi genel olarak benimsenmiştir. Bununla birlikte, ika yeri kuralını benimseyen hukuk düzenlerinin çoğu, kuralı eskiden olduğu gibi katı şekilde benimsemek yerine, aşağıda detaylı şekilde yer verileceği gibi, bağlama kurallarını ya ika yeri kuralına alternatif bağlama noktalarıyla birlikte ya da istisna kuralı ile birlikte düzenlemektedirler.

Yabancı unsurlu haksız fiillerden doğan sorumluluğa ika yeri kuralının uygulanmasını destekleyen çeşitli güçlü argümanlar ileri sürülmektedir. Kuralın yaygın şekilde benimsenmesinde, öncelikle pratik ihtiyaçlara cevap verdiği, haksız fiilin işlendiği yerin iki tarafla da ilgili ve çoğu durumda belirlenebilir olduğu ileri sürülmektedir.⁵ Taraflara aralarındaki uyuşmazlığa hangi hukukun uygulanacağını öngörebilmeleri imkanını sunması nedeniyle hukuki kesinlik ve güvenlik sağlaması, hakimlerin önlerine gelen olaylarda uygulanacak hukuku belirlerken keyfi kararlar üretemeyecek olması da kuralın benimsenmesinde etkili nedenler olarak değerlendirilmektedir.⁶ Diğer yandan, kuralın uygulanmasıyla, haksız fiilin ika yerinde bozulan toplumsal düzenin korunacak olması, tarafların haklı çıkar ve beklentilerine uygun olması, kuralın basit, açık ve uygulanması kolay bir kural olması ve milletlerarası karar uyumunun sağlanacak olması gibi gerekçelerle de haksız fiillerden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun tespiti bakımından ika yeri kuralının en uygun kural olduğu savunulmuştur.⁷

⁴ Çelikel, Erdem, s.444; Tekinalp, Uyanık, s.351;Nomer, s.359; Nomer, Şanlı, s.337; Symeonides, Codifying Choice of Law, s.52.

⁵ Krvavac, s.113; The Commission Working Paper, No:87, s.113.

⁶ Turhan, İka Yeri Kuralı, s.41.

⁷ Tekinalp, Uyanık, s.352; Krvavac, s.113; Turhan, İka Yeri Kuralı, s.43-49.

Haksız fiilin ika yeri kriterinin uygulanması, fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin tek ülke olması halinde gerçekten basit ve uygulanması kolay bir kural olarak karşımıza çıkmaktadır. Savunulduğu üzere ika yeri kriteri, taraflar bakımından öngörülebilirlik sağlayan, hukuki korunmaya ilişkin makul beklentilere cevap veren ve objektif bir kriter olarak çoğu zaman ihtiyaca cevap verecek en uygun bağlanma noktasıdır. Ancak, fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı olması durumunda, kuralla ilgili belirtilen avantajların her durumda mevcut olduğunu savunmak mümkün değildir. Özellikle, tek bir fiil ile birden fazla yerde zarar meydana gelen hallerde, çoğu durumda kuraldan beklenen menfaatlerin ortadan kaybolabileceği, amaçlanan milletlerarası karar uyumunun, milletlerarası karmaşaya dönüşebileceği söylenebilir. Dolayısıyla, ika yeri kuralının yabancı unsurlu haksız fiillerle ilgili yaygın şekilde kabul edilmesi, kuralın belirtilen avantajları doğrultusunda haklı olmakla birlikte, kuralın her durumda yalın ve istisnasız şekilde uygulanmasının tatmin edici sonuçlar vermeyebileceği görüldüğünden, birçok ülke, ika yeri kuralının uygulanmasına istisnalar öngörerek kuralı yumuşatmıştır. Haksız fiillere ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarına bakıldığında, ika yeri hukukunun uygulanması yönündeki düzenlemeye kurallarda genellikle yer verilmekle birlikte, ilaveten *lex fori*, müşterek milli hukuk ya da mutad mesken hukukunun uygulanması veya en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına yönelik düzenlemelere de yer verilebildiği, fazla yaygın olmamakla birlikte taraflara hukuk seçimi imkanı verilebildiği görülmektedir.⁸

Kitle iletişim araçlarıyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlalleri bakımından, kitle iletişim araçlarının doğasından kaynaklanan, çözülmesi zor iki spesifik sorun, mesafeli yayın sorunu ve çoklu yayın sorunu,⁹ kuralın uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Mesafeli yayın sorunu, zarara yol açan olayın gerçekleştiği yer ile zararın gerçekleştiği yerin farklı olmasından, başka deyişle haksız fiilin unsurlarının farklı yerlerde gerçekleşmesinden kaynaklanmaktadır. Çoklu yayın sorunu ise, kitle

⁸ Tekinalp, Uyanık, s.356.

⁹ Comparative Study, Final Report, s.79; Working Document, s.8; Gilles Cuniberti: "Perreau-Saussine on Rome II and Defamation", 21 July 2010. (Çevrimiçi) <http://conflictflaws.net/2010/perreau-saussine-on-rome-ii-and-defamation>, 05.06.2013.

iletişim araçlarının neden olduğu zararın birden fazla yerde gerçekleşmesinden kaynaklanmaktadır. Her iki durumda da birden fazla hukuk uygulanabilir olduğundan, ika yeri kuralından ne anlaşılması gerektiğinin yorumlanması gerekmektedir. İka yeri kuralıyla ilgili farklı yorumlar uygulanacak hukukun tespitinde farklı sonuçlara yol açmaktadır. Mesafeli yayın sorunuyla ilgili olarak, ika yeri kuralının her zaman, haksız fiilin gerçekleşmesini sağlayan unsurlardan birinin gerçekleştiği yerin hukukunun uygulanmasına yol açtığı belirtilmelidir.¹⁰ Buna göre, ika yeri kuralının uygulanmasında, ya yayıncının içeriği gönderdiği ya da yayının alınarak öğrenildiği yer hukuklarından birinin uygulanması söz konusu olacaktır. Çoklu yayın sorunuyla ilgili çözüm önerileri arasında, çoklu yayın kuralı yerine tek yayın kuralının kabul edilmesi, bağlama kuralına en sıkı ilişki kriterinin dahil edilmesi¹¹ gibi farklı öneriler yanında, konuyla ilgili içtihat hukuku tarafından da bazı çözümler sunulmuştur.

İka yeri kuralının uygulanması, yukarıda izah edilen nedenlerle, kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlalleri bakımından, kuralın yorumlanmasını gerektirmekte ve karmaşık bir görünüm sergilemektedir. Aşağıda önce fiil ve zarar yerleri farklı olmakla birlikte, tek bir yerde zararın meydana geldiği hallerde ika yerinin belirlenmesi meselesi ele alınacak, sonra fiilin gerçekleştirildiği yer veya zararın meydana geldiği yerin birden fazla olması durumunda ika yerinin belirlenmesi meselesi incelenecektir. İka yeri kuralının bağlama kurallarında yer almasıyla ilgili örnekler verilirken, kuralın ait olduğu hukuk düzeninde kişilik hakkının ihlalinde uygulanacak hukuka ilişkin özel bağlama kuralı bulunması halinde özel bağlama kuralı, aksi halde haksız fiillere ilişkin genel bağlama kuralı uygulanacağından haksız fiillerle ilgili bağlama kuralı incelenecektir.

¹⁰ Katia Fach Gomez: “Law applicable to cross-border environmental damage: from the European autonomous systems to Rome II”, Edited by Petar Sarcevic, Paul Volken, Andrea Bonomi, **Swiss Yearbook of Private International Law**, Vol. 6, 2004, s.296.

¹¹ Cuniberti, Perreau-Saussine on Rome II and Defamation.

A. Haksız Fiilin Gerçekleştirildiği Yer ile Zararın Meydana Geldiği Yerin Farklı Olması Durumunda İka Yerinin Belirlenmesi

Kanunlar ihtilafı kuralında ika yeri kuralına yer veren hukuk düzenlerinin, haksız fiilin ağırlık verdiği unsuruna göre¹² sınırlı ve basit şekilde kuralı oluşturabildiği ya da kuralın uygulanmasının neden olduğu bazı sorunları karşılayacak şekilde, daha karmaşık bir formda bu prensibi düzenlediği görülmektedir. Aşağıda önce kuralın basit şekilde düzenlenerek, ika yerinin fiilin işlendiği yer ya da zarar yeri olarak kabul edilmesi halleri çeşitli hukuk düzenlerinden örneklerle birlikte ele alınacaktır. Bundan sonra, ubiquity prensibini izleyerek hem fiilin işlendiği yer hem de zarar yerini içerecek şekilde kuralın kapsamlı şekilde düzenlenmesi yine çeşitli hukuk düzenlerinden örneklerle birlikte incelenecektir. En son olarak da, çoklu yayın kuralı ve zararın birden fazla yerde meydana gelmesi durumunda kuralın nasıl uygulanacağı konuları incelenecektir.

1. Kuralın Basit Şekilde Düzenlenmesi

Haksız fiil, hukuka aykırı fiilin işlenmesi sonucu zararın meydana gelmesiyle gerçekleşmektedir. Doktrinde, haksız fiilin gerçekleşmesi anlamına gelen, haksız fiilin vuku bulması ya da haksız fiilin ika edilmesi deyişleri de kullanılmaktadır. Buna göre, bağlama kurallarında yer alan haksız fiilin gerçekleşmesi, vuku bulması veya ika edilmesi deyişlerinden, haksız fiilin, fiil ve zarar unsurlarının her ikisinin de gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Bağlama noktası olarak, ika yeri kuralı olarak da anılan, haksız fiilin gerçekleştiği yer hukukunu benimseyen hukuk düzenlerinde, haksız fiilden doğan sorumluluğun hangi hukuka tabi olacağını belirleyen bağlama noktalarının farklı şekilde ifade edilmesi, terminolojik sorun nedeniyle değil, bağlama noktası olarak haksız fiilin farklı unsurlarının tercih edilebilmesinden kaynaklanmaktadır. Haksız fiillere ilişkin bağlama kurallarında haksız fiilin fiil unsurunu belirtmek üzere, genellikle “zararlı olayın gerçekleştiği yer”, “zarara neden olan olayın gerçekleştiği yer”, “hukuka aykırı eylemin gerçekleştiği yer”, “sorumluluğun ortaya çıkmasına neden olan temel in oluştuğu yer”, “sorumluluğun kaynağı olan eylemin gerçekleştiği yer” veya “zararın gerçekleşmesine neden olan

¹² Tekinalp, Uyanık, s.353.

eylemin gerçekleştiği yer” gibi ifadelerin tercih edildiği görülmektedir. Haksız fiilin zarar unsurunu belirtmek üzere, “*topraklarında zararın meydana geldiği yer*”, “*eylemin sonuçlarının belirgin olduğu yer*”, “*zararlı sonucun ortaya çıktığı yer*”, “*sonuç yeri*” veya “*zararın ortaya çıktığı yer*” gibi ifadelerin tercih edildiği görülmektedir.

Basit şekilde düzenlenen kanunlar ihtilafı kurallarında, mesafeli haksız fiiller bakımından, haksız fiilin unsurlarından fiil yerinin mi yoksa neticenin doğduğu yer yani zarar yerinin mi haksız fiilin gerçekleşme yeri ya da ika yeri olarak kabul edileceği açıkça belirtilmektedir. Davacı bakımından zarara maruz kalınan yer yani zarar yeri, davalı bakımındansa zarara neden olan fiilin gerçekleştirildiği yer tercih edilebilir olduğundan, doktrinde fiilin işlendiği yerin davalı odaklı, zarar yerinin ise davacı odaklı bağlama noktaları olduğu ifade edilerek, bu ayırım temelinde konuyu ele alan çalışmalar mevcuttur.¹³ Kural oluşturulurken haksız fiilin tercih edilecek unsuruna göre biçimlendirilmesi, gerçekten davacı veya davalı lehine ya da kişilik hakkı veya ifade özgürlüğü lehine sonucu da biçimlendirebilmektedir. Dolayısıyla basit şekilde düzenlenen kuralların, çatışan iki haktan biri lehine duruş sergilediğini söylemek yerinde olacaktır.

Türk hukukunda konuyu düzenleyen MÖHUK m.34/1 hükmü¹⁴, haksız fiillerle ilgili genel prensibi belirtirken, “*haksız fiilin işlendiği yer*” ifadesini kullanmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında¹⁵, fiil ve zarar yerlerinin farklı olması halini ifade etmek üzere, “*haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yer*” ifadeleri kullanılmıştır.¹⁶ Buna göre, Türk hukukunda, fiil ve zarar unsurlarının aynı

¹³ Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.91.

¹⁴ MÖHUK m.34/1 : “Haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği ülke hukukun tabidir”

¹⁵ MÖHUK m.34/2 : “Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği ülke hukuk uygulanır”

¹⁶ Yer deyimi yerine ülke deyimi kullanılması dışında, mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 25/1 hükmü, 5718 sayılı MÖHUK m.34/1-2 ile aynen karşılanmıştır. Dolayısıyla, mülga 25. madde ile ilgili eleştirilerin, yürürlükteki 34. madde için de aynen geçerli olduğu kabul edilebilecektir. Doktrinde, mülga 25. maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan hükmün amacının haksız fiilden doğan borçları, fiilin işlendiği yer veya zararın meydana geldiği yer ayırımı yapmaksızın, haksız fiilin meydana geldiği, vuku bulduğu yer hukukuna tabi kılmak olduğu halde, isabetsiz şekilde “haksız fiilin işlendiği yer” ifadesinin kullanılmasıyla kanun koyucunun amacının haksız fiilden doğan borçları

ülkede meydana gelmesi halinde, fiil yerinin haksız fiilin ika yeri olarak kabul edildiği, fiil ve zarar unsurlarının farklı ülkelerde meydana gelmesi halinde zarar yerinin ika yeri olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır.¹⁷

a. Fiilin Gerçekleştiği Yerin İka Yeri Olarak Kabul Edilmesi

(1) İka Yeri Olarak Fiil Yerinin Tercih Edilmesinin Nedeni

Davalının fiili gerçekleştirdiği yer hukukunun uygulanması, failin kendi çevresindeki yasal standartlara göre hareket etmesi ve bu standartlara göre yargılanması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Fiilin gerçekleştirildiği yerin ika yeri olarak kabulünün zarar verenin haklı çıkar ve beklentilerine uygun olduğu, eylemi gerçekleştiren kişinin bulunduğu yerin kurallarına göre hareket ettiği ve dolayısıyla bulunduğu yer hukukuna göre sorumlu olması gerektiği ileri sürülerek bu görüş savunulmaktadır.¹⁸ Bu görüş uyarınca, failin eylemi gerçekleştirdiği yer hukukuna göre eyleminden ve bunun sonuçlarından sorumlu olmayacağı hallerde sonuç yeri hukukuna göre sorumlu kabul edilmesi yanlıştır.

İka yeri kuralının fiilin gerçekleştiği yer olarak kabul edilmesi, fail açısından bakıldığında, özellikle kendi bulunduğu yerdeki hukuk kurallarını dikkate alarak hareket ettiği ve fiilin sonuçlarının başka bir ülkede gerçekleşeceğini öngöremediği hallerde olumlu ve adil görünmektedir. Ancak fiilin sonuçlarının başka bir ülkede meydana gelebileceğinin fail tarafından öngörülebildiği veya özellikle o yerde gerçekleşmesi kasdıyla hareket edildiği hallerde, fiil yeri hukukunun uygulanması

fiilin işlendiği yer hukukuna tabi kılmak şeklinde anlamının mümkün olduğu belirtilmektedir. Maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, fiil yeri ve zarar yerinin farklı yerler olması halinde uygulanacak hukukun hangisi olduğu gösterilirken, fiil yerini belirtmek üzere kullanılan “haksız fiilin işlendiği yer” ibaresinin de, birinci cümleyle ilgili yorum ışığında, haksız fiilin meydana geldiği yer şeklinde anlaşılması gerekeceğinden yanlış anlamaya sebebiyet vereceği, bu nedenle ikinci cümlede yer alması gereken ifadenin “fiilin işlendiği yer” olması gerektiği savunulmaktadır. Turhan, İka Yeri Kuralı, s.347-356.

¹⁷ Mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 25/1 hükmünün ikinci cümlesinin amacının yeni bir bağlama kuralı getirmek olmayıp, ika yerinin neresi olduğunu açıklığa kavuşturmak olduğu yönünde bkz. Turhan, İka Yeri Kuralı, s.356.

¹⁸ Tekinalp, Uyanık, s.352; Turhan, İka Yeri Kuralı, s.156.

adil sonuç vermeyeceğinden¹⁹, uygulanmasını savunmak gerçekten güçtür. Bu durumda, failin kendisi için en elverişli hükümlere sahip hukuk düzenini belirleyerek fiilini orada gerçekleştirmesi imkanı, çoğu halde onu sorumluluktan kurtaracak veya sorumluluğunu kontrollü şekilde minimum düzeyde tutmasını sağlayacaktır. Bu sonuç, zarar gördüğü ülke hukukuna göre haklarının himaye edilmesinde makul beklentiye sahip davacının menfaatleri ile açıkça bağdaşmamaktadır.

(2) Kitle İletişim Araçları İle Kişilik Hakkının İhlalinde Sorumluluğa Fiil Yeri Hukukunun Uygulanması

Kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlalindefiil yeri hukukunun uygulanacak hukuk olarak belirlenmesinin yerinde olup olmadığına değinmeden evvel, her bir kitle iletişim aracına göre fiil yerinin neresi olduğu hatırlanmalıdır. Yukarıda²⁰ ele aldığımız üzere, yazılı basında fiil yeri gazete ya da derginin yayımlandığı yer, radyo televizyon yayınında yayının gönderildiği yer ve internet yayınında bilginin yüklendiği (upload) yerdir.²¹ O zaman denilebilir ki, kitle iletişim araçları bakımından fiil yeri, yayın ya da yayının hedef kitleye ulaştırılmak üzere gönderildiği yerdir. Bu yer genellikle yayıncının kuruluş yeri ya da editoryal kararların alındığı yerle örtüşmektedir.²² Fiil yeri, yayın ya da yayının “menşe ülkesinin”²³ bulunduğu yer olarak da ifade edilmektedir.

Tek bir açıklamayla kişilik hakkının ihlalinde, daha önce izah ettiğimiz gibi, içerik muhataba ulaşmadan herhangi bir etki doğurmayacağından, içeriğin sahibinin belirlediği yerde etki doğuracağından, fiil yeri ya da zarar yeri seçeneklerinden zarar yeri hukukunun uygulanması doğru kabul edilmiştir. İçeriğin zarar yerinde sonuç doğurması fail tarafından zaten amaçlandığından ve zarar yerinde sonuç doğurması

¹⁹ The Commission Working Paper, No:87, s.121; Turhan, İka Yeri Kuralı, s.157.

²⁰ Bkz. yuk. s.299 vd.

²¹ Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.91.

²² Kuipers, s.1698.

²³ The Commission Working Paper, No:87, s.186; Requejo, Country of Origin Versus Country of Destination.

açıkça öngörüldüğünden²⁴, zarar yeri hukukunun uygulanması adil bir çözüm olarak görülmektedir. Kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilen yayınlar bakımından da, teknik imkanların basitçe değerlendirilmesiyle, yayınlanan içeriğin sadece kaynak ya da menşe ülkede sonuç doğurmayacağına makul şekilde öngörülebilen olduğu açıktır. Başka bir deyişle, yayıncının, başka ülke ya da ülkelerdeki hedef kitleye ulaşmayı amaçlamadığı durumlarda dahi, yayının başka ülke ya da ülkelerde de sonuçlar doğurabileceğini öngörmeleri yüksek derecede olasıdır. Dolayısıyla, fiilin sonuçlarını öngörebilir durumda olan kitle iletişim aracı ile kişilik hakkını ihlal eden yayıncının, çoğu zaman önceden belirleyebileceği ve lehine hükümler bahşeden kendi yerleşim yeri ya da işyeri hukukuna tabi olması haklı olarak uygun görülmemekte ve kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlalinde sorumluluğa uygulanacak hukukun belirlenmesinde, fiil yeri kriterinin kullanılması reddedilmektedir.²⁵

Kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlaline uygulanacak hukukun tespitinde fiil yeri kriterinin uygulanmasının başlıca iki sakıncası mevcuttur. Birincisi, kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlali halinde, çatışan ifade özgürlüğü hakkı ile kişilik hakkını temsil eden taraflar arasında dengeli koşullar sağlayan bir bağlama kuralına göre uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekirken, fiil yeri kriterinin uygulanması bu dengeyi zarar gören aleyhine ağır şekilde bozmaktadır. Kişilik hakkı ihlalleri sonucunda doğan zararın çoğu zaman manevi zarar olması, menfaatin ihlal edildiği yerdeki hukuk normları çerçevesinde telafi edilmesini gerektirir. Örneğin, itibarı zedelenen bir kimsenin, küçük düşürüldüğü toplum nezdinde ve o toplumun şeref ve haysiyet algısına uygun olarak oluşturulmuş hukuki anlayışa göre himaye edilmesi etkin koruma sağlayacaktır. Fiil yeri kriterinin uygulanmasıyla, sorumluluğa neden olan eylemi yayıncı gerçekleştirmiş olmasına rağmen, zarar görmeme konusunda meşru beklentiye sahip ve sürece müdahale etme

²⁴ The Commission Working Paper, No:87, s.183.

²⁵ Kuipers, s.1698; Requejo, Country of Origin Versus Country of Destination; The Commission Working Paper, No:87, s.186; Nomer, birçok ülkede gerçekleşen haksız fiillerde, meydana gelen tüm zararlar hakkında tek bir hukuka göre karar verilmesi kolaylığını sağlayacağından, zarar yerine bağlanmadan vazgeçilerek, fiil yerine bağlanmanın doğru olduğunu savunmaktadır. Nomer, s.362.

imkanı olmayan mağdurun menfaatleri tamamen göz ardı edilmektedir.²⁶ Kişilik hakkının ihlaline karşı korumanın etkili şekilde sağlanmayıp sadece ifade özgürlüğünü güvence altına alan özel bir hükmü meşrulaştırmak zor olduğu gibi, böyle bir hüküm çoğu vakada mağdurun AİHS güvencesine sahip haklarını ihlal eden sonuçlar doğuracaktır. Von Hannover v. Germany²⁷ davasında, hatırlanacağı üzere AİHM, basın özgürlüğü hakkına ağırlık verilerek, prensesi özel yaşamında paparazzilerin dayanılmaz müdahalelerine karşı korumadığı için Almanya aleyhine karar vermiştir.²⁸

İkinci olarak, fiil yeri kriterinin benimsenmesi, yayıncıya uygulanacak hukuku manipüle etme imkanı sağlamaktadır.²⁹ Yayıncının uygun kurallara sahip bir forumda yerleşik olması veya kendi çıkarlarını dikkate alarak uygulanacak hukuku belirleme imkanını kullanması sonucu mağdur, hakkında bir şey bilmediği bir hukuk sistemine tabi olarak, hakkını ihlal eden tarafça yönetilen bir süreçte, maliyetli bir mücadele başlatma zorunluluğu ile karşı karşıya kalacaktır.³⁰

Diğer yandan, fiil yeri kriterinin uygulanması, kitle iletişim araçları ile kişilik hakkı ihlallerinin karmaşık yapısı karşısında yetersiz kalmaktadır. Kitle iletişim araçlarıyla yapılan yayınlarda fiil yerinin tanımlanması ve tespiti başlı başına karmaşık bir görünüm arz edebilmektedir. Örneğin, bir televizyon yayınında, yayına birden fazla ülkeden katılım olması, yayın malzemesinin bir kısmının önceden başka bir ülkede kaydedilmiş olması, birden fazla verici (transmitters) olması mümkün olabilmektedir. Yazılı basın bakımından da, dağıtımın yapıldığı yerler birden fazla olabilmektedir. Buna benzer, fiilin birden fazla ülkede işlendiği hallerde, hangi ülkenin fiilin işlendiği yer olarak kabul edileceği meselesi sorun olarak ortaya çıkmaktadır.³¹

²⁶ Öztekin Gelgel, s.97.

²⁷ Von Hannover v. Germany, (App. No. 59320/00), Judgment of the ECHR of 24 June 2004.

²⁸ Cuniberti, Von Hein on Rome II and Defamation.

²⁹ Nagy, Szabo, s.210.

³⁰ Requejo, Country of Origin Versus Country of Destination.

³¹ Comparative Study, Final Report, s.80; Turhan, İka Yeri Kuralı, s.169.

Belirtilen tüm nedenlerle, fiilin gerçekleştirildiği yerin ika yeri olarak kabulü, kişilik hakkının kitle iletişim araçlarıyla ihlali halinde oluşacak problemleri çözmekte yetersiz kalır. Buna karşın, kişilik hakkının kitle iletişim araçlarıyla ihlalinde olduğu gibi birçok ülkede gerçekleşen haksız fiillerde, zarar yerine bağlanmaktan vazgeçilerek, fiil yerine bağlanmanın tercih edilmesi gerektiği, fiil yeri hukukunun uygulanmasının ortaya çıkan tüm zararlar hakkında tek bir hukuka göre karar verilmesi kolaylığını sağlayacağı da savunulmaktadır.³² En azından tek bir yerde içeriğin hazırlanarak yayına hazır hale getirildiği, yani fiil yerinin tek bir yer olduğu hallerde, kuralın uygulanmasının kolay ve basit olması, yayıncılar için belirlilik sağlaması gibi avantajlarının varlığı kuşkusuz tartışmasızdır. Ancak, yabancılık unsuru içeren bir ihtilafta, söz konusu hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk tespit edilirken, en kolay şekilde tespit edilecek hukuk değil, en uygun hukukun araştırılması gerekmektedir. Yukarıdaki açıklamalar, fiil yeri hukukunun en uygun hukuk olmadığını ortaya koymaktadır. Fiil yeri kriterinin kolay bir çözüm sunmasına gelince, bazı durumlarda kriterin sunduğu kolaylık yadsınamaz; ancak amaç basitlik ve kolaylık olsaydı, lex fori'nin tatbikinin en basit ve en kolay çözümü sunacağı, başkaca araştırma ya da tartışmaya mahal bırakmayacağı açıktır.

(3) İka Yerini Fiil Yeri Olarak Benimseyen Hukuk Düzenleri

Haksız fiiller için ika yerinin fiil yeri olarak kabul edilerek açık ve basit şekilde bağlama noktası olarak belirlenmesi örneği Letonya hukukunda görülebilir. Letonya Medeni Kanunu'nun 20. maddesinde yer alan bağlama kuralına göre, haksız fiillerden doğan sorumluluklar, haksız fiillerin gerçekleştiği yer hukukuna uygun olarak hükme bağlanmalıdır.³³ Avusturya³⁴ ve Belarus³⁵ milletlerarası özel hukuklarında da, eylemin gerçekleştiği yer (lex loci actus) haksız fiilin ika yeri

³² Nomer, Şanlı, s.339.

³³ Comparative Study, Final Report, s.80.

³⁴ Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.48, Comparative Study, National Reports, s.5.

³⁵ Belarus Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun m.1129. Gomez, s.296.

olarak kabul edilmektedir. Benzer düzenlemeler Yunanistan, İspanyol ve İsveç hukuklarında da yer almaktadır.³⁶

Roma II Tüzüğü hazırlanırken kişilik hakkının ihlaline uygulanacak hukukla ilgili hükme ilişkin tartışmalar sırasında fiil yeri hukukunun uygulanması görüşü medya lobisi tarafından savunulmuş ve Avrupa Parlamentosunun teklifinde de yer almıştır. Yayıncının faaliyet merkezinin bulunduğu yer hukukuna uygun olan bir içeriğin, yayının dağıtıldığı herhangi bir yerde hukuka aykırı olmasının yayıncıyı aşırı bir yük altına sokacağı ve iş merkezinin bulunduğu yerde geçerli asgari ifade özgürlüğü standardının korunması gerektiği gibi gerekçelerle bu görüş savunulmuştur. Sonuçta, yukarıda belirttiğimiz nedenleri içeren argümanlarla, fiil yeri hukukunun uygulanması reddedilmiştir.

b. Zararın Gerçekleştiği Yerin İka Yeri Olarak Kabul Edilmesi

(1) İka Yeri Olarak Zarar Yerinin Tercih Edilmesinin Nedeni

Yirminci yüzyılın ikinci yarısında sorumluluk hukukunun mağduru korumaya eğilim göstermesiyle, haksız fiilin ika yerinin zararın meydana geldiği yer olarak benimsenmesi ağırlık kazanmaya başlamıştır.³⁷ Zarar yerinin ika yeri olarak kabul edilmesi, zarar unsurunun haksız fiil ilişkisinin en önemli unsuru olup sonuç olmadan sadece eylemin bir şey ifade etmeyeceği, zarar yerinin ika yeri olarak kabulünün mağduru haklı çıkar ve beklentilerine uygun olduğu gibi gerekçelerle tercih edilmektedir.³⁸ Haksız fiil sonucu zarar görenin menfaati olumsuz etkilendiğinden, fiilin gerçekleştirildiği yer yerine zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanması gerektiği savunulmaktadır. Bu şekilde zarar verenin eylemi

³⁶ Yunan Medeni Kanunu, m.25; İspanyol Medeni Kanunu, m.10.9; İsveç'te akit dışı sorumluluğa uygulanacak hukuk konusu 12 Kasım 1965 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Hakkında Kanun ile düzenlenmediğinden, konu içtihat hukuku ile belirlenmiştir. Comparative Study, Final Report, s.80-82.

³⁷ Turhan, İka Yeri Kuralı, s.170.

³⁸ Tekinalp, Uyanık, s.354; Krvavac, s.117; Turhan, İka Yeri Kuralı, s.173.

sonucu taraflar arasında bozulan denge yeniden sağlanacaktır.³⁹ Ayrıca, zarar yeri kriterinin hukuki kesinliği artırması, en azından fiziksel zararlarda zarar yerinin kolayca belirlenebilmesi, gelişen teknoloji ve bilişim sektörü çerçevesinde bu yollarla işlenen haksız fiillerde fiil yerinin tespiti bazı hallerde mümkün değilken zarar yerinin belirgin olması, zarar yeri kriterinin tercih edilmesindeki diğer etkenlerdir.⁴⁰ Bunlara ilaveten, davalının meşru beklentilerinin genellikle karşılandığı, kendi ülkesinde zarar gören davacının, davalının yerleşik olduğu ya da fiili gerçekleştirdiği ülkede geçerli daha elverişli kurallardan yararlanmayı reddetmesi halinde durumdan şikayetçi olması için bir neden olmadığı gibi gerekçelerle de, söz konusu bağlama noktasının uygulanması savunulmaktadır.⁴¹

Uygulanacak hukukun belirlenmesinde zarar yeri bağlama noktasının kullanılmasının kabul edilmesi, koşulların mağdur lehine oluşturulması şeklinde değerlendirilse de, zarar yeri sadece mağdurun zarar maruz kaldığı herhangi bir yer olarak kabul edilmemekte, zarar yerinin tespitinde kullanılan ek kriterler aracılığıyla, aslında tarafların konuları dengelenmektedir. Öncelikle, zararın doğması için, mağdurun o yerde tanınması, yayınlanan içerik nedeniyle tanındığı yerdeki insanların mağdurla ilgili görüşlerinin olumsuz etkilenmiş olması gerekmektedir. Mağdur tanınmadığı, sosyal bağlantıları olmayan bir yerde zarar görmüş kabul edilemeyeceğinden, bu yer zarar yeri olarak tespit edilemeyecektir. İkinci olarak, zarar yerinin yayıncının içeriğin dağıtımını sağladığı bir yer olması gerekmektedir. Kişilik hakkını ihlal eden içeriğin zarar yerinde yayıncının iradesiyle dağıtılmış olması şart gerçekleşmediği halde de, içeriğin herhangi bir şekilde alınmış olmasını o yerin zarar yeri olarak tespit edilmesinde yeterli olmayacaktır.⁴² İlaveten, bazı bağlama kurallarında, açıkça bu yerde zararın gerçekleşebileceğinin yayıncı tarafından öngörülebilir olması da aranmaktadır. Zarar yeri hukukunun uygulanması, yayıncı bakımından fiil yeri hukukunun uygulanmasına nazaran daha az elverişli

³⁹ The Commission Working Paper, No:87, s.121.

⁴⁰ Öztekin Gelgel, s.98; Peter Stone: "The Rome II Regulation On Choice Of Law In Tort", **Ankara Law Review**, Vol.4, No.2, 2007, s.112.

⁴¹ Stone, s.112.

⁴² Nagy, Szabo, s.207; Thomas Thiede, Colm P. McGrath: "Mass Media, Personality Rights and European Conflict of Laws", 2011, s.14. (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=1964506>, 01.02.2014.

olabilecekse de, aranan ilave kriterlerle birlikte değerlendirildiğinde, aslında genel olarak, zarar yerinin yayın yeri ile eşitlendiği ve davacı ile davalının menfaatlerini dengelediği söylenebilecektir.⁴³

Uygulanacak hukukun tespitinde zarar yeri belirlenirken, daha önce de belirttiğimiz gibi,⁴⁴ önemli ve doğrudan zararın meydana geldiği yer dikkate alınacak, önemsiz ve dolaylı zararların meydana geldiği yerler uygulanacak hukukun belirlenmesinde rol oynamayacaktır.⁴⁵ Dolaylı zararlar hakkındaki talepler, doğrudan zarar yeri hukukuna tabi olacaktır. Diğer koşullarla birlikte değerlendirildiğinde, bir yerde yayınlanan bir içeriğin, başka yerde “söylenti” yoluyla öğrenilmiş olması halinde, söylentinin öğrenildiği yer dolaylı zarar yeri olarak belirlenmekte ve uygulanacak hukukun tespitinde etkili olmamaktadır.⁴⁶ Prensip bu şekilde olmakla birlikte, bağlama kuralında zarar yerinin hem doğrudan hem dolaylı zarar yerlerini kapsayacağı belirtilmişse, bu durumda zarar yerinin neresi olduğuna ilişkin yorum kuşkusuz değişecektir. Polonya hukukundaki düzenleme bu duruma örnek teşkil etmektedir. Polonya MÖH Kanunu m.16/2⁴⁷, kişilik hakkı ihlal edilen kişiye, uygulanacak hukuk konusunda, fiilin gerçekleştiği, zararın gerçekleştiği veya zararın etkilerinin meydana geldiği ülke hukukları arasında seçim yapma imkanı sunmaktadır. Hükmün bahsettiği bu imkan çerçevesinde, davacı dolaylı zararların gerçekleştiği yer hukukunu uygulanacak hukuk olarak seçebilecektir.

(2) Kitle İletişim Araçları İle Kişilik Hakkının İhlalinde Sorumluluğa Zarar Yeri Hukukunun Uygulanması

Kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlalinde zarar yeri, yazılı basında içeriğin dağıtım yerinde alınarak öğrenildiği yer, radyo ve televizyon yayınlarında yayının alındığı yer ve internet yayınlarında içeriğe erişildiği yerdir. Zarar yeri,

⁴³Thiede, McGrath , s.14.

⁴⁴ Bkz yuk. s.306.

⁴⁵ Nagy, s.286.

⁴⁶ Nagy, Szabo, s.207.

⁴⁷ http://pil.mateuszpilich.edh.pl/New_Polish_PIL.pdf

yayının alındığı “varış ülkesi”⁴⁸ olarak da ifade edilmektedir. Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa, yayıncı karşısında daha zayıf durumda olan mağdur aleyhine dengeyi bozan fiil yeri kriteri yerine, zarar yeri kriterinin kullanılarak uygulanacak hukukun tespiti daha geniş ölçüde kabul edilmektedir. Kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlalde zarar yeri hukukunun uygulanması, mağdurun önceden ve kendi müdahalesi olmadan oluşturulmuş koşullarla karşılaşmasını engelleyeceği, zayıf taraf lehine olan hukukun seçilmesiyle, kişilik hakkının ihlali ile bozulan dengenin yeniden kurulmuş olacağı gerekçeleriyle savunulmaktadır. Bu şekilde, yayıncının en azından mağdurun zarar görmesi muhtemel yerin hukukunun asgari gerekliliklerine uygun davranacağı ileri sürülmektedir.⁴⁹ Diğer yandan, kişilik hakkının kitle iletişim araçları ile ihlalde, devletlerin, çatışan temel haklar arasında denge kurma şekli farklı olduğundan, doğacak sorumluluğa zarar yeri hukuku uygulanarak, her devletin kendi sınırları içinde bu dengeyi kurması gerektiği de ileri sürülmektedir.⁵⁰

Roma II Tüzüğü hazırlanırken, kişilik hakkının ihlaline uygulanacak hukuk olarak zarar yerinin teklif edilmesi üzerine, medya lobisinin ileri sürdüğü itirazlar, zarar yerinin uygulanmasıyla ilgili bir kısmı haklı eleştirileri de ortaya koymuştur. Bu konudaki ilk eleştiri, zarar yeri hukukunun uygulanmasının yayıncıyı çatışma olasılığı bulunan farklı hukuklara tabi tutmasıdır. Zarar yeri hukukunun yayıncı için mutlaka fiil yeri hukukuna nazaran daha az elverişli olduğu kesin şekilde söylenemeyecekse de, iki hukukunun çatışma olasılığının yüksek olduğu söylenebilir. Yayıncının fiil yeri hukukuna göre hukuka uygun olan bir yayınının, zarar yeri hukukuna göre hukuka aykırı kabul edilerek sorumluluğa neden olması, yayıncının bir içerik hazırlarken zararın meydana gelebileceği hukuk düzenlerini dikkate alarak, hepsine uymaya çalışmasını ve özellikle kişilik hakkının korunmasıyla ilgili en yüksek standartlara sahip olan hukuk düzeninin standartlarına uygun davranmasını gerektirecektir. Bunun ağır bir yük oluşturacağı açıktır. Konuyla ilgili ikinci eleştiri, yayıncı zarar yerinin standartlarını karşılamayı kabul etse bile,

⁴⁸ Requejo, Country of Origin Versus Country of Destination.

⁴⁹ Requejo, Country of Origin Versus Country of Destination.

⁵⁰ Cuniberti, Boskovic on Rome II and Defamation.

mağdurun nerede korunmaya değer menfaati bulunduğu ve zararın meydana gelmesinin nerede beklenebileceği hakkında somut bilgiye sahip olmayabileceği ve bu nedenle ilgili hukuk düzenlerini belirleyecek durumda olmayabileceği ileri sürülmektedir.⁵¹ Teorik olarak mümkün olsa bile, yayından etkilenen bir kimsenin nerede korunmaya değer menfaati bulunduğu konusunda araştırma yürütmek zor ve külfetli bir iştir. Zarar yeri kriteri ile ilgili en önemli problem, internet yayınlarında erişim yerinin zarar yeri olarak kabul edilmesi nedeniyle internet bağlantısı sağlanabilecek her yerin zarar yeri olarak değerlendirilebilme riskidir. Yayıncı bakımından tahammül edilemez bu sonuç, hukuken de tolere edilmemiş ve aşağıda ilgili bölümde ele alınacağı gibi, birtakım kriterlerle zarar yeri olabilecek yerlerin kapsamı daraltılmıştır.

Zarar yeri kriterinin uygulanmasına yönelik eleştirilerin haklılık payı bulunmakla birlikte, belirtilen eleştiriler nedeniyle zarar yeri kriterinin uygulanmasından tamamen vazgeçmek çözüm olarak düşünülemez. Hukuk düzenlerinin, fiil yeri kriterine nazaran, mesafeli haksız fiiller bakımından, genellikle yayıncı ile mağdurun menfaatlerini dengeleyici birtakım ek kriterlerle zarar yeri kriterini kabul ettikleri görülmektedir.

(3) İka Yerini Zarar Yeri Olarak Benimseyen Hukuk Düzenleri

Bulgaristan hukukunda, kitle iletişim araçları ile gerçekleşmeyen kişilik hakkı ihlalleri bakımından uygulanan haksız fiillere ilişkin genel bağlama kuralında, haksız fiilden kaynaklanan yükümlülüklerin topraklarında zararın meydana geldiği devletin hukukuna tabi olacağı hükme bağlanmıştır.⁵² Kişilik hakkının ihlalinden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukla ilgili özel bağlama kuralına sahip olmayan Danimarka hukukunda da ika yeri zarar yeri olarak belirlenmiştir.⁵³ Özel bağlama

⁵¹ Nagy, Szabo, s.209.

⁵² 2005 tarihli Bulgaristan Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m.105. Comparative Study, National Reports, s.20. Kişilik hakkına dair özel bağlama kuralındaki düzenleme farklıdır.

⁵³ Comparative Study, National Reports, s.53.

kuralına sahip olmayan Fransız⁵⁴ hukukunda, fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği yer haksız fiilin ika yeri olarak kabul edilmektedir. Macar hukukunda yer alan, kişilik hakkının her türlü ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukla ilgili özel bağlama kuralında da ika yeri zarar yeri olarak belirlenmiştir.⁵⁵ Çek Cumhuriyeti hukukunda yer alan kişilik hakkının her türlü ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukla ilgili bağlama kuralında da ika yeri zarar yeri olarak belirlenmiş, ancak zarar yeri hukukunun uygulanması failin öngörme şartına bağlanmıştır.⁵⁶

Türk⁵⁷ ve İsviçre⁵⁸ hukuklarında, kitle iletişim araçları aracılığıyla gerçekleşmeyen kişilik hakkı ihlalleri bakımından uygulama alanı bulan, haksız fiillerle ilgili bağlama kurallarında, fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği (lex loci damni) yer haksız fiilin ika yeri olarak kabul edilmektedir. Türk hukukunda kural uyarınca fiil ve zarar yeri aynı olduğunda uygulanacak hukuk MÖHUK m.34/1 uyarınca fiil yeri hukuku olsa da, neticede haksız fiilin unsurları aynı yerde olduğundan, kuralın fiil veya zarar yeri hukukunun uygulanmasını emretmesi uygulanacak hukuk konusunda sonuca etki etmeyecektir.⁵⁹ Mesafeli haksız fiiller bakımından ise zarar yeri hukukunun uygulanması öngörülmüştür (MÖHUK m.34/2). Başka bir deyişle, haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerler farklı ülkelerde olduğunda, haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk topraklarında zararın meydana geldiği devletin hukukuna tabi olacaktır. Türk hukukundaki düzenlemeye kaynaklık eden İsviçre hukukunda da, mesafeli haksız fiillerde ika yeri zarar yeri olarak kabul edilmekle birlikte, zarar yeri hukukunun uygulanması, failin bu yerde zararın meydana gelebileceğini öngörmesi koşuluna bağlanmıştır. Türk hukukundaki

⁵⁴ Comparative Study, National Reports, s.53; Tekinalp, Uyanık, s.353.

⁵⁵ Comparative Study, National Reports, s.79.

⁵⁶ Symeonides, Codifying Choice of Law, s.63, dn.106.

⁵⁷ MÖHUK, m.34/2.

⁵⁸ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuka Dair Federal Kanun m.133/2.

⁵⁹ Kanunda iki ayrı fıkra ile ifade edilen bağlama kuralının kısaca tek cümle ile ifade edilerek, “haksız fiilden doğan borçlar zararın meydana geldiği yer hukukuna” tabidir şeklinde kaleme alınmasının daha doğru olabileceği yönünde bkz. Turhan, İka Yeri Kuralı, s.357.

düzenlemede, failin öngörme koşuluna yer verilmemesi, mağdur lehine duruş sergilendiği şeklinde yorumlanabilir.

Akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkında Roma II Tüzüğü'nün haksız fiillere ilişkin 4/1. maddesinde de, ika yerinin zarar yeri olarak yorumlandığı görülmektedir. Tüzüğün 4. maddesi uyarınca tarafların müşterek mutad meskeninin bulunmaması halinde doğrudan zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanacaktır. 4. maddenin açık ifadesi ile meydana gelen zarara neden olan olayın gerçekleştiği veya dolaylı zararların meydana geldiği ülke ya da ülkeler dikkate alınmaksızın, zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanması öngörülmüştür. Tüzükte ayrıca bedensel zararlarda zarara maruz kalınan yerin, mala yönelik zararlarda malvarlığının zarar gördüğü yerin zarar yeri olduğu belirtilmiştir (Resital m.17).

Görüldüğü üzere, zarar yeri bağlama noktası Roma II Tüzüğü çerçevesinde, üye devlet hukuklarından farklı, otonom bir tanıma sahiptir. Tüzük bakımından zarar yeri bağlama noktası “doğrudan zarar yeri” olarak kabul edilmektedir.⁶⁰ Genel kuralda doğrudan zarar yerinin bağlama noktası olarak kabul edilmesinin gerekçesi Tüzükte, doğrudan zarar yeri kriterinin sorumlu olduğu iddia edilen kişi ile zarara maruz kalan kişinin menfaatleri arasında adil bir denge kurması ve ayrıca hukuki sorumluluğa ilişkin modern yaklaşımlara ve kusursuz sorumluluk sistemindeki gelişmeleri yansıtması olarak izah edilmiştir (Resital m.16). Bu durumun sonucu olarak, haksız fiil teşkil eden olayların ve zararın birden fazla ülkede gerçekleşmesi halinde, fiilin gerçekleştiği yer ya da davacının ilk olarak maruz kaldığı zararın sonucu olarak ortaya çıkan, tazminat çeşitleri ve miktarını belirlemede de etkin olan daha sonraki kayıplarının gerçekleştiği ülkenin değil, davacının doğrudan veya ilk zarara maruz kaldığı ülkenin hukuku uygulanacaktır. Zarar yeri hukukunun hangi hukuk olduğunun belirlenmesiyle, hakimin doğrudan ve dolaylı zararların

⁶⁰ Gerhard Hohloch: “The Rome II Regulation: An Overview. Place of Injury, Habitual Residence, Closer Connection And Substantive Scope: The Basic Principles”, **Yearbook Of Private International Law**, Vol. 9, 2007, s.7.

gerçekleştiği çeşitli yerler arasında belirli kıstaslara göre değerlendirmeler yaparak uygulanacak hukuku tespit etmesi imkanı oluşturulmuştur.⁶¹

c. ABAD’ın Fiil Yeri ve Doğrudan Zarar Yeri Hakkındaki Yorumu

ABAD’ın Brüksel I Tüzüğü’nün haksız fiillerde milletlerarası yetkiye ilişkin hükmünün (m.7/3-eski m.5/3) uygulanmasıyla ilgili, Mines de Potasse⁶² davasında, zararlı olayın gerçekleştiği yer ifadesinin, aralarındaki sıkı nedensellik bağı nedeniyle, hem haksız fiil sorumluluğuna neden olabilecek olayın gerçekleştiği yeri hem de olaydan kaynaklanan zararın meydana geldiği yeri kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği yönündeki kararından sonra, m.7/3’ün (eski m.5/3) uygulanmasında kilit öneme sahip “zararlı olayın gerçekleştiği yer” ifadesinin yorumlanmasıyla ilgili sorunlar ortaya çıkmıştır. Mahkemenin, zarara neden olan fiil ile başlayıp zararlar sona eren ve nedensel olarak birbiriyle bağlantılı olayların tümünün haksız fiilden kaynaklanan zararlı sonuçları temsil ettiği yönündeki tespiti üzerine, sadece fiil ya da zarar ile sınırlanmayan “zararlı olay” ifadesinin yorumunda, nedensellik bağının nereye kadar takip edilmesi gerektiği ve nerede kesileceği konusu sorgulanmıştır.⁶³ Bu koşullarda ABAD, bazı kararları ile nedensellik bağının durması gerektiği yeri doğrudan zarar yeri olarak somutlaştırmıştır. ABAD’ın Brüksel I Tüzüğü’nün m.7/3 (eski m.5/3) çerçevesinde milletlerarası yetki bakımından doğrudan zarar ve doğrudan zararın sonucu olarak ortaya çıkan zarar arasında yaptığı ayırım, doğrudan zarar yerinin tespiti ve Roma II Tüzüğü m.4/1’in uygulanmasıyla ilgili⁶⁴ olduğundan, bu kararlara kısaca bir göz atmakta yarar vardır.

Bu konudaki ilk kararın verildiği Dumez v. Hessische Landesbank⁶⁵ davası, kişilik hakkı ile ilgili olmasa da, nedensellik zincirinin nasıl kesileceği hakkında rehberlik etmektedir. Söz konusu davada olay, Alman iştirakleri bulunan Fransız ana

⁶¹ Öztekin Gelgel, s.99-100; Stone, s.110-111.

⁶² Handelskwekerij G. J. Bier BV v. Mines de potasse d’Alsace SA, 1976 E.C.R. I-1735, para. 24.

⁶³ Nagy, Szabo, s.202.

⁶⁴ Stone, s.111.

⁶⁵ Case C-220/88 *Dumez France SA and Tracoba SARL v Hessische Landesbank and others*, [1990] ECR I-49.

şirketinin, alt yüklenicilerin kredi ödemelerini durdurmaları sonucu projenin durması ve kendi iştirakleri de dahil olmak üzere alt yüklenicilerin iflas etmiş olması gerekçesiyle, Fransa'daki bazı Alman bankalarına açtığı dava hakkındadır. Olaya göre nedensellik zincirinin unsurları, alt yüklenicilerin kredisinin askıya alınması, inşaat projesinin durdurulması, alt yüklenicilerin ve iştiraklerin iflası ve ana şirketin zarara maruz kalmasıdır. ABAD, Fransız ana şirketin iddialarının çok ileri gittiğini, zararlı olay kavramının hem haksız fiil yerini hem de zarara maruz kalınan yerin kapsamına rağmen, zarara maruz kalınan yerin, mağdura karşı haksız fiilin doğrudan etkilerinin gerçekleştiği yer ile sınırlı olduğuna hükmetmiştir.⁶⁶

Kişilik hakkının ihlalini de içeren *Marinari v. Lloyd's Bank*⁶⁷ davasında, ABAD benzer bir yaklaşımı sergilemiştir. Bay *Marinari*, *Lloyds Bank*'ın Manchester ofisinde adına düzenlenen poliçelerin tahsilini talep etmiş fakat poliçeleri şüpheli bulan banka, poliçeleri geri vermeyi reddederek, İngiliz polisine durumu bildirmiş ve sürecin sonunda Bay *Marinari* tutuklanmıştır. Sonradan serbest bırakılan Bay *Marinari*, öncelikle tutuklanması sonucunda maruz kaldığı kazanç kayıpları ile itibarının zedelenmesi nedeniyle oluşan zararlarının karşılanması ve poliçelerin bedelinin ödenmesi talepleri ile bankaya karşı İtalya'da dava açmıştır. Davalı İngiliz bankası yargı yetkisinin temelini oluşturan zararın İngiltere'de gerçekleşmiş olması nedeniyle İngiliz mahkemelerinin yetkili olduğunu, İtalyan mahkemesinin yargı yetkisi bulunmadığını ileri sürmüştür. ABAD, zararlı olay yeri ifadesinin hem fiilin hem zararın gerçekleştiği ülkeyi kapsamasının her iki yerin de konuyla aynı yakınlıkta olması durumunda söz konusu olacağını belirterek, zararlı olay yerinin fiilin olumsuz doğrudan ve dolaylı tüm sonuçlarının algılandığı her yeri kapsayacak şekilde yorumlanmasının aşırılık oluşturacağına hükmetmiştir. Mahkeme, davacının kendi ikametgahının bulunduğu yerde malvarlığına ve itibara sahip olmasının ve başka bir ülkede maruz kaldığı zararın burada da birtakım olumsuz sonuçlar doğurmasının normal olduğuna, ancak buradaki zararların dolaylı zararlar olarak

⁶⁶ Nagy, s.255-256; Nagy, Szabo, s.202, dn.53.

⁶⁷ Case C-364/93 *Antonio Marinari v Lloyds Bank plc and Zubaidi Trading Company*, [1995] ECR 2719.

kabul edilmesi nedeniyle yargı yetkisinin tesisinde dikkate alınmayacağına hükmetmiştir.⁶⁸

ABAD'ın bu kararı, konuya açıkça değinmemesine rağmen, 'söylenti' olgusunun Brüksel I Tüzüğü'nün 7/3 maddesinin (eski m.5/3) uygulanmasında bir önem taşımadığı şeklinde de yorumlanmaktadır.⁶⁹ Diğer yandan, Bay Marinari'nin genel olarak itibarının zedelendiğini ileri sürmek yerine, yaşananlar nedeniyle iş ortağının güvenini ya da eşinin kendisine olan inancını yitirmiş olması gibi spesifik zararlara maruz kalmış olduğunu ileri sürmüş olması halinde, mahkemenin yine de aynı sonuca varıp varmayacağına şüpheli olduğu ifade edilmektedir.⁷⁰

Roma II Tüzüğü'nün uygulanması, ika yeri kuralını fiilin işlendiği yer olarak yorumlayan AB ülkeleri bakımından yenilik anlamına gelmektedir. Tüzüğün hazırlık çalışmaları sırasında, kişilik hakkının ihlaline uygulanacak hukukla ilgili Komisyon'un teklifinde yer alan zarar yeri kriteri, haksız yere mağduru koruduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ayrıca, zararın birden fazla ülkede meydana gelmesi halinde zarar yerinin belirlenmesinin zor olduğu, birden fazla ülkenin zarar yeri olarak tespit edileceği, özellikle manevi zararların hangi ülkede oluştuğunun belirlenmesinde bu zorluğun söz konusu olacağı gerekçeleriyle de zarar yerinin ika yeri olarak kabul edilmesi eleştirilmektedir.⁷¹

Bu konuyu tamamlamadan önce, AB ülkeleri genelinde yapılan anket çalışmasının bulgularına değinmekte de fayda vardır. Kişilik hakkı konusunun m.1/2,g ile Roma II Tüzüğü'nden çıkarılmasının ardından, Tüzüğün 30. maddesi gereğince, kişilikle ilgili hakların ihlalinden kaynaklanan akit dışı sorumluluklara uygulanacak hukuk alanındaki durumla ilgili bir rapor sunma görevi çerçevesinde,

⁶⁸ Nagy, Szabo, s.202, dn.55; Nagy 256.

⁶⁹ Nagy, s.256.

⁷⁰ Nagy, s.256.

⁷¹ Öztekin Gelgel, s.143; Turhan, İka Yeri Kuralı, s.184.

Avrupa Komisyonu, MainStrat⁷² adlı danışmanlık şirketinden bu konuda üye devletlerdeki durum hakkında karşılaştırmalı bir çalışma yapmasını istemiştir. Bunun üzerine MainStrat, üye devletlerde yasal araştırmalara, avukatlar, hakimler, medya ve basın dernekleri ile diğer kamu görevlilerini de kapsayan, yargı alanından olan ve olmayan profesyoneller yanında ulusal ve Avrupa kurumlarından gelen geri bildirimlere dayanan bir çalışma hazırlamıştır.⁷³ Bu çalışma kapsamında, kişilikle ilgili hakların kitle iletişim araçları ile sınır ötesi ihlallerine ilişkin davalarda, uygulanacak hukuku belirleyecek genel bağlama kriterinin ne olması gerektiği konusunda yapılan anket sonuçlarına göre,%25.9 oranında davacının yerleşim yeri, %19.9 oranında doğrudan zararı yaratan içeriğin dağıtım yeri, %19.3 oranında davacının seçimine göre, yayıncının yerleşim yeri veya yayın yeri (doğrudan zarar yeri), %18.7 oranında yayıncının yerleşim yeri, %12 oranında zararın en önemli unsurlarının meydana çıktığı yer, %2,4 oranında lex fori ve %1.8 oranında diğer bağlama noktalarının uygulanması gerektiği savunulmuştur.⁷⁴

Elde edilen cevaplardan bağlanma noktalarından herhangi birinin açıkça diğerine tercih edilebilir olduğu sonucuna varmak mümkün olmasa da, genel bir değerlendirme yapmak mümkündür. %19.9 oranında doğrudan zararı yaratan içeriğin dağıtım yeri, %19.3 oranında, davacının seçimine göre uygulanacak olsa da, doğrudan zarar yeri ile eşitlenen yayın yeri ve %12 oranında zararın en önemli unsurlarının meydana çıktığı yer bağlama noktalarının desteklenmesi, katılımcıların görüşünün % 51,2 oranında zarar yeri hukukunun uygulanması yönünde olduğunu ortaya koymaktadır. Diğer yandan, bu orana, davacının yerleşim yeri hukukunun uygulanmasını sağlayan mutad mesken kriterinin aldığı %25.9 oranındaki destek de eklendiğinde, genel eğilimin mağduru koruma yönünde olduğu söylenebilecektir.

⁷² MainStrat, uluslararası projeler yöneten danışmanlık ve mühendislik şirkettir. Detaylı bilgi için bkz. <https://www.mainstrat.com/>

⁷³ Comparative Study on the Situation in the 27 Member States As Regards the Law Applicable To Non-contractual Obligations Arising Out Of Violations of Privacy and Rights Relating to Personality. JLS/2007/C4/028. (Çevrimiçi) ec.europa.eu/justice/civil/files/study_privacy_en.pdf, 03.04.2013. (Kıs: Comparative Study, Final Report)

⁷⁴ Comparative Study, Final Report, s.119.

2. Kuralın Kapsamlı Şekilde Düzenlenmesi

a. İka Yeri Kuralının Kapsamlı Şekilde Düzenlenmesi

İka yeri kuralı bazı hukuk düzenlerinde, yukarıda ele alındığı gibi, sadece fiilin gerçekleştirildiği yer ya da sadece zarar yerini kapsayacak şekilde yorumlanırken, bazılarında daha karmaşık şekilde, mağdurun ya da mahkemenin seçimine göre veya belirli şartların gerçekleşmiş olmasına bağlı olarak fiil ya da zarar yeri hukukunun uygulanacağı şekilde düzenlenebilmektedir. Mağdurun lehine olan, fiil ya da zarar yeri hukukunun uygulanması esasına dayanan bu sisteme, ika yeri kuralının ubiquity prensibine göre yorumlanması ya da “alternatif sistem” denilmektedir.⁷⁵ Alternatif sisteme göre düzenlenen bağlama kuralları, mesafeli haksız fiillerde hukuk seçiminde esneklik sağlayan alternatif kuralları kapsamaktadır. Bu kurallar mahkeme ya da davacıya haksız fiilin işlendiği ülke ve fiilin neticesinde zarara maruz kalınan ülke hukukları arasında seçim yapma hakkı vermektedirler. Bazı durumlarda mahkemeye kendi hukukunu uygulamak konusunda geniş imkan sağlaması ve genellikle davacı lehine sonuç yaratması nedeniyle bazı yazarlarca eleştirilmişse de, uygulanması baskın şekilde benimsenmiştir.⁷⁶

İka yeri kuralının hem fiil hem zarar yerini kapsayacak şekilde düzenlenmesi, kaynağını Alman hukukunda bulur. Kara Avrupasında 1900’lerde Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından mesafeli suçlarla ilgili geliştirilen ubiquity⁷⁷ prensibi ile ika yeri kuralı yorumlanmış ve suçun ika edildiği yerin hem fiilin işlendiği yeri hem de zararlı sonuca maruz kalınan yeri kapsadığı kabul edilmiştir.⁷⁸

⁷⁵ Turhan, İka Yeri Kuralı, s.184.

⁷⁶ Krvavac, s.117; Harry Duintjer Tebbens: **International Product Liability; A Study of Comparative and International Legal Aspects Of Product Liability**, Sijthoff & Noordhoff International Publishers, 1980, s.192.

⁷⁷ Ubiquity kelimesi aynı anda her yerde veya birçok yerde bulunma, mevcut olma anlamına gelir. <http://www.merriam-webster.com/dictionary/ubiquity>; Fikri mülkiyetin konusunu oluşturan gayrimaddi malların sınırsız olarak her yerde bulunma özelliğine sahip olmaları nedeniyle, ubiquity prensibi, diğer hukuk dallarına nazaran, fikri hukuk alanında çok önemli bir kavramdır. Detaylı bilgi için bkz. B. Bahadır Erdem, **Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk**, 2. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2002.

⁷⁸ Mahkemeye göre, “...herhangi bir haksız fiil ilişkisinde, hukuka aykırı fiilin her bir unsurunun ortaya çıktığı yer bu ilişkinin bir parçasıdır. Bu nedenle hem fiilin işlendiği yer, hem de zararın meydana geldiği yer ika yeri olarak kabul edilebilir...” Turhan, İka Yeri Kuralı, s.185’ten aynen alınmıştır. Karar için bkz. Turhan, İka Yeri Kuralı, s.185, dn.119’da anılan Bourel, (Thése), s.83 dn.

Daha sonra mesafeli haksız fiiller söz konusu olduğunda da kaynağı ceza hukuku olan kural haksız fiillerin ika yerinin tespitinde de uygulanmış ve zamanla bu uygulama pek çok ülkede de benimsenerek ika yeri kuralını biçimlendirmiştir.⁷⁹

Bu konuda, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın alternatif sistemi uyguladığı, çevre kirliliği ile ilgili *Handelskwekerij G. J. Bier BV v. Mines de Potasse d'Alsace SA*⁸⁰ kararından da bahsetmek gerekir.⁸¹ Dava esasen, AB üye devletlerinde milletlerarası yargı yetkisini düzenleyen Brüksel I Tüzüğü'nün haksız fiillerde yargı yetkisine ilişkin 7/3 maddesinin (eski m.5/3) yorumlanması bakımından önemli olmakla birlikte, ika yeri kuralına ilişkin yorumu da uygulanacak hukuk bakımından önemlidir. Dava konusu olay⁸², Alsace'daki (Fransa) madenin Ren nehrinin sularını kirleterek Hollanda'da zarara neden olduğu tipik bir mesafeli haksız fiile ilişkindir. ABAD kararında, Brüksel I Tüzüğü'nün haksız fiillerle ilgili özel yargı yetkisi kuralının uygulanmasının merkezi niteliğindeki "zararlı olay yeri" deyişinden ne anlaşılması gerektiğini yorumlamıştır.⁸³ Kararda, zararlı olayın gerçekleştiği yer deyişinin, davacının zararın gerçekleştiği yer veya zarara neden olan olayın gerçekleştiği yerde işlemleri başlatmak konusunda seçeneği olduğunu kabul etmek şeklinde anlaşılması gerektiğine hükmedilmiştir.⁸⁴

Mahkeme zararlı olay yerini yorumlarken, fiilin işlendiği yere odaklanmamış, haksız fiil sorumluluğuna neden olabilecek olayın gerçekleştiği yer ile olaydan

⁷⁹ Tebbens, s.194.

⁸⁰ Case 21/76, *Handelskwekerij G. J. Bier BV v. Mines de potasse d'Alsace SA*, 1976 E.C.R. I-1735

⁸¹ Mines de Potasse davası, zararın birden fazla yerde meydana gelmesi halinde kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalinde sorumluluğa uygulanacak hukukla ilgili belirleyici bir karar olan *Shevill* kararına da kaynak teşkil etmiştir.

⁸²Dava konusu olayda, Rotterdam yakınlarında büyük üretme çiftliği olan Hollandalı şirket Bier, faaliyetini yürütmek için bağımlı olduğu Ren nehrinin sularının Fransız şirketi Mines de Potasse tarafından nehre akan kanallara her yirmidört saatte bir on bir ton klorid boşaltılarak kirlenmesi üzerine, büyük masraflar yaparak kirliliğin azaltılması için tedbir almak zorunda kalmıştır. Zararının tazmini amacıyla Bier şirketinin Mines de Potasse'a karşı açtığı davada, haksız fiilin, hem nehrin Fransa'da klorid dökülerek kirlendiği yerde (fiil yeri) hem de nehir sularının kirlenmesi nedeniyle nehrin Hollanda kıyısında Bier şirketinin zarar gördüğü yerde (zarar yeri) meydana gelmiş kabul edilmesi gerektiği yönünde karar verilmiştir. Case 21/76, *Handelskwekerij G. J. Bier BV v. Mines de potasse d'Alsace SA*, 1976 E.C.R. I-1735

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=89372&doclang=EN>

⁸³ Nagy, s.4; Thiede, McGrath, s.4.

⁸⁴ *Handelskwekerij G. J. Bier BV v. Mines de potasse d'Alsace SA*, 1976 E.C.R. I-1735, para. 19.

kaynaklanan zararın meydana geldiği yerin aynı olmadığını belirterek, zararlı olayın gerçekleştiği yer ifadesinin, her ikisini de kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiğine hükmetmiştir.⁸⁵ ABAD'ın bu yorumu, Alman hukukunda kabul edilmiş ika yerinin ubiquity prensibine göre yorumlanmasıyla aynı sonucu vermektedir.

ABAD'ın bu kararıyla ilgili yapılan değerlendirmelerde, mahkemece, Brüksel I Tüzüğü'nün genel yargı yetkisine ilişkin düzenlemesi uyarınca kendi mutad meskeninde dava edilmeyi bekleyen failin çıkarlarına daha az değer verilmiş olup, mutad meskeninin bulunduğu yerde dava açabilme imkanına kavuşturulan davacının menfaatleri lehine tercihte bulunulduğu ileri sürülmüştür. Kararın milletlerarası yetkili mahkemenin belirlenmesinde hukuka aykırı fiilin mi yoksa ortaya çıkan zararın mı belirleyici olacağı konusundaki belirsizliği devam ettirerek, mağduru daha olumlu bir konuma yerleştirmeyi tercih ettiği belirtilmektedir.⁸⁶ Bu eleştiride, zararın meydana geldiği yerin mağdurun mutad meskeni ile eşit kabul edildiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar çoğu insan malvarlığını mutad meskeninin bulunduğu yerde tutma eğiliminde olduğundan ve hayat ilişkilerinin merkezi de burası olduğundan, mutad meskenin bulunduğu yer genellikle aynı zamanda zarar yeri olacaksa da, bu her olayda mutlaka böyle olacağı anlamına gelmez. Özellikle böyle bir örtüşme olmayan hallerde, zararlı olay yeri ya da zararın meydana geldiği yerlerden hangisinin kimin lehine olduğunu peşinen söylemek mümkün değildir. Kaldı ki, örtüşme olsa bile, mahkemenin kararının davacı lehine olmasından ziyade, davacı ve davalının menfaatlerini dengeleyici özellikte olduğunu söylemek bize daha doğru görünmektedir.

b. İka Yeri Kuralını Alternatif Sisteme Göre Yorumlayan Hukuk Düzenleri

İka yeri kuralını alternatif sistemi esas alarak yorumlayan hukuk düzenlerine bakıldığında, kuralın neredeyse her birinde farklı şekilde formüle edildiği görülmektedir. Farklılıklarına karşın alternatif sisteme göre oluşturulmuş kurallar

⁸⁵ Handelswekerij G. J. Bier BV v. Mines de potasse d'Alsace SA, 1976 E.C.R. I-1735, para. 24.

⁸⁶ Thiede, McGrath , s.5.

genellikle mağduru koruma eğilimine göre düzenlenmişlerdir. Bu kurallarda zarar yeri hukukunun mahkemenin takdiri, zarar görenin seçimi ya da talebi üzerine uygulanması imkanı tanınıp, davacıya belirli davalarda menfaatlerine daha elverişli hukukun uygulanmasını seçmek suretiyle uygun olmayan hukukun uygulanmasından kaçınma imkanı sağlanarak lehe durum oluşturulmuştur. Avrupa Birliği ülkeleri esas alınarak yapılan incelemede, kuralın aşağıdaki şekillerde formüle edildiği görülmüştür.⁸⁷

Bağlama kurallarında ika yeri olarak fiil veya zarar yeri hukukunun uygulanması konusunda ya mağdura seçme imkanı bahşedildiği ya da seçimin mahkemenin takdirine bırakıldığı görülmektedir. Alman, Belçika, Bulgaristan, Estonya, İtalya, Litvanya, Polonya ve Romanya hukuklarında mağdura seçim imkanı tanınmıştır. Alman, Estonya, İtalya, Litvanya ve Polonya hukuklarındaki düzenlemelerde, seçim hakkının kullanılması öngörme koşuluna bağlı değilken, Belçika, Bulgaristan ve Romanya hukuklarında mağdurun zarar yeri hukukunun uygulanmasını talep edebilmesi, failin o yerde zararın meydana gelebileceğini öngörebilmesi koşuluna bağlanmıştır.

Alman milletlerarası özel hukukunda zarar gören tarafa eylemin gerçekleştirildiği yer ile zarar yeri arasında seçim yapma imkanı tanınmıştır. Alman hukukuna göre, haksız fiilden kaynaklanan tazminat talepleri prensip olarak fiilin gerçekleştiği ülke hukukuna tabidir. Ancak, mağdur korunan hakkına yönelik ihlalin gerçekleştiği ülke hukukunun uygulanmasını talep edebilir. Zarar gören tarafından böyle bir talepte bulunulmaması halinde zarara neden olan eylemin gerçekleştirildiği yer hukuku uygulanacaktır.⁸⁸ Alman içtihat hukukuna göre, kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlali durumunda Alman hukukunda, uygulanacak hukuk, genellikle

⁸⁷ Bu bölümde yer alan açıklamalar kapsamında sözü edilen bağlama kuralları, kişilik hakkının ihlalinin doğan sorumluluğa uygulanacak hukuka ilişkin olanlarla sınırlı olup, genel bir incelemeyi kapsamamaktadır. Bu bölüm, kişilik hakkına özel bağlama kuralına sahip ülkelerin sadece bu özel kuralları ile diğerlerinin kişilik hakkının ihlali halinde uygulanacak hukuku belirleyecek haksız fiillerle ilgili bağlama kurallarının mukayeseli değerlendirilmesini kapsamaktadır.

⁸⁸ EGBGB m.40, Comparative Study, National Reports, s.68; Tekinalp, Uyanık, s.353; Nomer, Şanlı, s.338.

yayıncının merkez ofisine tekabül eden yayının ortaya çıktığı yer ya da çeşitli dağıtım yerlerinin hukuku olabilir. Zarara maruz kalınan yerin pek çok olayda mağdurun mutad meskeninin bulunduğu yer ile örtüşeceği de haklı olarak ifade edilmektedir.⁸⁹ Polonya hukukunda da Alman hukukuna paralel bir düzenleme yer almaktadır.⁹⁰ Özel bağlama kuralına sahip Litvanya hukukunda da mağdur öngörme şartı olmaksızın zarar yeri hukukunun uygulanmasını seçebilmektedir.⁹¹

İtalyan hukukunda da fiil ya da zarar yeri hukukunun uygulanması konusunda mağdura seçim hakkı tanınmakla birlikte, Alman hukukunun aksine, haksız fiil sorumluluğunun zararın meydana geldiği yer hukukuna tabi olduğu, ancak zarar görenin talebi üzerine zarara neden olan eylemin gerçekleştirildiği yer hukukunun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.⁹²

Estonya hukukunda mağdurun zarar yeri hukukunu seçebilmesi öngörme koşuluna bağlı olmasa da, fiil yeri hukuku yerine zarar yeri hukukunun uygulanabilmesi için, fiilin gerçekleştirildiği yerde fiilin etkilerinin hissedilmemesi aranmaktadır. Ancak bu durumda, zarar gören tarafın da talep etmesi şartıyla, zararın meydana geldiği ülkenin hukuku uygulanacaktır.⁹³ Fiilin işlendiği yerde etkilerinin hissedilmemesine rağmen, mağdur zarar yeri hukukunun uygulanmasını talep etmezse, uyuşmazlık fiil yeri hukukuna tabi olacaktır.

Zarar yeri hukukunun uygulanabilmesi için zarar verenin o yerde zararın meydana gelebileceğini öngörmesi şartının arandığı bağlama kurallarına sahip ülkelerden Belçika, Bulgaristan ve Romanya'da kişilik hakkına özel bağlama kuralları mevcuttur. Belçika⁹⁴ hukukunda mağdur fiil yeri veya zarar verenin

⁸⁹ Comparative Study, Final Report, s.83.

⁹⁰ Polonya MÖH Kanunu, m.16/2.

⁹¹ Litvanya Cumhuriyeti Medeni Kanunu m.1.45 uyarınca, zarar görenin yerleşim yeri hukuku, işyeri hukuku, ihlalin gerçekleştiği yer hukuku, zarar verenin yerleşim yeri veya işyeri hukuku zarar gören tarafından, uygulanacak hukuk olarak seçilebilmektedir.

⁹² Comparative Study, Final Report, s.82; Venezüella hukuku da İtalyan hukukuyla paralel bir düzenlemeye sahiptir. Gomez, s.300.

⁹³ Estonya Milletlerarası Özel Hukuku, m.50/1-50/2.

⁹⁴ Belçika MÖH Kanunu, m.99/2,1.

öngörme koşuluna bağlı olarak zararın gerçekleştiği ülke hukuku arasında seçim yapabilmektedir. Bulgaristan⁹⁵ ve Romanya⁹⁶ hukuklarında mağdur, fiil yeri ve failin mutad meskeni seçenekleri yanında, failin öngörmesi koşuluna bağlı olarak zararın gerçekleştiği ülke hukukunu veya kendi mutad mesken hukukunu seçebilmektedir.

Macaristan, Portekiz, Slovakya ve Slovenya hukuklarında, fiil ya da zarar yerinin uygulanması konusundaki seçim mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Özel bağlama kuralına sahip Macaristan hukukunda kişilik hakkı ihlallerinden doğan sorumluluğa zarar yeri hukukunun uygulanması kabul edilmiş olmakla birlikte, meydana gelen zararın tazmini bakımından daha elverişli olması halinde Macar hukukunun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.⁹⁷ Hükmün ifadesinden, elverişliliğe ilişkin değerlendirmenin mahkemece yapılarak, mağdurun talebiyle bağlı olmaksızın, mahkemece resen Macar hukukunun uygulanacağı anlaşılmaktadır.

Slovakya hukukunda, haksız fiilden doğan zararın tazminine ilişkin taleplerin fiilin gerçekleştiği yer ve zararın meydana geldiği yer hukukuna göre belirleneceği hüküm altına alınmıştır.⁹⁸ Mağdurun seçim hakkından bahsedilmediğinden, fiil ya da zarar yeri hukukunun uygulanmasının mahkemenin takdirine göre belirleneceği anlaşılmaktadır. Ancak, hangi durumda hangisinin uygulanacağı konusunda hükümde bir açıklık bulunmadığından, konunun daha ileri bir araştırma ile içtihat hukukundan yararlanılarak netleştirilmesi gerektiği belirtilmelidir.⁹⁹

Uygulanacak hukukun mahkemenin takdirine göre fiil ya da zarar yeri hukuku olarak belirlendiği Slovenya ve Portekiz hukuklarında, belirli şartların

⁹⁵ Bulgaristan MÖH Kanunu, m.108/1 uyarınca uyuşmazlığa zarar görenin seçimine göre, zarar veren kişinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku, eyleminin gerçekleştiği ülke hukuku ya da zarar verenin öngörme koşuluna bağlı olarak zarar görenin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku veya zararın gerçekleştiği ülke hukuku uygulanır.

⁹⁶ Romanya MÖH Kanunu m.112 uyarınca uyuşmazlığa zarar görenin seçimine göre, zarar veren kişinin ikametgahı veya yerleşim yeri veya kayıtlı ofisinin bulunduğu ülke hukuku ya da zarar verenin öngörme koşuluna bağlı olarak zarar görenin ikametgahı veya yerleşim yerinin bulunduğu ülke hukuku, zararın ortaya çıktığı ülke hukuku uygulanır.

⁹⁷ Macaristan MÖH KHK m.10/2.

⁹⁸ Slovak MÖHUK m.15.

⁹⁹ Comparative Study, Final Report, s.83-84.

mevcut olması kaydıyla fiil yeri hukuku yerine zarar yeri hukukunun uygulanması kabul edilmektedir.

Akit dışı sorumluluklara fiilin gerçekleştirildiği yer hukukunun uygulanacağını kabul eden Slovenya hukukunda, zarar yeri hukukunun uygulanması için iki koşulun bir arada bulunması aranmaktadır.¹⁰⁰ İlk olarak zarar yeri hukukunun uygulanabilmesi, mağdur için daha elverişli olmasına bağlıdır. Bu değerlendirmeyi mahkemenin yapacağı anlaşılmaktadır. Zarar yeri hukukunun elverişliliğinin tespiti halinde, ikinci aşamada failin öngörme koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılacaktır. Zarar verenin fiilinin sonuçlarının o yerde hissedileceğini öngörebilecek durumda olduğunun tespiti halinde, uyuşmazlık zarar yeri hukukuna göre çözümlenecektir.¹⁰¹

Son olarak, Portekiz hukukunda da akit dışı sorumluluğa uygulanacak hukuk hakkındaki kural uyarınca, sorumluluğa fiilin gerçekleştiği yer hukukunun uygulanması öngörülmüştür. Ancak, fiilin işlendiği ülke hukukuna göre sorumlu olmadığı hallerde, zararın meydana geldiği ülke hukuku zarar verene sorumluluk yüklerse, zarar verenin fiilinin sonucunun o ülkede zarara neden olacağını öngörebilecek durumda olması şartıyla, zarar yeri hukuku uygulanır.¹⁰²

B.Fiilin Gerçekleştirildiği Yer veya Zararın Meydana Geldiği Yerin

Birden Fazla Olması Durumunda İka Yerinin Belirlenmesi

1. Birden Fazla Fiil Yeri Ya Da Zarar Yeri Bulunması Halinde

İka Yerinin Belirlenmesi

Bazı hallerde fiilin gerçekleştirildiği yer ile zararın ortaya çıktığı yerlerin birden fazla olması mümkündür. Aynı anda hem birden fazla fiil yeri hem birden fazla zarar yeri mevcut olabileceği gibi, tek bir fiil sonucu birden fazla yerde zararın meydana gelmesi veya birden fazla fiil sonucu tek bir yerde zararın meydana

¹⁰⁰ Slovenya MÖHUK, m.30/1.

¹⁰¹ Comparative Study, Final Report, s.87; Comparative Study, National Reports, s.132.

¹⁰² Portekiz Medeni Kanunu, m. 45/1-2. Comparative Study, Final Report, s.88;

gelebilmesi mümkündür. Bu durumlarda hangi hukukun uyuşmazlığın çözümünde yetkili olacağı problem yaratmaktadır. Bulunacak çözüm, fiil veya zarar yerinin ika yeri olarak kabul edilmiş olmasına göre değişecektir.

Birden fazla ülkede işlenen fiil sonucu tek bir ülkede zararın meydana gelmesi durumunda, fiil yerinin ika yeri olarak kabul edilmesi halinde, fiilin işlendiği yerlerden birinin ika yeri olarak belirleneceği ifade edilmektedir. Mesafeli haksız fiiller bakımından, fiilin işlendiği yeri ika yeri olarak kabul eden hukuk düzenlerinin sayısı az olduğundan, bu duruma örnek teşkil edecek mahkeme kararına rastlamanın güç olduğu belirtilmektedir.¹⁰³ Zararın meydana geldiği yerin ika yeri olarak kabul edilmesi halinde, birden fazla fiille tek bir yerde zarar meydana geldiğinde, mesele basittir. Prensip uygulanarak zarar yeri esas alınacak, fiillerin birden fazla olmasının bir etkisi olmayacaktır. Kitle iletişim araçlarıyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerinde, özellikle mağdurun mutad meskeninin bulunduğu yer ile zarar yerinin kesişmesi halinde bu durum söz konusu olmaktadır. Dale Sys., Inc. v. Time Inc. davasına konu olan olayda, Connecticut'da ikamet etmekte olan davacının, Illinois, Pennsylvania ve California'da yayınlanan ve New Hampshire'de tekrar yayınlanan bir makale nedeniyle zarara maruz kaldığını ileri sürerek Connecticut'da açtığı davada, mahkeme çeşitli alternatifleri değerlendirerek, zararın meydana geldiği yer olarak mağdurun mutad mesken hukukunu uygulamıştır.¹⁰⁴

Bir ya da birden fazla ülkede işlenen fiil sonucu birden fazla ülkede zararın meydana gelmesi durumunda, fiil yerinin ika yeri olarak kabul edilmesi halinde, yukarıdaki açıklamalara uygun olarak, fiil yeri hukuku veya bu yerlerin birden fazla olması halinde bunlardan birinin hukuku uygulanacaktır. Zararın meydana geldiği yerin ika yeri olarak kabul edilmesi durumunda mesele karmaşıklaşmaktadır. Tek bir fiil sonucu birden fazla yerde zarar meydana gelmesi halinde, zararın meydana geldiği yerlerden birinin ika yeri olarak kabul edilebileceği savunulmaktadır.¹⁰⁵ Eski

¹⁰³ Turhan, İka Yeri Kuralı, s.196.

¹⁰⁴ Turhan, İka Yeri Kuralı, s.197, dn.156'da anılan Dale Sys., Inc. v. Time, Inc., 116 F. Supp. 527 (D.C. Conn. 1953).

¹⁰⁵ Turhan, İka Yeri Kuralı, s. 199.

bir mahkumun işlediği suçun bir televizyon programında konu edilerek, mahkumun tekrar toplumun dikkatini çeker hale gelmesiyle manevi zarara maruz kaldığı iddiasıyla açtığı Bernstein v. National Broadcasting Corp. davasında, Virginia’da ikamet eden ancak Washington’da çalışan mahkumun her iki yerde de psikolojik reaksiyona maruz kaldığı gerekçesiyle, mahkeme iki yerden birinin ika yeri olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir.¹⁰⁶ Günümüzde, taraflara hukuk seçimi imkanı tanınması, mahkemeye veya davacıya seçim imkanı tanınarak bu hukuklardan birinin uygulanması veya en sıkı ilişki kriterine göre bir hukukun belirlenmesi ya her bir zarar yeri hukukunun sadece orada gerçekleşen zararlara uygulanması¹⁰⁷ gibi seçenekler değerlendirilmektedir.

Birden çok fiil yeri ile birden çok zarar yerinin mevcut olması halinde, hukuka aykırı her bir fiil ile bu fiillerin doğrudan sonucu olarak meydana gelen zararın belirlenebildiği hallerde, her bir zarar için, zararın meydana geldiği yer hukukunun uygulanması savunulmaktadır. Her bir fiilin doğrudan sonucu olarak meydana gelen zararın belirlenemediği hallerde, her bir fiil hakkında fiil yeri hukukunun veya eğer varsa daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabileceği savunulmaktadır.¹⁰⁸

2. Kitle İletişim Araçları ile Gerçekleşen Kişilik Hakkı İhlalleri Bakımından Konunun Değerlendirilmesi

Kitle iletişim araçları ile kişilik hakkı ihlalleri çoğu zaman haksız eylemin ve/veya zararın birden fazla yerde olduğu karmaşık bir yapıya sahip olmakla birlikte, genellikle karşılaşılabilecek problem, tek bir yayının ile birden fazla yerde zararın meydana gelmesi durumudur. Davaya, birçok hukuk düzeninde davacıya verilmiş seçim imkanı da göz önünde bulundurularak, fiil yeri hukukunun uygulanması durumunda bir sorun yoktur. Fiil yerinin belirlenmesi zarar yerinin belirlenmesine göre çoğu zaman daha kolaydır ve fiil yeri hukuku, yayıncının kendisine

¹⁰⁶ Bkz. Turhan, İka Yeri Kuralı, s. 199, dn. 164’te ’de anılan Bernstein v. National Broadcasting Corp. (1955)

¹⁰⁷ Tekinalp, Uyanık, s.355.

¹⁰⁸ Tekinalp, Uyanık, s.355; Turhan, İka Yeri Kuralı, s.200.

yöneltilebilecek hukuki taleplerin tabi olmasını beklediği hukuktur. Esas sıkıntı ve karmaşa, birden fazla zararın meydana geldiği hallerde, zarar yeri hukukunun nasıl belirleneceği ve ne şekilde uygulanacağıdır. Çatışan temel hakların farklı şekilde dengelenmesi nedeniyle farklı ve çatışan hükümler içeren hukuk düzenlerden sadece birinin zarar yeri hukuku olarak tüm zararlarla ilgili uygulanması adil ve mümkün değildir. Günümüzde, birden fazla ülkede meydana gelen zararlar bakımından, mozaik prensibi uyarınca ilgili ülke hukuklarının dağıtılmış şekilde uygulanması kabul edilmektedir. Mozaik prensibine göre, söz konusu ülkelerin konuyla ilgili hükümleri, sadece kendi topraklarında meydana gelen zararlar bakımından ayrı ayrı uygulanmaktadır.

Zararın birden fazla ülkede gerçekleştiği olaylarda, tüm zararlarla ilgili tek bir zarar yeri hukukunu hakim kılmak sıkıntılı olabileceği gibi, mozaik prensibine göre uygulanacak birden fazla ülke hukukunun konuya ilişkin maddi hukuk hükümlerinin birbiriyle çatışması halinde de bazı sorunlar ortaya çıkabilecektir. Ünlü LICRA v. Yahoo! davası, konuya tamamen farklı şekilde yaklaşan maddi hukuklara sahip ülkelerin hukuklarının çatışmasına mükemmel bir örnek teşkil etmektedir.¹⁰⁹

Kişilik hakkını ihlal eden içeriğe sahip bir gazetenin birden fazla ülkede satılması, bir televizyon programının birden fazla ülkede izlenmesi ya da internet yayınına neredeyse tüm dünyada erişilebilmesiyle birden fazla ülkede zararın meydana gelmesi, gazetenin satıldığı, televizyon programının izlendiği ya da internet yayınının okunduğu yerlerde ayrı bir yayının gerçekleştiğinin kabul edilmesinden, başka bir deyişle çoklu yayın kuralının benimsenmesinden kaynaklanmaktadır. Uygulanacak hukukun tespitinde, ubiquity prensibi uyarınca fiil ya da zarar yerinin ika yeri olarak kabul edilmesi veya mozaik prensibi uyarınca zararın meydana geldiği ülkelerin hukuklarının dağıtılmış şekilde uygulanmasının özü, hakaret nitelikli yeni bir yayın ya da yayının tekrarı ne zaman ve nerede gerçekleşirse gerçekleşsin, her yayının ayrı bir dava sebebi oluşturduğunu kabul eden çoklu yayın

¹⁰⁹ Davayla ilgili daha geniş bilgi için bkz. 480 vd.

kuralıdır.¹¹⁰ Dolayısıyla, konunun açıklanması, öncelikle kitle iletişim araçlarının neden olduğu zararın birden fazla yerde gerçekleşmesinden kaynaklanan çoklu yayın sorununa biraz daha yakından bakılmasını gerektirmektedir. Aşağıda ilk olarak çoklu yayın sorununu ortaya çıkaran çoklu yayın kuralı ve sorunun ortadan kaldırılmasına çözüm olarak gösterilen tek yayın kuralından bahsedilecektir. Sonra, çoklu yayınlarla ilgili getirdiği çözüm hala uygulanmakta olan Shevill kararından ve internet yayınları bakımında Shevill kararında oluşturulan kriterlere ek kriterler getiren eDate Martinez kararından bahsedilecektir.

a. Birden Fazla Fiil ve Zarar Yerine Sahip Haksız Fiillerin Lokalize Edilme Sorunu

Kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlalinde uygulanacak hukukun *lex loci delicti* kriterine göre belirlenmesi, genellikle birden fazla fiil ve zarar yerine sahip haksız fiillerin nasıl lokalize edileceği konusunda zorluk yaratır. Bir haksız fiilin, fiil ve zarar unsurlarının farklı ülkelerde gerçekleşmesi, yani fiilin işlendiği yer ile zarar yerinin farklı olması halinde uygulanacak hukukun tespitiyle ilgili belirsizlik ve öngörülemezliğin engellenmesi için, açık ve net kurallara ihtiyaç vardır. Örneğin, Roma II Tüzüğü, tarafların müşterek mutad meskenleri ve daha sıkı ilişkili hukuk istisnalarıyla birlikte, akit dışı borç ilişkisine zarar yeri hukukunun (*lex loci damni*) uygulanacağını düzenlemektedir (m.4). Belirtilen düzenlemenin, fiil yerinin birden fazla olup, zararın tek bir yerde meydana geldiği haksız fiiller bakımından çok uygun olduğu söylenebilir. Ancak, maddede, fiil yerinin tek olup birden fazla yerde zarara neden olan haksız fiillerin nasıl ele alınacağı konusu açık değildir.¹¹¹

Kitle iletişim araçlarından herhangi biri ile gerçekleştirilen bir yayın sonucu, kişilik hakkının birden fazla ülkede zarara maruz kalması halinde, zararın meydana geldiği ülke hukuklarının uyuşmazlığın çözümünde söz sahibi olup olamayacağı sorunu, bir hukuk düzeninin tek yayın kuralı veya çoklu yayın kuralını benimsemiş

¹¹⁰ Oster, *Media Law*, s.137.

¹¹¹ Alex Mills: "The Application of Multiple Laws under the Rome II Regulation", *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Edited by William Binchy and John Ahern, **Brill**, 2009, S.134. (Kıs: *The Application of Multiple Laws*)

olmasına göre farklı şekilde çözümlenmektedir. Fiil yerinde odaklanan tek yayın kuralı uyarınca, zararın gerçekleştiği yerlere bakılmaksızın yayının ilk kez gerçekleştiği yer hukuku uyuşmazlığın çözümünde tek söz sahibidir. Bunun aksine zarar yerine odaklanan çoklu yayın kuralı uyarınca, zararın gerçekleştiği her yerin hukuku, uyuşmazlığın çözümünde söz sahibidir.¹¹²

Yayıncılık alanında teknolojik imkanların gelişmesinden önce çoklu yayın kuralı uygulanırken, 19. yüzyılın sonlarında gazeteciliğin altın çağını yaşamasının ardından, modern kitle iletişim teknolojisinin ortaya çıkması ve iddialı yayıncıların daha fazla okura daha önce hiç olmadığı kadar çok haber ulaştırmasıyla, kişilik hakkının ihlaline ilişkin davaların sayısında önemli artış meydana gelmiştir. Davacıların, yayının dolaşımında olduğu her yerde olduğu gibi arşivlerin ortaya çıkarılmasıyla da dava açma imkanına sahip olabildikleri görüldüğünde, çoklu yayın kuralının sıkıntılarıyla yüzleşilmiştir. Kişilik hakkının ihlal edildiğini iddia eden bir kimseye, yargı yetkisine sahip her devlette tekrar tekrar dava açma imkanı sağlayan çoklu yayın kuralı, basın için çok ciddi bir tehdit anlamına gelmekteydi.¹¹³

Çoklu yayın kuralının sakıncalarını bertaraf etmeyi amaçlayan tek yayın kuralı, kişilik hakkı ve ifade özgürlüğü hakkının dengelenmesinde, ağırlığı ifade özgürlüğü hakkına veren ABD’de ortaya çıkmıştır. Tek yayın kuralı ABD’de, ilk olarak, kişilik hakkını ihlal eden bir yayın nedeniyle çok sayıda davanın açılmasını önlemek amacıyla milletlerarası yetkiye ilişkin bir kural olarak ortaya çıkmışsa da, sıklıkla hukuk seçimi kuralı olarak işlev görecektir şekilde de yorumlanmıştır.¹¹⁴ Tek yayın kuralının karşısında benimsenen çoklu yayın kuralının da hem milletlerarası yetki alanında hem de uygulanacak hukukun tespitinde fonksiyonu olduğu görülmektedir.

¹¹² Mills, The Application of Multiple Laws, s.135.

¹¹³ Itai Maytal: “Libel Lessons from Across the Pond: What British Courts Can Learn from the United States' Chilling Experience with the 'Multiple Publication Rule' in Traditional Media and the Internet”, **Journal of International Media and Entertainment Law**, Vol.3, No.1, 2010, p.121.. (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=1655046> veya www.swlaw.edu/pdfs/jimel/3_1_maytal.pdf, 26.01.2016.

¹¹⁴ Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.22, dn.69.

Tek yayın kuralı, çoklu yayın kuralının sakıncalarının ortaya çıkmasından sonraki dönemde kabul edilmiş olduğundan, aşağıda ilk önce çoklu yayın kuralı incelenecek, sonra tek yayın kuralı ele alınacaktır.

(1) Çoklu Yayın Kuralı

Çoklu yayın kuralının özü, yayımlanmış bir gazete, dergi veya kitap gibi hakaret içeren materyalin her satışı veya dağıtımının, ayrı bir sorumluluk temeli oluşturmasıdır. Bu kural uyarınca, bir gazete her satıldığında, bir websitesi içeriğine her erişildiğinde, ayrı bir zamanaşımı süresine tabi, ayrı bir yayım gerçekleşmektedir. Kuralın hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın uygulanması, kişilik hakkını ihlal eden içeriğin satıldığı veya ulaşılabilir olduğu tüm yargı çevrelerinde çok sayıda dava açılmasına imkan vermektedir.¹¹⁵ Özellikle internet yayıncılığı göz önünde bulundurulduğunda, hiçbir ek kriter uygulanmadan çoklu yayın kuralının uygulanmasının, tahammül edilemez sonuçlar doğuracağı açıktır. Kuralın ilk doğduğu yer olması itibarı ile çoklu yayın kuralının uygulamadaki sonuçlarını İngiltere örneği üzerinden izah etmekte fayda vardır.

Çoklu yayın kuralı, Paris'te yaşayan bir Alman Dük'ünün, İngiltere'de yerel bir yayınevine karşı açtığı 1849 tarihli bir davadan kaynaklanmaktadır.¹¹⁶ Dük, İngiltere'de on yedi yıl öncesinde maruz kaldığı ve hala gündemde olan bir hakarete karşı dava açmak için, uşağı aracılığıyla orijinal gazetenin bir kopyasını yayımcıdan almış ve ardından dava açmıştır. Yayımcı, Dük'ün davasıyla ilgili, o zaman geçerli olan, altı yıllık zamanaşımı süresinin sona erdiğini ileri sürdüğünde, Dük yayımcının uşağına gazeteyi satmasıyla yeni bir dava sebebi ortaya çıktığını ve zararının giderilmesine izin verilmesi gerektiğini savunmuştur. Şaşırtıcı derecede kısa süren bir tartışmanın ardından, mahkeme Dük'ün uşağı tarafından gazetenin satın alınmasının kendi başına dava edilebilir ayrı bir yayım oluşturduğuna

¹¹⁵ Bir kitle iletişim aracı ile hakaret edilen davacı, çoklu yayın kuralı uyarınca, teorik olarak, aynı yayım için çok sayıda yargı çevresinde yüzlerce dava açma imkanına sahip olacaktır. Uygulamada, bu büyüklükte bir hakaret davası zincirinin hiç gerçekleşmediği bildirilmektedir. İlk benimsendiği zamanlarda, neden olacağı olumsuzluklar başlangıçta yeterince açık olmadığından, İngiltere'de doğan kural birçok ABD mahkemesinde de uygulanmıştır. Maytal, s.126.

¹¹⁶Duke of Brunswick v Harmer [1849] 14 QB 185.

hükmetmiştir.¹¹⁷ Böylece Brunswick Dükü kuralı olarak da bilinen çoklu yayım kuralı ortaya çıkmıştır.

Çoklu yayım kuralı ilk ortaya çıkışından 150 sene sonra, İngiltere’de 1999’da başlayan bir dizi hakaret davasında internet yayıncılığına da uygulanmıştır. Bu davaların ilki olan 2001 tarihli Godfrey v. Demon¹¹⁸ davasında, çoklu yayım kuralının çevrimdışı dünyada olduğu gibi çevrimiçi dünyada da uygulanacağı teyit edilmiştir.¹¹⁹ Davanın görüldüğü tarihte, hakaret nitelikli materyallerle ilgili dava açmak için, yayım tarihinden itibaren oniki aylık bir zamanaşımı süresi öngörülmüş olmasına karşın, kararlar birlikte, çoklu yayım kuralının bu sınırlamayı ortadan kaldıracıcağı yeniden ortaya konulmuştur.¹²⁰

2000 yılındaki, Berezovsky v. Michaels¹²¹ davası çoklu yayım kuralının, İngiltere’nin yargı yetkisine ilişkin tartışmanın sonucunu belirleyici özelliği nedeniyle önemli bir örnektir. Amerikan Forbes dergisi iki Rus işadamlarının, Berezovsky ve Glouchkov, suçlu olarak lanse edildiği bir makale yayınlamıştır. Derginin yaklaşık 785.000 nüshası Amerika ve Kanada’da, 1900 nüshası İngiltere ve Galler’de ve 13 nüshası Rusya’da satılmıştır. Açılan davada davalı, satışın ağırlıklı şekilde Amerika’da gerçekleşmiş olması nedeniyle davanın görülmesi için uygun forumun Amerika olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme, satışın büyük çoğunluğu Amerika’da gerçekleşmiş olmasına karşın, her yayımın ayrı bir haksız fiil olduğunu kabul eden çoklu yayım kuralı uyarınca, derginin İngiltere’deki satışının ayrı bir dava

¹¹⁷ Maytal, s.125; Ursula Connolly: “Multiple Publication and Online Defamation: Recent Reforms in Ireland and the United Kingdom”, **Masaryk University Journal of Law and Technology**, Vol.6, No:1, 2012, p.36. (Çevrimiçi) <https://journals.muni.cz/mujlt/issue/view/258>, 30.09.2016.

¹¹⁸ Godfrey v. Demon Internet Ltd., [2001] Q.B. 201.

¹¹⁹ Hakaret nitelikli materyali kendi sunucu arşivinde yayınlayan internet servis sağlayıcısının sorumlu olduğu kabul edilen davada, İngiliz mahkemesi, davalının müşterilerinden herhangi birinin ‘soc.culture.thai’ websitesine her erişiminde davacıya yönelik hakaret içeren yayımı gördüğünü ve bu erişimin o müşteriye yönelik yayım teşkil ettiği yönünde karar vermiştir. Maytal,S.134; Warsaw, s.287.

¹²⁰ Maytal, s.134.

¹²¹ Berezovsky v. Michaels , [2000] 2 All ER 986.

sebebi oluşturan ayrı bir yayın olduğunu belirterek davalının iddialarını reddetmiştir.¹²²

2002 tarihli Loutchansky v. Times¹²³ davası, çoklu yayın kuralının tüm yönleriyle yeniden incelenmesi ve İngiltere’de sağlam şekilde yerleşmiş olduğunu göstermesi bakımından önemlidir. Davada, çoklu yayın kuralının medya için bir sorun oluşturup oluşturmadığı ve zamanaşımı kanununun amaçlarını tehlikeye atıp atmadığını değerlendirilmiştir. 1999 yılının Eylül ve Ekim aylarında The Times dergisinin çevrimiçi sürümünde yayınlanmış iki makalede, bir Rus işadamından mafya lideri olarak bahsedilerek, işadamının örgütlü suçlarla ilişkisi olduğu ileri sürülmüştür. Davacı derginin internet yayınına karşı süresi içinde açtığı davadan bir yıl sonra makalelerin arşiv sürümleriyle ilgili ikinci bir dava açıldığında, İngiliz Yüksek Mahkemesi İngiliz hakaret hukukunun yerleşik bir prensibi olarak uygulanan çoklu yayın kuralı uyarınca açılan davada, zamanaşımı kanununun engel teşkil etmediğine hükmetmiştir.¹²⁴ Mahkemenin bu kararı, herhangi bir kullanıcının, söz konusu makalelerden herhangi birine The Times’ın çevrimiçi arşivinden her erişimiyle yeni bir yayının gerçekleşmiş kabul edileceği ve bunun yeni bir dava sebebi olarak kabul edileceği anlamına gelmekteydi.¹²⁵

Bu karara ulaşırken, mahkemenin belirtmiş olduğu iki gerekçe önemlidir. Birincisi, mahkeme, bir olayın veya gelişmenin hemen sonrasında çıkan haberlerin aksine, arşiv materyalinin bayat haber niteliğinde olduğunu ve bu tür haberlerin yayınlanmasının yayıncıya koruma sağlayacak derecede önemli olmadığını kabul ederek çoklu yayın kuralının ifade özgürlüğü üzerinde oransız bir sınırlama getirdiği argümanını reddetmiştir. İkinci olarak, mahkeme, sorumlu gazeteciliğin, bir hakaret iddiasının bildiri üzerine haber kuruluşlarının iddiaya konu arşivlenmiş makaleyi değiştirmesini veya işaretlemesini gerektirdiği sonucuna varmıştır.

¹²² Maytal, s.135; Warshaw, s.235.

¹²³ Loutchansky v. Times Newspaper Ltd. , [2002] EMLR 14.

¹²⁴ Connolly, s.39; Maytal, s.134.

¹²⁵ İngiliz mahkemesi, tek yayın kuralını benimsemenin mahkemeler tarafından değil, İngiliz parlamentosu tarafından kararlaştırılması gereken bir politik bir değişim olduğunu belirterek, tek yayın kuralına geçmeyi reddetmiştir. Maytal, s.135.

İngiliz mahkemesi, Amerikan mahkemelerinin aksine, çoklu yayın kuralının uygulanmasıyla, davacıların aynı makaleye dayanmak suretiyle farklı yargı çevrelerinde gereksiz yere çok sayıda dava açarak davalıları ölçsüz şekilde taciz edebileceğine değinmemiştir. Çevrimiçi arşivler aracılığıyla internetin büyüttüğü bu sorunun, yayıncıların bu tür servisleri sunma isteğinde caydırıcı etki yaratmasını İngiliz mahkemesi önemli bulmamış, aksine yayıncıların zararlarının büyük olasılıkla önemsiz miktarlarda kalacağı belirtilerek, uzun yıllar önce orijinali yayınlanmış bir makaleye karşı hakaret davasında savunma yapmanın aşırı yük oluşturmayacağı sonucuna varılmıştır.¹²⁶

Loutchansky kararının ardından The Times, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) başvurarak Birleşik Krallık mahkemelerinin, çevrimiçi arşivlere tek yayın kuralını uygulamayarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi uyarınca ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini iddia etmiş ve ayrıca çevrimiçi arşivlerin önemini mahkemece vurgulanmasını talep etmiştir. AİHM kararında çevrimiçi arşivlerin önemi konusunda The Times ile aynı fikirde olduğunu belirtmekle birlikte, güncel haberlerin raporlanmasına ilişkin haberler değil de geçmiş olayların arşivlenmesinin söz konusu olduğu hallerde, çatışan haklar arasında denge sağlamak konusunda sözleşmeciler devletlere tanınan takdir marjının daha büyük olacağına hükmetmiştir.¹²⁷

Çoklu yayın kuralının uygulanmasının, tek yayın kuralının uygulanmasına nazaran, uygulanacak hukukun tespitinde ve milletlerarası yetkinin belirlenmesinde önemli sonuçları olacaktır. Tek yayın kuralının uygulanması sonucunda, uyuşmazlık tek bir hukuka tabi olabilecekken, çoklu yayın kuralının uygulandığı hukuk

¹²⁶ Loutchansky v. Times Newspaper Ltd. , [2002] EMLR 14 at 244. Böyle bir dava sonucunda yayıncının ödemek zorunda kalacağı tazminat miktarı aşırı yük oluşturmaz nitelikte olabilese de, İngiltere'de davalının katlanmak zorunda olduğu dava maliyetinin çoğu zaman tazminatı gölgede bıraktığı belirtilerek, mahkemenin bu yaklaşımı eleştirilmektedir. Maytal, s.135.

¹²⁷ Mahkeme, davalar arasında 14 ile 15 ay süre olmasının davalının makul bir savunma yapmasını engellemediği gerekçesiyle, çoklu yayın kuralının uygulanmasının ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddeyi ihlal etmediğine oybirliği ile karar vermekle birlikte, ilk yayın ile dava arasında daha fazla bir süre olmasının 10. madde uyarınca ifade özgürlüğüne orantısız bir müdahaleye yol açacağını da belirtmiştir. Maytal, S.137, dn. 96'da anılan Times Newspapers v. United Kingdom , [2009] EMLR 14, 256; Connolly, s.41.

düzenlerinde, farklı ülkelerde gerçekleşen yayınlar bakımından birden fazla hukukun uygulanması söz konusu olacaktır.¹²⁸ Milletlerarası yetki bakımından ise, çoklu yayın kuralıyla ilgili en büyük sakınca, özellikle çevrimiçi yayınlarda davacının yayıncıya karşı yabancı bir yargı çevresinde dava açmasının kolaylaştırılmasının forum shopping'e yol açmasıdır.¹²⁹

Loutchansky kararının ardından yapılan tartışmalarda, kararı savunanlar, davacının çevrimiçi yayından zamanaşımı süresi dolana kadar farkında olmadığı veya yayının zamanaşımı süresi dolduktan sonra bir zarara maruz kaldığı hallerde itibarını savunmak için yasal çareye sahip olması adına, basın yükünün küçük bir bedel olduğunu belirterek, çoklu yayın kuralının bir kimsenin itibarının tam olarak korunması imkanı verdiğini ileri sürmüşlerdir. Bu görüşün aksine, davacılara arşivde mevcut olan ve açıkça kendilerine yönelik hakaret içeren makalelerle karşı süresiz ve kontrolsüz şekilde dava açma hakkının verilmesi eleştirilerek, çevrimiçi yayıncıların hukuki ve mali sorumluluklarının ölçüsünü hiçbir zaman öngöremeyecekleri derecede artırmanın mantıksız bir yük oluşturacağı da savunulmuştur.¹³⁰

İka yeri kuralı uygulanırken tek yayın kuralının tamamen reddedilmesi, çevrimiçi bir arşivden içeriğin her indirilmesi ile süreyi yeniden başlatacağından, zamanaşımı kuralının içini boşaltacaktır.¹³¹ İngiltere'nin mahkemeleri ve parlamento, çoklu yayın kuralının ardındaki politikaları tartışmaya devam ederken, AIHM'in Times Newspapers v. Birleşik Krallık kararı sonrasında, çoklu yayın kuralının istismarı olarak değerlendirilebilecek davalar açılmaya devam etmiştir. Örneğin, 2006 yılında kuzey kutbunda yapılmış bir maraton koşusunda davacı organizatör tarafından alınmış güvenlik önlemlerinin sorgulandığı makale nedeniyle Forbes dergisi, Kuzey İrlanda, İngiltere ve İrlanda Cumhuriyeti'nde birden çok hakaret

¹²⁸ Hartley, s.28.

¹²⁹ Warshaw, s.276.

¹³⁰ Maytal, s.136; Connolly, s.37.

¹³¹ Warshaw, s.276, dn.38'de anılan Kurt Wimmer, Comments of International Media Companies and Associations on Australian Defamation Law Reform 6 (Oct. 26, 2004)

davasıyla karşı karşıya kalmıştır.¹³² Davacının bu yöntemle davalı üzerinde baskı oluşturabildiği açıktır.¹³³

İngiliz mahkemelerinin hakaret içeren yayınlara karşı davacı yanlısı tutumu ve forumla önemsiz kabul edilebilecek bağlantının varlığı halinde dahi kendini yetkili kabul etmesine ilişkin tepkilere karşı düzenlemeler içeren 1 Ocak 2014 tarihinde yürürlüğe giren 2013 tarihli Defamation Act ile davacı ile davalının çatışan menfaatleri arasında denge sağlanmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda, Yasa'nın 8. maddesi ile zamanaşımı süresinin hesaplanması bakımından tek yayın kuralı kabul edilmiştir.¹³⁴

Hukuki himaye talepleri için öngörülmuş zamanaşımı süresinin hesaplanması bakımından kabul edilen tek yayın kuralı, özellikle her erişimin ayrı yayın kabul edildiği internet yayınları bakımından yayıncıların süresiz olarak sorumlu tutulmasını sona erdirmiştir. Tek yayın kuralı, her durumda değil, sadece aynı içeriğin veya ilk yayının içeriğinden önemli ölçüde farklı olmayan içeriğin aynı yayıncı tarafından yayınlanması halinde uygulanacaktır. Bu durumda, zamanaşımı süresi ilk yayın tarihinden itibaren hesaplanacaktır. İçeriğin başka bir yayıncı tarafından yayınlanması durumunda veya aynı yayıncı tarafından yayınlanmakla birlikte yayının biçiminin farklı olması durumunda tek yayın kuralı uygulanmayacaktır. Sonraki yayının biçiminin farklı olup olmadığını belirlerken, mahkemenin, diğer faktörler yanında, yayının önem derecesini ve sonraki yayının kapsamını dikkate alabileceği belirtilmektedir.¹³⁵ Yayın biçiminin farklı olup olmadığını belirlemede, ABD mahkemelerinin bu konudaki örneklerinden yararlanılması mümkündür. Buna

¹³² Taraflar arasındaki kapsamlı müzakereler sonrasında, başlangıçta İngiltere'de, İrlanda Cumhuriyeti ve Kuzey İrlanda'da açılan Forbes aleyhindeki hakaret davalarının, Belfast, İrlanda'da birleştirilerek görülmesi konusunda anlaşmaya varılmıştır. Maytal, s.137, dn.99'da anılan Staff, Runner's Libel Action Will Be Heard In Belfast, Belfast Telegraph (December 1, 2009).

¹³³ Çoklu yayın kuralını kapsayan stratejiyi yansıtan bir davacı avukatı, en sevdiği taktiğin, Dublin, Belfast ve Londra'da dava açmak şeklindeki üçlü darbe olduğunu belirtmiştir. Üç ayrı dava masrafı ve olası tazminatlarla yüzleşmek yayıncıların konuyu daha ciddiye almasını sağlamakta ve yayıncıyı erken bir anlaşmaya teşvik etmektedir. Maytal, s.138.

¹³⁴ Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.22, dn.69.

¹³⁵ Defamation Act 2013, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/crossheading/single-publication-rule/enacted>

göre, internette yayınlanan içeriğe yeni bir link verilmesi, televizyon yayının tekrarlanması, bir kitabın yeni baskısının yapılması gibi durumlarda yeniden yayınlanmanın gerçekleştiği kabul edilebilecektir. Yeni hükmün uygulanması mahkeme kararları ile açıklığa kavuşacaksa da, medya hukuku alanında çalışan hukukçular, mahkemenin “yayının önem derecesi” kriterini dikkate alarak, bir makalenin dünya çapında paylaşılarak yayılması veya bir olayın gerçekleşmesinden sonra eski, unutulmuş bir makalenin geniş ölçüde okunmasının da yeniden yayın olarak kabul edilebileceğini ileri sürmektedirler.¹³⁶ Bu durumlarda, yine çoklu yayın kuralı uygulanacak ve zamanaşımı süresi yeniden başlayacaktır.

İngiltere yanında Avrupa Birliği ve birçok ulusal mahkeme¹³⁷, kişilik hakkının sınır ötesi ihlali davalarında, davacının itibarının zarara maruz kaldığı her forumda ihtiyati tedbir başvurusunu da içeren hukuki koruma yollarına başvurabilmesinin engellenmemesi gerektiği gerekçesiyle, yargı yetkisinin belirlenmesinde tek yayın kuralını reddetmektedir. Bu esnekliğin sonucu olarak, sınır ötesi kişilik hakkı ihlali iddiası genellikle aynı zamanda yayının okunduğu herhangi bir devlette ileri sürülebilecektir.¹³⁸ Ancak zaman içinde internette yayınlanan herhangi bir içerikle ilgili, teorik olarak, evrensel yargı yetkisinin oluşmasının engellenmesine ve bu durumlarda uygulanacak hukukun tespitine ilişkin yol gösterici mahkeme kararları üretilmiştir. Örneğin çevrimiçi arşivlerle ilgili olarak, İngiltere’de içeriğe sadece beş kişinin erişim sağladığı Dow Jones v Jameel¹³⁹ davasında, internet üzerinden yapılan yayınların "gerçek ve önemli bir haksız fiil" oluşturmadıkça dava açılmasının sürecin kötüye kullanılması olarak değerlendirileceği kabul edilmiştir. Yukarıda bahsedilen, İngiltere’nin Loutchansky kararının akabinde AİHM’e yapılan başvuru sonucunda mahkeme, ilk yayın ile dava arasındaki uzun sürenin 10. madde uyarınca ifade özgürlüğüne orantısız bir müdahaleye yol açacağı yönünde karar vermesi bir başka örnektir. Bu kararlarda da görüleceği gibi, çoklu yayın kuralı birtakım ek kriterlerle sınırlanmış ve makul hale getirilmiştir.

¹³⁶ (Çevrimiçi) <http://www.brettwilson.co.uk/blog/defamation-act-2013-a-summary-of-the-act/>, 28.12.2016.

¹³⁷Dow Jones & Company Inc v Gutnick [2002] HCA 56.

¹³⁸ Warshaw, s.276.

¹³⁹Jameel v Dow Jones [2005] QB 946.

(2) Tek Yayın Kuralı

ABD'nin hukuki uygulamaları, tek yayın kuralının uygulanmasıyla ilgili en önemli örneği teşkil etmektedir.¹⁴⁰ Gazete ve dergilere karşı açılan davaların mahkemelerde ağır bir iş yükü haline dönüşmesiyle her yayının ayrı bir dava sebebi oluşturması sonucunu veren çoklu yayın kuralı, 1940'lı yılların başında tek yayın kuralı lehine terk edilmeye başlanmıştır. ABD mahkemelerinin tek yayın kuralını benimsemesi, kişilik hakkı karşısında ifade özgürlüğü hakkının ağır bastığı Amerikan anlayışı göz önünde bulundurulduğunda, şaşırtıcı değildir. Çoklu yayın kuralını uygulamaya devam etmenin modern kitle yayıncılık endüstrisini zayıflatacağı, sonsuz ve yıkıcı olabilecek sorumluluk ve dava süreci tehdidinin, neticede kamusal konularda özgürce haber verme konusunda yayıncıları engelleyeceği öngörüsüyle bu olasılıkları önlemek ve yeni iletişim biçimlerinin kullanımını sağlamak amacıyla tek yayın kuralı tasarlanmıştır.¹⁴¹ Tek yayın kuralının amacı, farklı yargı çevrelerinde açılacak birden fazla dava ile davalının taciz edilmesini engellemek olarak da ifade edilmektedir.¹⁴²

ABD'de benimsenen tek yayın kuralı uyarınca¹⁴³, içeriğin ilk kez yayınlanmasıyla dava sebebi oluşmakta ve ilk yayın tarihinden itibaren zamanaşımı süresi işlemeye başlamaktadır. Bir kitap ya da gazetenin herhangi bir baskısı veya bir radyo ya da televizyonun herhangi bir yayını, tek bir yayın olarak kabul edilir. Başka bir deyişle, kitle iletişim araçlarıyla gerçekleşen bir yayın sonucunda kişilik

¹⁴⁰ ABD'de eyaletlerin çoğunluğunda tek yayın kuralı kabul edilmiştir. Ancak, tek yayın kuralını açıkça reddederek çoklu yayın kuralını uygulamaya devam eden eyalet mevcut olduğu gibi (Montana), tek yayın kuralının uygulanmasına açıkça karara vermemekle birlikte, bu yönde mahkeme kararlarına sahip eyaletler de mevcuttur. (Alaska, Arkansas, Delaware, Hawaii, Indiana, Kentucky, Maine, North Carolina, Oregon, South Dakota, Utah, West Virginia ve Wisconsin) Maytal,s.131, dn.54.

¹⁴¹ Maytal,s.130

¹⁴² Warshaw, s.275.

¹⁴³ ABD Yeknesak Tek Yayın Yasası'nın 8. maddesinde, bir gazete, kitap veya derginin herhangi bir baskısı, dinleyicilere yönelik herhangi bir sunum, radyo veya televizyon yayını ya da hareketli görüntülerden oluşan bir sergi gibi tek bir yayın, sergi ya da söylemden kaynaklanan hakaret, mahremiyetin ihlali veya diğer bir haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan zararlar için hiç kimsenin birden fazla dava sebebine sahip olmadığı hüküm altına alınmıştır. Hükümde ayrıca, açılan davada hükmedilecek tazminatın, davacının böyle bir haksız fiil nedeniyle tüm yargı çevrelerinde maruz kaldığı zararın tamamını kapsamı gerektiği belirtilmiştir. Laura E. Little: "Internet Defamation, Freedom of Expression, and the Lessons of Private International Law for the United States", **European Yearbook of Private International Law**, Vol. 14, 2012, s.15. (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=2187449>, 12.10.2015.

hakkının birden fazla yerde gerçekleşen ihlali, tek bir yayımla gerçekleşmiş kabul edilir, tek yayıml tek bir dava sebebi oluşturur ve sadece bir yargı çevresinde tek bir dava açılabilir.¹⁴⁴ Aynı yayımdan kaynaklanan sonraki tüm davalar, yayımlın kaç kişiye veya kaç devlete ulaştığına bakılmaksızın engellenmektedir.¹⁴⁵ Tek yayıml kuralına göre, zamanaşımı ilk yayımdan itibaren işlemeye başlamaktadır ve zamanaşımı süresinin tamamlanmasından sonra aynı yayıml hala erişilebilir olsa bile artık dava açmak mümkün değildir.¹⁴⁶

Tek yayıml kuralı uyarınca, yayıml nedeniyle sadece bir haksız fiilin olduğu kabul edildiğinden, uyuşmazlığın sadece bir hukuka tabi olabileceği kabul edilmektedir.¹⁴⁷ Uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından en sıkı ilişkili hukuk araştırılırken, genellikle davacımlın yerleşim yerinin bulunduğu yerin hukukunun uygulandığı gözlemlenmektedir.

Tek yayıml kuralı, aynı yayıml nedeniyle davacımlın birden fazla dava açmasını sınırlarken, bunu davacımlın maddi haklarını zayıflatmadan yapmaktadır. Kural davacıya, tek bir sefer olmak kaydıyla, hakaret nedeniyle meydana gelen tüm zararını yayımlın gerçekleştiği yerde talep etme imkanı vermektedir.¹⁴⁸ Böylece davacı, kendi ülkesinde ya da yabancı bütün ülkelerde umuma arz edilen kişilik hakkını ihlal eden içerik nedeniyle maruz kaldığı tüm zararları talep edebilmektedir.

Geleneksel medya davalarında ABD’de tek yayıml kuralı açıkça kabul edilmiş olmakla birlikte, ABD’li davacımlar tek yayıml kuralı oluşturulduğunda öngörülemeyen

¹⁴⁴ Hartley, s.28.

¹⁴⁵ Restatement (Second) of Torts § 577A (1977) ; Bir ABD mahkeme kararında da ifade edildiği üzere, “bir dava sebebi tek bir yerde gerçekleşmiş olmasına rağmen dağıtımı arttıkça genişleyen daireler gibi çoğalmakta ve tüm topraklarda ve dünyanın en uç noktalarında yeni dava sebeplerine neden olmaktadır.” (Forman v. Mississippi Publishers Corp. , 195 Miss. 90, 105 (1943). Davacımlar aynı makaleye nedeniyle dava edildikleri çok sayıda mahkemede maliyetli savunmalar yapmak zorunda kalmaktadırlar. Tek yayıml kuralını kabulü ile ABD mahkemeleri davacımlı üzerine bırakılan bu yükleri kaldırmıştır. Maytal, s.129.

¹⁴⁶ Connolly, s.41.

¹⁴⁷ Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.22, dn.75.

¹⁴⁸ Hartley, s.3, dn.6’da anılan Keeton v. Hustler Magazine, Inc. 465 US 770; 104 S Ct 1473; 79 L Ed. 2d 790 (US Supreme Court, 1984); Maytal, s.129.

bir iletişim biçimi olan internet yayınlarıyla ilgili kuralın uygulanmasına karşı çıkarak, çoklu yayın kuralının uygulanmasını savunmuşlardır. *Firth v State of New York*¹⁴⁹ davasında, davacı işiyle ilgili itibarını zedeleyen yazılı yayımın daha sonra internette yayınlanması üzerine, internet yayını ile itibarının her gün zedelenmeye devam ettiğini ileri sürmüş ve internetteki ilk yayından itibaren bir yıllık zamanaşımı süresi dolduktan sonra dava açmıştır. Davacı, internet yayımına her gün erişim sağlanmasının yeni yayın teşkil ettiğini ve her yayından itibaren zamanaşımı süresinin yeniden başladığını, bu nedenle süresinde dava açtığı ileri sürmüştür.

Mahkeme, yeni bir yayın olduğunu kabul ederek hakaret içeren makalenin farklı bir şekilde düzenlenmesi veya ciltsiz yayımlanan bir içeriğin ciltlenerek yayınlanmasında olduğu gibi içeriğin yeni bir forma dönüştürüldüğünde yeniden yayımın gerçekleşeceğini belirterek, davacı hakkındaki raporun yayımlandıktan sonra aynen internette yayınlanmasının yeniden yayın olduğunu tespit etmiştir.¹⁵⁰ Daha sonra internette rapora her erişimin yeniden yayın anlamına gelip gelmediğini değerlendirdiğinde, geleneksel medyaya uygulanan tek yayın kuralının internet yayınlarına da uygulanması gerektiği yönünde karar vererek, her erişimin ayrı yayın teşkil etmediğine, dolayısıyla yeni bir dava sebebi oluşturmadığına ve zamanaşımı süresinin yeniden başlamadığına hükmetmiştir.¹⁵¹

Firth v. New York davasına ilişkin açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, tek yayın kuralı, içeriğin yeni bir kitleye hitap etmesinin amaçlandığı yeniden yayınlama durumunda uygulanmamaktadır. Tek yayın kuralı bir kitabın, gazetenin, derginin tek bir baskısının, bir içeriğin internete gönderilmesinin tek bir iletişim ve tek bir dava

¹⁴⁹ *Firth v. New York*, 775 N.E.2d 463, 465 (N.Y. 2002).

¹⁵⁰ Odelia Braun: "Internet Publications and Defamation: Why the Single Publication Rule Should Not Apply", **Golden Gate University Law Review**, Vol. 32, Issue 3, 2002, s.328, dn.27'de anılan *Firth*, 2000 WL 306865 at 6-7. (Çevrimiçi) <http://digitalcommons.law.ggu.edu/ggulrev/vol32/iss3/2>, 30.09.2016.

¹⁵¹ Braun, s.328; Mahkemeye göre çevrimiçi hakaret fiili, çok daha büyük ölçekte olsa da geleneksel medya aracılığıyla gerçekleşen hakaret fiiliyle benzerdir. İnternete çoklu yayın kuralının uygulanması sonucunda zamanaşımının sonsuz şekilde yeniden tetiklenmesi olasılığı söz konusu olacak ve bu da çok sayıda dava ile davalıların tacizi anlamına gelecektir. Çoklu yayın kuralının uygulanması kaçınılmaz olarak, internetin en büyük vaadi olan bilgi ve fikirlerin açık ve geniş alanlara yayılımına ciddi engelleyici etki yaratacaktır. Maytal, s.133, dn.69-70'de anılan *Firth v. State* at 370.

sebebi oluşturduğunu kabul ederken, davalının daha sonra aynı ifadeyi yayınlaması ya da göndermesi tek yayın kuralının uygulanmasına istisna oluşturur. Bir kitabın, gazetenin, derginin aynı içeriği sonraki baskısında tekrar yayınlaması veya karton kapaklı bir kitabın ciltli şekilde yeniden basılması¹⁵² örneğinde olduğu gibi yeni bir şekil içinde basılmasının yeniden yayın olduğu ve yeniden başlayan zamanaşımı süresine tabi olduğu kabul edilmektedir.

Yeniden yayınlama ilgili çeşitli mahkeme kararları mevcuttur. Sundance Image Technology Inc v Cone Editions Press Ltd davasında yeni bir kitleyi cezbetmek için eski içeriği yeni bir başlıkla yayınlamanın yeniden yayın oluşturacağına karar verilmiştir.¹⁵³ Firth v. New York davasında da, yeniden yayının istisna olarak tek yayım kuralı dışında kalmasının gerekçesinin, sonraki yayının yeni bir kitleye yönelik olması ve gerçekten yeni bir kitleye ulaşması olduğubelirtilmiştir.¹⁵⁴ Bir gazetede yer alan yazı dizisinin kitap şeklinde yayınlanmasının yeniden yayın olarak kabul edildiği Karaduman v. Newsday, Inc. davası¹⁵⁵, bir çevrimiçi içeriğin önemli değişikliklerle tekrar yayınlanmasının yeniden yayın olarak kabul edildiği Woodhull v. Meinel davası¹⁵⁶ ve bir gazetenin ilk baskısından sonra yeni baskılarının yeniden yayın olarak kabul edildiği Rivera v. NYP Holdings, Inc. davası¹⁵⁷ yeniden yayına ilişkin örneklerdir. Basılmış eserlerin tekrar veya farklı formatta basılması veya internette yer alan içeriğin bazı değişikliklerle yeniden yayınlanmasında olduğu gibi, bir televizyon ya da radyo yayınının tekrar yayınlanması da, yayın içeriği aynen tekrarlansa bile, yeniden yayın niteliğindedir. Bir televizyon şovunun yeniden yayınlanması yeni bir kitleye ulaşmayı amaçladığından yeni bir iletişim olarak kabul edilmektedir. Tekrarlanan yayının yeniden izlenmesi ile etkisi artmakta ve mağdurun tekrar zarar görmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, Lehman v. Discovery

¹⁵² Braun, s.428, dn.26; Maytal, s.140, dn. 108'de anılan Rinaldi v. Viking Penguin, Inc. , 52 N.Y.2d 422 (1981).

¹⁵³ Sundance Image Technology v. Cone Editions Press, No. 02 CV 2258, 2007 WL 935703 (S.D. Ca. March 7, 2007). Connolly, s.42; Maytal, s.140.

¹⁵⁴ Connolly, s.42.

¹⁵⁵ Maytal, s.140, dn. 109'da anılan Karaduman v. Newsday, Inc. , 51 N.Y.2d 531, 554 (1980).

¹⁵⁶ Maytal, s.140, dn.111. Woodhull v. Meinel, 145 N.M. 533, 538 (Ct. App. 2009) (jürinin yeni bir yayın olduğu sonucuna varabilmesi için websitesine sonraki gönderinin önceki gönderiden yeterince farklı olduğu ve bu nedenle zamanaşımının henüz sona ermediğine karar vererek)

¹⁵⁷ Maytal, s.140, dn. 112'de anılan Rivera v. NYP Holdings, Inc. , 847 N.Y.S.2d 904 (N.Y. Sup. 2007).

Communications, Inc. davasında¹⁵⁸ da belirtildiği gibi, tekrarlanan televizyon yayını yeni bir dava sebebi oluşturmaktadır.

İnternet yayınlarının basılı medyaya nazaran çok daha fazla dolaşım potansiyeline sahip olması, yayın tarihinden çok uzun bir süre geçmiş olduğunda bile erişilebilir olması gibi nedenlerle, tek yayın kuralının internet yayınlarına uygulanmaması gerektiği savunulmuş ancak ABD mahkemelerince bu yaklaşım reddedilmiştir.¹⁵⁹ Radyo ve televizyon yayınları konusundaki yaklaşımla birlikte değerlendirildiğinde, tek yayın kuralının uygulanmasıyla internet yayıncılarının çok avantajlı bir duruma kavuşturuldukları söylenebilir. Yukarıda belirtildiği gibi, radyo ve televizyon yayınları, ilk yayın tarihinden sonra tamamen aynı içerikle tekrar yayınlandıklarında yeni bir hedef kitleye ulaşarak etki yarattıkları gerekçesiyle, sonraki yayın yeniden yayın olarak kabul edilmektedir. Radyo ve televizyon yayıncılarının tekrar yayınlama iradesi dava sebebi oluştururken, internet yayıncıları kolaylıkla kaldırabilecekleri bir içeriği kaldırmamakla, aslında aynı iradeyi yansıtmaktadırlar. Radyo ve televizyon yayınları, sonraki yayında yeni bir kitleye erişirken, internet yayınlarına her gün aynı kimselerin erişim sağladığı düşünülemeyeceğinden, her erişimle yeni bir hedefe iletim sağlandığı kabul edilebilir. Belirtilen nedenlerle, internet yayınlarına tek yayın kuralının uygulanması, kanaatimizce de adil değildir. Ancak, ABD mahkemeleri 2002 tarihli *Firth v State of New York* davasından bu yana, çoklu yayın kuralını istikrarlı şekilde internette uzak tutmuştur.

(3) Değerlendirme

Kişilik hakkının kitle iletişim araçları ile ihlalden doğan sorumluluğa, çoklu yayın kuralının benimsenmesi sonucu birden fazla hukukun uygulanması imkanı, zarar yeri kriterinin en önemli dezavantajlarından biri olarak görülmektedir. Ancak, zarar yeri kriteri benimsenerek, uyumsuzluğa birden fazla hukukun uygulanması,

¹⁵⁸ Maytal, s.140, dn. 110'da anılan *Lehman v. Discovery Communications, Inc.*, 332 F.Supp.2d 534, 539 (E.D.N.Y.2004).

¹⁵⁹ Braun, s.332 vd.; Maytal,s.132, dn. 58'de anılan *Churchill v. State*, 876 A.2d 311, 314-315 (N.J. App. 2005).

haksız rekabette olduğu gibi başka alanlarda da kabul edilirken, kişilik hakkının ihlali konusunda problem olarak değerlendirilmesi, hatta neredeyse bu alanın problemi imiş gibi vurgu yapılması tutarlı bir yaklaşım değildir.¹⁶⁰ Tek yayın kuralının benimsenmesi uygulamada kolaylık ve netlik sağlayacak olması bakımından savunulabilir. Ancak, daha önce de belirttiğimiz gibi, amaç buysa, lex fori'nin uygulanması her zaman daha kolay ve daha basittir. Tek yayın kuralının kabulü, temel haklardan birinin diğerine göre açıkça üstün tutulması sonucunu doğururken, çoklu yayın kuralının bir takım sınırlandırıcı kriterle uygulanması çatışan temel hakları dengelemektedir. Ayrıca, bağlama kurallarında en sıkı ilişki klotuna yer verilerek, aşırılık içerebilecek vakalarda zarar yeri kurallarının olumsuz etkilerinin sınırlanması mümkündür. Dolayısıyla, sınırlandırıcı kriterlere tabi olarak çoklu yayın kuralının uygulanması, çatışan hakları dengeleyici özelliği nedeniyle, kanaatimizce konunun niteliğine daha uygun düşmektedir.

b. Uygulanacak Hukukun Mozaik Prensibine Göre Belirlenmesi

(1) Mozaik Prensibi

Kişilik hakkının kitle iletişim araçlarıyla ihlalinde, zararın birden fazla yerde meydana gelmesi halinde, Fiona Shevill and Others¹⁶¹ davasında oluşturulan mozaik prensibi uyarınca, her bir zarar yeri hukukunun o yerde gerçekleşen zarar bakımından uygulanması yoluna başvurulmaktadır.¹⁶² Esasen bu dava Brüksel I Tüzüğü'nün haksız fiillerde yetkili mahkemenin belirlenmesine ilişkin hükmünün amaçları bakımından ika yeri kavramının yorumlanmasıyla ilgili olmakla birlikte, birden fazla yerde zarara neden olan haksız fiillerde yargı yetkisinin belirlenmesiyle ilgili ortaya koyduğu prensipler, uygulanacak hukukun tespitinde belirleyici olmuş ve halen bu prensiplerin uygulanmasına devam edilmektedir.

Söz konusu davada, Fiona Shevill ve diğer davacıların Fransa'da gerçekleşen bir olayın konu edildiği gazete haberine karşı İngiltere'de açtıkları davaya karşı,

¹⁶⁰ Cuniberti, Boskovic on Rome II and Defamation.

¹⁶¹ Case C-68/93 Fiona Shevill, IxoraTrading Inc.,Chequepoint SARL and Chequepoint International Ltd v Presse Alliance SA, [1995] ECR I-415. <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?&num=C-68/93>

¹⁶² Comparative Study, Final Report, s.83.

zararlı olayın İngiltere’de değil Fransa’da gerçekleşmiş olduğu gerekçesiyle davalı yetki itirazında bulunmuş ve davayla ilgili süreçte, İngiltere tarafından, ön karar talebiyle ABAD’a başvurulmuştur. Dava konusu olayda, Fransa’da gerçekleşen bir olayda uyuşturucu kaçakçılığı trafiğinde yer aldıkları iddiası ile davacıların kişilik hakkını ihlal eden gazete, France-Soir, esas olarak Fransa’da dağıtılmış olup, diğer Avrupa ülkelerinde belli miktarda dağıtımı gerçekleşmiştir. Gazetenin 237.000’den fazla nüshası Fransa’da, yaklaşık 15.500 nüshası diğer Avrupa ülkelerinde, Fransa dışında diğer Avrupa ülkelerinde satılan 15.500 nüshanın, sadece 5 nüshası davacılarından Fiona Shevill’in ikamet ettiği Yorkshire’de satılmış olmak üzere, 230 tanesi İngiltere ve Galler’de satılmıştır.¹⁶³ Yargı yetkisine ilişkin sorun, davacıların zararlarının tamamının itibarlarını ihlal ettiğini iddia ettikleri yayının sonucu olarak meydana gelmesi nedeniyle ve yayının okunduğu her ülkede zararın ortaya çıktığı göz önünde bulundurularak, gazetenin dağıtıldığı her ülkenin yargı yetkisine sahip olup olmadığıdır.¹⁶⁴

ABAD Brüksel I Tüzüğü’nün haksız fiillerde milletlerarası yetkiye ilişkin m.7/3 (eski m.5/3) hükmünde yer alan “zararlı olayın gerçekleştiği yer” ifadesini yorumladığı Bier v. Mines de Potasse kararında vardığı sonuçları, Fiona Shevill v. Presse Alliance SA davasında kişilik hakkı bağlamında uygulamıştır.¹⁶⁵ Milletlerarası yetkiye ilişkin özel kuralların uygulanması için hukuki uyumsuzluk ile mahkeme arasında sıkı ilişki bulunması şartını hatırlatarak, kişilik hakkını ihlal eden içeriğin okunduğu farklı yerlerde bulunan mahkemelerin, davacının maruz kaldığı zararın tamamı üzerinde yargı yetkisine sahip olacağı anlamına gelemeyeceğini ortaya koyarken, Mines de Potasse d’Alsace davasında hükmedildiği gibi, zararlı olayın gerçekleştiği yer ifadesinin, hem kişilik hakkının ihlaline neden olan olayın gerçekleştiği yer hem de olaydan kaynaklanan zararın meydana geldiği yeri kapsadığını ve davacının bu yerlerden birinde dava açmak konusunda seçeneği olduğunu vurgulamıştır.¹⁶⁶

¹⁶³Shevill and Others v Presse Alliance SA, Judgment of 7.3.1995- Case C-68/93, par. 9.

¹⁶⁴ Nagy, s.257.

¹⁶⁵ Warshaw, s.279.

¹⁶⁶Shevill and Others v Presse Alliance SA, Judgment of 7.3.1995- Case C-68/93, par.19,20.

Mağdurun zarara maruz kalmasına neden olan fiilin işlendiği yer, kararda yayıncının tesis yeri olarak belirlenmiştir. Davacı maruz kaldığı zararın tümü için yayıncının tesis yeri mahkemesinde dava açabilecektir. Dava konusu olayda söz konusu olduğu gibi, uluslararası alanda basın yoluyla kişilik hakkının ihlalinde, mağdurun bu yerlerde tanınması kaydıyla, yayının dağıtıldığı yerler zarar yeri olarak belirlenmiştir. Başka bir deyişle, ABAD gazetesinin dağıtıldığı her ülkede zararın ortaya çıktığı sonucuna varmıştır. Fakat bu durumda mahkemenin yargı yetkisi o ülkede gerçekleşmiş zararlarla sınırlı olarak kabul edilmiş ve davacının gazetesinin dağıtıldığı ülkelerde dava açmayı tercih etmesi halinde, zararlarla ilgili taleplerini bölmek zorunda olduğuna hükmedilmiştir. Sonuç olarak, birden fazla ülkede zararın meydana gelmesi halinde mağdur, tüm zararlarla ilgili karar vermek konusunda yargı yetkisine sahip yayıncının işyerinin bulunduğu yer mahkemesinde veya sadece o devlette maruz kaldığı zararlarla sınırlı olarak yargı yetkisine sahip olan, yayının dağıtıldığı ve mağdurun zarara maruz kaldığını iddia ettiği her üye devlet mahkemesinde dava açabilecektir.¹⁶⁷

Fiona Shevill kararında yer alan değerlendirmeler üzerine, ABAD'ın fiil yerini zarara neden olanın mutad meskeninin bulunduğu yer, zarar yerini ise mağdurun mutad meskeninin bulunduğu yer ile eşitleme eğiliminde olduğu ileri sürülmüştür.¹⁶⁸ Prensibin pratikteki sonucu genellikle bu şekilde ortaya çıkacak olsa da, yayıncının merkezinin bulunduğu forumda basılıp dolaşıma sokulmayan ve fakat başka bir ülkede dağıtılan yayınlar bakımından mahkemenin fiil yerine ilişkin yorumlayıcı kararı yetersiz kalacaktır.¹⁶⁹

Fiona Shevill kararı kişilik hakkının ihlaliyle ilgili davalarda uygulanacak hukuk konusunu da etkilemiştir.¹⁷⁰ Dava ile ilgili ABAD'ın değerlendirmeleri ve varılan sonuçlar, uygulanacak hukuk bakımından şöyle yorumlanmıştır.

¹⁶⁷ Par. 29, 30, 32, 33.

¹⁶⁸ Comparative Study, Final Report, s.82.

¹⁶⁹ Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.135.

¹⁷⁰ "Shevill'in ironisi, kararın, usul konusunun maddi hukukun yönünü esaslı olarak nasıl şekillendirebileceğine örnek teşkil etmesine karşın, Brüksel Konvansiyonu'nun AB üye devletlerine

Öncelikle, davacı birden fazla ülkede zarara maruz kalmış olsa bile, zararının tamamının tazmini talebi ile yayıncının tesis yerinin bulunduğu mahkemede dava açabilecektir. Bu mahkeme, zararın tamamı hakkında tazminata karar vermek konusunda yargı yetkisine sahiptir ancak uyuşmazlığa kendi hukukunu uygulamayacaktır. Zararın farklı forumlarda meydana gelmiş bölümlerine, ilgili forumların hukuklarını uygulayarak karar verecektir. Dört farklı ülkede zarar meydana gelmişse, zararın her bir ülkede meydana gelen kısmına o ülke hukukunun uygulanması ile tazminatla ilgili bir karar oluşturulacaktır. Mahkemenin bulunduğu yerde de zarar meydana gelmiş olması halinde, meydana gelmiş zararla sınırlı olarak *lex fori*'nin uygulanması söz konusu olabilecektir. Mozaik prensibinin özü, dağıtımsal temelde birden fazla yabancı hukukun uyuşmazlığı yönetmesidir.¹⁷¹ Kişilik hakkının varlığı, kapsamı ve ne zaman ihlal edilmiş kabul edileceği meseleleri büyük ölçüde ulusal kültüre bağlı olduğundan ve bu nedenle ülkeler arasında temel farklılıklar olduğundan, kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa her bir zarar yeri hukukunun kendi bölgesinde meydana gelen zarar üzerinde hakim olmasının, bu farklılıkların sağlıklı değerlendirilmesine zemin sağlayacağı savunulmuştur.¹⁷²

Mozaik prensibi uyarınca, davacı fiil yerine tekabül eden yayıncının tesis yerinin bulunduğu mahkeme yanında zarara maruz kaldığı forumda ya da forumlardan birinde de dava açabilecektir. Zarar yeri olarak belirlenecek forumda dağıtımın gerçekleşmiş olması ve mağdurun burada tanınmakta olması gereklidir. Tanınmakta olduğu bir forumda içeriğin dağıtılması sonucu zarara maruz kaldığı iddiasıyla açılan davada, zarar yerinde bulunan mahkemenin yargı yetkisi, sadece o forumda meydana gelen zararla sınırlı olduğundan, mahkeme, bulunduğu forumda meydana gelen zararla ilgili kendi hukukunu uygulayarak karar verecektir.¹⁷³ Mağdurun farklı ülkelerde zarara maruz kalması halinde, zarara maruz kaldığı her

maddi hukuk kurallarını empoze etmeyi amaçlamadığı konusundaki ısrarından kaynaklanmaktadır.”
Warshaw, s.280, dn.70.

¹⁷¹ Comparative Study, Final Report, s.22; Warshaw, s.281.

¹⁷² Thiede, McGrath, s.9.

¹⁷³ Warshaw, s.281.

ülkede dava açma hakkı vardır ancak talebi her ülkede gerçekleşmiş zararlar sınırlanacaktır.¹⁷⁴

Özetle, fiil yerinde bulunan mahkemede dava açılması halinde, bu mahkeme farklı yerlerde meydana gelen zararlara dağıtımsal temelde zarar yeri hukuklarını uygulayarak, zararın tamamı hakkında karar verecektir. Zarar yerinde bulunan mahkemede dava açılması halinde, mahkeme, kendi hukukunu uygulayarak, sadece bulunduğu yerde gerçekleşen zararlar ilgili karar verecektir. Mahkemenin kararının uygulanacak hukuk konusunda bu şekilde yorumlanması, Roma II Tüzüğü'nün hazırlık çalışmaları sırasında Komisyon'un 2003 tarihli Başlangıç Teklifi'nin kişilik hakkının ihlalinde sorumluluğa ilişkin 6. maddesinde de benimsenmiştir.¹⁷⁵ Uygulamada, Fiona Shevill kararının, bir forumda yerleşik bir kimsenin herhangi bir şekilde o forumda zarara maruz kalması halinde, yabancı yayıncılara karşı mahkemelerin kendi milli hukuklarını uygulayarak, yargı yetkisini icra edebileceği esnek bir kural yarattığı ifade edilmektedir.¹⁷⁶

Kararın uygulanacak hukuk konusundaki etkisi yukarıda izah edildiği gibi kabul edilmekteyse de, kişilik hakkının ihlaline ilişkin davalarda zarar yerinde yargı yetkisinin oluşması ve o ülke hukukunun ülke sınırlarında meydana gelen zarar bakımından uygulanması için dağıtım koşuluna ek olarak mağdurun ilgili ülkede tanınmakta olması koşulunun gerekli olup olmadığı tartışılmıştır. Konuyu tartışılmalı hale getiren ilk neden, mahkemenin kararda kullandığı dildir. Kararın mağdurun tanınması koşulunun öngörüldüğü bölümden sonraki bölümlerinde¹⁷⁷, yayın koşulu yanında mağdurun zarara maruz kaldığını iddia etmesinden bahsedildiği, halbuki şeref ve haysiyetin ihlali davalarında iddia edilenin zaten söz konusu zarar olduğu,

¹⁷⁴ Comparative Study, Final Report, s.83.

¹⁷⁵ Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to non-contractual obligations ("ROME II") /* COM/2003/0427 final - COD 2003/0168, (32).

¹⁷⁶ Warshaw, s.281' de anılan kararlar: Bir İrlanda vatandaşı tarafından İngiliz yayıncıya karşı İrlanda'da açılan davada, söz konusu kitapçığın neredeyse kaçınılmaz olarak İrlanda'da yayınlanacağı gerekçesiyle, Fiona Shevill kararında ortaya konulan kurallar ışığında, İrlanda'nın davayı görmeye uygun forum olduğu kabul edilmiştir. Hunter v. Gerald Duckworth & Co., [2000] I.L.Pr. 229 (Ir.); Fiona Shevill kararı uyarınca, yayın Norveç'ten de alındığından, İsveç televizyon yayıncısına karşı Norveç'te açılan dava kabul edilmiştir. Skogvik v. Sveriges Television AB, [2003] I.L.Pr. 24 (Nor.).

¹⁷⁷ Par. 30, 31 ve 33.

dolayısıyla tanınma koşulunun gerekli olup olmadığının muğlak olduğu ve açıklığa kavuşturulması gerektiği ileri sürülmüştür. İkinci neden, kişilik hakkının ihlalinde, saldırı bir kimsenin itibarına yönelik olduğunda, kişinin belirli bir yerde itibara sahip olması için orada tanınmakta olması makul bir koşul iken, saldırının kişinin mahremiyetine yönelik olması durumunda kişinin o yerde tanınmakta olması şartının gereksiz oluşudur. Kişilik hakkı ihlalinin temelde üçüncü kişilerin mağdurla ilgili görüşlerinin olumsuz şekilde etkilenmesine dayandığı, bir yerde tanınmayan kişinin zarara maruz kalmayacağı ileri sürebilirse de, mahremiyetin ihlali kendi başına kişilik hakkının ihlali teşkil ettiğinden, bu durumda hakkı ihlal edilen kişinin zararının bulunup bulunmadığının belirlenmesi, kanunlar ihtilafı kurallarının değil uygulanacak maddi hukukunun sorunudur. Kaldı ki günümüzdeki teknoloji kullanım düzey ve alışkanlıkları, yayın ile bir kimsenin tanınır hale gelmesini mümkün kılmaktadır. Diğer yandan, Fiona Shevill davasının tabi olduğu İngiliz hukukunda olduğu gibi, davacının gerçekten bir zarara maruz kaldığını ispatlaması gerekli olmayabilir ki bu durumda yine çözümü bulacak olan maddi hukuktur.¹⁷⁸

Esasen, uluslararası alanda kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlali ile birden fazla yerde zararın meydana gelmesi halinde, hem uygulanacak hukuk hem yargı yetkisinin belirlenmesi konularına yön veren bu kararda, daha açık ve kararlı bir dilin kullanılması yerinde olurdu; zira mağdurun tanınmakta olması koşulunun aranmaması halinde, uyuşmazlıkla sıkı ilişkisi bulunmayan yerlerdeki mahkemelerin de yetkili mahkeme olarak kabul edilmesi gündeme gelebilecektir. Ancak olay özelinde değerlendirme yapıldığında, davacının hayat ilişkilerinin zararlı olayın gerçekleştiği Fransa'da değil zarar yeri ve aynı zamanda davanın açılmış olduğu İngiltere'de yoğun olduğu, dolayısıyla mağdurun tanınmakta olduğu yerde dava açmış bulunduğu, davacının dağıtım gerçekleşmiş olmakla birlikte tanınmadığı bir forumda dava açmış olması durumunda, mağdurun tanınmakta olması koşuluna kararda daha fazla vurgu yapılmış olacağı da haklı olarak ifade edilmektedir.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Nagy, s.280-281.

¹⁷⁹ Nagy, s.258-259.

Kararın metinsel yorumundan hareketle, mağdurun tanınmakta olması koşulu, dağıtım koşuluna ek bir koşul ya da otomatik olarak yayının gerçekleştiği her yerin zarar yeri hukuku olarak uygulanmasını önlemek için belirlenmiş bir kriter olarak değerlendirilebilir. Karar uygulamacılara bu konuda kesin bir yol göstermese de, en azından mahkemenin dağıtıma ilave olarak sıkı ilişkiyi sağlayacak bir kritere ihtiyaç duyduğu açıktır.

(2) Mozaik Prensibine Yönelik Eleştiriler

Mozaik prensibi genel olarak kabul görmüş ve uygulanmakta olmasına¹⁸⁰ karşın, bazı eleştirilere de hedef olmuştur. Öncelikle, farklı yerlerde dağıtılmış aynı içerikle ilgili zararın meydana geldiği yer hukuklarının dağıtılmış şekilde uygulanması, aynı konuda farklı hukuki sonuçlar elde edilmesine yol açacaktır. Bu uygulamanın, kişilik hakkının kültürel boyutuna hitap etmekle birlikte, kanunlar ihtilafı kurallarının en sıkı ilişkili hukukun uygulanması amacına hizmet etmediği ve modası geçmiş ülkesellik ilkesine dayandığı ileri sürülmektedir.¹⁸¹

Fiona Shevill kararı ile oluşturulan mozaik prensibine karşı ikinci eleştirin kaynağı manevi zararın lokalize edilmesine ilişkindir. Kişilik hakkının ihlali sonucu aynı anda hem maddi hem manevi zarar meydana gelebilecek olsa da, mağdurun iddialarının temelinde genellikle manevi zararın yer aldığı belirtilerek, manevi zararın tıpkı mağdurun ruh ve zihin durumu gibi bölünmez olduğu ifade edilmektedir.¹⁸² Yayının gerçek miktarına göre değişebilse de, birden çok ülkede

¹⁸⁰ Mozaik prensibi kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkını ihlal eden haksız fiiller yanında, telif hakkı ihlallerinde ve haksız rekabet alanında da uygulanmaktadır. Oster, Media Law, s.130.

¹⁸¹ Kuipers, s.1700; Thiede, McGrath, s.9-10.

¹⁸² Örnek olarak, hukuk alanında uzmanlaşmış bir akademisyenin itibarını AB genelinde korumakta menfaate sahip olacağından, bir İsveçli akademisyen Slovakyalı bir meslektaşı tarafından sadece Slovakya'da dağıtılmış bir hukuk dergisinde intihal ile itham edildiğinde, Slovakyalı meslektaşlarıyla uluslararası çalışma grupları veya konferanslarda ya da diğer şekillerde bir araya gelerek çalışmalar yürütebilmesi mümkün olduğundan, İsveçli akademisyenin Slovakya ile hiçbir bağlantısı olmasa da, korunmaya değer menfaate sahiptir. Bu gibi durumlarda, zarar yerinin tespit edilmesinin imkansız olacağı belirtilmektedir. Diğer yandan, İsveçli akademisyenin Slovakya'da kişisel itibarı bulunmadığından ve İsveç'e bir tek yayını dahi ulaşmadığından, Brüksel Tüzüğü m.7(3)'e göre Slovakya veya İsveç'te dava açma olasılığı olmayacağı ileri sürülmektedir. Kuipers, s.1700. Kanaatimizce bu senaryo uyarınca, İsveçli akademisyenin Slovakya genelinde geçerli olmasa da, Slovakya akademik çevrelerinde tanınırlığı olduğundan, Slovakya'da dava açabilmesi mümkün olmalıdır; Thiede, McGrath, s.10.

gerçekleşen küçük düşürücü yayının tek bir ihlale yol açtığı, mağdurun ruh ve zihin durumunun, bir sonraki ülkedeki yayın ile her seferinde değil, sadece bir kez zarar gördüğü savunulmaktadır.¹⁸³ Bu görüşün, birden fazla yerde itibara sahip olunması sonucu, itibarın ülkeler arasında bölünebildiğinin varsayılmasının, bu değerlere yönelik saldırıdan kaynaklanan zararın bölünebildiği anlamına gelmediğini kabul ettiği anlaşılmaktadır.

Manevi zararın bölünemezliği bir tarafa, maddi zararlar bakımından konu ele alındığında yine sorun vardır. Mozaik prensibinin uygulanmasını gerektiren, bir ülkede işlenen fiilin birden fazla ülkede ortaya çıkan zarara neden olması hallerinde, ortada tek bir haksız fiil mi olduğu yoksa zarar yeri sayısı kadar haksız fiilin mi gerçekleşmiş olduğu konusunda ABAD'ın kararı aydınlatıcı olmadığı gibi, mozaik prensibini takip ettiği görülen Roma II Tüzüğü'nde de konu açık değildir.¹⁸⁴ Bir görüşe göre, birden fazla yerde zararın meydana geldiği hallerde ortada birden fazla uygulanacak hukuka tabi tek bir haksız fiil olduğu kabul edilirse, mahkemenin zarar yeri hukuklarını dağıtılmış şekilde uygulamak yerine en sıkı ilişkili hukuk olarak fiil yeri hukukunu uygulayabileceği ileri sürülmektedir. Buna karşılık, birden fazla haksız fiil olduğu kabul edilirse, mozaik prensibinin uygulanması savunulmaktadır.¹⁸⁵

Mozaik prensibi uyarınca zarar yeri hukuklarının dağıtılmış şekilde uygulanması, hakimler bakımından “herkülvari” bir görev olarak nitelenmekte ve çoğu kez fiili durumun teorik olarak belirlenen prensibi yansıtmayacağı, uygulamada hakimin bir bütün olarak zararı hesaplayarak daha sonra dağılıma miktarına bağlı olarak yerel zararlarla ilgili çıkarımda bulunacağı ileri sürülmektedir.¹⁸⁶ Bu varsayımın oldukça gerçekçi olduğu belirtilmelidir.

¹⁸³Thiede, McGrath, s.10.

¹⁸⁴ Bu belirsizliğin, haksız fiil hukukunda, birden fazla yerde zararın meydana geldiği hallerde, fiile odaklanarak tek bir haksız fiilden mi bahsedileceği yoksa zarar yerlerine odaklanarak zarar yeri sayısı kadar haksız fiilden mi bahsedileceği konusundaki problemden kaynaklandığı ifade edilmektedir. Mills, The Application of Multiple Laws s.134.

¹⁸⁵ Mills, The Application of Multiple Laws, s.135-136.

¹⁸⁶ Thiede, McGrath, s.10.

Son olarak, mozaik prensibinin uygulanmasının sadece uygulanacak hukuk değil giderleri ve bu hukukların ispatlanmasında belirsizliği de çoğaltacağı ileri sürülmektedir. Haksız fiilden birden fazla kişinin sorumlu olduğu davalarda, birden fazla kişinin sorumluluğu birden fazla hukuk tarafından belirlendiğinde, bu kişilerin birbirlerine rücu etmeleri halinde, uygulanan hukuklara göre rücuya ilişkin esaslar farklı şekillerde belirlenecektir. Roma II Tüzüğü'nün 20. maddesi uyarınca da, rücu talebi, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk tarafından yönetildiğinden, mozaik yaklaşımının problemleri katlanarak ağırlaştırılmış olacak ve haksız fiili işleyenler arasında tutarlı bir rücu davası mümkün olmayacaktır.¹⁸⁷

Kitle iletişim araçlarıyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun fiil yeri kriterine göre tespit edilmesi veya tek yayın kuralının kabul edilmesiyle meselenin kolayca halledilmesi mümkündür; ancak, bu yaklaşım sorunu çözmez. Zira, bu durumda çatışan haklar arasındaki denge tamamen bozulacak ve süreç tamamen yayıncının inisiyatifine bırakılmış olacaktır. Birden fazla hukukun dağıtılmış şekilde uygulanmasının olanaksız yakın zorluk derecesinde olduğu ve davaya tek bir hukukun uygulanmasının daha sağlıklı olacağı¹⁸⁸ görüşlerinin haklılık payı bulunmakla birlikte, mozaik prensibinin sunduğundan daha iyi bir ikinci çözüm belirlenememiştir. Bu çözüm en azından, yayıncıların kendileri için en elverişli imkanları sunan forumlarda yerleşerek, korunaklı ve üstün bir konum elde etmelerini engellerken, davacıların da en olumlu sonuçları sağlayan hukukun uygulanmasını temin ederek durumdan aşırı şekilde yararlanmalarının da önüne geçmektedir.¹⁸⁹ Ayrıca, zarar yerinde, o yerde meydana gelen zararla ilgili açılacak davalarda forumun hukukunun uygulanmasının sonucu olarak, yargı yetkisi ve uygulanacak hukuk düzenli şekilde örtüşecek ve bu ilgili tüm taraflar için zaman ve maliyetten tasarruf sağlayacaktır. Birden fazla ülkede şöhrete sahip olmayan kimselerin kişilik hakkı, genellikle sadece kendi ülkelerinde

¹⁸⁷ Mills, *The Application of Multiple Laws*, s.134; Thiede, McGrath, s.10-11.

¹⁸⁸ Thiede, McGrath, s.11.

¹⁸⁹ Martin George: "Heiderhoff: Privacy and Personality Rights in the Rome II Regime-Yes, Lex Fori, Please!", 20 July 2010. (Çevrimiçi) <http://conflictolaws.net/2010/heiderhoff-privacy-and-personality-rights-in-the-rome-ii-regime-yeslex-fori-please/>, 05.06.2013.

etkileneceğinden, mozaik prensibinin tatbiki onlara herhangi ilave bir yük getirmeyecektir. Dünya çapında üne sahip kişilerin açacağı davalarda da, mozaik prensibinin davacıları davalarını davalının forumunda yoğunlaştırmaları konusunda teşvik edici olacağı düşünülmektedir.¹⁹⁰ Daha esnek bir kural formüle edilerek, en sıkı ilişkili ve tek bir hukukun uygulanması çözüm olarak düşünülebilecek seçeneklerden biri olmakla birlikte, aşağıda yer verilecek eDate Martinez kararından çıkan sonuca yönelik eleştiriler dikkate alındığında, bunun da mükemmel bir çözüm olmadığı görülmektedir.

c. İnternet Yayınlarına Zarar Yeri Kriterine Göre Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Günümüzde artık bir yenilik olmayıp, modern yaşamın tüm yönleriyle iç içe geçmiş olan internet, geleneksel iletişim yöntemlerini radikal olarak değiştirmiştir. Son on yılda gelişen ve yaygınlaşan Facebook, Twitter gibi sosyal medya platformları, insanların kişisel ve profesyonel yaşamlarının bir parçası haline gelmiştir. Bölgesel sınırlarda uygulanan mevcut hukuk kurallarının internetin dahil olduğu uyuşmazlıklara da uygulanabilir olup olmadığı tartışmaları, milletlerarası özel hukukunun bağlama kurallarının tatbiki alanında daha da şiddetlenmektedir.¹⁹¹ Konuyla ilgili temel sorunlardan ilki, internet için ayrı düzenleyici kurallara ve devamında internet yayınları ile kişilik hakkının ihlalinden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun tespiti için özel bir bağlama kuralının gerekli olup olmadığıdır. İnternete özel bağlama kuralının gerekli olup olmadığı hakkında farklı görüşler vardır. Bu görüşler kısaca, bağlama kuralları da dahil olmak üzere internet için ayrı kurallar belirlenmesi, mevcut kuralların internetle gerçekleşen ihlaller bakımından da uygulanması, internetin hukuk kuralları dışında kendi protokolleri ile düzenlenmesi ve bu alanda açık deniz rejiminin uygulanması olarak özetlenebilir.¹⁹² İnternete ilgili görüş farklılıkları genellikle çevrimiçi dünyanın gerçek dünyanın bir uzantısı ya da

¹⁹⁰ Cuniberti, Von Hein on Rome II and Defamation.

¹⁹¹ Little, s.3.

¹⁹² Bu görüşlere ilaveten, internet yayınları ile kişilik hakkının ihlalinden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun tespitinde açık deniz rejiminin uygulanması da savunulmaktadır. Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.172.

gerçek dünyadan farklı bir alan olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Aşağıda bu ayırım temelinde açıklamalara yer verilecektir.

**(1) İnternet Yayınlarından Doğan Sorumluluğa
Farklı Ya Da Mevcut Kuralların Uygulanması
i. İnternet Yayınlarından Doğan
Sorumluluğa Farklı Kuralların
Uygulanması**

İnternet teknolojisi karşısında mevcut kuralların yeterli olmayacağını, siber uzayın farklı bir ortam olduğunu¹⁹³ kabul eden görüş, internet yoluyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerinde uygulanacak hukukun tespiti için bu alanda baskın şekilde kabul edilen ika yeri kuralının yeterli olmayacağını, internete özgü, özel bir bağlama kuralı formüle edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, küresel internetin, mevcut yerel kurallarla düzenlenmesi doğru değildir. İnterneti düzenleyecek sui generis, bir ülkeye bağlı olmayan bir düzenleme yapılmalı ya da bu konuda mevcut hukuk düzenlerinin maddi hukukları, yargı yetkisine ilişkin kuralları ve tenfiz prosedürleri arasında uyum geliştirilmelidir.¹⁹⁴ Söz edilen uyumun pek mümkün olmadığı açıktır.

Hukuk düzenleri dışında ve ayrı bir düzenleme yapma fikri özellikle sosyal medya için savunulmaktadır. Dünyanın dört bir yanındaki çeşitli ülkelerden belirli bir alana ilişkin uzmanların tartışmaya katıldığı bir çevrimiçi foruma, çevrimiçi çok oyunculu oyunlara veya sanal dünyalara (Second Life gibi) katılan kimselerin ya da aynı zamanda çeşitli şirketler için ve birbirleri için çevrimiçi çalışma yapan uzmanların, diğerlerinin fiziksel olarak nerede olduğunu bilmediğinin varsayılabilceği belirtilerek, bunlardan birinin aynı platformdaki diğerinin kişilik hakkını ihlal eden bir içerik yayınlaması halinde, gerçek dünyada olduğu gibi zararın lokalize edilmesine, aralarındaki uyuşmazlığın bir ülke hukukuna tabi tutularak yerelleştirilmesine ihtiyaç olmadığı savunulmaktadır. Görüş, çevrimiçi dünyayla

¹⁹³ Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.171; Jonathan Zittrain: “Be Careful What You Ask For: Reconciling a Global Internet and Local Law”, Cato Institute, 2003, s.8. (Çevrimiçi) http://ssrn.com/abstract_id=395300, 13.04.2016.

¹⁹⁴ Zittrain, s.8.

çevrimdışı dünyayı birbirinden ayırmakta, çatışan temel hakların dengelenmesi meselesi bir ülkenin hukuk anlayışına bağlı bir konu olduğundan, çevrimiçi dünyayı toprakları olmayan bir devlet konsepti olarak betimlemeyerek, ülkesel anlayışların bu dünyaya yansıtılmasının gerekli olmadığını savunmaktadır. Milletlerarası özel hukuk düzenlemelerinin uyuşmazlığın taraflarına hukuk seçimi imkanı tanınmasından hareketle, çevrimiçi dünyanın aktörlerinin herhangi bir devletin standardına bağlı olması gerekmeyen “sosyal medya platformu sözleşmesi” kurallarına tabi olmayı seçebileceği ileri sürülmektedir. Uyuşmazlığın herhangi bir mahkemenin önüne götürülmesi durumunda da, mahkeme bu sözleşme uyarınca uyuşmazlığı çözecektir.¹⁹⁵

Sosyal medya kuruluşları kendi mecralarını düzenleyen kurallarla, belirli ölçüde iç denetimlerini sağlayabilmekte ve mahkemelerden daha hızlı şekilde yaptırım uygulayabilmektedirler. Ancak önerilen modelin diğer sakıncaları yanında¹⁹⁶ en sakıncalı tarafı, bir anlamda devletlerin bu alanda egemenlik haklarından kaynaklanan yasama yetkilerini özel kuruluşlara devretmeleri anlamına gelmesidir ki bu sonucun kabul görmesi mümkün değildir. Ayrıca, sanal alemdeki her eylem neticede insan davranışlarının ürünü olduğundan, insanların kullandıkları aracın farklılığı, farklı kurallara tabi olmalarını gerektirmemelidir. Dolayısıyla, internetin mevcut kurallardan muafiyet sağlayan bir kalkan olarak değerlendirilmesi ya da farklı kurallara tabi tutulması kanaatimizce uygun değildir.

İnternet yayınlarıyla kişilik hakkından doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun belirlenmesi için mevcut kuralların uygun ve yeterli olmadığı ileri sürülerek, internetle ilgili özel kural formüle edilmesi gerektiğinin savunulması, siber uzayın farklı bir alan olduğu görüşünün yanında, internetin, geleneksel iletişim

¹⁹⁵Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.29-31.

¹⁹⁶ Kendi ifade özgürlüğü koruma standardı olan, devlet dışı çevrimiçi bir kamu alanı fikrinin sorunsuz olduğu ileri sürülemez. Örneğin, Sosyal medya kuruluşlarının sözleşme oluşturması ve katılımcıların bu sözleşmeye rıza göstermeleri durumunda, sözleşmenin uygulanması, davacı ve davalının, davacının kişilik hakkının ihlal edildiği aynı sosyal medya platformunun üyesi olduğu durumlarla sınırlı olacaktır. Bu platformların her zaman politize olması ihtimali vardır ve bu durumda da devletlerin kayıtsız kalması düşünülemez. Detaylar için bkz. Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.32 vd.

formüllerini radikal olarak değiştirmiş olması nedeniyle, mevcut kuralların internet bağlamında revize edilmesi gerektiği düşüncesinden kaynaklanmaktadır. MainStrat çalışması yürütülürken, şimdiye kadar kullanılmış çözümlerin yeniden değerlendirilmesi gerekliliği nazara alınarak, internet yayınlarıyla ilgili özel kanunlar ihtilafı kuralı belirlenmesinin gerekip gerekmediği araştırıldığında, araştırmaya katılanların çoğunluğu (%62,3) özel kanunlar ihtilafı kuralının gerekli olduğu yönünde görüş bildirmiştir.¹⁹⁷ Bununla birlikte, genel olarak bu görüşü savunanlar tarafından örnek olarak formüle edilmiş ve üzerinde mutabık kalınmış bir bağlama kuralına rastlanamamıştır. Bu konuda görüş bildirenlerin, genellikle fiil ya da zarar yerine odaklanmayı doğru bulmadıkları, mağdurun mutad mesken hukukunun bu tür uyumsuzlukları yönetmesi gerektiğini ileri sürdükleri söylenebilir. Ancak aşağıda değinileceği gibi, mağdurun mutad meskeni kriterinin kullanılması da sorunsuz değildir.

ii. İnternet Yayınlarından Doğan Sorumluluğa Mevcut Kuralların Uygulanması

İnternette ilgili özel bağlama kuralına gerek bulunmadığını savunan görüş, geleneksel çözümlerin siber haksız fiillere de uygulanabilir olduğunu savunmaktadır. Bu görüşün gerekçelerinden biri, mevcut teknolojik gelişmeleri kapsayacak şekilde tasarlanan bir kuralın, hızlı şekilde gelişen teknoloji karşısında kısa sürede yetersiz kalacağı endişesidir¹⁹⁸ ki bu endişe haksız değildir. Bir diğer gerekçe, hakka yönelik saldırı sanal alemde gerçekleşmiş olsa da bu saldırının sonuçlarının gerçek dünyada meydana gelmesidir.¹⁹⁹ Kişilik hakkını ihlal eden içerikler, genellikle aynı zamanda çeşitli kanallardan dağıtılmaktadır. Günümüzde neredeyse her gazetenin aynı zamanda web sürümü de bulunmaktadır veya televizyon yayını aynı anda internet üzerinden de izlenebilmektedir. İnternet yayınlarına farklı kural uygulanması, yayınlanan içerik aynı olmasına rağmen, yayını gerçekleştiren kitle iletişim aracının farklılığı temelinde, aynı içerikle gerçekleşen ihlal nedeniyle açılan bir davada farklı

¹⁹⁷ Comparative Study, Final Report, s.128.

¹⁹⁸ Rolph, s.270.

¹⁹⁹ Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.171; Zittrain, s.8.

sonuçlara ulaşılmasına yol açacaktır ki bunun haklılaştırılması zordur.²⁰⁰ Açıklanan nedenlerle, internetle ilgili özel bir bağlama kuralı formüle edilmesine gerek olmadığı ancak internet yoluyla gerçekleşecek ihlalleri de kapsayacak bağlama kuralının, uzun, hantal ve kazuistik şekilde değil, kısa, teknoloji karşısında tarafsız, ancak teknolojik gelişmelere uygulanabilir, yeterince esnek bir kural olarak tasarlanması gerektiği savunulmaktadır.²⁰¹

Zeran v. America Online, Inc. ve Zeran v. Diamond Broadcasting Inc davaları siber uzaydaki eylemlerin gerçek hayata yansmasıyla ilgili ve farklı kitle iletişim araçlarıyla gerçekleşen ihlallerle ilgili varsayımları somutlaştıran örneklerdir. İki davaya konu olan ve zincirleme şekilde gerçekleşen olay, Amerika Oklahoma’da yaşanan bombalama olayından kısa bir süre sonra, America Online Inc. tarafından yönetilen ve binlerce aboneli olan bir haber grubuna, bilinmeyen bir kişi tarafından, Kenneth Zeran’ın adı ve telefon numarası verilerek, Zeran’ın bombalama olayını destekleyici mesaj içeren tişört ve diğer ürünleri sattığına ilişkin bir ileti gönderilmesiyle gelişmiştir. Tahmin edileceği üzere haber grubunda bu iletinin yayınlanmasıyla birlikte Zeran, çok sayıda öfkeli kişinin telefonla kendisini aramasına maruz kalmıştır.²⁰² Bu ve benzerlerinin rahatlıkla kurgulanabileceği senaryolarda, çevrimiçi ortamın gerçek dünyadan ayrı olduğunu ve devletlerin yasal düzenlemelerle bu alana müdahale etmemesi gerektiğini savunmak mümkün değildir. Olaya dönersek, internet ortamındaki ileti bir radyo sunucusunun dikkatini çekmiş ve sunucu internetteki satış reklamını programı esnasında canlı yayında okumuştur. Radyo yayını Zeran için öfkeli ikinci dalgaya maruz kalma zemini ve ikinci bir dava sebebi oluşturmuştur.²⁰³

Farklı mecralarda gerçekleşen iki ayrı yayınla çok güç bir duruma düşürülen benzer durumdaki kişilerin davalarına uygulanacak hukuk belirlenirken, internet yayına uygulanacak hukukun neden farklı bir bağlama noktası esas alınarak

²⁰⁰Cuniberti, Von Hein on Rome II and Defamation.

²⁰¹Cuniberti, Von Hein on Rome II and Defamation.

²⁰²Zittrain, s.8, dn.23’de anılan Zeran v. America Online, Inc., 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997) .

²⁰³Zittrain, s.8, dn.24’te anılan Zeran v. Diamond Broadcasting, Inc.,Nos. 98-6092 and 98-6094, Order and Judgment (10th Cir. Jan. 28, 2000).

belirlenmesi gerektiği konusunda yeterince ikna edici bir gerekçe söz konusu olamayacağı kanaatindeyiz. Bu, davacı bakımından süreci zorlaştırıcı ve benzer bir konuda aynı mahkemenin - yargı yetkisi kurallarının aynı mahkemeyi işaret ettiği varsayılarak - vereceği iki kararın birbiriyle çatışabilmesi ihtimalini doğuran bir uygulama olacaktır.

(2) İnternet Yayınlarından Doğan Sorumluluğa Uygulanacak Hukukun İka Yeri Kuralına Göre Belirlenmesi

i. İka Yeri Olarak Fiil Yeri Hukukunun Uygulanması

İnternet yayınlarından doğan sorumluluğa mevcut kuralların uygulanabileceği savunulurken, sorumluluğa haksız fiilin ika yeri hukukunun uygulanması en fazla desteklenen görüştür. İka yeri kuralının uygulanmasıyla ilgili fiil ya da zarar yerinin esas alınması meselesi, internet yayınları bağlamında da gündeme gelmektedir. Sınır ötesi çevrimiçi kişilik hakkı ihlallerinde, haksız fiilin ika yerine odaklanan bir kuralın, her durumda ya davacı ya da davalı bakımından tatminkar olmayacağı savunulmaktadır.²⁰⁴ Dow Jones v Gutnick²⁰⁵ davasında, yetkili mahkemenin tespitinde esas olmak üzere davacı, içeriğe erişilen yer olan Victoria'da yayının gerçekleştiğini savunurken, davalı, içeriğin davacıdan başka kimselere gönderilmesiyle yayın gerçekleştiğinden, yayının sunucuya yüklendiği yer olan New Jersey'de gerçekleştiğini ileri sürmüştür.

Söz konusu davada, davalı haksız fiilin işlendiği yer olarak fiil yerine işaret etmiştir. Davalının dayandığı temel, haksız fiilin ika yerinin zarar yeri olarak kabul edilmesiyle, birçok yargı çevresinde dava sebebi oluşması ve birden fazla ülkede kişilik hakkı ihlalinin meydana gelmesi sonucunu doğuran geleneksel yaklaşımın, internet yayınları bakımından uygun olmadığı savunmasıydı.²⁰⁶ Davalının fiili işlediği yere odaklanan bir kural, yayınları kendi ülke yasalarına tabi olacağından

²⁰⁴ Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.21.

²⁰⁵ Dow Jones & Company Inc v Gutnick [2002] HCA 56.

²⁰⁶ Rolph, s.269.

yayıncılar için caziptir. Fiil yeri ya da menşe ülke hukukunun uygulanması, bir yandan menşe ülkenin ifade özgürlüğü standartlarını korurken, diğer yandan yayıncılar için istikrarlı ve öngörülebilir sonuçlar doğurur.²⁰⁷

Davacılar bakımından, ika yeri kuralının fiil yeri olarak yorumlanmasında geçerli olan, yayıncının faaliyetlerini en elverişli yargı çevresinde gerçekleştirerek kişilik hakkının en az düzeyde korunmasına yol açması, fiil yerini manipüle etmesi gibi sakıncalar, yayın yapmak için tesis ve yatırım gerektirmeyen internet yayınlarında katlanarak artacaktır. Bu durumda, hem milletlerarası yetki tesisi hem de uygulanacak hukuk konusunda nihai kontrol yayıncıda olacaktır. İnternete içeriğin yüklendiği yerin tamamen tesadüfi bir yer olma ihtimali de göz önünde bulundurulduğunda, fiil yerinin internet yayınları için bağlama noktası olarak kabulü, hem davacılara aşırı yük getireceğinden hem de tesadüfi niteliği nedeniyle uyuşmazlıkla bağlantısı olmayan bir yer olabileceğinden uygun değildir.²⁰⁸ Olaya dönersek, Dow Jones'in idare merkezi New York'ta, Bay Gutnick Victoria'da bulunmasına karşın, başka bir yerde de olabilecek sunucunun New Jersey'de olması, fiil yeri kriterinin kabulü halinde, uyuşmazlıkla sıkı ilişkisi olmayan New Jersey hukukunun uygulanması sonucunu doğuracaktı.²⁰⁹

Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalden doğan sorumlulukta uygulanacak hukukun belirlenmesinde fiil yeri hukukunun uygulanması genel olarak kabul görmese de, ABAD'ı eDate/Martinez²¹⁰ kararında yorumladığı E-Ticaret Direktifi ile fiil yeri hukukunun uygulanmasına ilişkin kuralın kısmen oluşturulduğunu söylemek mümkündür.²¹¹

²⁰⁷ Warshaw, s.297.

²⁰⁸ Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.22; Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.172.

²⁰⁹ New Jersey hukukunun uygulanacak olması, içeriğin internete yüklendiği yerin sunucunun bulunduğu yer olarak kabul edilmesi durumunda geçerli olacak sonuçtur. İçeriğin yüklendiği yerin, içeriği yükleyen kişinin bulunduğu yer veya içeriğin yüklendiği bilgisayarın bulunduğu yer olarak kabul edilmesi halinde New York hukuku veya başka bir hukukun uygulanması söz konusu olabilecektir.

²¹⁰ Joined Cases C-509/10 and C-161/10 eDate Advertising and Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Ltd [2011]

²¹¹ Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.23.

ii. İka Yeri Olarak Zarar Yeri Hukukunun Uygulanması

Önceki bölümlerde de belirttiğimiz gibi, zararın gerçekleştiği yerin haksız fiilin ika yeri olarak kabul edilmesi baskın şekilde kabul edilmektedir.²¹² Kişilik hakkının ihlali internet ortamında gerçekleştiğinde, uyuşmazlığa zarar yeri hukukunun uygulanmasında internetin özelliklerinden kaynaklanan bazı zorluklar ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, kişilik hakkını ihlal eden içeriğin çevrimiçi ortamda yayınlanmasıyla bu içerik çok sayıda alıcıya ulaşacağından ya da teorik olarak internet bağlantısı olan her yerde yayın gerçekleşeceğinden, zararın nerede lokalize edileceğini belirlemek zordur.²¹³ İkincisi, dava tüm zarar hakkında karar vermeye yetkili bir mahkemede açılabilirse bile, mozaik prensibi uyarınca farklı yargı çevrelerinde meydana gelen zararlarla ilgili çok sayıda yabancı hukukun tespiti ve uygulanmasının zorluğu internet yayınlarına özgü bir sorun olmasa da, internet yayınları bakımından zorluk daha şiddetli hale geleceğinden, güç bir iştir.²¹⁴ Bunlara ilaveten, zarar yeri hukukunun uygulanmasıyla, forumla tek bağlantısı internet aracılığıyla gerçekleşen yayın olan uyuşmazlığa, mahkemelere kendi hukukunu uygulama imkanı verilmesi de yayıncılar bakımından belirsizliği artırmaktadır.²¹⁵

Bu eleştirilerin kaynağı, internet içeriğine erişilebilirliğin yayınlanma olarak kabul edilmesidir. Bir web sitesinin sadece erişilebilir olmasının içeriğin dağıtımı olarak değerlendirilmemesi, öngörülebilirlik kriteri marifetiyle ve bazı hedeflemelerle zarar yerinin belirginleştirilmesi, zararın lokalize edilmesi ya da hukukun dağıtılmış şekilde uygulanmasıyla ilgili endişeleri büyük ölçüde giderebilecektir.²¹⁶ Bu konu ilgili bölümde ele alınacaktır.

²¹² Genel bir değerlendirmeye denilebilir ki internet yayınlarıyla kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukla ilgili, zarar yeri kriteri esnekliği yansıtırken, fiil yeri kriteri kesinliği yansıtmaktadır. Zarar yeri kriteri kişilik hakkının sınır ötesi ihlalden doğan sorumlulukta uygulanacak hukukun belirlenmesinde mevcut yaklaşımı temsil ederken, fiil yeri kuralı yayıncıların lobicilik faaliyetlerine cevap verir şekilde ortaya çıkmıştır ve yabancı yayınlara milli hukukun uygulanması şeklinde artan eğilimden ayrılmayı yansıtmaktadır. Warshaw, s.298.

²¹³Karbanová, s.50; Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.21.

²¹⁴Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.21; Rolph, s.275.

²¹⁵Warshaw, s.296.

²¹⁶ Cuniberti, Boskovic on Rome II and Defamation.

Zarar yeri hukukunun internet yayınlarından doğan uyuşmazlıkları yönetmesiyle ilgili bir başka ve somut olarak sonuçları test edilmiş olan sorun, temel hakların dengelenmesi konusunda farklı anlayışlara sahip ülke hukuklarına tabi davacı ve davalının taraf olduğu davalarda ortaya çıkmaktadır. Ülkelerin hukuk düzenleri farklılık gösterdiğinden, bir ülkenin hukuk düzeni ile tamamen uyumlu olan bir içerik, bir başkasının hukukunda öngörülmuş yükümlülükleri ihlal edebilecek ve bunun sonucunda yayıncının sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Geleneksel medya yayıncılığında yayının yayıncının hedeflediği yerlerde bulunması esas iken, internet yayıncılığında içerik internette sunulduktan sonra, internet bağlantısı olan her yerde yayın erişilebilir. Erişilebilirlik ek kriterlerle sınırlandırılmadıkça, yayıncının belki de ulaşmayı hiç amaçlamadığı bir yerin hukuku uyarınca sorumlu olması sonucunu doğurabilecektir. Çatışan temel haklarla ilgili dengenin farklı şekillerde kurulduğu ülkelerin hukuklarının uyuşmazlıkla ilgili olması halinde, sorun daha da şiddetlenecektir. LICRA v. Yahoo! davası bu konuda tipik örnek teşkil etmektedir.

Dava konusu olay, ABD merkezli Yahoo! Inc. şirketinin tüm dünyadan ve Fransa'dan da erişilebilen web sitesinde sunulan açık artırma hizmetiyle Nazi hatıra eşyaları da satılması üzerine, Yahudi Düşmanlığı ve Irkçılıkla Mücadele İçin Uluslararası Birlik (LICRA) adlı kuruluş tarafından, Yahoo! Inc.'e karşı Fransa'da açılan davada Naziliği simgeleyen eşya ve ürünlerin internette sergilenmesi ve satılmasının yasaklanması talebinin mahkeme tarafından kabul edilmesi hakkındadır.²¹⁷ Olayın hususiyeti, web sitesinde görüntülenen içeriğin Fransız hukukuna göre sadece hukuka aykırı değil aynı zamanda suç da teşkil etmesine karşılık, aynı içeriğin ABD hukukuna göre sadece yasaklanmamış değil aynı zamanda ABD Anayasası ile korunan ifade özgürlüğü hakkı kapsamında değerlendirildiğinden hukuka uygun olmasından kaynaklanmaktadır.²¹⁸ Söz konusu dava konusu olayda, tartışmalar daha ziyade internet yayınlarıyla ilgili milletlerarası

²¹⁷ Tribunal de Grande Instance de Paris, Ligue contre le racisme et s'antisémitisme et Union des étudiants juifs de France c. Yahoo! Inc. et Société Yahoo! France (LICRA v. Yahoo!), No. RG 00/05308). Oster, Media Law, s.112.

²¹⁸ Nagy, s.285.

yetkinin tesisi konusunda olmakla birlikte, olayın bir tazminat talebine ilişkin olduğu varsayılarak, ayrı ayrı zarar yeri hukuku olarak kabul edilebilecek ABD ya da Fransız hukuklarının tek başına uyuşmazlığı yöneteceği ya da dağıtımsal temelde uygulanacağı düşünülmesi halinde doğacak sonuç çarpıcıdır. ABD hukukunun uygulanması halinde Yahoo Inc.'e kusur izafe etmek mümkün olmayacakken, Fransız hukukunun uygulanması halinde Yahoo Inc. kusurlu bulunacaktır. Diğer yandan, Fransız mahkemelerinin ABD hukukunu uygulayarak böyle bir karar vermeleri, kendi topraklarında meydana gelen bir zarar bakımından, Fransız hukuk anlayışına tamamen aykırı Amerikan anlayışının Fransa'ya ithali anlamına gelecektir, bunun tam tersi ABD bakımından söz konusu olacaktır ve her iki durumda da mahkemelerin yabancı hukuku uygulamaları muhtemelen kamu düzeni engeline takılacaktır.²¹⁹

Görüldüğü gibi, söz konusu web sitesinin içeriği, ABD'de ne kadar hukuka uygun ise, Fransa'da o kadar hukuka aykırıdır. Çatışan temel hakların dengelenmesi meselesi ülkelerin kamu politikası ile ilgili olduğundan, bir ülkede verilen mahkeme kararının diğer ülkede geçerli olması, aslında karar ülkesinin kamu politikasının diğer ülkede belirleyici olması anlamına gelecektir ki kişilik hakkının korunması ve uygulanacak hukukun belirlenmesi konusunda ortak bir yaklaşım geliştirilememesinin en önemli sebebi zaten bu farklılıklardan kaynaklanmaktadır.

İngiltere örneğinden hareketle konuya daha yakından bakıldığında, İngiltere'de erişilen bir içerikle ilgili İngiltere'de haksız fiilin gerçekleştiği kabul edilerek, sadece burada gerçekleşmiş zararlarla ilgili dava açılması, büyük olasılıkla çevrimiçi yayının kaldırılmasına yol açacaktır. Davacı İngiliz mahkemesinden sadece İngiltere'deki yayın nedeniyle İngiltere'de maruz kaldığı zararlarla ilgili talepte bulunabilse de, genellikle olduğu gibi, mahkemedен, şeref ve haysiyeti ihlal eden yayının gelecekte yayınlanmasının yasaklanması yönünde karar vermesini de talep

²¹⁹ Davada, zarar yeri hukuku olarak Fransız hukuku uygulanmış ve YahooInc. aleyhine hüküm kurulmuştur. Nagy, s.285, dn.95'te yer verilen TGI Paris 20 nov. 2000, JCP 2000, Act, p. 2214); Oster, Media Law, s.112.

edecektir.²²⁰Çevrimiçi ortamda böyle bir mahkeme emrine uymak, içeriğin tamamen internetten kaldırılmasını gerektirecektir ki çoğu durumda web sitesi operatörleri bir davaya maruz kalmaktan kaçınmak için önceden gönüllü olarak içeriği kaldıracaktır. Okurların IP adreslerini kullanarak coğrafi konumlarını belirlemek ve böylece belirli bir içeriğe erişimlerini kısıtlamak mümkündür ancak bu mekanizma tamamen güvenilir olmayıp uygulanması da kolay olmadığından, İngiliz mahkeme kararının muhtemel sonucu, içeriğin tamamen yayından kaldırılması olacaktır. Bunun sonucu, İngiliz kamu politikasının belirlediği İngiliz standartlarının internet aracılığıyla tüm dünyaya yansıtılmasıdır. Dolayısıyla, internet yalnızca iletişimin özgürce dolaştığı bir işleyiş olarak değil, aynı zamanda bu iletişimin düzenlenmesinin sınırlar ötesine kolaylıkla iletilebileceği bir işleyiş olarak da görülebilir. Bu durumun sonucu, en azından mahkeme kararlarının tenfiz edildiği ülkeler arasında internette ifade özgürlüğü standardının, en düşük ortak düzenleme seviyesine kadar gerilemesi riski yaratmasıdır.²²¹

LICRA v. Yahoo! davasına dönersek, kişilik hakkı ile ifade özgürlüğü haklarının dengelenmesi konusunda, Kara Avrupası ile arasında önemli anlayış farkı olan ABD'nin reaksiyonu beklendiği gibi sert olmuştur. ABD mahkemeleri Yahoo! Inc. şirketinin yayımlarını ABD Anayasası Birinci Değişikliği ile korunan ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirerek, Fransız mahkemesinin kararının tenfizini reddetmiştir. Yahoo! Inc. ise her ne kadar tenfiz yargılamasında Fransız mahkemelerinin yargılama yetkilerinin olmadığını, kararın tenfiz edilemeyeceğini ileri sürmüş ve sonuçta ABD'de başarılı olmuşsa da, Fransa'daki yatırımlarını korumak adına, Fransız mahkemesinin kararının gereğini yerine getirmiştir. Mahkemenin emrettiği gibi, kullanıcılarının IP adreslerini kontrol ederek ve kullanıcılardan da buldukları ülkeyi doğrulamalarını talep ederek Fransız ziyaretçilerin söz konusu içeriğe erişimini zorlaştırmıştır. Daha önce de belirtildiği gibi, geo-lokasyon teknolojisi, kullanıcıların saptırmalarının da katkısıyla, yüzde yüz sonuç vermese de, anlamlı oranda sonuç vermektedir. Dava sırasında Fransız hakim Gomez'in de ifade ettiği gibi, bunu yapmak Yahoo için ne ilktir ne de imkansız.

²²⁰ Defamation Act 2013, m.13.

²²¹ Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.19.

Şirket nasıl ki örneğin sigara satılmasının yasak olduğu ülkelerde sigara reklamlarının yayınlanmasını engelliyorsa, Fransa'ya yönelik yayınlarda da Nazi ürünlerinin görüntülenmesini engelleyebilir.²²²

LICRA v. Yahoo! davasının sonucunda ABD mahkemesinin Fransız mahkeme kararının tenfizini reddetmesine karşın, şirketin Fransa'da faaliyetlerine devam edebilmek için mahkeme kararına uygun tedbirler alması, faaliyet gösterilen ülkelerin yasa ve kültürel değerlerine siber alanda da riayet edilmesi gerekliliğinin altını çizmiştir. İnternet şirketleri hukuki nedenlerle değilse ekonomik nedenlerle, faaliyetlerini yönelttikleri ülkelerin hassasiyetlerini nazara alarak, kendi özdenetim mekanizmaları ile baştan tedbir almaktadırlar.²²³

(3) İnternet Yayınlarında Zarar Yerinin Belirlenmesi

İnternet yayınları ile kişilik hakkının ihlal edilmesinden doğan sorumluluğa mevcut kuralların uygulanması, bu alanda uygulanması baskın şekilde kabul edilen ika yeri kuralının uygulanması anlamına gelecektir. Önceki bölümlerde açıklandığı gibi, geleneksel medya bakımından zarar yeri, yayının alındığı ve okunduğu yerdir. İnternet yayınları bakımından yayının alındığı yer, içeriğin indirildiği yer yani erişim yeridir. Haksız fiil içeriğin erişildiği yerde tamamlanmakta ve zarar bu yerde meydana gelmektedir. Burada önemli olan husus, zarar yerinin belirlenmesinde internette yayınlanan içeriğe salt erişilebilirliğin yeterli olmaması, içeriğe fiilen erişilmiş olmasının gerekmesidir.

²²²Leyla Keser Berber, Mehmet Bedii Kaya: 5651 Sayılı Kanunun Teknik ve Hukuki Açından Değerlendirilmesi. (Çevrimiçi) <http://www.turk-internet.com/>, 25.09.2015; Bu kararla ilgili detaylar ve tartışmalar için bkz. Marc H. Greenberg: "A Return to Lilliput: The LICRA v. Yahoo - Case and the Regulation of Online Content in the World Market", **Berkeley Technology Law Journal**, Vol.18, Issue 4, 2009, pp.1191-1258. <http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol18/iss4/6>, 25.09.2015.

²²³Fransa'nın Nazi içeriği gibi aşırı sağcı içeriğe karşı kesin tavrının, Fransız kullanıcılara yönelik hizmet veren bazı web sitelerinin özdenetim mekanizmalarını işletmesine yol açtığı, buna örnek olarak Google arama motorunun Fransız sürümünün sakıncalı gördüğü bazı içerikleri kendisinin filtrelediği yönünde bkz. Keser Berber, Kaya : 5651 Sayılı Kanunun Teknik ve Hukuki Açından Değerlendirilmesi; Zittrain, s.11.

İçeriğin erişildiği yerin yayın yeri olduğu konusundaki mahkeme kararları istikrarlıdır. Godfrey v Demon Internet Ltd davasında, İngiliz mahkemesi, ABD menşeli fakat İngiliz haber sunucusu tarafından dağıtılan ve İngiltere’de erişilen materyali, İngiltere’de gerçekleşen yayın olarak değerlendirmiştir.²²⁴ Loutchansky v Times Newspapers Ltd (No 2) davasında, İngiliz mahkemesi benzer şekilde, bir web sitesinden okunan haberlerin, içeriğin indirildiği zaman ve yerde yayınlanmış olduğuna hükmetmiştir.²²⁵ Taraflarının ABD’de mukim olduğu, King v Lewis davasına konu olayda, Kaliforniya’da web sitesine yüklenen ve İngiltere’de indirilen içeriğin, şeref ve haysiyeti ihlal edici nitelikte olduğu iddia edilerek açılan davada, içeriğe İngiltere’deki her erişimin, İngiltere’de gerçekleşen bir yayın olarak kabul edildiği teyit edilmiş ve davada sadece İngiltere’de maruz kalınan zarar talep edildiği göz önünde bulundurularak, uyuşmazlık İngiliz hukukuna tabi tutulmuştur.²²⁶Böylece, İngiliz mahkemesi bir kez daha haksız fiilin içeriğin indirildiği yerde meydana geldiğine hükmetmiştir.

Görüldüğü gibi, davacılar bakımından şeref ve haysiyetin ihlali bakımından son derece elverişli maddi hukuk hükümlerine sahip İngiliz hukukunda bile, salt erişilebilirlik yayının varlığına karine teşkil etmemektedir. İnternet yayıncılığında kaynaklanan şeref ve haysiyetin ihlali iddiasıyla açılan Al Amoudi v. Brisard²²⁷ davasında mahkeme, davacının söz konusu materyalin erişilmiş ve indirilmiş olduğunu kanıtlaması gerektiğini açıkça belirterek davacının savunduğu yayın karinesini reddetmiştir. Kanada’daki Crookes v Holloway²²⁸ davasında da, benzer bir yaklaşım benimsenmiştir. Mahkeme, erişimi aboneleri ile sınırlı olan bir web sitesine bir bildirinin yüklenmiş olmasını yayın olarak kabul etmemiş, Al Amoudi v. Brisard

²²⁴ Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.18, dn.47’de anılan Godfrey v Demon Internet Ltd [2001] QB 201.

²²⁵ Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.18, dn.49’da anılan Loutchansky v Times NewspapersLtd (No 2) [2001] EMLR 36.

²²⁶ Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.18, dn.52’de anılan King v Lewis [2004] EWCA Civ 1329.

²²⁷ Garnett, Richardson, s.13, dn.57’de anılan [2007] 1 WLR 113.

²²⁸ Garnett, Richardson, s.13, dn.58’de anılan 2008 BCCA 165; (2008) 77 BCLR (4th) 201.

kararı ile tutarlı olarak, davacının forumda içeriğın erişilmiş ve indirilmiş olduğunun kanıtlanması gerektiğine hükmetmiştir.²²⁹

Fransız Yüksek Mahkemesi de, ilk kez 2003 yılında Castellblanch²³⁰ kararında erişilebilirlik teorisini kullanarak, bir websitesi Fransız tüketicilere yönelik olmasa ve pasif olsa bile, websitesine Fransız topraklarında erişilmesinin, iddia edilen zararı doğurmaya yeterli olduğu yönünde karar vermişse de daha sonraki zamanlarda zararın Fransız toprakları üzerinde gerçekleşip gerçekleşmediğini ve akit dışı sorumluluğun Fransız hukukuna tabi olup olmadığını erişilebilirlik teorisinin yerini alan yönlendirme teorisine göre tespit etmiştir.²³¹

Çoklu yayın kuralının kabul edildiği hukuk düzenlerinde erişim yeri hukukunun uygulanması, dünyanın her yerinden erişilebilir olan internet yayınları bakımından, her erişim yerinde ayrı bir haksız fiil meydana gelmesi ve tek bir iletişime çok sayıda hukukun uygulanması sonucuna yol açabilecektir. Bu sonuç yayıncılar üzerinde şiddetli caydırıcı etki yaratacağından, tedbirli bir yayıncının olası sorumluluğu bertaraf edebilmesi için ifade özgürlüğüne en düşük seviyede koruma sağlayan yargı çevresinin standartlarına göre hareket etmesi gerekecektir. Açıklanan nedenlerle, mevcut kuralların herhangi bir sınırlama olmaksızın internet yayınlarına tatbiki pek çok sorunu da beraberinde getirecektir. Dolayısıyla, internet yayınının gerçekleştiğinin kabulü için, milletlerarası özel hukuk alanında erişim yerinin bazı ek

²²⁹ Yeni Zelanda mahkemelerinin de benzer yaklaşımı benimsediği yönünde bkz. Garnett, Richardson, s.13, dn.59'de anılan *Nationwide News PtyLtd v The University of Newlands*[2005] NZCA 317.

²³⁰Dava konusu olayda, Fransa'da tescilli Cristal markasının sahibi Fransız şampanya üreticisi, İspanya'da İspanyol şirket Castellblanch adına tescilli Cristal markası altında şampanyaları kendi internet sitesinde görüntülenmeye sunan Castellblanch'a karşı, Castellblanch'ın internetteki eylemlerinin sonucunda Fransız topraklarında zarara maruz kaldığı iddiasıyla, Fransa'da dava açmıştır. Castellblanch'ın, web sitelerinin pasif olduğu, Fransız tüketicilere yönelik olmadığı ve Fransız üreticilere herhangi bir şekilde zarar vermediği yönündeki savunmalarına karşılık, Fransız Yüksek Mahkemesi bir web sitesi pasif olsa bile, sadece Fransız topraklarındaki erişilebilirliğinin iddia edilen zararı doğurmaya yeterli olduğuna hükmetmiştir. Karbanová, s.51, dn.3'te yer verilen Cour de Cassation, Civ. 1, 9 December 2003, n° 01-03.225

²³¹ Karbanová, s.51; Erişilebilirlik teorisi 2005 yılında Fransız Yüksek Mahkemesinin, Hugo Boss (Cour de Cassation, Cham.Comm., 11 January 2005, n° 02-18.381) davasında yönelim teorisini oluşturmasıyla terk edilmiştir. Karbanová, s.52, dn.4.

kriterlerle nitelikli hale getirilmesi gerektiği baskın şekilde kabul edilmektedir.²³² Ek kriterlerin nelerden ibaret olacağı konusunda mutabakat sağlanmamış olup, konuyla ilgili yol gösterici nitelikte bazı mahkeme kararları mevcuttur. İnternet diğer iletişim yöntemlerine göre daha baskın şekilde kullanılırken, internete özel kurallar öngörülmemiş olması, bu alanda özellikle yüksek mahkemelerin mevcut kuralları nasıl yorumladığının önemini artırmaktadır.²³³ Ancak, konuyla ilgili mahkeme kararlarının da meseleyi her yönüyle inceleyip değerlendirdiğini söylemek maalesef mümkün değildir.

Erişim yerinin bazı ek kriterlerle nitelikli hale getirilmesinde, ilk olarak erişim yerinin mozaik prensibinde öngörülen kriterlerle sınırlandırılması, sonra hedefleme testi ile sınırlandırılmasına değinilecektir.

i. Erişilebilirliğin Mozaik Prensibi ile Sınırlandırılması

İlgili bölümde izah edildiği gibi, Fiona Shevill davasında oluşturulan mozaik prensibi uyarınca, kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlali sonucu birden fazla yerde zarara maruz kalındığında, zararın meydana geldiği her ülkede, o ülkede gerçekleşen zararlar sınırlı olarak forumun hukukuna tabi bir dava açılması veya yayıncının kuruluş yerinde tüm zararlar ilgili karar vermek konusunda yetkili olan mahkemede dava açılması mümkündür. İkinci seçenekte, mahkeme zararın meydana geldiği ülke hukuklarını dağıtılmış şekilde uygulayarak, zarar mozaiklerini bir araya getirerek²³⁴ karar verecektir. Kararın zarar yerinin belirlenmesinde öngördüğü kriterler konusunda tartışmalar yapılmış olmakla birlikte, mozaik prensibine göre bir hukukun uygulanabilmesi için, yayının gerçekleştiği yerde mağdurun tanınmakta olması ve mağdurun o yerde zararının olması koşulları bir arada aranmaktadır.

²³² Jan Oster: "Rethinking Shevill: Conceptualising the EU private international law of Internet torts against personality rights", **International Review of Law, Computers & Technology**, Vol. 26, Nos. 2-3, 2012, p.129. (Çevrimiçi) <http://dx.doi.org/10.1080/13600869.2012.698842>, 22.11.2014.(Kıs: Rethinking Shevill)

²³³ Rolph, s.263.

²³⁴ Oster, Media Law, s.131.

Shevill kurallarına göre, zararın gerçekleştiğinin varsayılması için, davacının dava açmak istediği forumda tanınmakta olması gerekliliği, internet yayınlarına erişilen her yerin değil, mağdurun tanındığı yerlerin yayın yeri olarak daraltılmasını sağlar. Bununla birlikte, bazı durumlarda bizzat internette yapılan yayın sonucu bir kimsenin tanınır hale gelmesi mümkün olduğundan, mağdurun dava açmak istediği yargı alanında tanınması gerekliliğinin, erişim yerleriyle ilgili tam bir sınırlama sağlamayacağı ileri sürülmektedir.²³⁵

İkinci olarak, Shevill kuralları çerçevesinde internet yayını nedeniyle dava açacak davacının, sadece söz konusu yargı alanında yayının erişilebilir olduğunu değil, erişildiğini ve sonucunda itibarının zarar gördüğünü göstermesi gerekmektedir.²³⁶ Bu unsur, bir yandan salt erişilebilirliğin esas alınarak elverişli hukukun uygulanacak hukuk olarak belirlenmesini engellerken, diğer yandan fiilen erişilen her yerin değil, erişim sonucu mağdurun zarara maruz kaldığı yerin hukukunun uygulanmasını öngörerek, erişilebilirlik kriterini sınırlandırmaktadır.

Her ne kadar Shevill kuralları uyarınca davacının zarara maruz kaldığını göstermesi aranmaktaysa da, uyuşmazlığın tabi olduğu maddi hukuk ispat külfetiyle ilgili düzenleme içeriyorsa, bu düzenlemeye riayet edilecektir.²³⁷ Örneğin, İngiliz hukuku bakımından, içeriğe erişilmiş olduğu yani yayının varlığı ispatlandıktan sonra zararın varlığı karine olarak kabul edildiğinden²³⁸, davacının ayrıca itibarının zarar gördüğünü ispatlaması gerekmeyecektir. Ancak, içeriğin şeref ve haysiyetine

²³⁵ Oster, Rethinking Shevill s.116.

²³⁶ Working Document, s.10.

²³⁷Türk Milletlerarası Usul Hukuku sisteminde ispat yükünün kime ait olduğu ve ispatın sırası meseleleri usul hukukuna ait konular olmakla birlikte, genel olarak ispat yükü ile ilgili kuralların bazıları usul hukukuna, bazıları ise maddi hukuka ilişkindir. Çelikel, Erdem, s.497; Nomer, Şanlı, s.379.

²³⁸ İngiliz hukuku bu alanda esas olarak kusursuz sorumluluk sistemine dayanır. İngiliz hukukuna göre, kişinin itibarını ya da saygınlığını olumsuz etkileyen yayınlanmış herhangi bir ifade hakaretimizdir. Davacı sadece kendisi ile ilgili hakaretimiz olduğu iddia edilen yayının davalı tarafından yayımlandığını ve hakaretimiz anlama sahip olduğunu kanıtlamak zorundadır. Bunun kanıtlanması üzerine, davacının zarara maruz kaldığı karine olarak kabul edilir. Aksini ispatlama yükü davalı üzerindedir. Davacı, içeriğin hukuka aykırı olduğu, davalının kötüniyetli olduğunu ispatlamak zorunda değildir. Christie s.2; Robert L. McFarland: "Please Do Not Publish this Article in England: A Jurisdictional Response to Libel Tourism", **Mississippi Law Journal**, Vol.79, No:3, 2010, pp.617-667. <http://ssrn.com/abstract=1514988>, 12.02.2014.

zarar verdiği ya da zarar verme olasılığı olduğu konusunda ispat yükü davacıda olmasa da, İngiliz hukukundaki yasal düzenlemelerle de erişilebilirlik ciddi zarar koşulu ile sınırlandırılmıştır.²³⁹

Shevill kuralları uzun süre kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkı ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun tespiti konusunda belirleyici olmuşsa da, özellikle medya kuruluşları bu kuralların internet çağıyla uyumsuz olduğunu iddia ederek kararın revize edilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Hem uygulanacak hukuk hem de yetkili mahkeme sayısını azaltarak, yayıncı bakımından öngörülebilirliği artırmak için, Shevill kurallarının revize edilmesi gerçekten de gerekliliktir.²⁴⁰ Nitekim mesele ABAD tarafından, aşağıda yer verilecek, eDate Advertising and Martinez kararında değerlendirilmiştir.

ii. Erişilebilirliğin Hedefleme Testi İle Sınırlandırılması

İnternet yayınlarına erişimin hedefleme ya da yönelim testi ile sınırlandırılması, içeriğin bir ülkedeki kullanıcıları hedefleyip hedeflemediğinin belirlenmesine dayanır.²⁴¹ Bu alanda en önemli kararlardan biri Avustralya menşeli Dow Jones v Gutnick²⁴² kararıdır. İnternet yayınlarıyla kişilik hakkının ihlalinde, esasen yargı yetkisi temelinde verilen bir karar olmakla birlikte, internet yayınlarında yayın yerinin belirlenmesi ve uygulanacak hukukun belirlenmesi konularını da etkilemiştir. Dow Jones v Gutnick kararı, internet yayınlarıyla kişilik hakkının

²³⁹ Erişim yerinde şeref ve haysiyetin ihlal edildiğinin kabul edilmesi, İngiltere’de işlenen haksız fiillere İngiliz hukukunun uygulanması ve İngiliz hukukunun bu hukuk alandaki davacı yanlısı hükümleri, İngiltere’yi şeref ve haysiyetin ihlali sebebiyle açılan davalarda cazibe merkezi haline getirmiştir. Bu konudaki tenkitlere kayıtsız kalmayan İngiltere, 2014 yılında yürürlüğe giren 2013 tarihli Defamation Act ile ciddi zarar şartını öngörerek, yayınlanması, davacının itibarına ciddi biçimde zarar vermediği veya ciddi biçimde zarar verme olasılığı bulunmadığı sürece hiçbir açıklamanın şeref ve haysiyetin ihlali niteliğinde olmayacağı yönünde bir hükme yer vermiştir (Defamation Act 2013, m.1). Bu tarihten sonraki mahkeme kararlarında, erişilebilirliğin “ciddi zarar” koşulu ile birlikte değerlendirilerek yargı yetkisi ve uygulanacak hukuk konusunda bir hükme varılması gerektiği, erişilebilirliğin ciddi zarar koşulu ile sınırlandırıldığı görülmektedir.

²⁴⁰ Working Document, s.10.

²⁴¹ Oster, Rethinking Shevill, s.118.

²⁴² Dow Jones & Company Inc v Gutnick [2002] HCA 56.

ihlalinde uygulanacak hukuk ve mahkemelerin yetkisi konularında önemli bir rehber olarak kabul edilmektedir.²⁴³

Olay, tanınmış bir işadamı olarak, Victoria’da (Avustralya) ailesiyle birlikte hayatını sürdürmekte olan ve Amerika ile de önemli bağlantıları bulunan Joseph Gutnick’in, idare merkezi New York’ta bulunan ve dava konusu haberi yayımlayan Barrons Magazine’in yayıncısı olan Dow Jones&Company Inc.’e karşı açtığı davaya ilişkindir. Hedef kitlesi Amerika’daki yatırımcılar olan Barrons Magazine’in haftalık tirajı yaklaşık 300.000’dir ve sadece 5 nüshası Victoria’da satılmıştır. İnternet sürümü de bulunan dergi, New Jersey’de host edilen bir websitesinde de aynı haberleri yayınlamaktadır. Abonelik sistemiyle erişilebilen ve toplamda 550.000 abonesi olan web sitesinin 300’ü Victoria eyaletinden olmak üzere yaklaşık 1700 Avustralyalı abonesi mevcuttur. Gutnick hakkındaki şeref ve haysiyeti ihlal eder nitelikteki iddialara,²⁴⁴ derginin hem yazılı baskısında hem de internet sürümünde yer verilmiştir. Bunun üzerine Bay Gutnick şeref ve haysiyetinin ihlali nedeniyle Victoria’da dava açmıştır. Davacı, içeriğe erişilen yer olan Victoria’da yayının gerçekleştiğini ve Victoria’da sahip olduğu itibarın zarar gördüğünü ileri sürerek, burada maruz kaldığı zararları sınırlı olarak tazminat talep etmiştir. Davalı, içeriğin davacıdan başka kimselere gönderilmesiyle yayın gerçekleştiğinden, içeriğin, sunucuya yüklendiği yer olan New Jersey’de yayınlanmış olduğunu ve dolayısıyla Victoria’da şeref ve haysiyetin ihlalinin gerçekleşmediğini ileri sürmüştür.²⁴⁵

Mahkeme, davalının serveri uygun bir yerde konumlandırarak sorumluluktan kaçınma imkanı sağlayabileceğinden, içeriğin internete yüklendiği yeri internet yayıncılığında kriter olarak kullanmayı reddetmiştir. Davacının içeriği indirdiği Victoria’da yayının gerçekleştiğine hükmederken, içeriğe erişimi hedefleme testine göre değerlendirmiştir. Mahkeme, her erişim yerini yayın yeri yani zararın

²⁴³ Rolph, s.263.

²⁴⁴ Dergi 30.10.2000 tarihinde yayımlanan sayısında “Lanetli Kazançlar” başlığıyla Gutnick’in saygın vatandaş maskesiyle yaşayan bir vergi kaçakçısı olduğu, hisse senedi fiyatlarını manipüle ettiği, kara para aklama suçu işlediği ve benzer ithamlar içeren, fotoğrafların da yer aldığı, bir makaleye yer verir. Bu makale, 28.10.2000 tarihinde derginin online sürümünde de yayınlanır. Posada, s.283.

²⁴⁵ Posada, s.284.

gerçekleşebileceği yer olarak değerlendirmemiş, yayıncının belirli bir yargı çevresindeki yayınlarından sorumlu olmasının, şeref ve haysiyetin ihlaline ilişkin davaların istikrarlı kuralı olduğunu dile getirirken, bu yayınların yayıncının eylemlerinin amaçlanan doğal ya da muhtemel sonucu olması²⁴⁶ gerektiği şeklinde ölçüt koymuştur. Başka bir deyişle, yayıncı belirli yargı bölgelerinde sadece fiillerinin amaçlanan veya doğal ve muhtemel sonucu olan yayınlarından sorumlu olacak, bu kritere uygun şekilde gerçekleşen yayınlar, zarar yerinin belirlenmesinde önemli olacaktır. Kişilik hakkının ihlalinde, belirli bir forumun hedeflendiğinin ispatlanmasında en azından belirli bir ölçüde yayıncının öznel niyetinin mevcudiyetinin tespiti gerekmektedir. Kişilik hakkının ihlali sadece yayıncının kasıtlı eylemleri sonucu değil ihmali sonucunda da gerçekleşebileceğinden, hedefleme, davalının hakkına yönelik zarara neden olup olunmayacağı yayıncı tarafından bilinmeden veya kasıtlı olarak istenmeden de gerçekleşebilecektir.²⁴⁷ Fiillerin “amaçlanan veya doğal ve muhtemel sonucu” ibaresi ile de ihlalin kasten veya ihmal sonucu gerçekleşebileceği vurgulanmıştır.

Mahkeme bir içeriğe belirli bir yargı bölgesinde erişimin hedeflenip hedeflenmediğine ilişkin değerlendirmeyi yaparken web sitelerini iki kategoriye ayırmıştır. İlk grupta, dünyadaki her kullanıcının anonim olarak içeriğe erişebileceği açık ya da serbest erişimli web siteleri ile web sitesini işletenin kontrolü olmadan takma ad ve şifre kullanılarak erişilen web siteleri yer almaktadır. İkinci grupta ise siber alanı işleten tarafından kullanıcıların tamamen tanımlandığı, kontrole tabi, kapalı ya da sınırlı erişimli web siteleri yer almaktadır. Erişimin ücretli olması halinde kontrolün kredi kartı kullanımıyla sağlanabileceği, ücretsiz olması halinde kullanıcılardan ad, yerleşim yeri ve benzeri bilgileri kapsayan kapsamlı tanımlama talep edilerek sağlanabileceği belirtilmektedir.²⁴⁸

Web sayfasının kapalı ya da sınırlı erişimli olduğu hallerde, web sitesini işletenin belirli forumlardan kullanıcıları kabul etmekle, onların bulunduğu forumları

²⁴⁶ Dow Jones&Company Inc v Gutnick [2002] HCA 56, par.124.

²⁴⁷ Oster, Rethinking Shevill, s.118.

²⁴⁸ Posada, s.288-289.

hedeflediği ve içeriğin abonelerinin yerleşik olduğu her yerde indirileceğini bilecek ya da öngörebilecek durumda olduğu kabul edilmektedir.²⁴⁹ Mahkeme kararında açıkça "öngörülebilirlik" meselesine değinmemiş olsa da, hükmü oluştururken, dolaylı olarak öngörülebilirliğe dayanmıştır.²⁵⁰ Böylece, kapalı ya da sınırlı erişimli bir web sitesinin abonelerinin bulunduğu forum ya da forumların yayıncı tarafından hedeflendiği, dolayısıyla bu yerlerde aboneler tarafından içeriğe erişimin yayın anlamına geldiği ve içeriğin indirildiği yerlerin yayın yeri olduğu kabul edilmiştir.

Açık ya da serbest erişimli web siteleri bakımından, mahkeme, çeşitli kriterler vasıtasıyla belirli bir forumun hedeflendiğinin açık şekilde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Mahkemeye göre, hiçbir forumu hedef almayan içerik, birçok kullanıcı tarafından erişilmiş, okunmuş veya görülmüş olmasına karşın kişilik hakkının ihlaline vücut vermeyecektir.²⁵¹

Sonuç olarak, mahkeme, Victoria'nın davalı tarafından hedeflenmiş olduğuna, abonelerin Dow Jones'in ödeme dahil diğer koşullarını yerine getirerek ve şifrelerini kullanarak içeriği indirdikleri Victoria'da yayının gerçekleştiğine ve dolayısıyla lex loci delicti kuralına göre uyuşmazlığa Victoria hukukunun uygulanacağına hükmetmiştir. Kararda ayrıca, dava sebebinin oluşturduğu bir içeriğin sadece erişilebilir olması değil, kullanıcı tarafından indirilmesi ve öğrenilmesi ile haksız fiilin tamamlanarak yayının gerçekleşeceği ile şeref ve haysiyetin ihlalinden bahsedebilmek için saldırıya maruz kalan kişinin içeriğin indirildiği yerde itibara sahip olması koşulunun tekrar altı çizilmiştir.²⁵²

Avustralya mahkemesinin bu kararı başka ülkelerde iş yapmak, başka ülkelerin alt yapısını kullanmak isteyenlerin, bu ülkelerin hukukuna uyum sağlaması

²⁴⁹ Posada, s.289, 294.

²⁵⁰ Svantesson, Place Of Wrong, s. s.174; Kararda, özellikle, worldwideweb'de bilgi yayınlayan kişilerin, sundukları bilgilerin, herhangi bir coğrafi kısıtlama olmaksızın herkes tarafından erişilebilir olduğunu bildiklerine vurgu yapılmasının, öngörülebilirlik temelinde ulaşılan sonuçla çelişkili olduğu değerlendirilmektedir. Svantesson, Place Of Wrong, s.173, dn. 94'te anılan Dow Jones&Company Inc v Gutnick [2002] HCA 56, para 39.

²⁵¹ Posada, s.289, 294.

²⁵² Posada, s.290.

gerektiğine vurgu yaparken, mahkemenin ABD’li yayıncıların ABD dışında yaşayanlar üzerinden haksız ekonomik avantajlar elde edeceği Amerikan hukuk hegemonyasını engellemeye de önem verdiği belirtilmektedir. Ayrıca Mahkeme, bilginin daha geniş kitlelere dağıtılması yönünden internetin yapısının radyo ve televizyondan temel bir farklılığa sahip olmadığını ve internet için yeni bir kurala ihtiyaç olmadığını da tespit etmiştir.²⁵³

Yönelim ya da hedefleme teorisine göre karara bağlanan, 2006 tarihli Normalu²⁵⁴ kararında, Paris Yüksek Mahkemesi bir websitesine tüm dünyada erişebilmenin internetin doğasından kaynaklandığını ve bu kriterin tek başına belirleyici olamayacağını, diğer türlü Fransız mahkemelerinin yargı yetkisinin sistematik olarak doğacağını belirterek, Fransa’nın zarar yeri ülkesi olduğunu ileri sürmek için her davada, hukuka aykırı olduğu iddia edilen eylem ile iddia edilen zarar arasında yeterli, temel veya önemli bir bağlantı olması gerekliliği bulunduğu hükmetmiştir.

Normalu kararında mahkeme yol gösterici şekilde, eylem ile zarar arasında yeterli, temel veya önemli bir bağlantı bulunup bulunmadığının tespitinde kullanılacak somut kriterler belirlemiştir. Mahkemeye göre, websitesinin dili, ödeme gerçekleştirmek için kullanılan para birimi, katma değer vergisi aralığı, ürünlerin Fransa’ya teslimi olasılığı gibi kriterler eylem ile zarar arasında yeterli, temel veya önemli bir bağlantı bulunup bulunmadığına gösterge olarak değerlendirilebilecektir. Söz konusu davada web sitesi İngilizce hazırlandığından, Fransız tüketicilere herhangi bir ürün önermediğinden ve ürünün Fransa’da satışta olabileceği yönünde bir kanıt olmadığından, yeterli, temel veya önemli bir bağlantı tespit edilemediğine, dolayısıyla Fransa’nın zarar yeri ülkesi olmadığına hükmedilmiştir.

²⁵³ Warshaw, s.283.

²⁵⁴ Karbanová, s.52, dn.5’te yer verilen Courd’appel de Paris, 4ème chambre, section A, 26 April 2006, Fernard S.,Normalu/Acet.

Bir grup futbolcunun resim, bilgi ve kulüp işaretlerini izinsiz şekilde kullanan çevrimiçi bahis şirketi aleyhine, oyuncular üzerindeki çevrimiçi bahsi durdurma talebiyle açılan 2008 tarihli Zidane ve diğerleri²⁵⁵ davasında da, yönelim teorisi uyarınca Normalu davasında ortaya konulan kriterler kullanılmıştır. Mahkeme, web sitesinin Fransız dilinde düzenlenmediği, Fransız futbol maçları üzerinde hiçbir bahis olmadığı, sitenin işleyişi ve içeriği ile Fransız bet oyuncularını hedef almadığını göz önünde bulundurarak, eylem ile Fransız toprakları ile yeterli, temel ya da önemli bir bağlantı bulunmadığına hükmetmiştir.

2009 tarihli Şili Cumhuriyeti/Gazmuri²⁵⁶ kararında ise Fransız mahkemesi yine yönelim teorisini kullanarak bu kez yeterli bağlantının mevcudiyetini tespit etmiştir. Şilili sanatçı Hernan Gazmuri'nin resimlerinin reproduksiyonlarının, Santiago de Chile müzesinin web sitelerinde izinsiz olarak yer alması nedeniyle Şili Cumhuriyeti'ne karşı açılan davada, mahkeme, web sitesinin İspanyol dilini kullanmış olması ve Şili'de düzenlenmiş olmasına rağmen, amacın müzenin belgeleri ile uluslararası sanatsal topluluk oluşturmak olduğu, web sitesinin tüm dünyaya açık olduğu ve dolayısıyla Fransız halkının böyle bir hukuka aykırı eylemden etkilenebileceğini belirterek uyuşmazlıkla Fransa arasında yeterli bağlantının bulunduğunu kabul etmiştir.²⁵⁷

²⁵⁵ Karbanová, s.52, dn.7'de yer verilen Courd'Appel de Paris, 11ème chambre – section B, 14 February 2008, n°06/11504.

²⁵⁶ Karbanová, s.52, dn.8'de yer verilen Courd'Appel de Paris, 1ère chambre, 9 September 2009, n° 08/17985.

²⁵⁷ Yukarıda yer verilen kararlara karşın, Fransız mahkemelerinin her durumda istikrarlı şekilde yönelim teorisini uygulamadığı, fikri mülkiyet haklarının korunması ile ilgili davalarda erişilebilirliği sınırlayacak kriterler kullanmakta isteksiz olduğu görülmektedir. Fikri mülkiyet haklarının ihlaline ilişkin davalarda yönelik kriterinin yerine erişilebilirlik ve dava konusu ürünlerin Fransa'da bulunabilmesi anlamında elverişlilik kriterleri kullanılmaktadır. Elverişlilik kriterinin değerlendirilmesi için mahkeme, websitenin dili, websitesi başka bir dilde hazırlanmış olsa bile, Fransız müşterilerin Fransızca düzenlenmiş sayfalara kolayca yönlendirilmesi, websitesinde Fransız kullanıcıların eklediği yorumlar bulunması gibi göstergeler belirlemiştir. Detaylı bilgi için bkz. Karbanová, s.53 vd.

(4) eDate/Martinez Kararının Uygulanacak Hukukun Belirlenmesine Etkisi

ABAD'ın eDate Advertising and Martinez v MGN²⁵⁸ kararında, kitle iletişim araçlarıyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerinden doğan sorumlulukta milletlerarası yetkinin tesisinde, Fiona Shevill kararında oluşturulan prensiplerin, sorumluluğun internet yayınlarından kaynaklanması halinde de uygulanabilir olup olmadığı tartışılmıştır. Karar esasen milletlerarası yetkinin belirlenmesi bakımından Fiona Shevill kararının prensiplerine ilave kurallar oluşturması bakımından önemli olup, doğrudan uygulanacak hukuk konusunu ele almamıştır. Ancak, internet yayınlarıyla kişilik hakkının ihlalinde, zararlı olayın gerçekleştiği yerin belirlenmesi hakkındaki prensipleri uygulanacak hukuk konusunda da etkili olduğundan, bu bölümün amaçlarıyla sınırlı olarak karara yer verilmesi uygun görülmüştür.

eDate Advertising and Martinez v MGN kararı, internet yayınlarıyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlali nedeniyle Almanya ve Fransa'da açılmış iki farklı davada, bu davaların yürütüldüğü ulusal mahkemelerin, internet yoluyla gerçekleşen ihlallerde zararlı olayın nerede gerçekleşmiş kabul edilmesi gerektiği konusunda ön karar talebiyle ABAD'a başvurması üzerine verilmiştir.

İlk olarak, X and eDate Advertising GmbH (Case C-509/09) davasına konu olan olayda, Avusturya'da kurulmuş, www.rainbow.at adresinde bir internet portalı işleten eDate Advertising, 1993 yılında tanınmış bir Alman oyuncunun öldürülmesinden ötürü hüküm giymiş bir Alman vatandaşı hakkında haber yayınlamış ve 2007 yılına kadar bu haber erişilebilir durumda muhafaza edilmiştir. Hükümlünün başvurusu üzerine eDate Advertising içeriği kaldırmıştır. Bunun üzerine hükümlü Alman mahkemelerine başvurarak, gelecekte de kendisi hakkında yayın yapılmasının engellenmesi yönünde karar verilmesini talep etmiştir. eDate Advertising, davacının davasını kabul eden alt mahkemelerin kararlarına karşı, Alman mahkemelerinin yargı yetkisini bulunmadığını ileri sürerek Alman Federal

²⁵⁸ Joined Cases C-509/10 and C-161/10 eDate Advertising and Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Ltd [2011]

Mahkemesi'ne temyiz başvurusunda bulunmuştur. Alman Federal Mahkemesi, Brüksel I Tüzüğü'nün 7/3 (eski m.5/3) maddesi uyarınca Alman mahkemelerinin milletlerarası yetkiye sahip olduğuna karar vermiş ancak uyuşmazlığa Alman ya da Avusturya hukukunun uygulanmasının E-Ticaret Direktifinin²⁵⁹ 3/1 ile 2. maddelerinin yorumuna bağlı olduğuna hükmetmiştir.²⁶⁰

İkinci olarak, Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Ltd (Case C-161/10) davasına konu olan olayda, İngiliz Sunday Mirror gazetesi, www.sundaymirror.co.uk adresinde erişilebilir websitesindeki yayınında, Fransız vatandaşı Olivier Martinez ve aktris Kylie Minogue'nin ilişkilerini tekrar başlattıklarına ilişkin bir haber yayınlamış, haberde tarafların Paris'teki buluşmalarıyla ilgili detaylara ve Martinez'in babası Robert Martinez'in bu buluşma hakkında söylediği iddia edilen bazı ifadelere yer verilmiştir. Olivier ve Robert Martinez, Sunday Mirror'un sahibi olan MGN Ltd'ye karşı, özel yaşam haklarının ihlali ve Olivier Martinez'in görüntüsü üzerindeki hakkının ihlali gerekçeleriyle, Paris Mahkemesinde dava açmışlardır. Davalı, haber metni ve resimlerin çevrimiçi yayına sunulması ile Fransa'da meydana geldiği iddia edilen zarar arasında yeterli bağlantı olmadığını iddia etmiştir. Ulusal mahkeme, zararlı olay internet ortamında gerçekleştiğinde, zararlı olayın bir Üye Devletin topraklarında oluştuğunun kabulü için, olayla o yer arasında yeterli, temel veya önemli bir bağlantının bulunması gerektiğini belirterek, internet aracılığıyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlalinde yargı yetkisinin tesisi bakımından Brüksel I Tüzüğü'nün 4. (eski m.2) ve 7/3 (eski m.5/3) maddelerinin yorumlanması gerektiğine karar vermiştir.²⁶¹

Bu değerlendirmeler sonucunda, hem Alman Federal Mahkemesi hem de Paris ilk derece Mahkemesi, ABAD'a başvurarak, internet aracılığıyla kişilik hakkının ihlal edilmesi halinde zararlı olayın meydana geldiği yerin neresi olduğu

²⁵⁹ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce') (OJ 2000 L 178, p. 1)

²⁶⁰ Joined Cases C-509/10 and C-161/10 eDate Advertising and Olivier Martinez, Robert Martinez v MGN Ltd [2011], par. 16, 17, 18, 19, 20.

²⁶¹ Par. 25,26,27,28.

konusunda bir ön karar verilmesi talebinde bulunmuşlardır. Her iki mahkeme de, özetle, zararlı olayın meydana geldiği yerin web sitesine erişilebilen herhangi bir yer olarak mı kabul edileceğini yoksa sadece erişilebilirliğin ötesinde yargı çevresi ile özel bir bağlantı bulunmasının gerekip gerekmediğini, eğer özel bir bağlantı gerekliyse, bu bağlantının hangi kriterlere göre tespit edilmesi gerektiğini sormuştur.²⁶²

Mahkeme, zararlı olayın gerçekleşme yerinin hem zarar yerini hem de zarara neden olan olayın gerçekleştiği yeri kapsadığını hatırlatarak ve birden fazla ülkede dağıtılarak birden fazla yerde zarara neden olan gazete haberi ile kişilik hakkının ihlali hakkındaki Fiona Shevill davasında oluşturulan prensiplere değinerek, geleneksel medya yayınları ile internet yayınlarının birbirinden ayrılarak ve prensip olarak farklı şekilde değerlendirilerek ele alınması gerektiğine hükmetmiştir.²⁶³

Mahkeme, internetin teknik özelliklerinden dolayı, dağıtım kriterinin internet yayınları bakımından etkili şekilde kullanılamayacağı, teknik olarak bir üye devletteki dağıtımın belirli ve kesin şekilde ölçülmesi mümkün olamayacağından, o ülkede meydana gelen zararın değerlendirilmesinin de her zaman mümkün olamayacağı görüşündedir.²⁶⁴ Bu nedenle bir internet yayını sonucu kişilik hakkı zarar gören kişinin, Avrupa Birliğinde ihlalin neden olduğu zararın meydana geldiği yere bağlı olarak, zararın tümü bakımından bir forumda dava açabileceği şekilde, Fiona Shevill davasında belirlenen bağlama noktalarının uyarlanması gerektiği belirtilmiştir. Kararda, çevrimiçi ortamda yayınlanan bir materyalin bir kimsenin kişilik hakkına verdiği zararın, en doğru şekilde mağdurun menfaatlerinin merkezinin bulunduğu yerdeki mahkeme tarafından değerlendirilebileceği sonucuna varılmıştır.²⁶⁵ ABAD bu kararı ile dağıtım koşulunu internet yayınları bakımından yorumlayarak erişilebilirlik ile eşitlemiş ve aynı zamanda uyumsuzluğun ağırlık merkezi doktrinini oluşturmuştur.

²⁶² Par. 25, 29.

²⁶³ Par. 41-45.

²⁶⁴ Par. 46.

²⁶⁵ Par. 48.

Yargı yetkisinin tesisi bakımından önemli olan uyuşmazlığın ağırlık merkezinin tespitinde kullanılması önerilen kriterler, hedefleme testinde kullanılan kriterlerle benzerdir. Uyuşmazlığın ağırlık merkezinin öncelikle mağdurun menfaatlerinin merkezinin bulunduğu yerde olduğu ifade edilmektedir. Yayınlanan materyalin belirli bir yer ile objektif olarak ilgili olması, orada ilgi uyandıracak ve oradaki okurları söz konusu materyale aktif olarak erişmeye teşvik edecek şekilde yayınlanmış olması gibi kriterler yanında, yayıncının niyeti, alan adı, web sitesinin dili, web sitesinin içeriğinin farklı ülkelere göre sınıflandırılması veya mevcutsa reklamcılık gibi başka göstergelerin de nazara alınabileceği belirtilmektedir.²⁶⁶

Davada uyuşmazlığın ağırlık merkezinin tespiti için öngörölmüş kriterlerin, yayının belirli bir forumu hedefleyip hedeflemediğinin tespitinde de kullanılması mümkündür. Ancak, Fiona Shevill kararından farklı olarak, eDate/Martinez kararının prensipleri uygulanacak hukuk konusunda çözüm sağlamamıştır. ABAD, internet yayınlarıyla ilgili uygulanacak hukuk konusundaki sorunu çözmeden bırakmış ve bu konuda değerlendirme yapmaktan kaçınmış olsa da, bu konuda etkisiz olduğu söylenemez. Mahkeme, Alman mahkemesinin sorusuna cevaben E-Ticaret Direktifinin bazı maddelerini²⁶⁷ yorumlarken, Direktifin ilgili düzenlemesinin kanunlar ihtilafı kuralı olarak iç hukuklara aktarılmasının gerekmediğini, ancak koordineli alanlarla ilgili olarak, üye devletlerin, bir elektronik ticaret hizmet sağlayıcısını, kurulduğu üye devlette geçerli maddi hukukta öngörölenenden daha katı şartlara tabi tutmamayı garanti etmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu yorum uyarınca, her ülkenin kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak, internet yayınlarıyla kişilik hakkından doğan sorumluluğa uygulanacak hukuku belirlemeye devam edeceği anlaşılmaktadır. Ancak, elektronik ticaret hizmet sağlayıcısının bir üye

²⁶⁶ Opinion of Advocate-General Cruz Villalón of 29 March 2011, Cases C-509/09 and C-161/10.

²⁶⁷ Bilgi toplumu hizmetleri, kamu çıkarının etkili şekilde korunması ilkesi doğrultusunda söz konusu faaliyetin kaynağında denetlenecektir (Resital 22); Bu direktif, yasalar çatışması konusunda yeni uluslararası özel hukuk kuralları koymayı ya da Adalet Divanı'nın yetkisine giren konuları düzenlemeyi amaçlamamaktadır. Buna karşılık, uluslararası özel hukuk kurallarıyla saptanmış olan uygulamadaki hukuksal düzenlemeler, bu direktifte öngöröldüğü şekliyle bilgi toplumu hizmetlerinin serbest edimini kısıtlamamalıdır (Resital 22); Her üye devlet, kendi ülkesinde yerleşik (kurulmuş, merkezi bulunan) bir hizmet sunucunun sunduğu bilgi toplumu hizmetlerinin söz konusu üye devlette koordine alanlar kapsamına giren ulusal hükümlere uymasını temin eder (m.3/1); Üye devletler, koordine alanlar kapsamına giren nedenlerle, bir başka üye devletten bilgi toplumu hizmetlerinin sunulmasını kısıtlayamazlar.

devlette kurulmuş olması halinde, söz konusu üye devletin hukuku hizmet sağlayıcının korunmasının asgari seviyesini oluşturacaktır. Kuruluş yeri hukukunun hizmet sağlayıcı için daha elverişli olduğu hallerde, üye devletin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek hukuk değil, hizmet sağlayıcının kuruluş yeri hukuku uygulanacaktır.²⁶⁸

eDate/Martinez kararı bu yorumuyla, menşe ülke prensibinin zaferi olarak da değerlendirilmektedir. Ancak prensip, sadece bir üye devlette kurulmuş yayıncının söz konusu olduğu davalar bakımından kanunlar ihtilafı kuralı olarak kabul edilebilecek, yayıncı üçüncü bir ülkede kurulmuş olduğunda üye devletlerin milli kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacaktır.²⁶⁹

Yayıncının kuruluş yerinin üye devlette olup olmadığına bağlı olarak farklı kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması adil değildir. Diğer yandan, menşe ülke prensibinin kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlaliyle ilgili bir davada uygulanması, menşe Avrupa ülkesinin ifade özgürlüğünü koruma standardının davada asgari standart olarak belirleyici olacağı anlamına gelecektir. Bu da muhtemelen Avrupa elektronik ticaret hizmet sağlayıcısının ifade özgürlüğüne en üst düzeyde koruma sağlayan üye devlette kurulmasına ve üye devletlerin kişilik hakkına ilişkin düzenlemelerinin en düşük paydada uyumlaştırılmasına yol açacaktır.²⁷⁰ Diğer yandan, basitçe uygulanabilir nitelikteki menşe ülke prensibi, gazete, radyo ve televizyon yayınları bakımından ve hizmet sağlayıcının AB dışında kurulmuş olduğu hallerde uygulanabilir olmadığından, kararın çözüm getirdiği değil daha fazla karmaşaya neden olduğu söylenebilecektir.

²⁶⁸ Nagy, s.292.

²⁶⁹ Kuipers, s.1698.

²⁷⁰ Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.23.

C. Yayıncı ile Mağdurun Menfaatlerinin Dengelenmesi: Öngörülebilirlik

Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun belirlenmesinde ika yeri kuralı uygulanırken fiil yeri ya da zarar yerine odaklanmak, yukarıda izah edildiği gibi, davacı ya da davalı lehine sonuç doğurmaktadır. Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda da, tüm uyuşmazlıklarda olduğu gibi hukuki belirliliğin mevcut olması, tarafların davalarına hangi hukukun uygulanacağı öngörecekte durumda olmaları gerekmektedir. Öngörülebilirliğin sağlanmasının bağlama kurallarının amaçlarından olduğu göz önünde tutularak, çatışan hakları temsil eden her iki taraf için de öngörülebilirlik eşit derecede önemli iken, fiil yeri ve zarar yeri şeklindeki temel yaklaşımlardan hiç biri, taraflar için bu gereksinimi tamamen karşılayamamaktadır.

Fiil ya da zarar yerinin bağlama noktası olarak belirlenmesi halinde doğacak sonuçlar mukayese edildiğinde, zarar yerinin bağlama notası olarak seçilmesi durumunda, yayıncının her yayın öncesinde doğabilecek sorumlulukla ilgili analiz yapması külfetli bir görev anlamına gelmesine rağmen, zarar yeri kriterinin fiil yeri kriterine nazaran öngörülebilirlik amacına daha fazla hizmet ettiği görülmektedir.²⁷¹ Bununla birlikte, zarar yeri kriterine üstünlük tanınmasıyla yayıncı aleyhine bozulan dengenin de düzeltilmesine ihtiyaç vardır. Esasen, ika yeri olarak zarar yerinin tercih edilmesine karşı en güçlü eleştiri de, zarar yeri hukukunun uygulanmasının haksız yere mağduru korumasından hareketle ileri sürülmektedir. Fiil yeri hukukunun uygulanmasıyla failin korunması ne kadar yanlış ise, zarar yeri hukukunun uygulanmasıyla mağdurun korunması aynı derecede yanlıştır.²⁷²

Eylemi gerçekleştirdiği çevrenin yasal standartlarına uygun şekilde hareket etmiş faile, zararın meydana geldiği yerde hukuki sorumluluk yüklenmesinin doğru olmadığı belirtilerek, bu durumda fail ile mağdurun haklarının dengelenmesi gerektiğini savunulmakta ve dengeleyici enstrüman olarak öngörülebilirlik ortaya konulmaktadır. Buna göre fail, kendi bulunduğu yer dışında, eyleminin zararlı

²⁷¹ Nagy, Szabo, s.211.

²⁷² Turhan, İka Yeri Kuralı, s.182.

sonuçlarının doğabileceğini makul şekilde öngörebileceği yerlerin yasal standartlarını da göz önünde bulundurmalı ve eyleminin bu yerlerde zarara neden olması halinde bu yerlerin hukuku zarar yeri hukuku olarak uygulanabilir olmalıdır.²⁷³

İka yeri olarak zarar yerini kabul eden hukuk düzenlerinde, bozulan dengenin yeniden kurulmasını temin etmek üzere, bağlama kurallarında, uyumsuzluğa zarar yeri hukukunun ve çoğu zaman zarar yeri ile örtüşen mağdurun mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uygulanmasının ön koşulu olarak, yayıncının bu yerlerde zararın gerçekleşeceğini öngörmesi veya öngörebilecek durumda olması şartına yer verilmektedir.²⁷⁴

1. Davacı Bakımından Öngörülebilirlik

Menşe ülke yaklaşımının benimsenerek ika yeri kuralının fiil yeri olarak yorumlanması, yayıncı bakımından hukuki belirliliği sağlamaktadır. Mağdur kişilik hakkına yönelik saldırının hangi kaynaktan geleceğini ve dolayısıyla uygulanacak hukuku saldırıdan önce tahmin edemezken, yayınlanacak içerikle ilgili hakim durumda olan yayıncı, yayın öncesinde birtakım incelemeler ve değerlendirmeler yapabilecek durumdadır. Fiil yeri kriterine göre belirlenecek uygulanacak hukuk yayıncının işyerinin, işyeri merkezinin veya editoryal kontrolün icra edildiği yerdeki hukuk olacağından, yayıncı doğal olarak, uygulanacak hukuku bilecek durumda olacaktır. Ancak kişilik hakkı ihlal edilen mağdur bakımından fiil yeri hukuku, kendisiyle hiçbir bağlantısı bulunmayan, önceden tahmin edemeyeceği herhangi bir ülkenin hukuku olabilecektir. Mağdur bakımından öngörülebilirlik sağlayamadığından, kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun fiil yeri kriterine göre tespiti benimsenmemektedir.

²⁷³ The Commission Working Paper, No:87, s.122; Turhan, İka Yeri Kuralı, s.182.

²⁷⁴ Nagy, s.286.

İlgili bölümlerde değinildiği üzere, kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun tespitinde asli bağlama noktası olarak fiil yerinin benimsenmesi yaygın şekilde kabul görmüş değildir.²⁷⁵ Fiil yeri hukukunun uygulanması, az sayıdaki milli hukuk düzenlemeleri bir tarafa bırakılırsa, genellikle davacının ya da mahkemenin seçimi üzerine söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla öngörülebilirlik gerekliliğinin, daha ziyade, uygulanacak hukukun zarar yeri kriterine göre belirlendiği hallerde davalının durumu bakımından ele alınması gerekmektedir. Bu alandaki bağlama kurallarının, davalı tarafından öngörülebilir hukuk sistemlerinin uygulanmasını sonuçlayacak şekilde tasarlanması gerekmektedir.²⁷⁶

2. Davalı Bakımından Öngörülebilirlik

Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun tespitinde kullanılacak bağlama kuralının, davalı bakımından öngörülebilirlik sağlaması konusundaki aşırı vurgunun nedeni, davalının eylemlerini temel bir hak olan ifade özgürlüğü alanında gerçekleştirmesi nedeniyle, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin diğer davalarda olduğundan daha fazla korunmasının gerekli olmasıdır.²⁷⁷ Zarar yeri kriterinin öngörülebilirlik koşuluyla sınırlanması suretiyle, yayıncının meşru menfaatleri korunmaktadır.²⁷⁸

Varış yeri yaklaşımının benimsenerek ika yeri kuralının zarar yeri olarak yorumlanması, mağdur bakımından öngörülebilirlik gereksinimi karşılamaktadır. Mağdur, korunmaya değer menfaatlerinin bulunduğu ve zarar gördüğü yerin hukuk atmosferinde korunmakta olduğundan, tatbik edilecek kurallara aşınadır. Ancak, uygulanacak hukukun tespitinde zarar yeri hukukunun uygulanması yayıncı bakımından aynı olumlu sonuçları doğurmaz. Halbuki ifade özgürlüğü hakkı üzerinde caydırıcı etkilerin önlenmesi, hukukumuzda ve çalışmamızda mukayeseli

²⁷⁵ Bkz. yuk. s.395 vd.

²⁷⁶ Thiede, McGrath , s.19.

²⁷⁷ George, 'Heiderhoff: Privacy and Personality Rights in the Rome II Regime-Yes, Lex Fori, Please!'

²⁷⁸ Cuniberti, Von Hein on Rome II and Defamation.

şekilde iç hukuk düzenlemelerine yer verilen Avrupa ülkelerinde, AİHS ve AİHM içtihatları gereğince bir yükümlülük olduğundan, bu alandaki kanunlar ihtilafı kuralı da bu yükümlülüğe uygun şekilde tasarlanmalı, uygulanacak hukuk konusunda, yayıncı bakımından hukuki belirlilik sağlayacak şekilde öngörülebilirlik sağlamalıdır.²⁷⁹ Haksız fiil hukukunun amaçları bakımından da, haksız fiili işleyebilecek yayıncının, eyleminin ne zaman haksız fiil teşkil edeceğini ve sorumluluğunun kapsamını bilebilecek durumda olması gereklidir.²⁸⁰

a. Davalının Sorumluluğunun Yayını Ulaştırma Amacının Bulunduğu Yerlerde Meydana Gelen Zararlarla Sınırlandırılarak Öngörülebilirliğin Sağlanması

Teknik imkanların gelişmesiyle, çok daha geniş kitlelere yayın içeriğini sunmanın mümkün hale gelmesi, olası bir davada yayıncıların birden fazla ve farklı devletlerin hukuklarına tabi olma ihtimalini de artırmıştır. Kimi hallerde, elverişli kurallara sahip bir forumun mahkemelerine başvurabilmek veya hukukunun uygulanmasını sağlamak amacıyla, bizzat mağdur tarafından yayın yerinin manipüle edilmesi mümkün hale gelmiştir. Jameel v Dow Jones²⁸¹ davası bu duruma çarpıcı bir örnek teşkil etmektedir.

Dava konusu olayda, Wall Street Journal Europe, ABD makamlarının talebi üzerine Suudi Arabistan Merkez Bankasının, Suudi Arabistanlı bir işadamı ve bu işadammın genel müdürü olduğu Suudi Arabistan'da kurulmuş şirketin terörist aktivitelere fon yönlendirmekle bağlantılı birçok banka hesabını takip ettiği iddialarına yer veren bir haber yayınlamıştır. Bunun üzerine, dergi hakkında İngiltere'de dava açılmıştır. Olayın en ilginç kısmı, İngiltere'de dava sebebi oluşturan yayının sadece beş kopyasına, üç okur tarafından internet üzerinden erişilmiş olması, bunlardan ikisinin davacının iş ortakları, birinin ise davacının

²⁷⁹ Thiede, McGrath , s.15.

²⁸⁰ Thiede, McGrath , s.15.

²⁸¹ Jameel v Dow Jones [2005] QB 946.

avukatı olmasıdır.²⁸² Sonuçta, forumda yayının yetersiz seviyede veya miktarda olduğu, İngiltere’de gerçek ve önemli bir haksız fiil gerçekleştiğinin ortaya konulmadığı gerekçeleriyle dava reddedilmiştir.²⁸³

Davacının oluşturduğu koşullarla dava hakkının kötüye kullanılmasının²⁸⁴ bir örneğini teşkil eden olayın da gösterdiği gibi, taraflar arasındaki dengenin sağlanması için yayın yerinin geniş şekilde tanımlanmaması, birtakım kriterle sınırlandırılması gerekmektedir.

Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlaline ilişkin davalarda, yayıncının bir yerde zararın meydana gelebileceğini öngörebilmesi, o yerde söz konusu içeriği dağıtım amacının bulunmasına bağlı olduğu kabul edilmektedir. Bir yayıncının, yayınlarının bilinçli olarak ve dolayısıyla öngörülebilir olarak dağıtıldığı yerdeki hukukun uygulanacağını bilebilecek durumda olduğu kabul edilir.²⁸⁵

Yayıncının öngörme koşulunun gerçekleşmesi, bir yerde dağıtım yapma amacının varlığına bağlı olduğuna göre, “dağıtım yapma amacının varlığı” konusuna daha yakından bakmak gerekmektedir. Bu konuda ilk olarak, dağıtım amacının yayın yapma amacı olarak anlaşılması gerektiği belirtilmelidir. Hatırlanacağı üzere, dağıtım yayının en yaygın şekli olup, gösterilme ve asılma şeklinde de yayın gerçekleşebilmektedir. İkinci olarak, yayıncının bir yerde yayın yapmış olduğundan bahsedebilmek için, yayıncının belirli bir çevrede yayın yapma iradesinin varlığı ve sürecin yayıncı tarafından yönetilmesi gerektiği göz önünde bulundurulmalıdır.

Üçüncü ve son olarak, yayın sonucu kişilik hakkı ihlal edildiğinden, yayıncının bilinçli olarak yayını dağıtmasındaki “bilinç” unsurunun, haksız fiilin

²⁸² Avi Bell: “Libel Tourism: International Forum Shopping for Defamation Claims”, 2008, Jerusalem Center for Public Affairs, Legacy Heritage Fund. s.24-25. (Çevrimiçi) <http://jcpa.org/wp-content/uploads/2011/09/libeltourism.pdf>, 30.10.2012.

²⁸³ Garnett, Richardson, s.12.

²⁸⁴ Garnett, Richardson, s.12.

²⁸⁵ Thiede, McGrath , s.16.

kusur unsuru çerçevesinde değerlendirilerek tespit edilmesi gerekmektedir. Haksız fiillerde kusur, kasıt veya ihmâl şeklinde ortaya çıkabilmektedir.²⁸⁶ O zaman, yayıncının bir yerde yayının gerçekleşmesini amaçlaması veya amaçlamış olmamakla beraber o yerde yayının gerçekleşmesini engellemek için iradesini yeter derecede kullanmaması hallerinde, yayının gerçekleşmesinde yayıncının dağıtım amacının bulunduğu kabul edilecektir. Bu konu, bir dizi mahkeme kararına konu edilmiş ve sonuç olarak yayıncının belirli koşullar altında, ihmali sonucu gerçekleşen yayınlar nedeniyle de sorumlu tutulabileceğine hükmedilmiştir.

Bu konuda örnek olarak, bir Avustralya mahkeme kararından²⁸⁷, Urbanchich v Drummoyne Municipal Council²⁸⁸, bahsedilebilir. Dava konusu olayda, New South Wales Şehir Taşımacılığı'nın kontrolündeki bazı otobüs duraklarına Nazi üniformalı kişilerin fotoğrafını içeren afişler yapıştırılmış, afişte resmi bulunanlar arasında yer verilen davacı Lyenko Urbanchich'in yüzü daire içine alınarak, afişin metin kısmına diğer ithamlar yanında, Urbanchich'in bir savaş suçlusu olduğu, Adolf Hitler ile işbirliği yaptığı ve Liberal Parti'de nazizmi teşvik ettiği gibi ifadelere yer verilmiştir. Davacı Urbanchich, taşımacılık şirketine başvurarak afişlerin kaldırılmasını talep etmiş ancak afişler bir ay daha duraklarda asılı olarak kalmıştır. Mahkemeye göre, davacı davalının söz konusu içeriğin varlığından haberdar olduğunu, onu kaldırma imkanı bulunmasına rağmen içeriğin varlığını sürdürmesine izin verdiğini, kabul ettiğini, desteklediğini veya bir şekilde onayladığını kanıtlamalıdır. İtham edilen şirketin eyleminin, yayımlanan içeriğin onaylanması anlamına gelmesi halinde, şirket ihmali sonucu gerçekleşen yayından sorumlu kabul edilecektir. Neticede mahkeme, afişlerin yayımlanmaya devam edilmesinde taşımacılık şirketini sorumlu kabul ederek, şirketin yayıncı olarak kabul edilebileceğine hükmetmiştir.

²⁸⁶ “Kusur, hukuka aykırı sonucu istemek (kasıt) veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamaktır (ihmal)”. Oğuzman/ Öz, s.526'dan aynen alınmıştır.

²⁸⁷ Ryan James Turner: “Internet Defamation Law and Publication by Omission: A Multi-Jurisdictional Analysis”, **University of New South Wales Law Journal**, Vol. 37, No.1, 2014, s. 38. (Çevrimiçi) <https://ssrn.com/abstract=2531835>, 02.08.2016.

²⁸⁸ Turner, s.37, dn.20'de anılan (1991) Aust Torts Reports 81-127 ('Urbanchich')

Urbanchich davası iki prensip ortaya koymuştur. Birincisi, yayıncı ile ilgili aktif eylemi bulunmayan bir kimse, kişilik hakkını ihlal eden içerikten haberdar edildiktenveya bu içerik hakkında bir şekilde bilgi sahibi olduktan sonra, bu içeriği kaldırmak için makul bir sürenin geçmesiyle ihmali sonucunda yayıncı olarak kabul edilecektir. İçerikle ilgili bildirimden sonraki aşamada, içeriğin kaldırılması için makul bir sürenin geçmesinden önce, içeriğin onaylandığı ya da kabul edildiği sonucu çıkarılamaz. İkincisi, bir mahkeme hakaret içeren yayınlar için, platform üzerinde kontrolleri veya sorumlulukları üstlenmesi nedeniyle bir kimseye bir çevrimiçi platformu izlemek şeklinde pozitif bir yükümlülük yüklemekte temkinli davranmalıdır.²⁸⁹

Yayıncının ihmali nedeniyle yayından sorumluluğu, daha fazla internet yayınlarında söz konusu olmaktadır. İnternet arama motorlarının, facebook ve twitter gibi sosyal medya platformlarındaki kullanıcıların, wikipedia gibi çevrimiçi yayın platformlarının ne zaman yayıncı olarak kabul edileceği ve yayından dolayı sorumlu olup olmadıkları konusunda ortak bir görüş olmasa da, konuya ilişkin mevcut bir dizi mahkeme kararı ışığında bazı sonuçlara elde edilebilmektedir. Genel olarak, varılan sonuçların Urbanchich davasında ortaya çıkan prensiplerle uyumlu olduğunu söylemek mümkündür.

Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlaline uygulanacak hukuk ve milletlerarası yetki hakkında önemli kararlardan biri olan Dow Jones & Company Inc v Gutnick davasında, yayıncının eylemlerinin amaçlanan doğal ya da muhtemel sonucu olması halinde, yayıncının belirli bir yargı çevresindeki yayınlarının sonuçlarından sorumlu olmasının, şeref ve haysiyetin ihlaline ilişkin davaların istikrarlı kuralı olduğu belirtilmiştir.²⁹⁰

Yayıncının, zararın gerçekleşebileceği yere dair öngörüsü, sadece kendi yayınları ile ilgili değil, yayınının üçüncü bir kişi tarafından yeniden yayınlanması

²⁸⁹ Turner, s.39.

²⁹⁰ Dow Jones & Company Inc v Gutnick [2002] HCA 56, par.124.

halinde sorumluluğu bağlamında da değerlendirilmiştir. Güney Avustralya Yüksek Mahkemesinin 1995 yılında karara bağladığı Coulthard and Others davasında, kasıtlı olarak veya ihmal sonucu gerçekleşen bir yayın nedeniyle yayıncının sorumluluğu teyit edildikten sonra, yayının bir üçüncü kişinin eyleminin sonucu gerçekleşmesi halinde, zarar yerinde yayıncının sorumlu kabul edilmesi, orada üçüncü kişinin eylemini makul olarak öngörebilecek durumda olması şartına bağlanmıştır.²⁹¹

Bu bölümün amaçları bakımından önemli olan, bir kimsenin aktif eylemi sonucu değil ihmali sonucu yayıncı olarak kabul edilmesi üzerine öngörülebilirlik meselesinin nasıl ele alınması gerektiğidir. Kanaatimizce, aktif eylem sonucu gerçekleşen yayın hakkında yayınlama amacının tespiti için kullanılan kriterler, ihmal sonucu gerçekleşen yayın hakkında da aynen uygulanmalıdır. Bir başka deyişle, bir kimse ihmal sonucu gerçekleşen yayının yayıncısı olarak kabul edildikten sonra, yayınlama amacının varlığı var sayılmalıdır. Bu durum belirtildiği üzere, geleneksel medyaya nazaran daha fazla internet ortamındaki yayınlar bakımından söz konusu olacağından, esas çözülmesi gereken sorun, internet yayınlarında zarar yerinin öngörülebilir olup olmadığının hangi kriterlere göre belirleneceğidir. Bu konu birönceki bölümde incelenmiş olup, dünyada internet bağlantısı olan her yerde erişilebilir olan internet yayınları bakımından yayıncının yayını ulaştırma amacının bulunup bulunmadığının tespitinde, içeriğin belirli bir forumu hedefleyip hedeflemediğine bakılarak karar verildiği izah edilmiştir.

b. Davacının Sosyal Bağlantılara Sahip Olduğu Yer Esas

Alınarak Dağıtım Çevresinin Sınırlanması

Yayıncının dağıtım amaçladığı yerlerde zararın meydana geleceğini öngörebileceğinin kabulü her durumda çözüm olmaz. İnternet yayınlarının dünya çapında erişilebilir olması, internet yayınlarının teknik özelliğini bilmesi gereken yayıncının açılacak bir davada dünyanın herhangi bir yerinde yürürlükte olan hukuka tabi olacağını öngörmesi anlamına gelir. Geleneksel medyada yayının dağıtım

²⁹¹ Svantesson, Place Of Wrong, s.172, dn. 83'te anılan Coulthard and Others v State of South Australia (1995) 63 SASR 531, at 555.

çevresini belirleme imkanına sahip yayıncının dağıtım amacının tespiti nispeten kolayken, internet yayınlarının dünyanın her yerinden erişilebilir olması karşısında, yayıncının bu sonucu amaçladığı söylenemez. İnternet yayınının söz konusu olmadığı ancak yaygın dağıtım ağına sahip yayınlar bakımından da, bazı durumlarda aynı anda uygulanma imkanına sahip çok sayıda hukuk bulunabilir. Seçenekleri daraltmak, davalının öngörülebilirlik derecesini artıracaktır. Bu amaca hizmet etmek üzere, amaçlanan dağıtım çevresi ile davacının sosyal bağlantılarının kesiştiği bir ülke hukukunun mevcudiyeti araştırılmalıdır. Bu noktada, davacının mutad olarak yerleşik olduğu yer uygun bir daralma noktasıdır.²⁹² Ancak bunun yanında iş bağlantılarının yoğun olduğu yer de davacının önemli sosyal bağlantılarının bulunduğu yer olarak belirlenebilir.

Dağıtımın amaçlandığı çevrelerin bu şekilde sınırlandırılmasıyla, bir yandan mağdurun sadece çok zayıf bağlantısı bulunan ancak kendisi için elverişli hukuk rejiminden faydalanmasının önüne geçilirken, diğer yandan yayıncının mağdurun sosyal bağlantılara sahip olduğu ve dolayısıyla korunmaya değer menfaati bulunan ülke ya da ülkeleri belirleyerek daha yüksek öngörülebilirliğe sahip olması temin edilmektedir. Mağdurun birden fazla ülkede korunmaya değer menfaati bulunması halinde, yapılacak hukuki analizin bu hukuk düzenlerini de kapsayacak olması yayıncıya yük getirecekse de²⁹³, zarar yeri hukuklarının dağıtılmış şekilde uygulanması söz konusu olduğunda, dağıtım yerlerinin ilave kriterle daraltılmamasına nazaran, yayıncı da daha avantajlı konumda olacaktır. Sonuç olarak, yayının dağıtıldığı birden fazla devletin hukukunun uygulanması olasılığıyla karşılaşıldığında, hakim, bunlar arasından birinin hukuk sistemine göre koruma talebinde bulunulmasına izin verirken, bu devletlerin içinden hangisi ile davacının yeterli sosyal bağlantısı olduğunu değerlendirecek ve böylece uygulanma ihtimali olan hukuk sayısı azalacaktır.

²⁹²Thiede, McGrath, s.17.

²⁹³ Nagy, Szabo, s.211.

Zarar yeri belirlenirken, dağıtımın yöneldiği çevrelerin mağdurun sosyal bağlantılarının bulunduğu yer ile sınırlandırılması, özellikle internet yayınlarında zarar yerinin tespitinde çok kullanışlı bir enstrümandır. Mağdurun kötü niyetli uygulamalarını engelleyici, yayıncı bakımından zarar yeri ile ilgili yoğun sisi anlamlı şekilde ortadan kaldırıcı özelliktedir.

c. Davacının Sosyal Bağlantılara Sahip Olduğu Bir Yer Olmaması Halinde Dağıtımın Kapsamına Göre Zarar Yerinin Belirlenerek Dağıtım Çevresinin Sınırlandırılması

Çok hareketli bir yaşam tarzına sahip ve dünyanın farklı yerlerinde hayatını sürdüren bir davacının, belirli bir yer ile önemli sosyal bağlantılara sahip olmaması durumunda, dağıtımın yöneldiği çevrelerin mağdurun sosyal bağlantılarının bulunduğu yer ile sınırlandırılması mümkün olmayacaktır. Bu durumda, davacının sosyal bağlantılara sahip olduğu yer yanında, en yüksek dağıtımın yapıldığı yere de odaklanarak, davayla sadece asgari düzeyde bağlantısı olan ya da hiç olmayan hukuk sistemlerini dışlamak suretiyle uygulanabilecek hukuk sayısının azaltılabileceği ileri sürülmektedir.²⁹⁴ Dağıtım yayıncının hakimiyet alanında gerçekleştiğinden, dağıtımın en yüksek oranda yapıldığı yer yayıncı için öngörülebilir olacaktır. İlk bakışta internet yayınları için uygulanamaz görünse de, dağıtımın kapsamının en fazla erişimin gerçekleştiği yer şeklinde yorumlanmasıyla bu sınırlama internet yayınlarına da uygulanabilecektir. Ancak yine de, dağıtımın kapsamının tek kriter olarak kullanılmasının sakıncalı olacağı ifade edilmelidir. Davacının belirli bir yerde bağlantılara sahip olması ancak bu yerde çok sınırlı sayıda dağıtım gerçekleşmiş olması durumunda, sadece dağıtımın kapsamına odaklanmak doğru sonucu vermeyecektir. Her iki kriterin bir arada göz önünde bulundurulmasıyla davaya en sıkı ilişkili hukukun uygulanması mümkün olabilecektir. Bu durumda, davalı bakımından zarar yerinin sadece dağıtımın kapsamına göre belirlenmesine kıyasla öngörülebilirlik bir miktar zayıflayacak olsa da, amacın taraflarda biri lehine durum yaratmak değil, dengenin sağlanması ve korunması olduğu unutulmamalıdır.

²⁹⁴Thiede, McGrath, s.18.

4. Kuralın Yumuşatılması

Günümüzde, haksız fiillere uygulanacak hukukun tespitinde ika yeri kuralı asli bağlama kuralı olarak yerini korumaktadır.²⁹⁵ Birden fazla devletin topraklarında gerçekleşen haksız fiillerle ilgili, ika yeri kuralının benimsenen yorum tarzına göre farklı sonuçlara varılarak uygulanacak hukuk tespit edilse de, zaman içinde kuralın tatbikinin mesafeli haksız fiiller bakımından doğru ve adil olmayan sonuçlara yol açtığı görülmüş ve bu durum mahkemelerin belirli durumlarda, ika yeri kuralının uygulanmasından kaçınmak istemelerine yol açmıştır.²⁹⁶

Klasik bağlama kurallarının sert ve mekanik bir biçimde uygulanması yerine, bu kuralların bir "yumuşaklık unsuru" ile tamamlanmasının daha sağlıklı sonuç doğuracağı görüşünün hakim olması²⁹⁷ üzerine, haksız fiilden doğan kanunlar ihtilafı alanı, ika yeri kuralını katı uygulamanın olumsuz sonuçlarını ortadan kaldıracak bir takım ilave kriterle birlikte düzenlenerek kural yumuşatılmış ve etkinliğini azaltılmıştır.²⁹⁸ Böylece, özellikle haksız fiilin ika yerinin tesadüfi bir yer olması durumunda ika yeri ile taraflar arasındaki gevşek ilişki yerine, daha sıkı bir ilişkiyi yansıtabilecek bağlama kriterlerinden yararlanma seçeneğinin yaratılması, devletler özel hukukunun amacına uygun bir çözüm sunarken, akit dışı borç ilişkilerinin çeşitliliği karşısında, mevcut uyuşmazlığın niteliklerinin dikkate alınarak, daha özelleştirilmiş çözümler üretilmesi mümkün olmuştur.

Bir bağlama kuralı, ika yeri kuralını yumuşatan ya da esneten ilave bağlama noktaları içerebileceği gibi, böyle olmayıp, katı biçimde kuralın uygulanmasının amaçlanması da söz konusu olabilir. Örneğin, Fransız hukukunda, Trafik Kazaları Hakkında Lahey Konvansiyonunun ve ürün sorumluluğuna ilişkin kuralların uygulandığı haller dışında, tarafların müşterek mutad meskeni bulunsa bile, zarar

²⁹⁵ Turhan, İka Yeri Kuralı, s.219; Krvavac, s.113.

²⁹⁶ Turgut Turhan: "Kitap İncelemesi (DE BOER, Th. M.: Beyond Lex Loci Delicti: Conflicts Methodology and Multistate Torts in American Case Law, Kluwer, Deventer 1987, XV + 578 sh.)", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 41, S.1, Yıl 1990, s.289. (Kıs: Kitap İncelemesi)

²⁹⁷ Gomez, s.301; Turhan, Kitap İncelemesi, s.289.

²⁹⁸ Gomez, s.301; Nomer, s.364.

yeri hukuku lehine katı uygulama muhafaza edilmiştir.²⁹⁹ Yunan hukukunda da *lex loci delicti* alternatifsiz şekilde düzenlenmiştir.³⁰⁰

İka yeri kuralını yumuşatan ilave bağlama noktalarından hangilerinin tercih edileceği, bağlama konusu ile ilgili bir husustur. Örneğin aile hukukuna ilişkin konularda tarafların milli hukuku kriteri önemliyken, haksız fiillerde mutad mesken kriteri öne çıkmaktadır. İka yeri kuralının yumuşatılması ya da sınırlandırılması amacıyla, bağlama kurallarında tarafların müşterek mutad meskeni, müşterek hukuku, *lex fori* veya en sıkı ilişkili hukuk bağlama noktalarına yer verilebildiği görülmektedir. Bunlar yanında, taraflar arasında önceden sözleşmesel bir ilişki varsa ve haksız fiil sözleşme ilişkisi ile bağlantılıysa, sözleşme statüsünün uygulanması veya taraflara hukuk seçimi imkanı verilmesi de söz konusu olabilmektedir.³⁰¹

Katı şekilde düzenlenen bağlama kurallarında, ika yeri kuralının mutlak üstünlüğünü koruyarak zorunlu olarak uygulanması söz konusu iken, bir ya da daha fazla sayıda ilave bağlama noktasına yer veren bağlama kurallarının uygulanmasında ika yeri kuralının vazgeçilebilir veya yardımcı nitelikte olduğunu söylemek mümkündür. Diğer yandan, ika yeri kriteri dışındaki kriterlerden her birinin kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalinden doğan sorumluluğa uygulanmasının ne derece uygun olup olmadığı meselesinin ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Çalışma konumuzla bağlantılı olarak her bir bağlama noktasının uygulanmasının uygun olup olmadığı kendi içinde değerlendirildiğinden, tekrardan kaçınmak amacıyla, bu başlık altında daha ileri değerlendirmelere yer verilmeyecektir.

5. Kurala Yönelik Bazı Eleştiriler

Uluslararası haksız fiillerin oluşma koşullarının karmaşıklığının artmasıyla, haksız fiilin ika yeri hukukunun uygulanmasının uygunluğu sorgulanmaya başlanmıştır. Nükleer zararlar, endüstriyel patlamalar gibi felaketle sonuçlanan yeni

²⁹⁹ Stone, s.106.

³⁰⁰ Krvavac, s.114.

³⁰¹ Gomez, s.302; Tekinalp, Uyanık, s.361; Turhan, Kitap İncelemesi, s.289.

haksız fiil formlarıyla karşı karşıya kalan uluslararası toplum, farklı türde özel sigorta sistemleri ile birlikte ve paralel fonksiyona sahip kolektif sorumluluk düzeyinde bir sorumluluk türü oluşturmuştur. Bu türden haksız fiillerle ilgili kanunlar ihtilafı kuralı olarak haksız fiilin ika yeri kuralının uygulanması sorgulanmaktadır. Sanayileşme, malların çok büyük ölçekli dağıtımı, sınırötesi haksız fiillerin çoğalması, fiil yerinin tesadüfi olması veya belirlenmesinin güç olması sonucunu doğurmaktadır. İka yeri kuralının uygulanmasında, fiil ve zarar yerinin doğru şekilde tespit edilmesi gerekliliği karşısında, bu tür haksız fiillerde doğru tespitin her zaman mümkün olmayacağı veya yapay şekilde belirleneceği bu nedenle haksız fiile ilişkin düzenlemelerin modernleşmesi gerektiği ifade edilmektedir.³⁰²Haksız fiil ilişkilerindeki modern gelişmeler karşısında, ika yeri kuralını yetersiz, uygulanamaz ya da katı bulan bazı görüşlere rağmen, başta da ifade ettiğimiz gibi, birçok ulusal mevzuatta, ika yeri kuralı haksız fiillerle ilgili baskın konumunu korumaktadır.

III. Forumun Hukuku

Forumun hukukunun (lex fori) uygulanması, uygulanacak hukuk konusunda araştırma yapma ve tespit edilecek yabancı hukukla ilgili inceleme yapma gerekliliğini ortadan kaldırarak, mahkemenin her zaman uzmanı olduğu ve bulunduğu ülkenin değerlerini koruyan kendi milli hukukunu uygulayabilecek olması nedeniyle cazip bulunmaktadır.³⁰³ Lex fori'nin uygulanmasını savunanlar, yabancı bir hukuk uygulandığında adaletin ortadan kalktığını, bir hukukun uzmanı olan bir hakim tarafından uygulanması yerine, o hukukla yeni tanışan bir hakim tarafından uygulanmasının sağlıklı sonuçlar doğurmadığını ileri sürmektedirler.³⁰⁴ Kişilik

³⁰² Castel, s.160; Krvavac, s.114-115.

³⁰³ The Commission Working Paper, No:87, s.95.

³⁰⁴ Max Rheinstein tarafından Amerika'da görülmüş kanunlar ihtilafıyla ilgili 40 dava üzerinde yapılan bir araştırmada, 32 davada yabancı hukukun yanlış uygulandığını tespit edilmiştir. Davaların dördünde mahkeme kararları şüpheli bulunmuş ve sadece dört davada mahkemenin doğru sonuca ulaştığı belirlenmiştir. Svantesson, The Rome II Regulation, s.287, dn.32'de anılan O. Lando, 'Lex Fori in Foro Proprio', 2(4) Maastricht Journal of European and Comparative Law (1995) 359, at 369;

hakkının sınır ötesi ihlallerinde forumun hukukunun uygulanması, öngörülebilirlik testini ortadan kaldıracığı ve kültürel farklılıkların mevcut olduğu bu alanda yabancı bir hukukun uygulanmasını yasaklayacağı gerekçeleriyle savunulmaktadır.³⁰⁵ Belirtilen gerekçelerle, Komisyon'un başlangıç teklifinde istisna olarak yer verdiği lex fori'nin uygulanmasının, kişilik hakkı ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun tespitinde kural olarak benimsenmesi gerektiği de savunulmuştur.³⁰⁶ Ancak günümüzde, açık denizde işlenen haksız fiiller dışında, haksız fiil sorumluluğunun forumun hukukuna tabi olmasına ilişkin uygulama neredeyse tamamen terk edilmiştir.³⁰⁷

Forumun hukukunun uygulanması gerektiğini savunan az sayıda yazar mevcut olmakla birlikte, baskın görüş mahkemenin yetkili olduğuna karar verdikten sonra, kolayca ve tek doğru seçim olarak milli hukuka göre uyumsuzluğu çözmesinin genel olarak tercih edilmemesi gerektiğini çeşitli nedenleriyle birlikte ileri sürmektedir. Hakimin hukuku kriteri, öncelikle davacıya kendisi için en elverişli hükümleri sunan hukuk düzenini tespit ederek dava açma imkanı sağladığından forum shopping sorununa yol açacaktır. Diğer yandan, fiilin işlendiği yerde haksız fiil olarak değerlendirilmeyen bir davranışın, hakimin hukukuna göre haksız fiil olarak nitelendirilebilme olasılığının bulunması da bir başka sakınca teşkil etmektedir.³⁰⁸ Hakimin hukuku kriteri, süreci tamamen davacıya teslim eden davacı odaklı bir bağlama noktasıdır. Taraflar arasında bozulan dengeyi düzeltmek için uygulanacak hukukun tespitinde hakimin hukuku uygun bir bağlama noktası değildir.

Günümüzde yabancı unsurlu uyuşmazlıklara forumun hukukunun uygulanmasına ilişkin tek örneği Yemen hukuku teşkil etmektedir. Yemen hukukunda, yabancılık unsuru içerenler dahil tüm haksız fiillere, istisnasız şekilde

Bu ilginç istatistik ışığında, bazı yazarlar lex fori'nin münhasıran uygulanmasının hukuki ve ekonomik tecrit anlamına geleceği, diğer devletlere açıkça saygısızca olacağı ve uluslararası hukuku ihlal edeceği görüşüne katılmanın mümkün olmadığını belirtmektedir. Ae, s.287.

³⁰⁵ George, 'Heiderhoff: Privacy and Personality Rights in the Rome II Regime-Yes, Lex Fori, Please!'

³⁰⁶ Svantesson, The Rome II Regulation , s.287.

³⁰⁷ Kravac, s.111.

³⁰⁸ Turhan, İka Yeri Kuralı, s.9-10.

forumun hukuku uygulanmaktadır.³⁰⁹ Bu örnek dışında, forumun hukukunun uygulanmasıyla ilgili istisnai düzenlemeler aşağıda ele alındığı gibi, yabancı hukukun kamu düzeni engeli nedeniyle uygulanmayarak forumun hukukunun uygulanması, forumun hukukunun ika yeri hukuku ile kümülatif olarak uygulanması, forumun hukukunun tazminatın belirlenmesinde etkili olması ve forumun hukukunun davalının forumun vatandaşı olması halinde etkili olması şeklindedir. Kişilik hakkının ihlalinde fiil ve zarar yerinin aynı forum içinde olması halinde, lex loci delicti ve lex fori'nin çakışması³¹⁰ sonucu da forumun hukukunun uygulanması söz konusu olabilecektir. Ancak bu her durumda geçerli bir sonuç olmayıp, uyuşmazlığa uygulanacak hukukun, örneğin mağdurun mutad meskeni gibi farklı bir bağlama noktasına göre belirlenmesi halinde, forumun hukuku uygulanmayacaktır.

A. Yabancı Hukukun Kamu Düzeni Engeli Nedeniyle Uygulanmayarak Forumun Hukukunun Uygulanması

Yabancı unsurlu haksız fiillerden doğan uyuşmazlıklara, forumun hukukunun uygulanması görüşü, davanın mahkemenin bağlı olduğu ülkenin kamu düzenini yakından ilgilendirmesi nedeniyle bazı yazarlarca desteklenmiştir.³¹¹ Roma II Tüzüğü hazırlanırken de, kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukla ilgili Avrupa Komisyon'un 2003 tarihli Başlangıç Teklifi'nin 6. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca, bu uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun tespiti prensip olarak haksız fiillere ilişkin genel kurala tabi tutulmuş, ancak genel kurala göre tespit edilen hukukun forumun ifade ve bilgi özgürlüğü bakımından temel prensiplerine aykırı olması halinde forumun hukukunun uygulanması teklif

³⁰⁹ Symeonides, Codifying Choice of Law, s.53, dn.61.

³¹⁰ Castel, s.167.

³¹¹ Çelikel, Erdem, s.444; Yabancı unsurlu haksız fiillerin hakim hukukuna tabi olması görüşü farklı gerekçelerle savunulmuştur. Bir görüşe göre, haksız fiil sorumluluğu ile cezai sorumluluk yakın ilişkili olduğundan, cezai sorumluluk alanında olduğu gibi, haksız fiilden doğan kanunlar ihtilafı alanında da hakim kanununun uygulanmasının mutlak bir kural olması gerektiği savunulmuştur. Diğer bir görüşe göre, haksız fiillere ilişkin kurallar emredici karaktere sahiptir ve dolayısıyla bu uyuşmazlık alanı da kamu düzeninden sayılmalı ve yabancı unsurlu haksız fiillerin hakim kanununa tabi olmasıdır. Haksız fiilin hiçbir devletin egemenliği altında bulunmayan bir mahalde gerçekleşmesi veya zararın birden fazla devlette ortaya çıkması hallerinde olduğu gibi ika yerinin her olayda açık ve kesin şekilde saptanamaması nedeniyle ika yeri kuralının uygulanması güç bir kural olması da hakim hukukunun uygulanması görüşünü desteklemek üzere ileri sürülmüştür. Turhan, İka Yeri Kuralı, s.6 vd.; Krvavac, s.111, dn.2.

edilmiştir.³¹²Çoğu durumda temel kuralı korurken, lex fori'nin uygulanmasına da açık kapı bırakan bu düzenlemenin, kişilik hakkı ile ifade özgürlüğü hakkının dengelenmesi konusunun hassasiyetine ve üye devletlerin anayasal kurallarının farklılığına cevap olarak eklendiği belirtilmektedir.³¹³ Ancak, bilindiği üzere Komisyon'un bu teklifi kabul edilmemiştir.

Komisyon'un teklifinin kabul edilmiş olduğu veya benzer bir kuralın bir milli hukuk düzeninde benimsenmiş olduğu varsayıldığında, uygulanacak hukukun, çatışan temel haklardan birine yetkili mahkemenin hukukunun sağladığından daha az koruma sağladığı her durumda, forumun hukukunun sistematik olarak uygulanacağı sonucunun doğmayacağı vurgulanmalıdır.Esasen, kanunlar ihtilafı kuralları arasında kamu düzeninin müdahalesi ile ilgili bu tür bir kurala yer verilmiş olsun ya da olmasın, tüm hukuk düzenlerinde kamu düzeninin müdahalesi mümkün görüldüğünden³¹⁴, bu konuda genel olarak benimsenen prensipler doğrultusunda kamu düzeni istisnasına başvurulabilecektir.

Türk hukukunda MÖHUK m.5 ile yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hükmün uygulanmayacağı, gerekli görülen hallerde, Türk hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür.³¹⁵ Öncelikle, milletlerarası özel hukuk alanında kamu düzeni kavramının iç hukuka nazaran daha dar ve sınırlı şekilde yorumlandığı, yabancı hukukunun uygulanmasının iç hukukun emredici hukuk kurallarının ihlal edilmesi sonucunu doğurduğu her durumun kamu düzeninin ihlali anlamına gelmeyeceği belirtilmelidir.³¹⁶ Yabancı hukukun uygulanmasının açıkça, tahammül edilmez şekilde kamu düzenini ihlal etmesi halinde, bu hukukun uygulanmasından

³¹² Rome II Regulation, Art.6 (proposal sent to the European Parliament on 22 July 2003).

³¹³ Svantesson, The Rome II Regulation, s.287.

³¹⁴ Nomer, Şanlı, s.163.

³¹⁵ Türk kamu düzeni ile açıkça çelişen yabancı hukukun veya yabancı hukuk hükmünün uygulanmamasının doğrudan Türk hukukunun tatbikini sağlamayacağı, hakimın Türk kamu düzenine aykırı olan yabancı hukuk düzenlemesi yerine MÖHUK'un 2. maddesine bağlı kalarak yabancı hukuk içinde çözüm arayacağı yönünde bkz. Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s.88.

³¹⁶ Çelikel, Erdem, s.140; Tekinalp, Uyanık, s.43.

vazgeçilmesi mümkün olmaktadır.³¹⁷ Türk hukukunun temel ilkelerine aykırılık, Türk adap ve ahlak anlayışına aykırılık, Anayasa’da yer alan temel hak ve özgürlüklere aykırılık halleri, genel olarak kamu düzenine aykırılık teşkil eden haller olarak kabul edilmektedir.³¹⁸ Belirtilen türden ve tahammül edilmez sonuçlara neden olan bir aykırılık olması halinde yetkili hukuk yerine forumun hukukunun uygulanması söz konusu olacaktır. Maddede Türk kamu düzenine aykırılıktan bahsedilmiş olmakla birlikte, bu ifadenin milletlerarası alanda hakim olan anlayışların dikkate alınmasını engellemeyeceği belirtilmektedir.³¹⁹ Buna göre, yabancı hukuk ve forumun hukukunun çatışan kişilik hakkı ve ifade özgürlüğü hakkıyla ilgili düzenlemeleri ve sınırlamaları değerlendirilirken, yabancı hukukun uygulanması, AİHS’de öngörülen ve AİHM tarafından kullanılan kriterlere açıkça aykırı sonuç ürettiğinde, bu hukuk yerine forumun hukukunun uygulanması haklı olabilecektir.³²⁰

B. Forumun Hukukunun İka Yeri Hukuku ile Kümülatif Olarak Uygulanması

Avrupa milletlerarası özel hukuk öğretisinde, yabancı unsurlu haksız fiillerden doğan uyuşmazlıklara, münhasıran forumun hukukunun uygulanması görüşü desteklenmemektedir. Ancak, bazı teorisyenler, haksız fiil sorumluluğuyla ilgili bazı konularda, yurt dışında işlenmiş haksız fiillere lex fori bağlama noktasının lex loci delicti ile birlikte uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar. Mahkemelerce yurt dışında ve yurt içinde gerçekleşmiş haksız fiillerle ilgili eşdeğer standartların sağlanması gerektiği ileri sürülerek, yabancı hukukun forumun hukuku ile birlikte kümülatif olarak haksız fiile uygulanması gerektiği savunulmaktadır.³²¹ Bu konu çifte dava açılabilirlik kuralı olarak aşağıda incelenecektir.

³¹⁷Çelikel, Erdem, s.156; Nomer, Şanlı, s.146.

³¹⁸ Çelikel, Erdem, s.152-153; Nomer, Şanlı, s.167, dn.163’te anılan YHGK, 6.5.1998 [E.12-287/K.325]; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s.73.

³¹⁹ Nomer, Şanlı, s.167.

³²⁰ Comparative Study, Final Report, s.128; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s.73, dn.135.

³²¹Krvavac, s.110-111.

C. Forumun Hukukunun Tazminatın Belirlenmesinde Etkili Olması

Forumun hukuku AB üye devletlerinden Almanya, Estonya ve Macaristan hukuklarında tazminatın belirlenmesinde rol oynamaktadır.³²² Bu hukuk düzenlerinde, akit dışı hukuki sorumluluğa yabancı hukukun uygulanmasının sınırını oluşturan, genel kamu düzeni hükmünün ötesinde, özel bazı sınırlamalara yer verilmiştir.

Alman hukukunda, haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlığa uygulanacak yabancı hukuk uyarınca ileri sürülebilecek tazminat talebinin kapsamı özel olarak sınırlanmaktadır. Talep edilen tazminatın miktarı makul seviyenin üzerinde ise veya açıkça mağdurun zararını telafi etmek dışında başka amaçlara hizmet ediyorsa, yabancı hukuk yerine Alman hukukunun uygulanması öngörülmüştür (EGBGB m. 40.3). Bu hükümlerle, gerçek zarar miktarından daha fazlasının ödenmesine imkan veren cezai tazminat gibi yabancı hukuk kurallarının uygulanması engellenmektedir.³²³ Makul seviye ve tazminat dışı amaçlarla ilgili değerlendirmelerin de forumun hukukuna göre yapılacağı açıktır. Bu düzenleme, kamu düzeninin özel müdahalesi olarak değerlendirilmektedir.³²⁴

Estonya hukukunda haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlığı yönetecek yabancı hukukun uygulanmasıyla belirlenecek tazminatın miktarının, benzer bir zarar için Estonya hukukunun öngördüğü tazminattan önemli ölçüde daha fazla olamayacağı hüküm altına alınmıştır (Estonya MÖH Kanunu m.52).³²⁵ Bu düzenlemeye göre, herhangi bir yabancı hukukun uygulanmasında, tazminat miktarının üst limiti bakımından lex fori'ye başvurulacağı anlaşılmaktadır.

³²² Benzer şekilde Japonya, Kuzey Kore ve Güney Kore hukuklarında da forumun hukuku tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmaktadır. Symeonides, *Codifying Choice of Law*, s.55.

³²³ *Comparative Study, National Reports*, s.69; Nomer, Şanlı, s.340.

³²⁴ Nomer, Şanlı, s.337.

³²⁵ *Comparative Study, National Reports*, s.40.

Macaristan hukukuna göre, mağdurun zararının giderilmesi veya tazminat miktarı bakımından daha elverişli olması halinde, bu taleplere Macaristan hukukunun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır (Macaristan MÖHKHK m.10/2).³²⁶

Türk hukukunda yabancı unsurlu uyuşmazlıklarda tazminatın belirlenmesiyle ilgili özel hüküm bulunmasa da, haksız fiilden doğan tazminat taleplerinde miktarın zararın tazmini amacı ile sınırlandırılması, aşırı tazminatlara hükmedilmesini engelleyecektir. Bu konuda ABD hukukunda zarar vereni cezalandırma amacı güden ve dolayısıyla zarar verenin neden olduğu zarardan fazlasını tazmin etmesi ve mağdurun zenginleşmesi sonucunu doğuran punitive damages türü tazminatların, Türk kamu düzenine aykırı olabileceği ifade edilmektedir.³²⁷

D. Forumun Hukukunun Davalının Forumun Vatandaşı Olması Halinde Etkili Olması

Moğolistan hukukunda, yabancı unsurlu haksız fiillerden kaynaklanan bir davada, davalının Moğolistan vatandaşı olması halinde, forumun hukuku uygulanmaktadır. Aynı düzenleme Vietnam hukukunda da mevcuttur.³²⁸

IV. Çifte Dava Edilebilirlik Kuralı (Double Actionability Rule)

Çifte dava edilebilirlik kuralı, daha önce de belirttiğimiz gibi, Avrupa Birliği ülkelerinden sadece İngiltere, Kıbrıs ve Malta'da uygulanmaktadır.³²⁹ Bu bölümdeki açıklamalar, İngiltere³³⁰ örneği esas alınarak yapılacaktır.

³²⁶ Comparative Study, National Reports, s.79.

³²⁷ Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, s.313.

³²⁸ Symeonides, Codifying Choice of Law, s.58.

³²⁹ Çifte dava edilebilirlik kuralının uygulandığı ülkeler bunlarla sınırlı değildir. Örneğin, Avustralya, Kanada, Singapur ve Yeni Zelanda hukuklarında da haksız fiiller alanında çifte dava edilebilirlik kuralından yararlanılmaktadır. Ancak kuralın uygun olmadığı gerekçesiyle 1994 yılında Kanada Yüksek Mahkemesi Jensen v Tolofson [1994] 3 SCR 1022 davasında verdiği karar ile ve 2004 yılında Avustralya Yüksek Mahkemesi Regie National des Usines Renault SA v Zhang (2002) 187 ALR 1

Çifte dava edilebilirlik kuralı olarak tanımlanan kural, on dokuzuncu yüzyılda İngiliz mahkemeleri tarafından verilmiş üç mahkeme kararından kaynaklanmaktadır. İçtihat hukuku ile bazı değişikliklere uğramış olmakla birlikte, çok yakın zamana kadar İngiliz hukuku, genel kural olarak akit dışı sorumluluğa uygulanacak hukukun tespitinde, ika yeri (lex loci delicti) ve forumun hukuku (lex fori) kriterlerinin kümülatif uygulanması anlamına gelen çifte dava edilebilirlik kuralını kullanmıştır. Dünyanın herhangi bir yerinde işlenmiş haksız fiile İngiliz hukukunun uygulanması sonucunu vermesi ve lex fori'nin uygulanmasını haksız fiil hukukunun kamusal fonksiyonu ile haklılaştırması nedenleriyle “şovenist” ve “dar görüşlü” olarak nitelenen çifte dava edilebilirlik kuralı³³¹, 1995 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Yasası (Çeşitli Hükümler) haksız fiillere ilişkin III. Kısımın kabul edilmesiyle, Yasa'nın 10. maddesi uyarınca kaldırılmış ve yerini temel bağlama kuralı olarak kabul edilen ika yeri kuralı almıştır.³³² Ancak mezkur yasanın üçüncü kısmının 13. maddesinde şeref ve haysiyetin ihlalinden³³³ kaynaklanan talepler açıkça bu

verdiği kararla çifte dava edilebilirlik kuralını reddetmiştir. Kuralı uygulamaya devam eden ülkeler ise eleştirilmekte ve bu ülkelerde ika yeri hukuku veya en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını sağlayacak reformların yapılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz.

Jimmy Yim, Suresh Divyathanan, Woon Yin Liew, Yock Lin Tan, Joel Tye Beng Lee and Tiong Min Yeo: “Reform of the Choice of Law Rule Relating to Torts: Report of the Law Reform Committee of the Singapore Academy of Law”, 2003. Law Reform Committee Report. 1. Research Collection School Of Law. (Çevrimiçi) http://ink.library.smu.edu.sg/sol_research/233, 15.05.2016.

³³⁰ İngiltere ismi Galler, İngiltere, İskoçya ve Kuzey İrlanda'yı kapsayan Birleşik Krallık yerine de kullanılabilir. Çifte dava edilebilirlik kuralı Birleşik Krallığı oluşturan dört devlette de geçerlidir. Ancak her devletin çifte dava edilebilirlik kuralını uygularken bazı farklılıklarla uyguladığı veya İrlanda devleti gibi uygulamasını reddettiği görülebilmektedir. Çalışmanın bu bölümünde çifte dava edilebilirlik kuralı Birleşik Krallığın genelini kapsar şekilde değil, sadece İngiltere devletindeki uygulama bakımından ele alınmıştır ve İngiltere ismi Birleşik Krallığı değil İngiltere devletini ifade etmektedir.

³³¹ Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.10.

³³² Yabancı unsurlu haksız fiil ihtilaflarında ika yeri kuralının temel bağlama kuralı olarak benimsenmesinde, kuralın İngiliz hukukunun mevcut sistemini yansıtmaması (çifte dava edilebilirlik kuralındaki haksız fiilin işlendiği yer hukukunun yetkisi) ve Avrupa ülkelerinin çoğundaki sistemle uyum sağlaması nedeniyle yerkesaklığın forum shopping'i önleyeceği düşüncelerinin etkili olduğu belirtilmektedir. Nihal Uluocak: “Milletlerarası Haksız Fiiller Konusunda Avrupa Birliğindeki Son Gelişmeler ve Birleşik Krallığın Yeni Düzenlemesi”, Bilgi **Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan**, C.II, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2003, s.1120.

³³³ Yasanın 13. maddesinde, şeref ve haysiyetin ihlali iddiasının, Birleşik Krallık hukukunun herhangi bir kısmı kapsamında, yayın yoluyla şeref ve haysiyetin ihlali (libel), sözlü olarak şeref ve haysiyetin ihlali (slander), unvana hakaret (slander of title), malların karalanması (slander of goods) ve diğer kötü niyetli yalanlar (malicious falsehood) ile İskoç hukukuna göre sözlü hasarla ilgili herhangi bir iddiayı kapsadığı ve ayrıca herhangi bir ülkenin hukukuna göre, sayılan hallere tekabül eden veya aynı nitelikteki herhangi bir iddia anlamına geldiği açıklanmıştır.

düzenlemenin dışında bırakılarak, bu alanda çifte dava edilebilirlik kuralının uygulanmasına devam edilmesi öngörülmüştür.³³⁴

Kuralla ilgili açıklamalara geçmeden önce, 1995 tarihli Yasa'nın, kişilik hakkı kapsamındaki değerlerden sadece biri olan şeref ve haysiyetin ihlalini kapsam dışında bıraktığını, ancak diğer değerlerin ihlali söz konusu olduğunda İngiliz hukukunda kabul edildiği ölçüde çifte dava edilebilirlik kuralına değil, 1995 tarihli Yasa'ya tabi olarak uygulanacak hukukun tespit edileceği belirtilmelidir.³³⁵ Bu çerçevede, örneğin mahremiyet hakkının ihlali çifte dava edilebilirlik kuralına tabi olmayacaktır. Mahremiyetin ihlali geleneksel olarak İngiliz hukukunun bir parçası değilse de, mahremiyetin ihlalini haksız fiil olarak kabul eden bir yabancı hukukun uygulanacağı bir davada, İngiliz mahkemelerinde dava açılacaktır. İngiliz hukukunda son yıllarda haksız fiil olarak kabul edilen, kişilik hakkı kapsamında değerlendirilebilecek, özel bilgilerin kötüye kullanılmasına ilişkin davalarda³³⁶ da 1995 tarihli Yasa uygulanacaktır.

Roma II Tüzüğü kapsamında giren konularda, Tüzük hükümlerinin 1995 tarihli Yasa hükümlerinin yerine geçtiği göz önünde bulundurulmalıdır. Kişilik hakkı ile ilgili hüküm Tüzük kapsamından hariç tutulduğundan, şeref ve haysiyetin ihlaline ilişkin davalarda çifte dava edilebilirlik kuralı uygulanacak, diğer kişisel değerlerle ilgili davalarda 1995 tarihli Yasa hükümleri uygulanacaktır. Aşağıda, çifte dava edilebilirlik kuralının gelişimi ve dönüşümünü açıklamak amacıyla, kurala kaynaklık eden ve esneklik kazandırarak kuralı değiştiren mahkeme kararlarından kısaca bahsedilecektir.

³³⁴ Comparative Study, National Reports, s.147; Bu uygulama doktrinde tartışılmış ve şeref ve haysiyetin ihlalinin kitle iletişim araçlarıyla ihlal edilerek, ifade ve basın özgürlüğü hakkının ihlali söz konusu olduğunda istisna kuralının geçerli olacağı savunulmuştur. Uluocak, s.1116.

³³⁵ Uluocak, s.1116, dn.11.

³³⁶ Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.11, dn.35'te anılan Google v Vidal-Hall [2015] EWCA Civ 311.

A. Çifte Dava Edilebilirlik Kuralının Gelişimi ve Niteliği

Çifte dava edilebilirlik kuralı iki unsurdan oluşan bir kuraldır. Kuralın ilk unsuru The Halley³³⁷ davasında ortaya konulmuştur. Bu davada, İngiliz hukukuna göre faile sorumluluk yüklenemediği hallerde, yabancı hukukun uygulanmasıyla faili sorumlu tutmanın mümkün olmadığı kabul edilmiştir.³³⁸ Bir başka deyişle, yabancı bir ülkede gerçekleştirilmiş bir haksız fiil nedeniyle İngiltere’de açılan bir davada, davacının olumlu sonuç alabilmesi için söz konusu fiilin İngiliz hukukuna göre haksız fiil olarak dava edilebilir olma niteliğini taşıması gerekmektedir. Aksi halde, İngiliz hukukuna göre haksız fiil olarak nitelendirilmeyen bir fiil nedeniyle davalının sorumluluğuna hükmedilmeyecektir.

Kural ikinci unsur ile birlikte bir bütün olarak Phillips v. Eyre davasında ifade edilmiştir. Bu davada, önce The Halley davasında oluşturulmuş kural tekrarlanarak, yabancı bir ülkede ika edilen haksız fiil nedeniyle İngiliz mahkemelerinde açılan davanın görülebilmesi için fiilin İngiliz hukukuna göre haksız fiil olarak "dava edilebilir" (actionable) olması gerektiği ifade edilmiş, arkasından ikinci şart olarak fiilin ika edildiği yer hukukuna göre "haklı olmama"sı (not justifiable) gerekliliği ortaya konulmuştur.³³⁹ Kuralın özelliği, hem forumun

³³⁷ (1868) LR 2 PC 193. Comparative Study, Final Report, s.89.

³³⁸ Bir Norveç gemisi ile bir İngiliz gemisi arasında Belçika karasularında meydana gelen çatmaya ilişkin The Halley davasında, Norveç gemisinin maliklerinin, İngiliz gemi malikleri aleyhine İngiltere’de açtıkları davada, İngiliz gemi malikleri çatmanın Belçika hukukuna göre kendilerine tahsis edilen mecburi-kaptan kılavuzun pilotaj hatası sonucu meydana geldiğine dayalı bir savunma sunmuşlardır. O tarihlerde yürürlükteki İngiliz hukuku uyarınca İngiliz gemi maliklerinin sorumluluğu bulunmamaktadır. Belçika hukukuna göre ise İngiliz gemi malikleri sorumludur. İngiliz gemi maliklerinin savunması kabul edilerek, esastan reddedilen davada, mahkeme, "İngiliz hukuk ilkelerine göre faile sorumluluk yüklemeyen bir fiile yabancı hukuku uygulayarak faili sorumlu tutmanın İngiliz otorite ve hukuk anlayışı ile telif edilemeyeceğini" belirtmiştir. Bu dava, kuralın birinci kısmının tek başına uygulandığı ilk ve tek davadır. Gülin Güneysu: "İngiliz Hukukunda Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.42, S.1, Yıl 1992, s.183’ten aynen alınmıştır.

³³⁹ Phillips v. Eyre [1870] LR 6 QB 1. Phillips v. Eyre davasında, davacı Phillips, Jamaika’da Vali Edward John Eyre liderliğinde bastırılan ayaklanma sırasında fiziksel saldırıya maruz kaldığı ve haksız yere hapsedilmiş olduğu iddiasıyla, İngiltere’de Eyre aleyhine dava açar. Eyre, savunmasında ayaklanma sonrası Jamaika kanun koyucusu tarafından çıkarılan kanunla ayaklanma sırasındaki fiillerinin hukuki sorumluluktan muaf tutulduğunu dolayısıyla eylemlerinin hukuka uygun olduğunu ileri sürmüştür. Savunmada esas alınan kanunun anayasal olarak geçerli bir kanun olduğunu tespit eden mahkeme, Eyre’nin savunmasını kabul etmiş ve Jamaika hukukuna göre hukuki sorumluluğun doğmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Güneysu, s.184; The Commission Working Paper, No:87, s.8; Krvavac, s.115.

hukuku (lex fori) hem de haksız fiilin işlendiği yer hukuku (lex loci delicti) uyarınca sorumluluğun tesis edilmesini gerektiren her iki prensibin uygulanması konusunda ısrar etmesidir ki bu nedenle çifte dava edilebilirlik kuralı olarak bilinmektedir.³⁴⁰

Daha sonraki tarihli Machado v. Fontes³⁴¹ davasında, Brezilya’da gerçekleştirilen ve Portekiz dilinde hazırlanmış yazılı iftira fiili nedeniyle İngiltere’de dava açan davacının iddialarına karşı davalı, sorumluluğun niteliğinden hareketle savunma yapmış ve yazılı iftiranın Brezilya hukukuna göre haksız fiil değil suç olduğunu ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir. İngiliz hukukuna göre haksız fiil, Brezilya hukukuna göre suç olarak nitelendirilmekte olan fiille ilgili değerlendirme yapan mahkeme, fiilin İngiliz hukukuna göre dava edilebilir, Brezilya hukukuna göre “haklı olmadığı”ni tespit ederek, konunun dava edilebilir olduğu sonucuna varmıştır.³⁴²

İngiliz mahkemelerinin o dönemlerde, fiilin haklı olmamasını hukuka uygun olmama şeklinde yorumladığı ve bir fiili, hukuki sorumluluğa yol açmasa da, cezai sorumluluğa yol açması halinde “haklı olmayan fiil” olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Ancak bu görüş artık kabul edilmemektedir. Haklı olmama ibaresi, hem İngiliz hukuku hem ika yeri hukukuna göre sorumluluğun hukuki sorumluluk olması şeklinde anlaşılmaktadır.³⁴³

Phillips v. Eyre (1869) davasından sonra, çifte dava edilebilirlik kuralının niteliği hakkında doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Kuralın milletlerarası yetki kuralı mı yoksa bağlama kuralı mı olduğu konusunda farklı yaklaşımlarla çeşitli yorumlar yapılmışsa da, kesin bir sonuca varılamamıştır. Phillips v. Eyre davasında, dava esastan reddedildiğinden mahkemenin bu konudaki değerlendirmesi söz konusu olmamıştır. Sonuç olarak kuralın çift başlı bir bağlama kuralı olduğu ve

³⁴⁰ Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.8.

³⁴¹ [1897] 2 QB 1.

³⁴² Güneysu, s.184; Bununla birlikte, mahkeme, davacının yabancı yetkili mahkemede dava açmak yerine İngiltere’de dava açarak daha elverişli koşullar içinde olmayı sağladığını ve forum shopping nedeniyle yargı yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Krvavac, s.112.

³⁴³ Güneysu, s.185.

eğer Phillips v. Eyre davasında konu edilen fiiller ika yerinde de dava edilebilir olma koşulunu sağlasaydı, dava esastan reddedilmeyip, İngiliz hukukunun uygulanacak hukuk olacağı baskın olarak savunulmuştur. Başka bir deyişle, çifte dava edilebilirlik kuralının, hem lex fori hem ika yeri hukukuna göre sorumluluğu gerektiren, dava edilebilir bir fiilin varlığı halinde, yabancı unsurlu haksız fiilin İngiliz hukukuna (lex fori) tabi olması etkisi doğuran çift başlı bir bağlama kuralı olduğu baskın şekilde kabul edilmiştir.³⁴⁴

1971 yılında, Boys v. Chaplin³⁴⁵ davasında verilen kararın, Phillips v. Eyre davası sonucunda ortaya çıkan çifte dava edilebilirlik kuralını nitelikli hale getirdiği ve genel kuralın sabit şekilde uygulanmasında belirli istisnalara olanak sağlayarak, belirsiz bir kapsamda olsa da kurala esneklik kazandırdığı kabul edilmektedir.³⁴⁶ Uygulanacak hukuk hakkında bu esnekliğin ne şekilde sağlanacağı konusunda, olay ya da taraflara en sıkı ilişkili hukukun uygulanması, lex fori'nin uygulanması ya da ika yeri hukukunun uygulanması şeklinde farklı görüşler ileri sürülmüşse de, kararı oluşturan mahkeme üyelerinin en uygun hukuk olarak, tarafların müşterek milli hukuku olan İngiliz hukukunu uyguladıkları ifade edilmektedir. Bu kararlar geleneksel çifte dava edilebilirlik kuralının muhafaza edilerek, kurala esneklik anlayışının getirildiği, belirli durumlarda başka bir hukuk davaya ve taraflara daha sıkı ilişki sunduğunda mahkemece kümülatif uygulamadan vazgeçilerek, bu hukukun uygulanmasına karar verilebileceği sonucuna varılmıştır.³⁴⁷

³⁴⁴ Güneysu, s.187; The Commission Working Paper, No:87, s.12 vd.

³⁴⁵ Boys v. Chaplin ([1971] AC 356) davası, Malta'da meydana gelen bir trafik kazasına ilişkindir. Davacının kullandığı motosiklet ile davalının kullandığı araba, davalının ihmali nedeniyle çarpışmış ve davacı ciddi yaralanmaya maruz kalmıştır. Tarafların ikisi de İngiliz vatandaşıdır ve ikametgahları İngiltere'dedir. Kazanın meydana geldiği zamanda, her ikisi de Malta'da bulunan İngiliz Askeri Kuvvetlerinde geçici olarak görevlidirler ve kaza, her iki taraf da mesai dışında iken meydana gelmiştir. Fiil, her iki hukuka göre de haksız fiil teşkil etmekle birlikte, Malta hukuku, 53 £'u aşmamak üzere, sadece masrafların tazminini öngörürken İngiliz hukuku, 53 £'a ilaveten 2250 £'u manevi tazminat ve kazanç kaybına ilişkin tazminat ödenmesini öngörmektedir. Dolayısıyla, davacı için en önemli husus, ne kadar tazminat alacağıdır. Malta hukukundaki düzenlemeye rağmen mahkeme oybirliğiyle İngiliz hukukuna göre tazminat verilmesine hükmetmiştir. Mahkeme üyelerinin ulaşılan sonuç için belirttikleri gerekçelerin kafa karıştırıcı çeşitliliği nedeniyle, hangi nedenle bu sonuca ulaşıldığı açık bir şekilde ortaya çıkmamıştır. The Commission Working Paper, No:87, s.21 vd.

³⁴⁶ The Commission Working Paper, No:87, s.21; Uluocak, s.1121.

³⁴⁷ Comparative Study, Final Report, s.93; Güneysu, s.191.

İngiliz mahkemeleri ihtilafli ilişkiyle en sıkı ilişkili hukuka, sadece bu hukuk aynı zamanda İngiliz hukuku olduğunda başvurmuşsa da, bu karar haksız fiil hukukunu biçimlendirmekte büyük bir adım olarak değerlendirilmektedir.³⁴⁸ Bu istisna hükmü ile kuralın esnekliği artırılmış ve katı bir uygulamanın meydana getireceği adaletsiz sonuçlardan bir ölçüde kaçınılmışsa da, hükmün aynı zamanda hukuki belirsizliği de artırdığı ileri sürülmektedir.³⁴⁹ 1976 yılında Church of Scientology of California v. Commissioner of Metropolitan Police³⁵⁰ davasında, İngiliz Temyiz Mahkemesi, Boys v. Chaplin'e atıfta bulunarak çifte dava edilebilirlik kuralının sınırlı istisnasını, yani tarafların haksız fiili ile ilgili hak ve yükümlülüklerinin olayla ve taraflarla en sıkı ilişkili hukuka göre belirleneceğini teyit etmiştir. Bununla birlikte, bir süre sonra 1983 tarihli Coupland v. Arabian Gulf Oil³⁵¹ davasında Boys v. Chaplin tartışılmışsa da genel kural uygulanarak, lex fori ve lex loci delicti uyarınca talebin dava edilebilir olduğuna karar verilmiştir.³⁵²

Çifte dava edilebilirlik kuralına istisna olarak, mahkemelerce münhasıran haksız fiilin gerçekleştiği yer hukukunun uygulandığı davalar da mevcuttur. İngiliz hukuk sistemini esas alan Hong Kong'ta, Red Sea Insurance Co v. Bouygues SA³⁵³ davasında, merkezi Suudi Arabistan'da bulunan Hong Kong'taki şirkete karşı açılan davada, Suudi Arabistan'da yürütülen inşaat işlerinden kaynaklanan uyuşmazlığın, münhasıran Suudi Arabistan hukuku tarafından yönetileceğine karar verilmiştir. Mahkeme bu istisnanın, haksız fiilin işlendiği yer hukukunun dava ile en sıkı ilişkili hukuk olması koşuluna uygulanabileceğine hükmetmiştir.³⁵⁴

³⁴⁸ Krvavac, s.118.

³⁴⁹ Comparative Study, National Reports, s.25, 147.

³⁵⁰ Church of Scientology of California v. Commissioner of Metropolitan Police, (1976), 120 Sol. J. 690.

³⁵¹ Coupland v. Arabian Gulf Oil, (1983), [1983] 1 W.L.R. 1136 (C.A.).

³⁵² Castel, s.172.

³⁵³ Red Sea Insurance v. Bouygues SA (1994) 3 All ER 749 (CA)

³⁵⁴ Mahkemenin Chaplin v. Boys kararında yer alan istisnai uygulamasıyla ilgili yapılan açıklamadan daha açık şekilde bildirdiği gerekçe, sadece çifte dava edilebilirlik kuralının niteliğini değil, altında yatan temel ilkelerin sorgulanması konusunu ortaya koymaktadır. Gerekçe, tarihsel olarak lex fori'nin uygulanmasının gerekliliğini destekleyen haksız fiilin kamusal düzenleyici karakterde olduğu görüşünden uzaklaşarak, lex fori'nin uygulanmasını haklı kılan, haksız fiilin düzenleyici kurullarla ilgili daha basit analizinin benimsendiği anlamına gelmektedir. Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.9.

B. Kuralın Uygulanması

İngiliz hukukuna göre, yabancı unsurlu haksız fiillere çifte dava edilebilirlik kuralının uygulanması için, İngiliz mahkemeleri nezdinde ileri sürülen taleplerin, davalı tarafından yurtdışında gerçekleştirilmiş haksız fiil teşkil eden eyleme ilişkin olması gerekmektedir. Davalının zarara neden olan eylemlerinin İngiltere’de gerçekleşmiş olması halinde, eylemin diğer ülkelerle önemli bağlantıları olsa bile, İngiliz hukukuna göre uygulanacak hukuk sorunu ortaya çıkmaz ve uyuşmazlık İngiliz hukukuna göre çözümlenir. Yukarıda izah edildiği gibi, yurtdışında gerçekleştirilen fiilin, hem ika yeri hukukuna göre haklı olmaması, hem de İngiliz hukukuna göre sorumluluğu gerektiren, dava edilebilir bir fiil olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, davacı, hem hukuka aykırı eylemin ika edildiği yer hukukuna göre eylemi nedeniyle davalının sorumlu tutulduğunu hem de olay İngiltere’de gerçekleşmiş olsaydı davalının iç hukuka göre sorumlu olacağını ispatlamak zorundadır.³⁵⁵ Davanın kabul edilebilmesi için, ika yeri hukuku ile İngiliz hukuku arasında, sorumluluğun hukuki niteliği bakımında da uygunluk olması gerekmektedir.³⁵⁶ Bu gerekliliğin sonucu olarak, fiil her iki hukuk düzeni bakımından hukuki sorumluluk doğurmalı, her iki hukuk düzeni arasında talep sonucunun kabul edilebilirliği konusunda ayniyet bulunmalı ve hem ika yeri hukuku hem forum hukuku uyarınca, davanın taraflarını aynı kişiler teşkil etmelidir. Örneğin, forum hukukuna göre davacı sıfatını haiz kişi, ika yeri hukukuna göre bu sıfatı haiz değilse veya benzer durum davalı için söz konusu ise çifte dava açılabilirlik kuralının uygulanmasıyla dava reddedilecektir.³⁵⁷

Görüldüğü üzere, çifte dava edilebilirlik kuralı yabancı kuralların etkinliğini sınırlamakta, İngiliz iç hukukunda karşılığı olmayan hukuki sorumluluğun sonuçsuz kalmasını sağlamak suretiyle, ifade özgürlüğünü sınırlayabilecek yabancı hukuk

³⁵⁵ Comparative Study, Final Report, s.91; Comparative Study, National Reports, s.148.

³⁵⁶ Sorumluluğun temelinin akde, akit benzerine, haksız fiile, haksız fiil benzerine, mamelek haklarına dayanması veya sui generis olması arasında fark bulunmadığı ifade edilmektedir. Güneysu, s.185.

³⁵⁷ Comparative Study, Final Report, s.93; Comparative Study, National Reports, s.24; Güneysu, s.185; The Commission Working Paper, No:87, s.8.

kurallarının uygulanmasını engelleyerek İngiliz hukukunun bu konudaki kamu düzeni anlayışına hizmet etmektedir.³⁵⁸

C. Şeref ve Haysiyetin İhlali ile İlgili Uyuşmazlıklarda Çifte Dava Edilebilirlik Kuralının Korunmasının Amacı ya da Kuralın Bağlama Noktası Olarak Tercih Edilmesinin Nedeni ve Sonuçları

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, 1995 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Yasasının III. kısmının kabulü ile şeref ve haysiyetin ihlaline (defamation) dair kısım haricinde akit dışı borç ilişkileriyle ilgili çifte dava edilebilirlik kuralının kaldırılarak bunun yerine ika yeri kuralının kabul edilmesinin, Roma II Tüzüğü kapsamında giren konular bakımından, Tüzük hükümleri 1995 tarihli yasa hükümlerinin yerini aldığından, bir önemi kalmamıştır. Kişilik hakkı konusu Tüzük kapsamından hariç tutulduğundan, şeref ve haysiyetin ihlalinden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukla ilgili çifte dava edilebilirlik kuralı varlığını sürdürmektedir.

1995 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Yasasından kişilik hakkı ile ilgili konuların hariç tutulmasının ana sebebinin, ifade özgürlüğünün yeni kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması ile zarar görmesi korkusu olduğu ifade edilmektedir. Özellikle İngiltere’de basılıp yurt dışına satılan gazete ve dergi içerikleri nedeniyle İngiltere’de açılan davalarda İngiliz hukukunun sağladığı korumayı kaybetmek istemeyen medyanın baskısı, bu alanda çifte dava açılabilirlik kuralının korunmasını sağlamıştır.³⁵⁹ Lex fori’nin ika yeri hukuku ile kümülatif olarak uygulanması genellikle yayını gerçekleştirenin lehine sonuç doğurmaktadır.

Çifte dava edilebilirlik kuralı ile bir uyuşmazlığa ifade özgürlüğü konusunda daha sınırlayıcı olan yabancı hukukların uygulanması olasılığında, ifade özgürlüğünün İngiliz hukuku tarafından korunduğu ölçüde korunması

³⁵⁸ Uluocak, s.1124.

³⁵⁹ Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.104.

amaçlanmaktadır.³⁶⁰ Haksız fiil yurtdışında ika edildiğinde çifte dava edilebilirlik kuralı uyarınca, fiilin İngiliz hukukuna göre haksız fiil olarak dava edilebilir olma koşulunun aranması, fiilin İngiliz hukuk anlayışıyla değerlendirilmesi, başka bir deyişle, fiilin hukuki niteliğinin ve sorumluluğun mevcudiyetinin lex fori tarafından tayin edilmesi anlamına gelmektedir. Çifte dava edilebilirlik kuralının uygulanması sonucunda, İngiltere dışındaki bir ülkede şeref ve haysiyetin ihlal edilmesi nedeniyle İngiliz mahkemelerinde dava açıldığında, İngiliz hukuku yayıncının hem sorumluluğunu hem de sorumluluğunun üst sınırını belirleyici fonksiyondadır. Yayıncının sorumluluğu, yabancı hukukun kümülatif uygulanması sonucu, İngiliz hukukunun belirlediği üst sınırdan daha fazla şekilde belirlenemeyecek ancak ifade özgürlüğüne daha fazla koruma sağlayan yabancı bir hukukun uygulanması durumunda bu sorumluluğun azaltılması söz konusu olabilecektir.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, çifte dava edilebilirlik kuralı, yabancı bir ülkede gerçekleşen ihlalle ilgili İngiltere’de dava açıldığında, İngiliz hukuku veya uygulanacak yabancı hukuktan hangisi ifade özgürlüğüne daha fazla koruma sağlamaktaysa, onun uygulanması sonucunu doğurmaktadır.³⁶¹ Çifte dava edilebilirlik kuralı, İngiliz hukukunu asgari bir ölçüt olarak koruduğundan, ifade özgürlüğünü koruma standartlarının düşürülmesine engeldir ve bu nedenle de yayıncılar tarafından en fazla tercih edilen bağlama noktasını sunmaktadır.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, yabancı unsurlu bir haksız fiilin İngiltere’de ika edilmesi halinde İngiliz hukuku uygulanacak olduğundan, İngiltere’de gerçekleşen haksız fiillerle ilgili çifte dava edilebilirlik kuralı uygulanmayacaktır. İngiliz mahkemeleri geleneksel olarak, materyalin alındığı ve okuduğu yerde şeref ve haysiyetin ihlalinin gerçekleştiği yaklaşımını benimsediğinden³⁶², ağırlıklı olarak

³⁶⁰ Comparative Study, National Reports, s.149. Kuralın uygulandığı önemli davalar: Phillips v. Eyre (1870) (L.R. 6 Q).b. 1 (Exch.), Boys v. Chaplin (1971) AC 356, Red Sea Insurance v. Bouygues SA (1994) 3 All ER 749 (CA), ae, s.148; Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.13.

³⁶¹ Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.13.

³⁶²Bata v Bata (1948) 92 SJ 574; Başka bir davada, Scientology Kilisesi hakkında İngiltere’de İngiliz polisi tarafından hazırlanarak Almanya’ya gönderilen şeref ve haysiyeti ihlal ettiği iddia edilen raporun, Almanya’da yayımlandığı kabul edilmiştir. Mills, The Law Applicable to Cross-Border

başka bir ülkede dağıtılmış bir yayının toplamda küçük bir yüzdesine tekabül eden kısmının İngiltere’de dağıtılmış olması halinde, bu dağıtımın İngiltere’de ayrı bir yayın oluşturduğu kabul edilerek, İngiliz kanunlar ihtilafı kurallarına göre bu yayınlardan kaynaklanan şeref ve haysiyetin ihlaliyle ilgili davalara uygulanacak tek hukuk İngiliz hukuku olacaktır.³⁶³

Şeref ve haysiyetle ilgili İngiliz maddi hukuku davacı yanlısı olarak değerlendirilirken, kanunlar ihtilafı kuralları davalı yanlısı olarak değerlendirilmektedir. Davacıların medya kuruluşlarına karşı İngiltere’de dava açmakla birlikte taleplerini İngiltere’de gerçekleşen yayınlardan doğan zararlarla sınırlandırmalarının nedeni, muhtemelen bu iki özellikten kaynaklanmaktadır.³⁶⁴

D. Çifte Dava Edilebilirlik Kuralına Bir Eleştiri Örneği: İrlanda Hukuk Düzeninin Uygulanması

Haksız fiillerle ilgili yabancı unsurlu davalarda çifte dava edilebilirlik kuralı İrlanda’da da uygulanırken, 1986 yılında İrlanda Yüksek Mahkemesi, Grehan v. Medical Incorporated and Pine Valley Associates ([1986] IR 528) davasında verdiği kararla, kuralı eleştirerek uygulanmasını reddetmiştir. Mahkeme kararında, çifte dava edilebilirlik kuralının oldukça keyfi kararlar üretme kapasitesine sahip olduğunu, dar bir bakış açısını yansıttığını, bazı davalarda davacıya karşı haksız yere sert bazılarında haksız yere cömert olmak için bir araç olduğunu belirterek uygulanmasının uygun olmadığını savunmuştur. Mahkemeye göre, haksız fiillerle ilgili uygulanacak hukukun tespiti söz konusu olduğunda, İrlanda Mahkemeleri her davada ortaya konulan münferit meselelere göre değerlendirme yapmalıdır. Davanın

Defamation, s.14, dn.42’de anılan Church of Scientology of California v Commissioner of Metropolitan Police (1976) 120

³⁶³ Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.14, dn.43’te anılan Chadha v Dow Jones [1999] ILPr 829; Berezovsky v Forbes [2000] UKHL 25.

³⁶⁴ Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.13.

sosyal ve ekonomik boyutlarına göre esnek davranılarak belirlenecek bir kanunlar ihtilafı kuralını uygulamalıdır.³⁶⁵

İrlanda Yüksek Mahkemesi'nin Grehan v. Medical Incorporated and Pine Valley Associates davasında benimsediği, akit dışı sorumlulukla ilgili davalarda, davanın sosyal ve ekonomik sonuçlarına göre davadan davaya değişen farklı kriterlere göre uygulanacak hukukun tespit edilmesi şeklinde izah edilen esnek yaklaşımın, çifte dava edilebilirlik kuralına göre daha tatminkar olduğu ileri sürülemez. Kararda çifte dava edilebilirlik kuralına yönelik eleştiriler haklı olsa da, çifte dava edilebilirlik kuralı dışlanırken yerine alternatif bir kural önerilmemesi, herhangi bir bağlantının uygulanacak hukukun tespitinde esas olarak kabul edilmemesi, yasal belirsizlik kaynağı olmuştur.³⁶⁶

1992 tarihli An Bord Trachtala v. Waterford Foods Ltd. davasında Yüksek Mahkeme tekrar çifte dava edilebilirlik kuralına eğilimli bir yaklaşım benimsemiştir.³⁶⁷ Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme, 1997 yılında yargı yetkisi ve uygulanacak hukuk konusunda önemli tespitlerde bulunduğu Shortt v. Ireland, the Attorney General and British Nuclear Fuels Limited ([1997] ILRM 161) davasında verdiği kararda aynen aşağıdaki sonuçlara varmıştır.

“...normalde İrlanda hukukuna göre haksız olduğu değerlendirilecek bir zararı, İngiliz hukukunun herhangi bir hükmünün İrlanda'da nasıl hukuka uygun hale getireceğini ilk bakışta anlamak zordur. Kuşkusuz, İngiliz hukukunun herhangi bir hükmünün, İrlanda mahkemelerini normalde sahip olacağı yargı yetkisinden nasıl mahrum bırakacağını anlamak da zordur. İlk bakışta, uygun hukukun Birleşik Krallık hukukundan ziyade fiilin işlendiği yer hukuku (lex loci delicti) olduğu görülecektir...”

³⁶⁵ Comparative Study, National Reports, s.84; Paul O'Higgins, Patrick McGrath: “Third Party Liability in the Field of Nuclear Law An Irish Perspective”, **Nuclear Law Bulletin**, No:70, 2002, p.18. (Çevrimici) www.nea.fr/html/law/nlb/nlb-70/007_021.pdf, 15.07.2014.

³⁶⁶ Comparative Study, National Reports, s.84.

³⁶⁷ O'Higgins, McGrath, s.18.

Kararın açık ifadesinden, mahkemenin çifte dava edilebilirlik kuralının uygulanmasını reddettiği, haksız fiilin işlendiği yer hukukunu bağlama noktası olarak kabul ettiği görülmektedir.³⁶⁸

V. Müşterek Mutad Mesken ve Müşterek Milli Hukuk

Müşterek mutad mesken kriteri son yıllarda özellikle haksız fiiller alanında tercih edilen bir bağlama noktası haline gelmiştir. Müşterek milli hukuk kriterine haksız fiiller alanında pek fazla yer verilmese de, bazı hukuk sistemlerinin bağlama kurallarında bu bağlama noktasına yer verdiği ya da en sıkı ilişkili hukuk olarak müşterek milli hukukun uygulanma olasılığının ortaya çıktığı görülmektedir. Milli hukuk ve mutad mesken kriterlerinin, ikametgah kriteri ile birlikte şahsi statünün bağlanma noktalarını oluşturmaları ve incelediğimiz hukuk düzenlerinde müşterek milli hukuk kriterinin genellikle müşterek mutad mesken kriteri ile birlikte ortaya çıkması nedenleriyle, ikisinin aynı başlık altında ele alınması uygun görülmüştür.

A. Müşterek Mutad Mesken Hukuku

Müşterek mutad mesken (lex communis habitationis), haksız fiil ilişkisi içinde yer alan tarafların, hayatlarının gerçek ağırlık merkezinin bulunduğu ülkelerin aynı ülke olması anlamına gelir.³⁶⁹ Bir başka deyişle, müşterek mutad mesken, haksız fiil ilişkisinde tarafların, hayat ilişkilerinin merkezi niteliğinde olan, gerçek ve fiili duruma uygun bulunan ve fiili ikametgah olarak isimlendirilen yerdir.³⁷⁰ İkametgah kavramı yerine mutad mesken kavramının tercih edilmesi, kitle iletişim araçları ile kişilik hakkı ihlalleri bakımından da daha gerçekçi bir yaklaşımdır. Çeşitli

³⁶⁸ Comparative Study, National Reports, s.85; O'Higgins, McGrath, s.17.

³⁶⁹ Hohloch, s.11.

³⁷⁰ MÖHUK m.13 gerekçesi; "Türk hukukunda 5718 sayılı MÖHUK ile milletlerarası özel hukuktaki gelişmelere uygun olarak, çoğu kez gerçek ve fiili durumu yansıtmayan ve her hukuk sisteminde aynı anlamı taşımadığından uygulanması çeşitli güçlüklereden dolayı ikametgah kavramı terk edilerek, ikametgah kavramının aksine hukuki bir kavram sayılmayan mutad mesken kavramının kullanılması tercih edilmiştir." Daha detaylı bilgi için bkz.Çelikel, Erdem, s.185 vd.; Nomer, Şanlı, s.123 vd.; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s.35 vd.

durumlarda görülebileceği gibi, örneğin kişinin itibarının zedelendiği yer yasal olarak ikametgahının bulunduğu yer değil, hayat ilişkilerinin merkezinin bulunduğu yerdir. Kişinin ikametgahı ile mutad meskeninin farklı yerlerde bulunduğu hallerde, zarar görenin gerçekten zarara maruz kaldığı yer çoğu halde mutad meskeninin bulunduğu yer olacağından, bağlama noktasının mutad meskeni esas alarak oluşturulması yerinde olmuştur.

1. Müşterek Mutad Mesken Hukukunun Bağlama Noktası Olarak Tercih Edilmesinin Nedeni

Yabancı unsurlu haksız fiil uyuşmazlıklarında ika yeri kuralından sonra müşterek mutad mesken kriterine önem atfedilmektedir. Bir haksız fiil ilişkisinde, hem failin hem zarar görenin buldukları çevrenin anlayışına göre hareket ettikleri varsayılmaktadır. Tarafların müşterek mutad meskene sahip olmaları halinde ve bu ülke dışında başka bir yerde gerçekleşen bir haksız fiil söz konusu olduğunda, haksız fiilin tarafların ortak çevrelerinin yansıması olarak ortaya çıkması nedeniyle fazla müşterek mutad meskenin bulunduğu ülkedeki çevre ile ilgili olacağı kabul edilmektedir.³⁷¹ Gerçekten, haksız fiilin olumsuz sonuçlarına ika yerinde değil, tarafların müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yerde maruz kalınacağı da dikkate alındığında, tarafların yaşadıkları ve faaliyetlerini sürdürdükleri yer olan mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukukunun haksız fiil ilişkisinde en sıkı ilişkili hukuk olduğu görülmektedir.

Müşterek mutad mesken kriterinin savunulmasının diğer nedenleri olarak, tarafların, yine bir haksız fiil ilişkisinde buldukları çevrenin anlayışına göre hareket ettikleri varsayımından hareketle, davranışlarına aşına oldukları hukuk düzeninin kurallarına göre yön verme imkanına sahip olmaları ve kendi hukuk atmosferlerinde iddia ve savunmalarını ileri sürmelerinin hukuki öngörülebilirlik, kesinlik ve güvenlik sağlaması ileri sürülmektedir.³⁷² Müşterek mutad mesken

³⁷¹ H. Krüger: "Türk Devletler Hususi Hukukunda Lex Loci Delicti Commissi Kuralı Üzerine Bazı Düşünceler", Çev. N. Giritlioğlu, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.I, S.2, 1968, s.259.

³⁷² Comparative Study, Final Report, s.102.

kriterinin davacı ve davalıya eşit mesafede olması da, bu hukukunun uygulanmasının sorunu en iyi şekilde çözebileceği düşüncesini desteklemektedir. Diğer yandan, fiil ve zarar yerinin farklı olduğu haksız fiillerde veya birden fazla zarar yerinin mevcut olduğu haksız fiillerde, problemin tek bir hukuka tabi olarak çözümlenmesi imkanın doğması, müşterek mutad mesken hukukunun uygulanmasının cazip hale getirmektedir.

Yukarıda belirtilen tüm avantajlarına ve son yıllarda haksız fiilin işlendiği yere nazaran müşterek mutad mesken bağlama noktasına öncelik verilmesi yönündeki uluslararası eğilime³⁷³ karşın, haksız fiilden doğan sorumluluğa ika yeri hukukunun uygulanması asli kural olma özelliğini sürdürmektedir.³⁷⁴ Ancak ika yeri kuralının yumuşatılması amacıyla bağlama kurallarına dahil edilen istisna kuralları arasında en yaygın olan müşterek mutad mesken kriteridir.³⁷⁵ Bazı milletlerarası sözleşmelerde ve kanunlarda, mutad mesken kriterinin birinci derecede bağlama noktası olarak kabul edildiği³⁷⁶ gözlemlense de, bu kriter henüz ika yeri kriteri kadar güçlü bir konumda değildir. Dolayısıyla somut bir uyuşmazlıkta müşterek mutad mesken kriterinin uygulanması, bir hükümlerle açıkça emredilmedikçe, ika yerine nazaran daha sıkı ve nitelikli bir bağlantı oluşturması şartına bağlıdır.

2. Kitle İletişim Araçları İle Kişilik Hakkının İhlalinden Doğan Sorumluluğa Müşterek Mutad Mesken Hukukunun Uygulanması

Kitle iletişim araçları ile kişilik hakkı ihlalinde sorumluluğa uygulanacak hukukun tespiti noktasında en ciddi sorun, bu tür ihlallerin tipik özelliği olan ihlalin mesafeli haksız fiil veya çoklu haksız fiil olarak meydana çıkmasıdır. Müşterek mutad mesken hukukunun uygulanması mesafeli haksız fiillerde fiil ve zarar yeri hukukları arasında tercih yapmak veya çoklu haksız fiillerde karşı karşıya kalınan birden fazla zarar yeri hukuklarından birini seçmek veya tümünü uygulamak gibi

³⁷³ Stone, s.106.

³⁷⁴ Nomer, Şanlı, s.340.

³⁷⁵ Symeonides, Codifying Choice of Law, s.58.

³⁷⁶ Tekinalp, Uyanık, s.356.

zorlu uğraşları bertaraf edeceğinden, son derece cazip bir seçenek olarak değerlendirilmesi mümkündür. Ancak, daha elverişli bir hukukun uygulanmasına engel olduğu noktada, davacı bakımından cazibesini yitireceği açıktır. Kitle iletişim araçları ile kişilik hakkı ihlal edilen bir kimsenin zararının karşılanmasında, müşterek mutad mesken hukukunun öncelikli olarak uygulanması yerine, zarar görene zarar yeri hukuku ile müşterek mutad mesken hukuku arasında seçim yapma hakkı verilmesi daha uygun bir düzenleme olacaktır.

İnternet yayınları özelinde, kişilik hakkının ihlalinden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun, tarafların vatandaşlığına, ikametgah ya da mutad meskenlerine dayanan müşterek hukuk kriterine göre belirlenmesi diğer kriterlere nazaran pek desteklenmemektedir. Bunun nedeni, tarafların müşterek hukukunun, taraflarla en sıkı ilişkiye sahipken, uyuşmazlıkla ilişkisinin gevşek olması ya da hiç olmaması ihtimalinin güçlü oluşudur. Mesela, internet yayınıyla bir İngiliz vatandaşının, bir diğer İngiliz vatandaşının ABD’de şeref ve haysiyetini ihlal etmesi durumunda, müşterek hukuk olarak uygulanacak İngiliz hukukunun, söz konusu haksız fiilin gerçekleştiği ülkenin değerlerini dikkate almaksızın uyuşmazlığı yönetmesi gerekecektir. Failin ve mağdurun İngiliz olduğu uyuşmazlığa İngiliz hukuku standartları uygulanarak, söz konusu içeriğin kaldırılıp kaldırılmamasına karar verilecektir. Esasen, çatışan maddi hukuklara sahip ülkelere mensup tarafların dahil olduğu davalarda, bu web sitesi operatörlerinin karşılaşılabileceği bir senaryodur. Ancak, müşterek milli hukukun uygulanması, kullanıcıların milliyetini veya mutad meskenini bilmek zorunluluğu bulunmayan web sitesi operatörlerine, topraklarında ihlal gerçekleşmeyen ülke hukuklarına mesnetsiz şekilde uyma zorunluluğunu dayatacağından, ifade özgürlüğü hakkının gereksiz şekilde sınırlandırılmasına neden olacaktır.³⁷⁷

Roma II Tüzüğü hazırlanırken, Komisyon’un konuyla ilgili 2003 tarihli teklifinin 6. maddesi kabul edilmiş olsaydı, tarafların müşterek mutad meskenlerine

³⁷⁷ Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation, s.24.

dayanan müşterek milli hukukunun uygulanması söz konusu olacaktı. Kanaatimizce, mahkemenin bulunduğu forumun kamu düzeni engeli nedeniyle müşterek hukukun etkin şekilde uygulanmaması olasılığı yanında, yukarıda belirtilen gerekçelerle internet yayınları bakımından tarafların müşterek hukukunun uyuşmazlığı yönetmesi uygun değildir.

3. Müşterek Mutad Mesken Hukukunun Uygulanmasını Benimseyen Hukuk Düzenleri

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, müşterek mutad mesken kriteri, haksız fiiller alanında gittikçe daha fazla tercih edilen bir bağlama noktası haline gelmiştir. İsviçre MÖHK'nda, haksız fiil gerçekleşikten sonra fail ve zarar gören tarafından hukuk seçimi yapılmamışsa, tarafların müşterek mutad meskeninin bulunması halinde, müşterek mutad mesken hukukunun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır (m.133/1). Açık şekilde müşterek mutad mesken hukukunun asli bağlama noktası olarak tercih edilmesine örnek teşkil eden İsviçre hukukunda, m.133/1'in kitle iletişim araçları kullanılmadan gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlallerine uygulanacak hukukun tespitinde rol oynayacağı, ihlalin kitle iletişim araçları ile gerçekleşmesi halinde uygulanacak 139. maddede müşterek mutad mesken kriterinin asli bağlama noktası olarak belirlenmediği hatırlanmalıdır.

Avrupa Birliği ülkelerine baktığımızda, kişilik hakkı ihlali ile ilgili özel bağlama kuralına sahip olmayan Almanya, Hollanda, İtalya, Polonya ve Portekiz'in, akit dışı sorumluluğa uygulanacak hukuk hakkında genel bağlama kurallarında müşterek mutad mesken hukukuna yer vermiş olduğu görülmektedir. Bu ülkelerden İtalya, Polonya ve Portekiz düzenlemelerinde, müşterek mutad mesken kriteri müşterek milli hukuk kriteri ile birlikte düzenlenmiş olduğundan, bunlarla ilgili açıklamalara, tekrardan kaçınmak amacıyla, bir alt bölümde yer verilecektir.

Alman hukukunda, İsviçre hukukundaki sistem benimsenmiştir. Fail ve mağdurun haksız fiilin ika edildiği zamanda müşterek mutad meskeninin bulunması

halinde, haksız fiil gerçekleştikten sonra taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa, müşterek mutad mesken hukuku uygulanacaktır (EGBGB m.40/2,42).³⁷⁸ Hollanda hukukunda da, tarafların müşterek mutad meskene sahip olmaları halinde, müşterek mutad mesken hukukunun ika yeri hukukuna göre öncelikli olarak uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.³⁷⁹ Örnek olarak zikredilen İsviçre, Alman ve Hollanda hukuklarında, tarafların sadece müşterek mutad meskene sahip olmaları yeterli olup, müşterek milli hukuka sahip olmaları şartı aranmamaktadır.³⁸⁰

Türk hukukunda ne haksız fiillere ilişkin MÖHUK m.34 kapsamında ne de kişilik hakkının kitle iletişim araçlarıyla ihlaline ilişkin MÖHUK m.35 kapsamında müşterek mutad mesken kriterine yer verilmemiştir. Ancak 34. maddenin 3. fıkrası uyarınca müşterek mutad mesken hukukunun daha sıkı ilişkili hukuk olarak tespit edilmesi veya 35. maddede yer alan alternatif seçeneklerden tercih edilen ile müşterek mutad mesken hukukunun kesişmesi mümkündür.

Roma II Tüzüğü'nde de akit dışı borç ilişkilerinden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukla ilgili genel kuralda, mevcudiyeti halinde müşterek mutad mesken hukukunun doğrudan zarar yeri hukukuna öncelikli olarak uygulanması kabul edilmiştir. Tüzüğün 4/2. maddesi uyarınca, fail ve zarar gören kişinin müşterek mutad meskene sahip olmaları durumunda, zarar nerede meydana gelmiş olursa olsun, müşterek mutad mesken hukuku uygulanacaktır.³⁸¹ Ancak belirtmek gerekir ki, kural öncelikli olarak müşterek mutad mesken hukukunun uygulanması olsa da, m.4/3 uyarınca, haksız fiil ile açıkça daha sıkı ilişkili olması halinde, haksız fiilin işlendiği yer ya da üçüncü bir ülke hukukunun müşterek mutad mesken hukukuna öncelikli olarak uygulanması imkanı mevcuttur.

³⁷⁸ Comparative Study, National Reports, s.68.

³⁷⁹ Comparative Study, National Reports, s.112.

³⁸⁰ Alman ve İsviçre hukuklarındakine benzer düzenlemeler Trafik Kazaları Hakkında Lahey Konvansiyonunda (1971) da yer almaktadır. Hohloch, s.11.

³⁸¹ Tüzük ürün sorumluluğuna ilişkin m.5/1,a, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin m.10/2, vekaletsiz iş görmeye ilişkin m.11/2 ve culpa in contrahendo sorumluluğuna ilişkin m.12/2,b ile de müşterek mutad mesken kriterine yer vermiştir.

Tüzüğün 23. maddesinde mutad mesken yeri tanımlanmıştır. Buna göre, şirketlerle benzeri yapıların idare merkezlerinin bulunduğu yer mutad mesken olarak kabul edilir. Ancak, zarara neden olan olayın gerçekleşmesi ya da zarar, bir tüzel kişinin şubesinin, kuruluşlarının veya acentanın faaliyeti sırasında ortaya çıkarsa, bunların buldukları yer mutad mesken olarak değerlendirilir (23/1). Kendi iş aktivitelerini sürdüren gerçek kişilerin mutad meskeni, işyeri merkezlerine göre belirlenecektir (m. 23/2).

Roma II Tüzüğü'nün anılan düzenlemesine bir eleştiri olarak, m.4/2'nin çok dar kaleme alındığı ileri sürülmektedir. Düzenleme, tarafların haksız fiilin gerçekleştiği yer hukukundan farklı fakat birbirileri ile aynı hukuki düzenlemelere sahip ülkelerde mutad meskenleri bulunması halini kapsamamaktadır. Ancak, m.4/2'nin kısıtlı üslubuna rağmen, m.4/3'te düzenlenen daha sıkı ilişki lehine istisna kuralı ile bu sonuca ulaşmanın mümkün olduğu göz önünde bulundurulmalıdır.³⁸²

B. Müşterek Milli Hukuk

1. Müşterek Milli Hukukunun Bağlama Noktası Olarak Tercih Edilmesinin Nedeni

Tarafların müşterek mutad mesken hukukunun uygulanmasını savunan görüşlerde dayanan argümanlar, büyük ölçüde müşterek milli hukukun uygulanmasının savunulmasına da dayanak oluşturur. Haksız fiilin işlendiği yer veya sonuçlarını doğurduğu yer ya da yerlerin tesadüfi olabileceği, tarafların daha sıkı ilişki içinde oldukları müşterek milli hukukun uygulanmasının, onlara hükümlerini

³⁸² Stone, s.109; Bir başka eleştiri de, Tüzüğün 4. maddesi çerçevesinde, talepler aynı olaydan kaynaklansa da, olaya dahil farklı gruplardan oluşan taraflar arasında farklı hukukların uygulanabileceğine dikkat çekilmek suretiyle ileri sürülmüştür. Örneğin, davalı ile müşterek mutad meskene sahip davacının talebi, m.4/2 uyarınca müşterek mutad mesken hukukuna tabi olacakken, aynı olay nedeniyle benzer zarara maruz kalan ve olayın gerçekleştiği yerde mukim olan başka bir davacının talebi m.4/1 uyarınca zarar yeri hukukuna tabi olacaktır. Bu durumu bazı hallerde keyfi ayrımcılık anlamına gelebilecek şekilde tuhaf sonuçlara yol açabileceği, dolayısıyla bu sonucu kabul etmenin güç olduğu dile getirilmektedir. Öneri olarak, Tüzüğün 4/3. maddesinde yer alan istisna kuralından yararlanarak, bazı taraflar arasında müşterek mutad mesken hukukunun uygulanmasının, aynı olayda aynı şekilde yer alan taraflar arasında haksız bir ayrımcılığa neden olacağı hallerde, çok taraflı durumlardaki taleplerin tümüne haksız fiilin işlendiği yer hukukunun uygulanabileceği belirtilmektedir. Ae., s.110.

bildikleri bir hukuk düzeni içinde iddia ve savunmalarını ileri sürme imkanı vereceğinden hukuki güvenlik ve kesinlik sağladığı³⁸³ ileri sürülmektedir. Ayrıca müşterek mutad milli hukukunun sadece davacı veya davalı odaklı olmayıp, taraflar menfaatlerinin korumasında eşit durumda olacakları da savunulmaktadır.³⁸⁴

Müşterek milli hukuk bağlama noktası olarak daha fazla kişiler hukuku ve aile hukukuna ilişkin kanunlar ihtilafı alanında kullanılmakta olup doktrinde, müşterek milli hukukun bağlama noktası olarak, haksız fiillere ilişkin kanunlar ihtilafı alanında önemli bir role sahip olamayacağı savunulmaktadır.³⁸⁵ Buna gerekçe olarak, haksız fiillerin kişilerin bulunduğu çevre ile daha ilgili olması, kişinin bulunduğu ve yaşadığı çevreyi ilgilendiren konularda uygulanacak hukukun tespitinde mutad mesken hukuku kriterinin en uygun bağlama noktası olacağı ileri sürülmektedir.³⁸⁶ Dolayısıyla, müşterek milli hukuk kriterinin uygulanmasının taraflar arasında eşitlik sağlayacağı argümanı ilk bakışta doğru görünse de, davalının mutad meskeninin başka bir ülkede bulunması ve hayat ilişkilerinin de mutad meskeninin bulunduğu ülkede yoğunlaşmış olması halinde, eşitliğin sağlanacağı iddiası ancak şüpheli bir varsayımdır. Bu durumda haksız fiilin tarafların ortak çevresi ile ilgisi söz konusu olmadığından, müşterek milli hukuk daha sıkı ilişkiyi yansıtmayacak ve ika yeri kuralı yerine uygulanmasının savunulması doğru olmayacaktır.³⁸⁷

2. Kitle İletişim Araçları İle Kişilik Hakkının İhlalinde

Sorumluluğa Müşterek Milli Hukuk Hukukunun Uygulanması

Kişilik hakkının kitle iletişim aracıyla ihlal edildiği yerin tesadüfi olması kesin bir prensip olmasa da mümkündür. Bu durumda, tarafların müşterek mutad mesken veya müşterek milli hukuka sahip olmaları halinde, uyuşmazlığın tesadüfi bir yer olan ika yeri hukuku yerine, müşterek mutad mesken hukuku ya da müşterek milli hukuka tabi olması, devletler özel hukukunun amacına daha uygundur.

³⁸³Çelikel, Erdem, s.184; Turhan, İka Yeri Kuralı, s.221.

³⁸⁴ Turhan, İka Yeri Kuralı, s.222.

³⁸⁵ Turhan, Kitap İncelemesi, s.289; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s.30; Tekinalp, Uyanık, s.361.

³⁸⁶ Tekinalp, Uyanık, s.361.

³⁸⁷ Krüger, s.260.

Yukarıda da izah edildiği üzere, haksız fiillerin kişilerin bulunduğu çevre ile ilgili görülmesi nedeniyle, haksız fiillerden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun tespitinde mutad mesken kriterinin uygulanması kabul görmektedir. Dolayısıyla, haksız fiilin ika yerinin ya da kişilik hakkının ihlal edildiği yerin tesadüfî bir yer olması halinde ve ancak tarafların müşterek mutad meskenin bulunmaması halinde³⁸⁸ müşterek milli hukukun uygulanmasının uygun olacağı söylenebilir.

3. Müşterek Milli Hukukun Uygulanmasını Benimseyen Hukuk Düzenleri

Kişilik hakkının kitle iletişim araçları ile ihlalinde sorumluluğa uygulanacak hukukun tespitinde, konuya özel olarak tasarlanmış bağlama kurallarında ya da özel bağlama kuralı bulunmayan hukuk düzenlerinin uygulanacak hukukun tespitinde kullandıkları haksız fiillere ilişkin bağlama kurallarında, müşterek milli hukukun pek fazla benimsenen bir bağlama noktası olmadığı belirtilmelidir. Bununla birlikte bazı hukuk düzenlerinde müşterek milli hukuk kriterine yer verildiği görülmektedir. Diğer yandan, haksız fiillerin doğasına çok uygun olmayan müşterek milli hukuk kriterinin olayın gösterdiği özelliklere göre, en sıkı ilişkili hukuk olarak tespit edilip kullanılabilmesi de göz önünde bulundurulmalıdır. Ya da hukuk seçimine cevaz verilen hukuk sistemlerinde müşterek milli hukukun taraf ya da taraflarca yapılan seçim sonucu uygulanabileceği de hatırlanmalıdır.

Çalışmamız kapsamında, örnek olarak, bağlama kurallarında müşterek milli hukuk kriterine yer verdiğini tespit ettiğimiz İtalya, Polonya ve Portekiz hukuklarında yer alan hükümler incelenmiştir. Örnek üç ülkenin de ortak özellik olarak kişilik hakkına özgü tasarlanmış bağlama kuralına sahip olmadıkları ve akit dışı borç ilişkilerine ilişkin genel bağlama kurallarında farklı yorumlarla olsa da ika yeri kriterini kabul etmiş oldukları görülmektedir. Ayrıca her üç ülkenin de müşterek milli hukuk kriterine müşterek mutad mesken kriteri ile birlikte yer vermiş oldukları, hiçbirinde müşterek milli hukuk kriterinin tek başına düzenlenmediği ve gerekli

³⁸⁸ Tekinalp, Uyanık, s.362.

şartların varlığı halinde müşterek milli hukukun ika yeri hukukuna öncelikli olarak uygulandığı görülmüştür.

İtalyan ve Polonya hukuklarında müşterek milli hukuk ve müşterek mutad mesken kriterlerinin aynı anda bulunması şartı mevcut olup, aksi halde müşterek milli hukukun uygulanması mümkün olmadığından, bu ülkelerle ilgili değerlendirmelere bir alt bölümde yer verilmiştir. Bununla birlikte, kişilik hakkının varlığı ve içeriğinin tespitini kişinin milli hukukuna tabi tutan İtalyan MÖHK m.24/1 ile Portekiz Medeni Kanunu m. 27.1 hatırlanmalıdır. Olası bir uyuşmazlıkta, davacının iddia ettiği hakkının varlığının ve içeriğinin tespiti yönünden milli hukukuna başvurulacak olması, müşterek milli hukuk kriterinden farklı olsa da, bu alanda milli hukuka atıf yapan ender düzenlemeler olduklarından, bu başlık altında değinilmiştir.

Haksız fiiller alanında ika yeri kuralına bağlı ülkelerden biri olan Portekiz, Avrupa Birliği ülkeleri arasında müşterek milli hukuk kriterine etkin rol veren tek ülkedir. Esas kural, fiil yeri hukukunun veya belirli şartların varlığı halinde zarar yeri hukukunun uygulanması olmasına karşın³⁸⁹, tarafların müşterek mutad meskene sahip olmaları halinde, ika yeri hukuku yerine müşterek mutad mesken hukuku uygulanacaktır. Portekiz Medeni Kanunu m.45.3 ile müşterek milli hukuk kriteri ile müşterek mutad mesken kriterinin kademeli olarak uygulanması öngörülmüştür.³⁹⁰ Hüküm uyarınca önce müşterek milli hukukun varlığı araştırılacak ve eğer mevcutsa bu hukuk uygulanacaktır. Müşterek milli hukukunun mevcut olmaması halinde, bu hususun teyit edilmesiyle, müşterek mutad meskenin varlığı araştırılacak ve ika yeri hukukuna öncelikli olarak müşterek mutad mesken hukuku uygulanacaktır. Tarafların müşterek hukuklarının bulunmaması durumunda ika yeri hukuku uygulanacaktır.

³⁸⁹ Portekiz Medeni Kanunu, m. 45/1-2. Comparative Study, Final Report, s.88;

³⁹⁰ Comparative Study, Final Report, s.103.

C. Müşterek Mutad Mesken ve Müşterek Milli Hukuk Kriterlerinin Bir Arada Bulunarak Aynı Hukuku Göstermeleri Halinde Uygulanması

Bazı hukuk düzenlerinde tarafların müşterek hukuklarının uygulanması için hem müşterek milli hukuka hem de müşterek mutad meskene aynı anda sahip olmaları gerekmektedir. Örneğin İtalyan hukukunda, İtalyan Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu 62/2. maddesi uyarınca, fail ile mağdurun aynı devletin vatandaşı olmaları ve aynı devlette mutad meskenlerinin bulunması durumunda, zarar yeri olarak yorumlanan ika yeri hukuku yerine tarafların müşterek milli hukuklarının uygulanacağı öngörülmüştür. Görüldüğü üzere müşterek milli hukukun uygulanması, tarafların vatandaşı oldukları ülkede aynı zamanda mutad meskenlerinde bulunması şartına bağlı tutulmuştur.

İki kriterin bir arada aranmasını İtalyan düzenlemesinden hareketle örneklendirirsek, İtalya'nın zarar yeri olduğu bir haksız fiil söz konusu olduğunda, İtalyan MÖHK 62/2. maddesinin uygulanması sonucu, tarafların İspanya'da mutad meskenleri bulunan iki İspanyol vatandaşı olmaları halinde İspanyol hukuku uygulanacakken, tarafların İspanya'da mutad meskenleri bulunanki Alman vatandaşı olmaları halinde ika yeri hukuku olarak İtalyan hukuku uygulanacaktır.³⁹¹ Görüldüğü üzere, iki koşul aynı anda gerçekleşmedikçe, ika yeri hukukuna öncelikli olarak müşterek milli hukukun uygulanması söz konusu olmayacaktır.

İtalyan hukukunun bu özel kuralının amacı, kuralın aradığı koşulların gerçekleşmesiyle, tarafların açıkça sıkı ilişkisi bulunan belirli bir hukuka tabi olmalarını sağlamaktır. Böylece tarafların her ikisinin de lehine olacak, aşına oldukları hukuk sistemi çerçevesinde davaları ele alınacaktır.³⁹² Denilebilir ki, İtalyan MÖHK m.62 en sıkı ilişkili hukuk bağlama noktasına yer vermemiş olsa da, müşterek milli hukuk ile müşterek mutad mesken hukukunun varlığını en sıkı ilişkili

³⁹¹Comparative Study, National Reports, s.88; İki koşul aynı anda gerçekleştiği zaman ika yeri hukukuna öncelikli olarak müşterek milli hukukun uygulanacağı düzenlenmişse de, zarar gören tarafın talebi halinde, koşullar gerçekleşmiş olsa bile müşterek milli hukuk değil, fiil yeri hukukunun uygulanır (MÖHK m.62/1). Comparative Study, Final Report, s.102.

³⁹² Comparative Study, Final Report, s.102.

hukukun unsurları olarak değerlendirmiş ve bu iki unsuru bir arada arayarak en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını amaçlamıştır.

Polonya hukukunun düzenlemesi de İtalyan hukuku ile aynı çizgidedir. Polonya MÖHK m.31/1 uyarınca, aynı ülkenin vatandaşı olan tarafların aynı zamanda o ülkede mutad meskenleri de varsa, fiil yeri olarak yorumlanan ika yeri hukuku yerine ve öncelikli olarak müşterek milli hukuk uygulanır.³⁹³

VI. Zarar Gören veya Zarar Veren Tarafın Mutad Mesken veya İşyeri Hukuku

A. Zarar Gören Tarafın Mutad Mesken veya İşyeri Hukuku

1. Zarar Gören Tarafın Mutad Mesken Hukukunun Bağlama

Noktası Olarak Tercih Edilmesinin Nedeni

Avrupa Komisyonu tarafından Mayıs 2002 tarihinde sunulan 1998 tarihli ilk tüzük taslağında, zarar gören kişinin mutad meskenin bulunduğu ülke hukuku, kişilik hakkının ihlaline uygulanacak hukuk olarak önerilmiştir.³⁹⁴ Taslağın 4. maddesinde düzenlemeye göre;

“ Giz alanına müdahale, kişisel haklar veya şeref ve haysiyet ihlali halinde, en yakın bağlantılı hukuk, zararın meydana geldiği ve gelebileceği yer hukukudur; zararın zarar gören veya görebilecek kişilerin, haksız fiil esnasındaki mutad meskeninde meydana geldiği veya gelebileceği varsayılır.”³⁹⁵

Bu kriterin, ATAD’ın Fiona Shevill kararından kaynaklanan, belirli bir davaya çeşitli hukukların dağıtılmış şekilde uygulanmasının yarattığı pratik sorunları çözmek için düşünüldüğü ifade edilmektedir.³⁹⁶ Kişilik hakkının ihlalinden kaynaklanan sorumluluğa mağdurun mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uygulanmasını savunan görüşe göre, mutad mesken yeri, kişilik hakkının ihlalinden

³⁹³ Comparative Study, National Reports, s.119; Comparative Study, Final Report, s.103.

³⁹⁴ Öztekin Gelgel, s.38; vanEechoud, s.2.

³⁹⁵ Detaylı bilgi için bkz. Öztekin Gelgel, s.138 vd.

³⁹⁶ Comparative Study, Final Report, s.72; Thiede, McGrath, s.12; Working Document, s.8.

etkileneceği kabul edilen sosyal, kişisel ve ekonomik ilişkilerin merkezidir. Mağdur, kişilik hakkının, yayıncının bulunduğu yere bakılmaksızın, mutad meskeninin bulunduğu forumun yasalarınca öngörölmüş standartta korunacağından emin olabilecektir. Kişilik hakkının ihlali nedeniyle açılan davaların temel odak noktası toplumun diğer üyelerinin gözündeki küçük düşmenin giderilmesi olduğundan, bu itibar kaybının değerlendirilmesi için mağdurun yerleşim yerinde belirginleşmiş hukuki ve ahlaki kavramlara odaklanmak davanın amacına hizmet edecektir.³⁹⁷

Uyuşmazlığa mutad mesken hukukunun uygulanmasının bir diğer avantajı, yayıncının sadece mağdurun mutad meskeninin hukuk sisteminin öngördüğü sınırlamalara uymak zorunda kalacak olmasıdır. Kitle iletişim araçlarıyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerinin tipik özelliği olarak birden fazla yerde zararın meydana gelme olasılığına karşı, yayıncının birden fazla forumun ifade özgürlüğü standartlarına göre hareket etme zorunluluğu ortadan kalkacak, bir yayınlı ilgili olumsuz sonuçların doğma ihtimali olan tüm forumların hukuki düzenlemelerine değil, sadece olası mağdurun mutad meskeninin bulunduğu forumun hukukunun göz önünde bulundurulması gerekli ve yeterli olacaktır.³⁹⁸ Böylece mutad mesken hukukunun uygulanması hem mağdur bakımından hem de, mutad mesken uyuşmazlık konusu olmadıkça, yayıncı bakımından önemli derecede öngörülebilirlik sağlayacaktır.³⁹⁹

Burada sağlanan öngörülebilirlik özellikle çevrimiçi yayınlarla ilişkili olarak büyük değere sahiptir. İnternet yoluyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlalinden kaynaklanan sorumluluğa ilişkin davalarda uygulanacak hukuku belirlerken, mağdurun mutad meskeninin bulunduğu yer hukukuna odaklanmak, internet yayınlarıyla ilgili zarar yerinin tespiti edilmesi konusunda ileri sürülen çözümlerin beraberinde getirdiği tüm zahmetleri bertaraf ederek, sadece mağdurun mutad meskeninin tespitini gerektirecektir. Genellikle mağdurun mutad meskenini tespit

³⁹⁷Thiede, McGrath, s.12.

³⁹⁸ Comparative Study, Final Report, s.120-121.

³⁹⁹ Comparative Study, Final Report, s.120; Cuniberti, Von Hein on Rome II and Defamation; Svantesson, The Rome II Regulation, s.283.

etmek kolay olduğundan, bu yaklaşım basitlik sağlamaktadır.⁴⁰⁰ Ayrıca, birçok davada, mağdurun yerleşim yeri hukukunun sadece bir hukukun bağlama noktası olması ve böylece haksız fiili bütün olarak ve manevi zararı doğru olarak temsil etmesi mutad mesken kriterinin avantajı olarak ileri sürülmektedir.⁴⁰¹

Mutad mesken bağlama noktasının olumlu yönlerine karşın, özellikle yayıncılar tarafından karşı çıkılmasına neden olan sorunlu tarafları da mevcuttur. Roma II Tüzüğü'nün hazırlık çalışmalarında Komisyon tarafından 2002 tarihinde sunulan ilk tüzük taslağında yer alan mutad mesken kriterine karşı yoğun eleştirilerde bulunulmuştur. Eleştiri gerekçelerinden biri, bir kimsenin mutad meskeninin tespitinin kolay olduğunun ileri sürülmesine karşılık, topluma mal olmuş kişiler veya ünlülerin dahil olduğu davalarda, bu tür insanlar farklı devletlerde birden fazla konuta sahip olabildiklerinden ve yaşam tarzları veya çalışma biçimleri nedeniyle bunların tümünde barınabildiklerinden, bu kimselerin mutad meskeninin belirlenmesinin her zaman kolay olmayışıdır.⁴⁰² Buna karşılık, söz konusu kişilerin mutad meskenlerinin belirlenmesinin çok zor olduğu yönündeki iddiaların, mağdurun mutad meskeni kriterinin savunulmasından vazgeçilmesini gerektirecek derecede ağırlığı olmadığı ileri sürülmektedir. Bu kişiler ile ilgili mesele, önemli bir sorun olarak nitelenebilse bile, bağlama kuralına davaya en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına olanak sağlayan bir istisna dahil edilerek sorunun çözülebileceği belirtilmektedir. En sıkı ilişki istisnasının muğlaklık ve dolayısıyla belirsizlik yaratmaması için, sıkı ilişkinin varlığına gösterge kabul edilebilecek temel kriterin hükme dahil edilmesiyle, bu kişiler bakımından öngörülebilirliğin sağlanabileceği savunulmaktadır.⁴⁰³

Diğer yandan, bir kimsenin kişisel değerleri genellikle mutad meskeni ile ilişkili olsa da bu bir zorunluluk olmadığı, kişinin mutad meskenin bulunduğu yerdeki toplumla sosyal bağlarının bulunmaması halinde, mutad mesken hukukunun

⁴⁰⁰ Svantesson, The Rome II Regulation, s.284.

⁴⁰¹ Comparative Study, Final Report, s.121; Thiede, McGrath, s.12.

⁴⁰² Comparative Study, Final Report, s.23; Cuniberti, Boskovic on Rome II and Defamation; Thiede, McGrath, s.13.

⁴⁰³ Working Document, s.8.

uygulanmasının tatmin edici olmayacağı savunulmaktadır. Bir kimse yerleşik olduğu ülke dışında başka bir ülkede şöhret sahibi olabilir veya kişilik hakkını ihlal eden içerik kişinin mutad meskeninin bulunduğu ülke dışındaki bir ülkede sürdürdüğü bir faaliyetiyle ilgili olabilir. Bunun yanında mağdur, bir ülkede, kendi mutad meskeninin bulunduğu ülkede maruz kaldığından daha fazla zarara maruz kalmış olabilir.⁴⁰⁴ Bu duruma örnek olarak, *Berezovsky v Michaels*⁴⁰⁵ davasına konu olan olay gösterilebilir. Davada mutad mesken kriterin uygulanması, yaklaşık 787.000 nüshanın sadece 13 nüshasının satıldığı Rus hukukunun uygulanması anlamına gelecekti. Buna benzer senaryolarda, kişinin şöhret sahibi olduğu ülkedeki kitleye yönelik bir yayından doğan zararlar ilgili uyuşmazlığın, zarar gören kimsenin belki de tesadüfen o ülkede yerleşik olması dışında yayınlara hiçbir ilgisi olmayan mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukuna tabi olması, adil değildir.⁴⁰⁶

Bir diğer eleştiri olarak, kaynak ülke hukukuna uygun bir yayına karşı yargı yetkisi kurallarının uygulanması sonucu yayıncının bulunduğu yer mahkemesinde açılacak davada, mahkemenin yayının tek bir kopyasının dağıtılmamış olabileceği mağdurun mutad meskeninin hukukunu uygulamak zorunda kalacağı ileri sürülmüştür. Bu eleştirinin pek haklı olduğu kabul edilemez; zira mağdurun mutad meskeninin bulunduğu yerde yayının dağıtılmamış olması halinde, orada zararın meydana geldiği de ileri sürülemeyecektir. ABAD'ın *Fiona Shevill* kararı da bu yöndedir.⁴⁰⁷

En önemli eleştirilerden biri olarak, mağdurun mutad meskeni kriterinin benimsenmesi sonucu, kaynak ülke hukukuna uygun bir yayının mağdurun mutad mesken hukukuna göre sorumluluk doğurabilecek olmasının ifade özgürlüğü için tehlike teşkil ettiği ileri sürülmüştür. Fiil yeri dışındaki tüm bağlama noktaları bakımından dile getirilebilecek olması ve ifade özgürlüğünün sınırlanması bakımından kamu düzeninin yabancı hukukun uygulanmasını engelleyebilecek

⁴⁰⁴ Castel, s.171, dn.63.

⁴⁰⁵ Bkz. yuk. s.421.

⁴⁰⁶ Svantesson, *The Rome II Regulation*, s.285; Thiede, McGrath, s.13.

⁴⁰⁷ *Comparative Study, Final Report*, s.23; Requejo, *Country of Origin Versus Country of Destination*.

olması nedenleriyle bu eleştiri de haklı bulunmamıştır.⁴⁰⁸ Roma II Tüzüğü'nün hazırlık döneminde bu bağlama noktasıyla ilgili tartışmalarda, Tüzüğü'nün uygulanması sonucu, AB üyesi olmayan bir ülkenin hukukunun da uygulanmasının söz konusu olabileceği hatırlatılarak, üye olmayan devletteki bir diktatörün ülkesinde yürürlükte olan ifade özgürlüğü hakkını korumayan ve muazzam tazminatlar ödenmesine yol açan bir yasal düzenlemenin, uygulanacak hukuk kapsamında tatbikinin tahammül edilemez olduğu, kamu düzeni istisnası ile yabancı hukukunun uygulanmasının engellenmesinin, bu tür davalara lex fori'nin uygulanması sonucunu doğuracağı, lex fori'nin de forumun hukuk seçimi kuralının uygulanmasından daha fazla öngörülebilirliğe yol açmayacağı da ileri sürülmüştür.⁴⁰⁹ Bu konudaki tüm eleştirilere cevap niteliğinde dört dörtlük bir çözümün pek mümkün olmadığı da göz önünde bulundurularak, en azından AB bölgesindeki davalarda, milletlerarası yetki kurallarına ilişkin Brüksel Tüzüğü (recast) ile asgari seviyede bir öngörülebilirliğin temin edildiği söylenebilir.

Yayıncının mutad meskeni veya işyerinin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılması halinde, kamu düzeni engeli ile tehlike bertaraf edilecektir. Ancak, üçüncü bir ülkenin hukukunu uygulayan yabancı bir forumda kendisine karşı dava açılan yayıncının davasında, hem uygulanacak hukuk hem de forumun hukukunun yayıncının kuruluş yeri hukuku ile çelişmesine ilişkin teorik ihtimale karşılık, mağdurun mutad meskeni kriterinin kabulü halinde, bağlama kuralına yayıncının kendi kuruluş yerinin temel haklar konusundaki prensiplerine aykırılık içeren bir hukuk çerçevesinde sorumlu tutulamayacağı yönündeki bir istisnanın dahil edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bunun anlamı, yayıncının kendi kuruluş yerinin kamu düzenine aykırı olan yabancı hukuk kurallarına tabi tutulamaması olup, kamu düzenine aykırılık olmayan hallerde sırf kendi kuruluş yeri hukukundan daha az elverişli olduğu için yayıncının sorumluluktan kaçabilmesi değildir. Bu görüşe karşı, mevcut farklılıkların uygulamada önemli problemler ortaya çıkaracak kadar geniş olmadığı ve bu durumun gerçekleşeceği dava sayısının önemsiz olacağı

⁴⁰⁸ Cuniberti, Boskovic on Rome II and Defamation.

⁴⁰⁹ George, 'Hartley on The Problem of "Libel Tourism".'

belirtilmiştir.⁴¹⁰ Daha da önemlisi, yayıncının mutad mesken veya işyerinin bulunduğu yerin kamu düzeni zırrı ile her yerde korunması, yayıncıları kişilik hakkının en zayıf şekilde korunduğu yargı alanında kuruluş yapmaya teşvik edecek olduğundan, bu çözüm kabul edilemez.

Brüksel I Tüzüğü (recast) ile öngörülen yargılama kuralları ışığında değerlendirildiğinde, mağdurun mutad meskenin bulunduğu ülkeye odaklanmanın, mağdurun, mutad meskeninin bulunduğu ülkenin maddi hukukunu kişisel hukuku haline getirerek, forum shopping'e başvurmasına zemin hazırlayabilecek olması, mağdurun mutad mesken kriterinin benimsenmesinin bir diğer sakıncası olarak dile getirilmiştir. Ayrıca, bu durumun sonucu olarak, mahkemeler çok sayıda davada yabancı bir hukuku yorumlamak ve uygulamak zorunda kalacaktır. Mahkemeler bakımından bu durum, küreselleşmenin doğal bir sonucu olarak da değerlendirilse de, halihazırda mevcut ağır yükün daha da artacak olması göz ardı edilememiştir.⁴¹¹

Konuyla ilgili farklı ve haklı bir eleştiri de, sarı basının esas hedef kitlesi olan ünlülerin vergisel avantajlara sahip olacakları yerlerde yaşamayı seçmeleri nedeniyle, mağdurun mutad mesken kriterinin uygulanmasıyla, İsviçre veya Monako gibi üçüncü ülkelerin hukuklarının Avrupa Birliği basınını üye devletlerin hukuklarından daha sık yönetmesinin ironik olacağı belirtilerek ileri sürülmüştür. Bu yaklaşımın kabulünün, AB medya tüketicilerinin AB hukuku uyarınca yasal kabul edilen içeriğe erişim konusundaki meşru menfaatleriyle çatışacağı savunulmaktadır.⁴¹²

Son olarak, kitle iletişim araçları ile gerçekleşen kişilik hakkının ihlalinden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun mağdurun mutad mesken kriterine göre belirlenmesinin, yayıncının mutad mesken ya da işyeri kriterine göre belirlenmesine göre daha haklı ya da daha haksız olmadığını savunan görüşten⁴¹³ bahsetmek gerekir. Gerçekten bu durumda, çatışan iki hakkın temsilcilerinin korunmaya değır

⁴¹⁰ Working Document, s.9.

⁴¹¹ Svantesson, The Rome II Regulation, s.285.

⁴¹² Cuniberti, Von Hein on Rome II and Defamation.

⁴¹³ Thiede, McGrath, s.13.

menfaatlerinin eşit olduğu kabul edildiğinden, ağırlık verilen hak hangisi ise, kişilik hakkı ya da ifade özgürlüğü hakkına ağırlık verilerek, başka bir deyişle davacı ya da davalı odaklı bir yaklaşımla, ikisinden birinin seçimi mümkün olacaktır.

2. Kitle İletişim Araçları İle Kişilik Hakkının İhlalinde Sorumluluğa Zarar Gören Tarafın Mutad Mesken Hukukunun Uygulanması

Daha önceki bölümlerde sözü edilen MainStrat raporunda yer alan, kişilikle ilgili hakların kitle iletişim araçları ile sınır ötesi ihlallerine ilişkin davalarda, uygulanacak hukuku belirleyecek genel bağlama kriterinin ne olması gerektiği konusundaki araştırma verilerine göre, mağdurun mutad meskeni kriteri, cevapların %26'sı ile en çok desteklenen bağlama noktası olarak tespit edilmiştir. Ancak, ankete katılanların çoğunluğu tarafından tercih edilmesine rağmen, diğer bağlama noktalarının desteklenme oranlarına bakıldığında⁴¹⁴, mağdurun mutad meskeni kriterinin uygulanmasının genel anlamda kabul görmediği, ağırlıklı eğilimin zarar yeri kriterinin uygulanması yönünde olduğu söylenebilir. Bu sonuca rağmen, zararın meydana çıktığı yerin genellikle mağdurun mutad meskeni ile örtüştüğü de gözden kaçırılmamalıdır.⁴¹⁵ Kitle iletişim aracı ile kişilik hakkı ihlal edilen kişinin, doğrudan zarara maruz kaldığı ve zararlı etkinin en yoğun şekilde hissedildiği yer, genellikle bu kişinin hayat ilişkilerinin yoğun şekilde mevcut olduğu mutad meskeni ile çakışmakta olduğundan, bir uyuşmazlığı zarar yeri hukukunun yönettiği çoğu halde, bu hukukun aynı zamanda mutad mesken hukuku olma ihtimali de yüksektir.

İnternet bağlamında konuyu değerlendirirsek, internet yayınlarından doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun tespitinde, zarar yeri kriterine bağlı kalarak, zarar yerinin internet bağlamında uyarlanması önerilmektedir. Zarar yerinin tespitinde, içeriğe salt erişimin yeterli kabul edilmemesi, zararın en belirgin şekilde meydana geldiği yerin esas alınması gerektiği ileri sürülmekte, bu yerin de mağdurun mutad meskeninin bulunduğu yer olacağı ifade edilerek, uyuşmazlığa mağdurun mutad

⁴¹⁴ Bkz. yuk. s.406.

⁴¹⁵ Comparative Study, Final Report, s.98; Requejo, Country of Origin Versus Country of Destination and the Need for Minimum Substantive Harmonisation

mesken hukukunun uygulanması gerektiği savunulmaktadır.⁴¹⁶ MainStrat çalışması yürütülürken internet yayınlarıyla ilgili özel kanunlar ihtilafı kuralı belirlenmesinin gerekip gerekmediği konusundaki araştırmada, katılımcılarının %37,7 oranındaki kısmı, özel kanunlar ihtilafı kuralının gereksiz olduğu yönünde görüş bildirirken, bu görüşte olanların genel eğiliminin mağdurun mutad meskeni kriterinin uygun bağlanma noktası olarak kabul edilmesi durumunda, internet yayınlarıyla ilgili bağlama kuralları alanında bir sorun kalmayacağı yönünde olduğu saptanmıştır.⁴¹⁷

Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa davacının mutad mesken hukukunun uygulanmasıyla ilgili genel avantaj ve dezavantajlar, aynı çerçevedeki internet yayınları için geçerli olmakla birlikte, mağdurun mutad mesken hukukuna yönelik internet yayınlarının teknik özelliğinden kaynaklanan ilave bir eleştiri söz konusudur. Birden fazla yerde gerçekleşen zararın mağdurun mutad mesken hukukuna tabi tutulmasının, kendi yerleşim yeri dışındaki diğer yargı alanlarında da yayıncının menfaat ve beklentilerini dikkate almaksızın, mağdurun mutad meskeninin bulunduğu yerin ifade özgürlüğü koruma standartlarının küresel olarak yansıtılması anlamına geleceği belirtilmektedir. Mağdurun mutad mesken yeri hukukuna göre içeriğin engellenmesi yönündeki bir mahkeme kararının, yayıncı bakımından risklerin ortadan kaldırılması amacıyla, içeriğin kaldırılması sonucunu doğurması, yayının dünya çapında engellenmesi anlamına gelecek ve bu ülkenin konuyla ilgili kamu politikasının diğer ülkelerde de belirleyici olması sonucu doğacaktır.⁴¹⁸ Dolayısıyla, mağdurun mutad mesken kriterinin uygulanmasına internet yayınları özelinde de benimsenmemektedir.

3. Zarar Görenin Mutad Mesken Hukukun Uygulanmasını

Benimseyen Hukuk Düzenleri

Kitle iletişim araçları ile kişilik hakkı ihlal edilen kişinin mutad mesken hukuku, yukarıda da belirtildiği gibi, genellikle zarar yeri ile örtüşmektedir. Ancak,

⁴¹⁶ Cuniberti, Boskovic on Rome II and Defamation.

⁴¹⁷ Comparative Study, Final Report, s.128.

⁴¹⁸ İnternet yayınlarını ciddi anlamda denetim altında tutan Çin Halk Cumhuriyeti'nde, 2010 yılından bu yana, bu alandaki uyuşmazlıklara davacının mutad mesken yeri hukuku uygulanmaktadır. Mills, The Law Applicable to Cross-Border Defamation s.22.

bağlama noktası olarak zarar yerine sıklıkla yer verilmesine karşın, zarar görenin mutad meskenini bağlama noktası olarak benimseyen ülkelerin sayısı fazla değildir.

İsviçre hukukunda, kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlalinden doğan taleplere, zarar görenin seçimine göre, failin o devlette zarar verici sonucun gerçekleşeceğini öngörebilecek durumda olması koşuluyla, zarar görenin mutad meskeninin bulunduğu yer hukuku uygulanır (IPRG m.139). Türk hukukunda da, İsviçre hukukuna paralel şekilde, MÖHUK m.35/1,a uyarınca, zarar görenin seçimine göre, zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zarar görenin mutad meskeni hukuku uygulanacağı öngörülmüştür.

AB üye ülkelere bakıldığında, sadece Bulgaristan⁴¹⁹, Çek Cumhuriyeti⁴²⁰, Litvanya⁴²¹ ve Romanya⁴²² hukuklarında zarar görenin mutad meskeni kriterine yer verilmiş olduğu görülmektedir. Geri kalan üye devletlerde, ulusal hukuk düzenlerinin çoğu akit dışı borç ilişkilerine dair genel kanunlar ihtilafı kurallarını uyguladığından, zarar görenin mutad meskenine dayalı bağlantı için açık hüküm bulunmamaktadır. Fakat, kişilik haklarının kitle iletişim araçları ile ihlali durumunda zarar yeri hukuku olarak uygulanan hukuk, yukarıda belirtildiği gibi, çoğu halde aynı zamanda mağdurun mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku olacaktır.

Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Litvanya ve Romanya hukuklarında da, Türk ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi, kişilik hakkının ihlalinden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukla ilgili özel kanunlar ihtilafı kuralı mevcuttur. Bulgaristan hukukunda, kitle iletişim araçlarıyla kişilik haklarının ihlalinden kaynaklanan borç ilişkilerine, zarar görenin seçimine göre, zarar görenin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Bu düzenlemede de, mağdurun mutad mesken hukukunun uygulanabilmesi, mağdurun seçimi yanında, failin bu ülkede zararın meydana

⁴¹⁹ Comparative Study, Final Report, s.98; Comparative Study, National Reports, s.20.

⁴²⁰ Symeonides, Codifying Choice of Law, s.63, dn.106.

⁴²¹ Comparative Study, National Reports, s.98.

⁴²² Comparative Study, National Reports, s.125.

gelebileceğini öngörmesi koşuluna bağlı tutulmuştur.⁴²³Bulgaristan hukukundaki düzenlemeyle büyük ölçüde uyumlu olan Romanya hukukunda da benzer bir düzenleme yer almaktadır.⁴²⁴

Çek Cumhuriyeti hukukunda, kişilik hakkının ihlalinden doğan taleplere zarar görenin seçimine göre zarar görenin mutad meskeni hukukunun uygulanması imkanı sağlanmış, ancak diğer ülke düzenlemelerinden farklı olarak, mağdurun mutad meskeni hukukunun uygulanabilmesi için, failin bu ülkede zararın meydana gelebileceğini öngörmesi koşulu aranmamıştır.⁴²⁵ Bu hukuk düzeninde öngörme koşulu zarar yeri hukukunun uygulanabilmesi bakımından aranmıştır. Litvanya hukukunda da, failin öngörme şartı aranmaksızın mağdurun seçimine göre mutad meskeni hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür.⁴²⁶

Kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlalinde doğan sorumluluğa zarar görenin mutad meskeni hukukunun uygulanmasına ilişkin düzenleme içeren hukuk düzenlerine örnek olarak yukarıda bahsedilen Türk, İsviçre, Bulgaristan, Romanya, Çek Cumhuriyeti ve Litvanya hukuklarında bazı ortak özellikler bulunmaktadır. İlk olarak, tümünde de kişilik hakkının ihlalinden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukla ilgili özel kanunlar ihtilafı kuralı mevcuttur. İkinci ortak özellik, tüm hukuk düzenlerinde, zarar gören tarafın mutad meskeni kriterinin tek ya da asli bağlama noktası olarak değil, zarar yeri hukuku, yayıncının işyeri hukuku gibi alternatif diğer bağlama noktalarıyla birlikte sunulmuş olmasıdır. Üçüncü olarak, hukuk düzenlerinin hepsinde failin öngörme koşuluna yer verilmemiş olmasına karşın, mağdurun mutad meskeni hukukunun uygulanması, zarar gören tarafın seçimine bağlı kılınmıştır.

⁴²³ 2005 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m.108/1.

⁴²⁴ 1992 tarihli 105 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk İlişkilerinin Düzenlenmesi Hakkında Kanun m.112; Romanya'da, mağdurun mutad meskeni hukukunun uygulanmasının bağımsız bir önemi olup olmadığı konusunda bir tartışma vardır. Baskın görüş mutad meskenin sonuç yerinin bir türü olduğu, dolayısıyla sadece mutad meskenin bulunduğu yerde zarara maruz kalmışsa mutad meskeni hukukunun uygulanabileceği ve bunun, yazılı basın bakımından, sadece basılı ürünlerin o yerde dağıtılması halinde söz konusu olabileceği yönündedir. Comparative Study, Final Report, s.106.

⁴²⁵ 91/2012 sayılı ve 25 Ocak 2012 tarihli MÖH Kanunu m.101.

⁴²⁶ Litvanya Cumhuriyeti Medeni Kanunu m.1.45.

B. Zarar Veren Tarafın Mutad Mesken veya İşyeri Hukuku

Roma II Tüzüğü'nün hazırlık çalışmaları sırasında, Avrupa Komisyonu tarafından sunulan tüzük taslağında, kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa zarar gören kişinin mutad meskenin bulunduğu ülke hukukunun uygulanması önerisi, genel anlamda kabul görmediği gibi, medya temsilcilerince tartışmasız olarak reddedilmiştir. Medya endüstrisi temsilcileri genellikle "zarara neden olan ögenin dağıtılmasından sorumlu medya yayıncısının yerleşim yeri" bağlama noktasından yanadırlar. Nitekim Avrupa Parlamentosu'nun Haziran 2005'te sunduğu raporda⁴²⁷, kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukla ilgili, yayıncının bulunduğu ülke hukukunun uygulanması sonucunu doğuracak bir düzenleme teklif edilmiştir. Bilindiği gibi, Komisyon ve Avrupa Parlamentosu tarafından sunulan metinlerin uzlaştırılmaması sonucunda, kişilik hakkı konusu Tüzük kapsamının dışında bırakılmıştır.

1. Zarar Veren Tarafın Mutad Mesken Hukukunun Bağlama Noktası Olarak Tercih Edilmesinin Nedeni

Mutlak bir gereklilik olmamakla birlikte, mağdurun mutad meskeninin zarar yeri ile örtüşebilmesi gibi, yine mutlak bir gereklilik söz konusu olmaksızın, yayıncının mutad meskeni ya da işyerinin bulunduğu yer ile fiil yeri örtüşme eğilimindedir. Buna göre, yayıncının mutad meskeni ya da işyerinin bulunduğu yer fiil yeri ile örtüştüğü ölçüde, fiil yeri bakımından savunulan avantaj ve dezavantajlar, yayıncının mutad meskeni ya da işyeri kriteri bakımından da geçerli olacaktır. Ancak bu yerlerin örtüşmediği hallerde de, yayıncının mutad meskeni ya da işyeri kriterinin kendine özgü birtakım avantaj ve dezavantajları mevcuttur. Aslında, yayıncının mutad mesken ya da işyerinin bulunduğu yer fiil yerinden farklı olduğu takdirde, kişilik hakkının ihlalden doğan uyuşmazlıkla bu yer arasında gerçek bir bağlantının bulunmayacağı gerekçesi ile yayıncının mutad mesken ya da işyeri hukukunun

⁴²⁷ European Parliament Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the law applicable to non-contractual obligations ("Rome II") (COM(2003)0427 – C5-0338/2003 – 2003/0168(COD)) Final A6-0211/2005

uygulanması imkanı olmadığı⁴²⁸ savunulmakla birlikte, Shevill kararının prensipleri doğrultusunda bu mümkündür.

Yayıncılar bilgi dağıtım faaliyetlerinden kaynaklanan akit dışı sorumluluktan kurtulmak için sadece buldukları yer hukukuna uygun davranmak zorunda olacaklarından, bu kriter, kitle iletişim araçları ile bir içeriği dağıtanlar bakımından en fazla güvenlik ve öngörülebilirlik sağlayan bağlama noktasıdır. Güvenlik ve öngörülebilirlik sağladığı gibi, zarar gören tarafın mutad meskeninin veya yayının zarara neden olabileceği herhangi başka bir ülkenin hukuku gibi diğer milli hukuk düzenlerinin içeriğinin analiz edilerek değerlendirilmesini gerektirmediği için, yayıncının mutad mesken ya da işyeri kriteri, medya bakımından en az maliyetle faaliyetlerin sürdürülmesi imkanını sağlayan kriterdir.⁴²⁹

Bununla birlikte, bu seçenek, medya endüstrisinden en fazla destek alan bağlantı olsa da, genel kural olabilecek yeterli desteğe sahip değildir. Daha önce bahsedilen, MainStrat tarafından yürütülen çalışma kapsamında, kişilikle ilgili hakların kitle iletişim araçları ile sınır ötesi ihlallerine ilişkin davalarda, uygulanacak hukuku belirleyecek genel bağlama kriterinin ne olması gerektiği konusunda yapılan anket sonuçlarına göre de, katılımcıların sadece %18,7'si uygulanacak hukukun yayıncının mutad mesken ya da işyeri kriterine göre belirlenmesi gerektiğini ileri sürmüştür.⁴³⁰ Bu kriter lehine bazı katılımcılar tarafından sunulan gerekçeler arasında, zarara neden olan içeriği dağıtan kişinin hangi hukukun uygulanacağını belirleyebilir durumda olması, çeşitli ülkelerin hukuk sistemleri arasındaki farklılıkların yayıncı tarafından bilinmesinin beklenmesinin makul olmadığı gibi gerekçeler mevcuttur.

Kitle iletişim araçları ile gerçekleşen kişilik hakkı ihlalden doğan sorumluluğa, yayıncının mutad mesken ya da işyeri hukukunun uygulanması,

⁴²⁸ Özel, Kişilik Hakkının Korunması, s.93.

⁴²⁹ Comparative Study, Final Report, s.120.

⁴³⁰ Comparative Study, Final Report, s.119.

uygulanacak hukukun kolayca tespit edilmesi, farklı kriterlerin değerlendirilmesinin gerekmemesi, maliyetlerin azaltılması gibi avantajlara sahip olmakla birlikte, önemli sakıncaları da bünyesinde barındırmaktadır. Bunlardan en önemlisi, yayın sürecine hiçbir etkisi olmayan mağdurun, ne zaman ve kimden geleceği belirsiz bir saldırıya maruz kalması halinde, yayıncının kendisi için en elverişli görerek işyeri tesis ettiği yer hukukuna tabi olacak olmasıdır.⁴³¹ Failin oportünist biçimde en lehe hukuk düzeninde işyeri tesisi ve mağdurun son derece olumsuz düzenlemelere sahip bir hukukun uygulanmasına katlanma zorunluluğunun arzu edilir bir tarafı yoktur. Zarara maruz kalan davacının, en azından davaya uygulanacak hukukla ilgili bir fikri, öngörüsü bulunmalıdır.

Yargı yetkisi ile ilgili olarak hakaret turizmine konu aktörlerin genellikle medya ile savaşıma gücüne sahip zenginlerden oluşması, davacıların tümünün benzer ekonomik imkanlara sahip olduğu algısını yaratmamalıdır. Bağlama kuralları tasarlanırken taraflar arasındaki denge gözetilerek, ekonomik imkanları yetersiz kişilerin, büyük uluslararası medya kuruluşları karşısında hukuki himaye elde edebilmeleri de sağlanmalıdır.⁴³² Bu nedenlerle de yayıncının mutad meskeni ya da işyeri kriterinin kullanılması uygun değildir. Ülkelerin maddi hukuklarının kişilik hakkının korunmasıyla ilgili müşterek asgari standarda sahip olacak şekilde uyumlu hale getirilmesi, belirtilen olumsuzlukları ortadan kaldıracak ve yayıncının mutad mesken ya da işyeri kriterini bu alanda tercih edilecek bir bağlama noktası haline getirebilecekse de⁴³³, böyle bir uyumun sağlanması şimdilik söz konusu olmadığından, kriterin olumsuz tarafları baskın durumdadır.

Kişilik hakkının kitle iletişim araçlarıyla ihlalden doğan sorumluluğa mağdurun mutad mesken hukuku ya da yayıncının mutad mesken veya işyeri hukukunun uygulanması konusundaki tartışmanın arka planında, bilgi faaliyetlerinin uluslararasılaşmasının gerektirdiği maliyetleri kimin karşılaması gerektiği konusundaki tartışmanın yattığı ifade edilmektedir. Yayıncı lehine yapılan

⁴³¹ Nagy, s.286; Working Document, s.9.

⁴³² Working Document, s.9.

⁴³³ Requejo, Country of Origin Versus Country of Destination; Working Document, s.10.

yorumların karşısında mağdur lehine duruş sergileyenler, faaliyetlerini kendi yerleşim yerlerinin ötesindeki ülkelere genişletmeye karar veren yayıncıların, uluslararası ölçekte faaliyet göstermenin yarattığı sorunlarla uğraşma maliyetine de katlanmaları gerektiğini ileri sürmekte, uluslararası faaliyet gösterme konusundaki karara ve yayıncı ile ilgili karara bir etkisi olmayan mağdurun, bundan doğacak maliyete katlanmasının adil olmayacağını savunmaktadırlar.⁴³⁴

Diğer yandan, yayıncının yerleşim yeri hukukunun özellikle içerik internette yayımlandığında ihtilafı herhangi bir fiili veya maddi bağlantıya sahip olmayabileceği, bu nedenle yayıncının mutad mesken ya da işyeri kriterinin uygun kriter olmadığı ileri sürülmektedir. Buna ek olarak, bu kriterin uygulanmasına karşı olanlar, yayıncının kendi kuruluş yerinin daha müsamahakar hukukunun arkasına saklanmasının mümkün olmaması gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu görüşü savunanlara göre, yayıncının mutad meskeni ya da işyeri kriterinin tek bağlantı olarak kabul edilmesi, AB bölgesinde geçerli yerleşme özgürlüğü ile birlikte değerlendirilerek, kişilik hakkının ihlalden doğan sorumlulukla ilgili yayıncının yerleşmek için menfaatlerine en elverişli ülkeyi seçmesine yani bir tür domicile shopping'e yol açacaktır.⁴³⁵ Belirtilen nedenlerle yayıncının mutad mesken ya da işyerinin uygun bağlama noktası olmadığı ileri sürülmektedir.

2. Kitle İletişim Araçları İle Kişilik Hakkının İhlalden Doğan Sorumluluğa Zarar Veren Tarafın Mutad Mesken Hukukunun Uygulanması

Kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa yayıncının mutad mesken veya işyeri hukukunun uygulanması, yayıncı bakımından hukuki öngörülebilirlik ve kesinlik sağlaması yanında, zararın birden fazla yerde meydana gelmesi halinde, uyuşmazlığın tek bir hukuk uygulanarak çözülmesi imkanını sağlamaktadır. ABAD'ın Fiona Shevill and Others davasında oluşturduğu mozaik prensibi uyarınca, birden fazla yerde zararın meydana gelmesi halinde,

⁴³⁴ Comparative Study, Final Report, s.120; Requejo, Country of Origin Versus Country of Destination.

⁴³⁵ Comparative Study, Final Report, s.122.

yayıncının bulunduğu yer mahkemesi zararın tamamı hakkında karar vermekte yargı yetkisine sahip olmakla birlikte, zarar yeri hukukunun uygulanması halinde, bu mahkeme farklı yerlerde meydana gelen zararlara, zararın meydana geldiği yer hukuklarını dağıtılmış şekilde uygulayarak karar verecektir. Buna karşılık, davacının seçimi, mahkemenin takdiri ya da Avusturya hukukunda olduğu gibi yasal gereklilik sonucu fiil yeri veya genellikle bu yer ile örtüşen yayıncının mutad mesken ya da işyeri hukukunun uygulanması, zararın meydana geldiği yer ya da yerlere bakılmaksızın, uyuşmazlığın tamamını tek bir hukukun yönetmesi sonucunu doğuracaktır.

3. Zarar Veren Tarafın Mutad Mesken Hukukun Uygulanmasını Benimseyen Hukuk Düzenleri

İsviçre hukukunda, kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalinden doğan sorumluluğa, zarar görenin seçimine göre failin iş yerinin merkezinin bulunduğu yer hukukunun uygulanması öngörülmüştür (IPRG m.139). Türk hukukunda da MÖHUK m.35/1,b uyarınca zarar gören, herhangi bir şarta bağlı olmaksızın, zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasını tercih edebilir. Avrupa Birliği ülkelerinin düzenlemelerine bakıldığında, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Litvanya ve Romanya hukuklarında failin mutad meskeni kriterine yer verilmiş olduğu görülmektedir. Bulgaristan⁴³⁶ hukukunda, zarar görenin seçimine göre zarar verenin yerleşim yeri hukukunun; Çek Cumhuriyeti⁴³⁷, Litvanya⁴³⁸ ve Romanya⁴³⁹ hukuklarında zarar görenin seçimine göre zarar verenin mutad meskeni ya da işyeri hukukunun uygulanması mümkündür.

Görüldüğü gibi, çalışmamız kapsamında gözden geçirilen Türk, İsviçre ve AB üye ülkeleri ile sınırlı olarak, kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalinden doğan sorumluluğa, zarar verenin mutad meskeni ya da işyeri hukukunun uygulanması yönünde düzenlemeler içeren ülkeler, zarar görenin mutad mesken

⁴³⁶ Comparative Study, Final Report, s.98; Comparative Study, National Reports, s.20.

⁴³⁷ Symeonides, Codifying Choice of Law, s.63, dn.106.

⁴³⁸ Comparative Study, National Reports, s.98.

⁴³⁹ Comparative Study, National Reports, s.125.

kriterine ilişkin düzenlemeler içeren ülkelerle aynıdır. Yukarıda belirttiğimiz gibi, fiil yeri ile zarar verenin mutad meskeni ya da işyerinin bulunduğu yerlerin örtüşmesi yüksek bir olasılık olsa da, bu bir gereklilik olmadığından ve örtüşme her zaman gerçekleşmeyebileceğinden, bağlama kurallarında fiil yeri kriterine yer veren ülke düzenlemelerinden bu başlık altında söz edilmemiştir.

Kitle iletişim araçları ile kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa zarar verenin mutad meskeni ya da işyeri hukukunun uygulanmasına ilişkin düzenleme içeren Türk, İsviçre, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Litvanya ve Romanya hukuklarında, kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukla ilgili özel kanunlar ihtilafı kuralının mevcut olması, zarar verenin mutad meskeni ya da işyeri kriterinin tek ya da asli bağlama noktası olarak değil alternatif diğer bağlama noktaları ile birlikte sunulmuş olması ve zarar verenin mutad meskeni ya da işyeri hukukunun uygulanmasının zarar gören tarafın seçimine bağlı olması, ortak özellikler olarak görülmektedir.

VII. Seçim Özgürlüğü

Uygulanacak hukukun belirlenmesi konusunda taraflara irade özgürlüğü (lex autonomiae) tanınması, forumun hukuku ile uyumlu olmayan uygulamalara yol açabilecekse de, çağdaş doktrinde haksız fiil gerçekleşikten sonra tarafların uygulanacak hukuku seçmelerini önlemeyi haklı gösterecek hiçbir neden olmadığı ileri sürülmüştür.⁴⁴⁰ Taraflara uygulanacak hukuku seçme konusunda imkan sağlanmasının en büyük avantajı, hem fail hem de mağdur bakımından uyuşmazlığı yönetecek hukukla ilgili kesinlik sağlamasıdır. Hukuk seçimi, özellikle sözleşme ilişkisi içinde olanlar için, hem sözleşmesel hem sözleşme dışı ihlalleri aynı hukuka tabi kılmak için de etkili bir araçtır.⁴⁴¹ Roma II Tüzüğü de 14. maddesi ile hukuk seçimi imkanına yer vermiştir. Anılan düzenleme uyarınca, taraflar uyuşmazlığın

⁴⁴⁰ Krvavac, s.116.

⁴⁴¹ Von Echoud, s.6.

gerçekleşmesinden sonra veya aralarında bir ticari ilişki bulunması kaydıyla uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce, serbestçe müzakere etmek şartıyla, akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak hukuku seçebilirler.⁴⁴² Daha önce de belirtildiği üzere, kişilik hakkı ile ilgili düzenleme Tüzük kapsamından çıkarıldığından, kişilik hakkının ihlali halinde hukuk seçimi imkanının bulunup bulunmadığı meselesi, her bir üye devletin iç hukukuna göre belirlenecektir.

Çok az ülkenin haksız fiillerle ilgili kanunlar ihtilafı kurallarında hukuk seçimi imkanına yer verilmiş⁴⁴³ olması karşısında, kişilik hakkının kitle iletişim araçları ile ihlalinde, muhtemelen bu tür davaların tarafları müzakereye çok istekli olmadıklarından, tarafların seçim özgürlüğünün uygulamada çok büyük rol oynamadığı ifade edilmektedir.⁴⁴⁴

Yabancı unsurlu haksız fiilden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuk konusunda taraflara hukuk seçimi imkanı verilmesi gittikçe artan bir öneme sahip olmaya başlarken, kanunlar ihtilafı sistemine esneklik kazandırmayı amaçlayan hukuk seçimi imkanına hukuk düzenlerinin sınırlı şekilde yer vermiş oldukları görülmektedir. Bu düzenlemelerde, haksız fiil ika edilmeden hukuk seçimine dair yapılan anlaşmaların genellikle kabul edilmediği⁴⁴⁵, bazı yasal düzenlemelerin seçilebilecek hukuk sistemlerini sınırladığı ve üçüncü kişiler veya zarar gören üzerinde olumsuz etkileri olabilecek hukuk seçimin engellenmeye çalışıldığı gözlemlenmektedir.⁴⁴⁶ Diğer yandan, bazı hukuk düzenlerinde hukuk seçiminin belirli koşullara bağlı olarak zarar gören tarafa tek taraflı bir imkan olarak sağlandığı,

⁴⁴² Roma II Tüzüğü'nün 14. maddesinin uluslararası ticaret hayatının ihtiyaç duyduğu hukuk güvenliğini temin ettiği, taraflar arasında mevcut bir sözleşmenin bulunması, m./f.3'te ifade edilen daha sıkı ilişkili hukuka işaret etmekle birlikte, daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması hakimın takdir yetkisine bağlı olduğundan, 14. madde düzenlemesinin mahkemenin takdir yetkisini bertaraf ederek, uyuşmazlığın tarafların seçtikleri hukuka tabi olmasını temin ettiği belirtilmektedir. Tarman, s.202, dn.17'de anılan Uluocak.

⁴⁴³ Krvavac, s.116

⁴⁴⁴ Comparative Study, Final Report, s.101.

⁴⁴⁵ SwissAct art. 132: "Parties may, any time after the damage occurred, agree to apply the law of the forum".

⁴⁴⁶ Gomez, s.303.

bazılarında ise uyuşmazlığın her iki tarafının anlaşarak uygulanacak hukuku seçmelerine imkan verildiği görülmektedir.

Tarafların anlaşması üzerine seçilen veya tek taraflı olarak seçilen hukukun uyuşmazlığı yönetmesi imkanı yanında, bazı hukuk düzenlerinin uygulanacak hukuku belirleme yetkisini sınırlı şekilde mahkemelere tanıdığı görülmektedir. Örneğin, Slovenya MÖHUK m.30/1 uyarınca haksız fiilden doğan sorumluluk fiil yeri hukukuna tabi iken, zarar gören taraf için daha elverişli ise, failin öngörme koşuluna bağlı olarak zarar yeri hukuku uygulanabileceği öngörülmüş, ancak, zarar yeri hukukunun uygulanması için zarar verenin talepte bulunması zorunlu görülmeyip, bu konuda mahkemece resen değerlendirme yapılabilmesi mümkün kabul edilmiştir.⁴⁴⁷ Belirtilen düzenleme uyarınca, failin öngörme koşulunun mevcut olması halinde, zarar görenin de talepte bulunabileceği, ancak böyle bir talebin olmaması durumunda, elverişlilik değerlendirmesi yapılarak mahkemece resen zarar yeri hukukunun uygulanabileceği anlaşılmaktadır.⁴⁴⁸ Başka bir örnek olarak Slovakya hukukundan bahsedilebilir. Slovakya MÖHUK m.15 uyarınca, haksız fiilden doğan sorumluluk fiil yeri ya da zarar yeri hukukuna tabi tutulmuş ve bu konuda seçim yapmak mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Burada, Slovenya hukukundan farklı olarak zarar görene seçim hakkı tanınmadığı gibi, mahkemenin bu konuda karar verirken zarar görenin lehine olan bağlama noktasını seçme yükümlülüğü de bulunmamaktadır.⁴⁴⁹ Her iki hukukta da mahkemelere tanınan seçim yapma yetkisi teknik olarak hukuk seçimi olarak değerlendirilememekle birlikte, katı şekilde formüle edilmiş bağlama kuralına esneklik kazandırılmasına bir enstrüman olarak mahkemelerin takdirine bırakılmış konunun, bu başlık altında ele alınması uygun görülmüştür.

⁴⁴⁷ Comparative Study, National Reports, s.132; Symeonides, Codifying Choice of Law, s.61, dn.83.

⁴⁴⁸ Mahkemenin takdiri ile zarar göreni korumaya odaklı düzenlemelere bir başka örnek olarak, Macaristan hukukunda 13 sayılı MÖHKHK m.10/2 ile öngörülmüş düzenlemeden bahsedilebilir. Anılan düzenleme uyarınca, tazminat yönünden zarar gören kişi için daha elverişli olması halinde Macar hukuku uygulanır. Mağdur bakımından daha elverişli olması nedeniyle Macar hukukunun uygulanması mağdurun talebi üzerine gerçekleşmemekte, mahkeme kendiliğinden bu yönde karar verebilmektedir. Comparative Study, National Reports, s.79; Symeonides, Codifying Choice of Law, s.61, dn.92.

⁴⁴⁹ Comparative Study, National Reports, s.130; Symeonides, Codifying Choice of Law, s.62.

Aşağıda ilk olarak tek taraflı hukuk seçimi imkanına yer veren hukuk düzenlerinden örnekler verilecek, sonra tarafların uzlaşmasına dayalı hukuk seçimi imkanına yer veren hukuk düzenlerinden örnekler verilerek hukuk seçimi imkanına bağlama kurallarında farklı şekillerde nasıl yer verildiği ortaya konulacaktır.

A. Tek Taraflı Hukuk Seçimi

Hukuk seçimi imkanı bazı yasal düzenlemelerde belirli koşullara bağlı olarak zarar gören tarafa tek taraflı bir imkan olarak tanınmaktadır. Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında zarar görene tek taraflı hukuk seçimi imkanı verildiği görülmektedir.

Türk hukukunda MÖHUK m.35 uyarınca, kişilik hakkının kitle iletişim araçları ile ihlalden doğan taleplere uygulanacak hukuku seçme konusunda zarar görene, duruma göre zarar verenin öngörmesi koşuluna bağlı olarak veya koşulsuz olarak seçim yapma imkanı verilmiştir. Zarar gören, öngörme koşulu olmaksızın zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasını seçme imkanına sahiptir. Bu hukuk davalının kendi hukuku olduğundan, davalının kendi hukukundan kaçma imkanının da engellenmesi amacıyla, öngörme koşulu olmaksızın bu hukukun seçilmesi mümkün kılınmıştır.⁴⁵⁰ Herhangi bir içeriği kamuya sunan bir kimse, en azından kendi bulunduğu yer hukukuna uygun hareket etmek yükümlülüğü altında olduğundan, zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun uygulanmasıyla ilgili öngörme koşulunun aranmaması yerinde bir düzenlemedir. Bunun yanında zarar gören, zarar verenin, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda olması koşuluna bağlı olarak, kendi mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunu veya zararın meydana geldiği ülke hukukunu seçebilecektir. Zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun seçilebilmesi için buralarda bir zarar meydana gelmesi koşulu bulunmazken, zarar görenin mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun veya zararın meydana geldiği ülke hukukunun seçilebilmesi için, zarar koşulunun gerçekleşmesi ve buna ilaveten bu yerlerde zarar meydana geleceğini

⁴⁵⁰ Özel, Kişilik Hakları, s.227.

zarar verenin bilebilecek durumda olması gerekmektedir. Zarar vereni koruyucu nitelikteki öngörme koşulunun⁴⁵¹ olayda mevcut olmadığı hallerde, zarar görenin bu hukukları seçme imkanı da olmayacaktır.

MÖHUK m.35'in zarar görene sağladığı, alternatif seçeneklerden birini tercih esasına dayalı sınırlı hukuk seçiminin⁴⁵² uyuşmazlığın oluşmasından önce mi yoksa sonra mı yapılabileceği düzenlemede açıkça ifade edilmemişse de, hükmün seçilecek hukukun ihlalden doğan taleplere uygulanacağını belirtmesi karşısında, seçimin ihlalin gerçekleşmesinden yani uyuşmazlığın meydana gelmesinden sonraki aşamada yapılabileceği anlaşılmaktadır.

Türk hukukundaki düzenlemeye ilişkin açıklamalar, MÖHUK m.35, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku Hakkında Kanun m.139'dan alındığından, İsviçre hukuku bakımından da geçerlidir. Her iki hukuk düzeninde de, haksız fiilden doğan sorumluluğa uygulanacak hukuka ilişkin bağlama kurallarında taraflara haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçme imkanı tanınmış olmasına karşın⁴⁵³, kişilik hakkının ihlaline ilişkin özel hükümlerde, yukarıda izah edildiği gibi, sadece zarar görene sınırlı şekilde hukuk seçimi yapma imkanı sağlanmıştır.

Özel bağlama kurallarına sahip Bulgaristan ve Romanya hukuklarında da Türk ve İsviçre hukukundaki düzenlemelere benzer nitelikteki düzenlemeler yer almaktadır. Bulgaristan hukukunda kitle iletişim araçlarıyla kişilik haklarının ihlaline uygulanacak hukuk konusunda zarar görene seçim yapma hakkı tanınmıştır. Buna göre zarar gören, zarar veren kişinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku veya fiil yeri hukukunun uygulanmasını serbestçe, kendi mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku veya zarar yeri hukukunun uygulanmasını zarar verenin öngörme koşuluna bağlı olarak seçebilmektedir (BulgaristanMÖH Kanunu, m.108/1-2).⁴⁵⁴

⁴⁵¹ Çelikel, Erdem, s.456.

⁴⁵² MÖHUK m.35 gerekçesinden aynen alınmıştır.

⁴⁵³ MÖHUK m.34/5; İsviçre Milletlerarası Özel Hukuku Hakkında Kanun m.132.

⁴⁵⁴ Comparative Study, National Reports, s.20; Symeonides, Codifying Choice of Law, s.63, dn.105.

Romanya hukukunda da Bulgaristan hukukuna paralel bir düzenleme mevcuttur.⁴⁵⁵ Özel bağlama kuralına yer verilmeyen Belçika hukukunda, kişilik hakkının ihlaline uygulanacak hukuk fiil yeri hukuku iken, zarar verenin öngörme koşuluna bağlı olarak, zarar görenin zarar yeri hukukunun uygulanmasını seçme imkanı öngörülmüştür (Romanya MÖH Kanunu m.99/2,1).⁴⁵⁶

Özel bağlama kuralına sahip Litvanya hukukunda da paralel bir düzenlemeye yer verilmiş olmakla birlikte, zarar görene tanınan tek taraflı hukuk seçimi imkanının failin öngörme koşulu ile sınırlanmaksızın tanındığı görülmektedir.⁴⁵⁷ Litvanya hukukuna göre zarar gören, fail bu yerlerde zararın meydana geleceğini öngörmüş olması şartı aranmaksızın, diğer seçenekler yanında kendi mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku veya zarar yeri hukukunun uygulanmasını seçebilecektir (Litvanya Medeni Kanunu m.1.45/1). Özel bağlama kuralına yer verilmeyen İtalyan hukukunda, haksız fiilden doğan sorumluluk zarar yeri hukukuna tabi iken, zarar görene, failin öngörme şartına bağlı olmaksızın, zarar yeri hukuku yerine fiil yeri hukukunun uygulanmasını seçme imkanı tanınmaktadır (İtalyan MÖH Kanunu m.62).⁴⁵⁸

Bazı hukuki düzenlemelerde, tarafların uzlaşarak hukuk seçimi yapma imkanı ile sadece zarar gören tarafa sunulan tek taraflı hukuk seçimi imkanına kademeli olarak yer verildiği görülmektedir. Alman ve Estonya hukukları bu duruma örnek teşkil etmektedir.

Alman hukukunda, haksız fiillerden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, fiilin işlendiği yer hukukunun uygulanması esas olarak kabul edilmekle birlikte, uyuşmazlığa neden olan olayın gerçekleşmesinden sonra, taraflara uygulanacak hukuku seçme imkanı tanınmaktadır. Taraflarca böyle bir seçim yapılmamış olduğu ve tarafların müşterek mutad meskenlerinin mevcut olmadığı hallerde, zarar görene

⁴⁵⁵ Comparative Study, National Reports, s.125; Symeonides, Codifying Choice of Law, s.63, dn.113.

⁴⁵⁶ Comparative Study, National Reports, s.11; Symeonides, Codifying Choice of Law, s.63, dn.104.

⁴⁵⁷ Comparative Study, National Reports, s.98; Symeonides, Codifying Choice of Law, s.60, dn.84.

⁴⁵⁸ Comparative Study, National Reports, s.88; Symeonides, Codifying Choice of Law, s.60, dn.83.

tek taraflı seçim hakkı tanınarak, fiil yeri hukuku yerine zarar yeri hukukunun uygulanmasını seçme imkanı verilmiştir (EGBGB m.40).⁴⁵⁹ Görüldüğü üzere, Alman hukukunda mağdurun zarar yeri hukukunun uygulanmasını seçmesi failin buyerde zararın meydana geleceğini öngörebilmesi koşuluna bağlı tutulmamıştır.

Benzer şekilde Estonya hukukunda da, uyuşmazlığın gerçekleşmesinden sonra, taraflara hukuk seçimi yapma imkanı tanınmıştır. Ancak tarafların seçebilecekleri hukuk Estonya hukuku ile sınırlandırılmıştır. Buna göre, taraflarca Estonya hukukunun uygulanması yönünde hukuk seçimi yapılmamışsa, zarar görenin tek taraflı hukuk seçimi imkanı doğmaktadır. Zarara gören, failin öngörme koşulu aranmaksızın, fiil yeri hukuku yerine zarar yeri hukukunun uygulanmasını seçebilmektedir (Estonya MÖH Kanunu m.50)⁴⁶⁰

B. Tarafların Uzlaşmasına Dayalı Hukuk Seçimi

Hukuk seçimi imkanı, yukarıda belirtildiği gibi, zarar gören tarafa tek taraflı bir imkan olarak tanınabileceği gibi, aşağıda örnek olarak verilen hukuk düzenlerinde olduğu gibi, haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra tarafların karşılıklı anlaşmasıyla uygulanacak hukuku belirlemesi şeklinde de öngörülebilir.

Avusturya hukukunda da 1978 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 35. ve 48. maddelerinde yer alan düzenlemelerle, taraflara, haksız fiil sorumluluğunun tabi olacağı hukuku seçme imkanı verilmektedir. Ancak Alman hukukundan farklı olarak, hukuk seçiminin uyuşmazlığın gerçekleşmesinden sonra yapılması gerektiği yönünde bir ibare bulunmadığından, uyuşmazlığın gerçekleşmesinden önce de bunun mümkün olduğu anlaşılmaktadır. İlgili düzenleme uyarınca, ancak tarafların hukuk seçimi yokluğunda diğer kriterlere göre

⁴⁵⁹ Comparative Study, National Reports, s.68; Symeonides, Codifying Choice of Law, s.60.

⁴⁶⁰ Comparative Study, National Reports, s.39; Symeonides, Codifying Choice of Law, s.60, dn.82.

uygulanacak hukukun tespit edilmesi söz konusu olacaktır.⁴⁶¹ Hollanda hukukunda da Avusturya hukukuna benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir.⁴⁶²

Avusturya hukukuna nazaran daha sınırlı şekilde irade özgürlüğüne yer verilen Alman⁴⁶³ ve Estonya⁴⁶⁴ hukuklarında, yukarıda değinildiği gibi, uyuşmazlığın taraflarına, sorumluluğa neden olan olayın gerçekleşmesinden sonra uygulanacak hukuku seçme imkanı verilmiştir. Taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması halinde kuralda belirtilen bağlama noktalarına göre tespit edilecek hukukun uygulanması söz konusu olabilecektir. Estonya hukukunda hukuk seçimi imkanına çok daha sınırlı şekilde yer verilerek, tarafların sadece Estonya hukukunun uygulanması konusunda anlayabilecekleri ve sınırlı şekilde yapılacak hukuk seçiminin, aynı zamanda üçüncü kişilerin haklarını da etkileyemeyeceği hüküm altına alınmıştır.⁴⁶⁵

VIII. En Sıkı İlişkili Hukuk

Yabancı unsurlu uyuşmazlıklarla ilgili kanunlar ihtilafı kurallarının amacı, uyuşmazlıkla en fazla bağlantıya sahip olan, en uygun hukuku tespit etmektir. Bu amaçla, bir bağlama kuralı, düzenlediği konunun niteliğine uygun düşecek bağlama noktaları aracılığıyla, o konudaki uyuşmazlığın belirli bir devletin hukukuna tabi olmasını sağlamaktadır.⁴⁶⁶ Kanunlar ihtilafı kuralları olayın niteliğine uygun düşecek bağlama noktalarını içermekle birlikte, bazı hallerde bu bağlama noktalarının uyuşmazlıkla ilgili en fazla bağlantıya sahip olan hukuku işaret etmemesi söz konusu

⁴⁶¹ Comparative Study, Final Report, s.101; Comparative Study, National Reports, s.5.

⁴⁶² Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad (WCOD) m.6, Comparative Study, Final Report, s.101.

⁴⁶³EGBGB m.42, Comparative Study, Final Report, s.101; Mathias Reimann: "Codifying Torts Conflicts: The 1999 German Legislation in Comparative Perspective", **Louisiana Law Review**, Vol.60, No:4, 2000, s.1302. (Çevrimiçi) <http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol60/iss4/19>, 03.10.2014.

⁴⁶⁴ Comparative Study, Final Report, s.101; Comparative Study, National Reports, s.40.

⁴⁶⁵Estonya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu, m.54, Comparative Study, Final Report, s.101; Comparative Study, National Reports, s.40.

⁴⁶⁶ Çelikel, Erdem, s.61.

olabilmektedir. Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun belirlenmesinde kullanılması önerilen ya da kullanılan bağlama noktalarının ya yayını ya da kişisel itibarı başlangıç noktası olarak alması nedeniyle, en azından dolaylı olarak bir temel hakkın diğerine nazaran korunması lehine sonuç doğmaktadır. Bu anlamda, fiil yeri, zarar yeri, davacı ya da davalının mutad meskeninin ya da işyerinin bulunduğu yere odaklanan bağlama noktalarının tümünün belirli avantajları ve dezavantajları vardır.

Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlali konusundaki davaların demokratik toplumda kamusal tartışmaların sınırlarını belirlediği ve ifade özgürlüğü ile kişilik hakkı arasındaki dengenin, demokratik toplumun işleyişinin yansıması olduğu belirtilerek, kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlaliyle ilgili bir uyuşmazlıkta, uyuşmazlığın en fazla etkiye neden olduğu demokratik toplumun hukuku ile bağlantı aranmasının ve uyuşmazlığa en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasının daha uygun olacağı savunulmaktadır.⁴⁶⁷

Modern yasa koyucular, somut olaylar karşısında yasal düzenlemelerin mükemmel kurguya sahip olmayabileceğini kabul ettiklerinden, gittikçe artan şekilde, istisna ya da kaçış kurallarına⁴⁶⁸ yer verilmesi, yakın tarihli kodifikasyonların ortak özelliği haline gelmiştir.⁴⁶⁹ Haksız fiillerden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun tespitinde, bağlama noktası olarak baskın şekilde kabul edilen İka yeri kriterinin özellikle fiil yerinin tesadüfi olduğu durumlarda katı şekilde uygulanması, olayla fazla bağlantısı olmayan bir hukukun uyuşmazlığı yönetmesi sonucunu doğurabilecektir. İka yeri kuralının sert, mekanik ve rastlantıya bağlı karakterinin yaratabileceği sakıncaları bertaraf etmek amacıyla, kuralı

⁴⁶⁷ Kuipers, s.1702.

⁴⁶⁸ Kaçış klozu, genel kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasından kaçınılmak istenildiğinde veya sorunlu ilişki başka bir hukukla daha sıkı ilişki içinde olduğunda yetkili organ tarafından atıfta bulunulan hukuk hükmüdür. Genel olarak kaçış klozlarının amacı, lex loci delicti gibi esnek olmayan hukuki çözümleri engellemektir. Bu klozun uygulanması taraflardan herhangi birini imtiyazlı konuma koymamalıdır. Krvavac, s.122.

⁴⁶⁹ Symeonides, Rome II: A Centrist Critique, s.157.

yumuşatacak bazı feri bağlama noktaları kabul edilmiştir.⁴⁷⁰ Daha sıkı ilişki kriteri⁴⁷¹ de feri bağlama noktalarından biridir.

Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun, en sıkı ilişki kriterine göre belirlenmesinin her durumda makul olacağını savunulmasının mümkün olmadığı da belirtilmelidir. Yayının belirli bir toplumdaki kamusal tartışma hakkında olmayıp küresel bir tartışmayla ilgili olması durumunda, yayından en fazla etkilenmiş toplumun tespiti zordur. Örneğin, ABAD'ın yargısal faaliyetleri üzerine Belçikalı bir yazar tarafından İngilizce yazılmış ve Hollanda'da yayınlanmış bir makale, belirli bir üye devletteki kamusal tartışmayı etkilemeyecektir. Bu gibi durumlarda, diğer kriterler önem kazanacaktır.⁴⁷²

Daha sıkı ilişki ya da en sıkı ilişki olarak ifade edilen kritere, esas bağlama noktaları yanında yardımcı bağlama noktası olarak⁴⁷³ veya istisna kuralı⁴⁷⁴ olarak yer

⁴⁷⁰ Nomer, Şanlı, s.340; Öztekin Gelgel, s.92.

⁴⁷¹ Uyuşmazlığa en sıkı ilişkili olduğu hukukun uygulanması anlamına gelen en sıkı ilişki kriterinin kaynağı New York Temyiz Mahkemesinin 1963 tarihli Babcock v. Jackson kararıdır (Babcock v. Jackson, 12 N.Y.2d 473, 191 N.E. 2d 279 (N.Y. 1963); Çelikel, Erdem, s.448; Kararla ilgili detaylı bilgi için bkz. Turhan, İka Yeri Kuralı, s.70 vd.) Olay, New Yorklu bir ailenin, New Yorklu misafirleri ile birlikte hafta sonu tatili için kendi arabalarıyla gittikleri Kanada'da vuku bulan trafik kazası sonucu ağır yaralanan misafirin, New York'a dönünce, arabayı kullanana karşı açtığı tazminat davasına ilişkindir. İka yeri hukuku durumundaki Ontario (Kanada) kanunları arabada bulunan hatır yolcusunun sürücü ya da arabanın sahibine karşı tazminat davası açmasına imkan vermezken, tarafların ikametgahlarının bulunduğu New York kanunlarına göre bu mümkündür. New York ilk derece mahkemesi İka yeri kanunlarını uygulayarak davacının talebini reddederken, New York Temyiz Mahkemesi, İka yeri kuralının uygulanmasının sert, mekanik ve rastlantıya bağlı karakterine vurgulayarak, İka yeri kuralının haksız fiilden doğan tazminat taleplerinin mutlak olarak tabi olması gerekli tek bağlama kuralı olmadığını, hakkaniyete ve adalete en uygun kararın, olayla ve taraflarla en sıkı ilişki içinde bulunan kanunun uygulanmasıyla elde edilebileceğini açıklamıştır. Mahkeme yaptığı inceleme ve değerlendirme sonunda New York kanunlarının taraflarla ve olayla daha sıkı ilişki içinde bulunduğunu tespit etmiştir.

Dava konusu olay, haksız fiilin İka yerinin tesadüfi karakterde olmasına ve İka yeri kuralının yetersizliğine mükemmel bir örnek teşkil etmektedir. Taraflar New York'ta ikamet etmektedir, kazaya neden olan araç New York'ta kayıtlı ve sigortalıdır ve seyahat burada başlayıp sona erecek şekilde planlanmıştır. Kazanın Kanada'da gerçekleşmesi tesadüfidir. Daha sıkı ilişki tespit edilirken, mahkemenin mevcut irtibat noktalarının nicelik yönünden değil, nitelik yönünden belli bir devlette sıkı ilişki içinde olmasını gözetmesi de daha sıkı ilişki kriterinin uygulanmasında yol göstericidir.

⁴⁷² Kuipers, s.1704.

⁴⁷³ Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanacağı yönündeki MÖHUK m.24/4, en sıkı ilişki kriterinin yardımcı bağlama noktası olarak belirlenmesine örnek teşkil etmektedir.

verilebilmektedir. En sıkı ilişki bağlama noktasının esas bağlama noktası olarak belirlenmesi de mümkündür.⁴⁷⁵ Kıta Avrupası hukukunda en sıkı ilişki prensibi, genellikle esas kurala esneklik kazandıran, adil çözüme ulaşmayı sağlayan istisna kuralı olarak benimsenmektedir.⁴⁷⁶ Aynı yaklaşım, Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Roma II Tüzüğü'nde de benimsenmiştir. Tüzüğün akit dışı borç ilişkilerine uygulanacak genel bağlama kuralı niteliğindeki 4. maddesinde, somut koşullara göre akit dışı borç ilişkisinin, tarafların müşterek mutad meskeninin bulunduğu yer ile zararın meydana çıktığı yerden başka bir ülke ile daha sıkı irtibatlı olduğu açıkça ortaya çıkarsa, ihtilafa daha sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı belirtilmiştir (m.4/3). Haksız fiiller alanında yeknesak düzenlemenin yürürlüğe girmesiyle, AB üyesi devletler bakımından Roma II Tüzüğü'nün 4. maddesi uyarınca daha sıkı ilişki kriterinin uygulanması bir zorunluluk haline gelmekle birlikte, kişilik hakkı ile ilgili düzenleme Tüzük kapsamından çıkarıldığından, kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlali halinde uygulanacak hukuk belirlenirken daha sıkı ilişki kriterinin dikkate alınıp alınmayacağı, üye devletlerin milli hukuklarına göre belirlenecektir.

En sıkı ilişki kriterine yer veren bağlama kuralları yeknesak şekilde formüle edilmiş değildir. En sıkı ilişki kriterine yer veren bir bağlama kuralının, ilişkin olduğu konunun koşullarına uygun şekilde tasarlanması önerilirken, kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun belirlenmesiyle ilgili olarak, en sıkı ilişkinin tespitinde ulusal mahkemelere geniş esneklik marjı tanınması, öngörülebilirliğin korunması için istisna klozunun nasıl kullanılacağına dair açık kurallar belirlenerek istisna klozunun sınırlanması gibi yaklaşımlar mevcuttur.⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ Haksız fiilden doğan borçlarla ilgili haksız fiilin işlendiği yer, haksız fiilin fiil ve zarar unsurları farklı ülkelerde gerçekleşmişse, zarar yeri bağlama noktası olarak belirlenmiş olmakla birlikte, bu bağlama noktalarının uygulanmasıyla adil bir sonuç elde edilemediği yani en yakın hukukun tespit edilemediği hallerde, uygulanacak hukukun en sıkı ilişki kriterine göre belirlenmesi öngörülmüştür. Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu ülke hukuku uygulanacağı yönündeki MÖHUK m.34/3 en sıkı ilişki kriterine istisna kuralı olarak yer verilmesine örnek teşkil etmektedir.

⁴⁷⁵ Gomez, s.303; Nomer, Şanlı, s.15.

⁴⁷⁶ Krvavac, s.118.

⁴⁷⁷ Kuipers, s.1702.

Bu yaklaşımların yansıması olarak, en sıkı ilişki kriterinin kabul edildiği hukuk düzenlerinde, bu istisna hükmünün nasıl ve hangi koşullarda etkili olacağına bağlama kurallarında farklı şekillerde formüle edilmiş olduğu görülmektedir. Bazı bağlama kurallarında sadece daha sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı belirtilerek daha sıkı ilişkiyi oluşturabilecek bağlantılarla ilgili hiçbir açıklamaya yer verilmediği⁴⁷⁸, bazılarında ise taraflar arasında önceden mevcut bir ilişki bulunması veya tarafların müşterek mutad meskeni bulunması gibi daha sıkı ilişki oluşturacak bağlantıların neler olduğunun örneklerle açıklanmış olduğu görülmektedir.⁴⁷⁹ Bir bağlama kuralının aynı zamanda genel kurala istisna teşkil edecek birkaç istisna kuralı içermesi de mümkündür. Bu durumda daha sıkı ilişki kriteri genel bağlama noktaları ile birlikte diğer istisna kurallarını da bertaraf edici nitelikte olmaktadır.⁴⁸⁰ Kimi zaman da, taraflar arasında önceden mevcut ilişkinin bulunması gibi daha sıkı ilişki temeline dayalı kriterlere yer vererek bağlama kuralına daha sıkı ilişki kriteri dahil edilmektedir.⁴⁸¹

Daha sıkı ilişki kriterini içeren bağlama kurallarının uygulanmasında, bağlama kuralındaki genel bağlama noktalarının gösterdiğinden daha sıkı ilişkili bir hukukun mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi yetkili mahkemenin takdirine bırakılmaktadır. Dolayısıyla, istisna kuralına yer verilmesinin hukuki kesinlik ve güvenliğe zarar verebileceği, de facto olarak lex fori'nin uygulanmasına yol açabileceği yönünde endişeler de dile getirilmektedir.⁴⁸² Nitekim Roma II Tüzüğü'nün hazırlık çalışmalarında da bu endişe ifade edilmiştir.⁴⁸³ Kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlalleri bakımından da, her bir yayına en sıkı ilişkili olduğu devletin hukukunun uygulanmasının, haksız fiilin gerçekleştiği yere dolayısıyla yayın yerine verilen önemi azaltacağı belirtilmektedir.⁴⁸⁴ Diğer yandan, daha sıkı ilişki kriterinin uygulanmasıyla ilgili sınırlamalara yer verilmesi

⁴⁷⁸ MÖHUK m.37/3; Avusturya MÖH Kanunu, m.48/2.

⁴⁷⁹ Estonya MÖH Kanunu, m.52/2.

⁴⁸⁰ Roma II Tüzüğü, m.4/3; Alman EGBGB m.42/2.

⁴⁸¹ Symeonides, Codifying Choice of Law, s.68.

⁴⁸² Gomez, s.303.

⁴⁸³ Tarman, s.201.

⁴⁸⁴ Castel, s.167.

öngörülebilirliği ve hukuki kesinliği artıracaksa da, bu sınırlamaların istisna kuralı ile amaçlanan esnekliği zayıflatacağı da göz ardı edilmemelidir.

Roma II Tüzüğü m.4/3 ikinci cümlesinde, daha sıkı ilişkiden ne anlaşılması gerektiği konusunda sınırlı olmayan bir düzenleme içermektedir. Buna göre, başka bir ülkeyle açıkça daha sıkı bir ilişki, özellikle, söz konusu haksız fiil ile yakın ilişki içinde olan bir sözleşme gibi, taraflar arasında önceden var olan bir ilişkiye dayanabilir. Hükümde sözleşmenin varlığının örnek olarak verildiği, önceden mevcut sözleşmesel bağ içermeyen ilişkilerin de daha sıkı ilişkiyi tesis edebileceği söylenebilir. Hükümün ifadesinden, daha sıkı ilişkinin varlığının önceden mevcut ilişki ile sınırlanmadığı anlaşılmaktadır. Roma II Tüzüğü'nün bu düzenlemesi, Alman hukukunun daha sıkı ilişkiye ilişkin yasal düzenlemesi ile paraleldir.

Avusturya hukukunda, 1978 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m.48/2 uyarınca, taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olması halinde, haksız fiil uyuşmazlığına ika yeri hukuku uygulanmaktadır. Ancak tarafların başka bir ülke hukuku ile daha sıkı ilişkisi bulunması halinde, uyuşmazlık daha sıkı ilişkili ülkenin hukukuna tabi olur.⁴⁸⁵ Avusturya hukukundaki düzenlemede, daha sıkı ilişkili hukukun hangi hukuk olduğunu tespit etmekte yol gösterici ya da belirleyici unsurlara yer verilmemiştir. Mahkemelerin daha sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde takdir yetkisini kullanacağı anlaşılmaktadır.⁴⁸⁶

Alman hukukunda, uyuşmazlığın meydana gelmesinden sonra, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde, fiil yeri, zarar yeri ve tarafların müşterek mutad meskeninin bulunduğu yere nazaran açıkça daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması halinde bu hukukun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır (EGBGB m.42).⁴⁸⁷ Hükümde, daha sıkı ilişkinin taraflar arasında mevcut belirli bir hukuki

⁴⁸⁵ Comparative Study, Final Report, s.105.

⁴⁸⁶ Uygulamada, zarar veren ile zarar gören tarafın müşterek milli hukuku veya müşterek vatandaşlığının bulunması halinde bu hukukların daha sıkı ilişkili olduğu kabul edilmektedir. Kravac, s.118.

⁴⁸⁷ Comparative Study, Final Report, s.105.

veya fiili ilişkiden kaynaklanabileceği öngörülmektedir (m.42/2). Böylece, örneğin bir eylemin aynı zamanda hem haksız fiil hem sözleşmenin ihlaline vücut vermesi halinde, aynı olaya farklı hukuki sebepler nedeniyle farklı hukukların uygulanması önlenecektir. Tarafların bir sözleşmenin tarafı olması, karı koca olması, aynı grubun üyeleri olmaları veya aynı tur grubunda seyahat etmekte olmaları gibi durumlar, önceden mevcut ilişkiye örnek olarak verilebilir.⁴⁸⁸ Hükümün taraflar arasında önceden mevcut ilişkiyi, daha sıkı ilişkinin en önemli nedeni olarak değerlendirdiği açık olmakla birlikte, daha sıkı ilişkinin mevcudiyetini sadece bununla sınırlamadığı da anlaşılmaktadır. Önceden mevcut hukuki veya fiili bir ilişkinin bulunmaması halinde, bağlama kuralında yer alan fiil yeri, zarar yeri veya müşterek mutad mesken yerine nazaran daha sıkı ilişkili bir başka hukukun mevcut olabilmesi pek olası bir seçenek olarak değerlendirilmemekle birlikte, özel haksız fiil türlerine uygulanacak hukukun tespitinde sağladığı esneklikle kullanılabilir bir seçenek olduğu da ifade edilmektedir.⁴⁸⁹

Slovenya'nın Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'unun 30. maddesi uyarınca, haksız fiilden doğan uyuşmazlığa fiil yeri hukuku veya zarar verenin öngörme koşuluna bağlı olarak zarar yeri hukuku uygulanır. Fiil yeri veya zarar yeri hukukunun uyuşmazlıkla yakın bir ilişkisi olmaması ve uyuşmazlığın başka bir hukukla açıkça ilişkili olması durumunda, uyuşmazlığa açıkça ilişkili olduğu hukuk uygulanır.⁴⁹⁰ Görüldüğü üzere, daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması için, öncelikle fiil ya da uygulanabilir durumdaysa zarar yeri hukuklarının uyuşmazlıkla yakın bağlantısının bulunmaması gerekmektedir. Eğer fiil yeri ya da zarar yeri hukukunun uyuşmazlıkla yakın bağlantısı bulunuyorsa, başka bir hukukun ilişkiyle aynı derecede ve hatta daha büyük derecede bağlantısı olsa bile, daha sıkı ilişkili hukuk değil, fiil yeri ya da zarar yeri hukuku uygulanacaktır.⁴⁹¹

⁴⁸⁸ Reimann, s.1302.

⁴⁸⁹ Reimann, s.1302.

⁴⁹⁰ Comparative Study, National Reports, s.132.

⁴⁹¹ Comparative Study, Final Report, s.104.

Son bir örnek olarak, bağlama kuralında en sıkı ilişki kriterine yer veren Estonya hukukundan bahsedilebilir. 2002 tarihli Estonya Milletlerarası Özel Hukuku Hakkında Kanun'un 50. maddesi uyarınca haksız fiil sorumluluğuna fiil yeri hukukunun, belirli koşulların mevcudiyeti halinde zarar yeri hukukunun uygulanması öngörülmüştür. 53. madde ile en sıkı ilişkiye dayalı bir istisna kuralı öngörülmüştür. Buna göre, akit dışı sorumluluk 50. madde uyarınca belirlenecek hukuka nazaran başka bir devletin hukuku ile daha sıkı ilişkili ise, o devletin hukuku uygulanacaktır. Estonya hukuku, en sıkı ilişkiden özellikle ne anlaşılması gerektiği konusunu da belirlemiştir. 52/2. madde uyarınca, daha sıkı ilişki, taraflar arasında önceden mevcut bir ilişki bulunması ve zarara neden olayın gerçekleştiği zamanda tarafların müşterek mutad meskenlerinin bulunması hallerinde ortaya çıkacaktır.⁴⁹² Estonya hukukunda Slovenya hukukundaki düzenlemeden farklı olarak, daha sıkı ilişkili hukukun uygulanabilmesi için, uyuşmazlıkla genel kurala göre belirlenmiş hukuk arasında yakın ilişki bulunmadığının ispatlanması gerekli olmayıp, sadece daha yakın bağlantılı bir hukukun varlığının gösterilmesi yeterlidir. Daha yakın ilişkinin varlığını belirlemede dikkate alınacak koşul ve unsurları da kural kendisi göstermektedir.⁴⁹³

Yukarıdaki örneklerde belirtildiği gibi, en sıkı ilişki kriterini içeren bir bağlama kuralı, en sıkı ilişkiden ne anlaşılması gerektiğini her zaman belirtmiş olmayabileceği gibi, bu konuda açıklama içeren kurallar da en sıkı ilişkinin sınırlarını kesin olarak çizmiş değildir. Sıkı ilişkinin mevcudiyetini gösterecek uygun görülen herhangi bir bağlantı mahkemece değerlendirilecektir. Esasen bu konuda kesin sınırlar çizilmesi, kriterin varlık nedeni ile çelişki yaratacak bir husustur. Yine de, en sıkı ilişki kriteri ile artan esneklikle birlikte, hukuki öngörülebilirlik açısından kuralla ilgili güvensizlik oluşmaması adına, en sıkı ilişkiyi tesis edecek bağlantıların içtihat hukuku ile ortaya konulması gerekmektedir.⁴⁹⁴

⁴⁹² Comparative Study, National Reports, s.39-40.

⁴⁹³ Comparative Study, Final Report, s.105.

⁴⁹⁴ Comparative Study, Final Report, s.104.

Kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlallerinde, belirli bir yayınlı ilgili, olayla ve taraflarla en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde mahkemeler tarafından, genel olarak, davalının iletişimin temel hareketini gerçekleştirdiği yer, işyerinin bulunduğu yer, tarafların her birinin ayrı ayrı veya müştereken mutad meskenlerinin, ikametgahlarının bulunduğu yer, tarafların vatandaşlığı, kişilik hakkının ihlal eden içeriğin yayınlandığı yer ve davacının itibarının en fazla zarara maruz kaldığı yer dikkate alınmaktadır.⁴⁹⁵

Çalışmamız kapsamında ele alınan, kişilik hakkı ihlallerine ilişkin özel bağlama kurallarına sahip Türk, İsviçre ve AB üye devletlerinden sadece Bulgaristan ve İsviçre hukuklarında daha sıkı ilişki kriterinden yararlanılarak uygulanacak hukukun tespitinin mümkün olduğu görülmüştür. Kişilik hakkına ilişkin özel bağlama kuralı içeren Bulgaristan MÖHK m.108. ve İsviçre MÖHK m.139'da daha sıkı ilişki kriterine yer verilmemiş olmakla birlikte, her iki kanunda da yer alan genel hükümler uyarınca uygulanacak hukukun en sıkı ilişki kriterine göre belirlenmesi mümkün olabilmektedir. Bulgaristan MÖHK m. 2. uyarınca, 108. maddenin uygulanmasıyla uygulanacak hukukun belirlenemediği istisnai hallerde, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk en sıkı ilişkili ülke kriterine göre belirlenecektir.⁴⁹⁶ İsviçre MÖHK m.15 uyarınca da, 139. maddenin tatbiki ile tespit edilecek hukukun, somut olayın tüm koşullarına göre, davayla sınırlı bir ilişkiye sahip olduğu ve davanın başka bir hukukla daha sıkı ilişkili olduğunun açık olduğu istisnai hallerde, tespit edilen hukuk değil daha sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır.⁴⁹⁷

Kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlallerinden doğan taleplere, en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasının, yayının birden fazla yerde zarara neden olduğu hallerde, yayının gerçekleştiği her devletin hukukunu uygulamak yerine sadece bir tek hukukun uygulanmasıyla, uygulanacak hukuk konusundaki zorlukları hafifleteceği söylenebilir.⁴⁹⁸ Gerek Türk hukukundagerek Bulgaristan

⁴⁹⁵ Castel, s.173.

⁴⁹⁶ Comparative Study, Final Report, s.99.

⁴⁹⁷ Symeonides, Codifying Choice of Law, s.71.

⁴⁹⁸ Castel, s.174.

dışındaki Avrupa Birliği üye devlet hukuklarında mevcut, kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlaline ilişkin özel kanunlar ihtilafı kurallarında en sıkı ilişkili hukuk kriterine yer verilmemesinin nedenleri hakkında aşağıdaki şekilde değerlendirme yapmak mümkündür.

İlk olarak, haksız fiillere uygulanacak hukuka ilişkin genel bağlama kurallarının, hakkında özel düzenleme olmayan tüm haksız fiil tiplerine uygulanması gerekliliği nedeniyle, bu kurallara esneklik kazandırılması arzu edilirken, kişilik hakkı ihlaline ilişkin özel bağlama kuralları sadece bu haksız fiil tipine özel olarak tasarlandığından, en sıkı ilişki olarak kabul edilecek bağlantılara kural içinde zaten yer verilmiş olduğu varsayılabilir. Bu varsayım çok da haksız sayılmaz; zira en sıkı ilişki kriterine yer verilmiş olması durumunda davacının itibarına yönelik en büyük zarara maruz kaldığı devletin milli hukuku, muhtemelen en sıkı ilişkili hukuk olacaktır ve bu yer muhtemelen, aynı zamanda yayın yeri olması kaydıyla, yerleşim yeri, mutad meskenin bulunduğu yer veya işyerinin bulunduğu yere işaret edecektir.⁴⁹⁹ Özel tasarlanmış bağlama kuralları da tüm bu bağlama noktalarını kapsar vaziyettedir. İlaveten, kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilen yayınların yaygın doğası, özellikle zarar yerinin belirlenmesiyle ilgili sorunlara neden olurken, en sıkı ilişki kriterinin getireceği esneklikle sorunların daha da artacağı hesaba katılarak, hukuki öngörülebilirlik lehine hareket edilmiş olabilir.

Bu konuda sonuncu ve belki de en önemli gerekçe, bağlama kuralında en sıkı ilişki kriterine yer verilmesinin yayıncı ile mağdur arasındaki makul dengeyi bozacağı endişesi olabilir. Konuyla ilgili özel bağlama kurallarında, zarar yeri veya zarar görenin mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uygulanması zarar verenin öngörme koşuluna bağlanmıştır. Bağlama kurallarının farklı şekilde tasarlanarak, en sıkı ilişki kriterine yer verilmesi halinde, anılan bağlama noktalarına göre tespit edilecek hukukun uygulanmasında zarar verenin öngörme koşulu aranmayacağından, yayıncının öngörme şemsiyesi altındaki korunaklı durumu ortadan kalkacaktır. Dolayısıyla en sıkı ilişki kriterinin dışlanması, bakış açısına

⁴⁹⁹ Castel, s.174.

göre, menfaatler arasındaki dengenin korunması ya da medya lobisinin gücü olarak da değerlendirilmeye müsaittir.

En sıkı ilişki kriterine yer verilmesi aleyhine düşünülebilecek tüm gerekçelere rağmen, kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilecek ihlal şekillerinin gelişen teknoloji karşısında tamamen öngörülemez oluşu ve birden fazla yerde zararın ortaya çıktığı hallerde mağdurun zararının lokalize edilmesinin güçlüğü göz önünde bulundurularak, bazı senaryolarda bağlama kurallarında yer verilen kriterlerin uyumsuzlukla en sıkı ilişkili hukuku belirlemekte yetersiz kalabileceği düşüncesiyle, bağlama kurallarında en sıkı ilişki kriterine istisna kuralı olarak yer verilmesinin gerekli olduğu kanaatindeyiz.

IX. Değerlendirme ve MÖHUK m.35 İçin Değişiklik Teklifimiz

Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalinde sorumluluk ve uygulanacak hukuk konusunun özellikle AB üyesi devletlerin hukuklarıyla mukayeseli şekilde incelendiği çalışmamızda sık sık vurgulandığı gibi, hem maddi hukuk düzenlemelerinin hem de kanunlar ihtilafı kurallarının oluşturulmasında ve uygulanmasında, çatışan haklar meselesi ve kitle iletişim araçları ile gerçekleştirilen ihlallerin birden fazla yerde zarara neden olabilmesi birtakım zorluklara neden olmaktadır. Kitle iletişim araçlarının özgürce kullanımının sağlanması ve dolayısıyla ifade özgürlüğünün korunması gerekliliği ile kişilik hakkının korunması gerekliliği eşit derecede önemlidir. Her devlet çatışan haklar arasındaki dengeyi kendi kültürel ve tarihsel koşulları ile demokrasi anlayışına uygun şekilde oluşturduğundan ve bu konuda taviz vermek konusunda istekli olmadığından, bu konuda kesin ve mükemmel bir çözüme ulaşılması zor görünmektedir. Bir hukuk düzeninde bunun başarıldığı varsayılabilirse bile, kitle iletişim araçlarıyla gerçekleşen ihlallerin sınırötesi etkileri nedeniyle tek bir hukuk düzeninin uygun çözüm bulması yeterli olmayıp, bu konuda hukuk düzenleri arasında bir uyum sağlanması gereklidir. Kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlallerinde uygulanacak hukuk konusunda olası bir çözüm üzerinde mutabık kalınmasının şimdilik ulaşılması yakın bir hedef

olmadığı söylenebilir. Bu konuda ortak değerlere sahip Avrupa ülkelerinin Roma II Tüzüğü çalışmaları sırasındaki tavrı ve neticede bir uzlaşmanın sağlanamaması en yakın tarihli sonuçsuz denemedir.

Devletlerin bu konudaki uzlaşmaya yanaşmaz tavırlarına karşın, kitle iletişim araçlarıyla gerçekleşen kişilik hakkı ihlallerine uygulanacak hukukla ilgili bağlama kurallarının ortak özellikler taşıdığı görülmektedir. Genel olarak haksız fiilin ika yeri kuralının farklı yorumlarla da olsa baskın şekilde kabul gördüğü, tarafların müşterek hukuklarının bulunması halinde özellikle müşterek mutad mesken hukukunun uygulanmasına yönelik güçlenmekte olan bir eğilim bulunduğu, taraflara hukuk seçimi imkanı sağlanmasının pek yaygın olmadığı söylenebilir. Kişilik hakkının ihlaline ilişkin özel bağlama kuralına sahip hukuk düzenlerinin kabul ettiği çözümlerin de birbirine benzer olduğu görülmektedir. Özel bağlama kurallarında genel olarak uygulanacak hukuk konusunda mağdura sınırlı bir hukuk seçimi imkanı verildiği, mağdurun fiilin işlendiği yer hukuku, failin mutad meskeninin veya işyerinin bulunduğu yer hukuku ya da failin öngörme koşuluna bağlı olarak zarar yeri hukuku veya zarar görenin mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uyuşmazlığı yönetmesi konusunda seçim yapabileceği görülmektedir.

Kişilik hakkının ihlali konusunda özel bağlama kuralına sahip İsviçre ve Bulgaristan hukukları, kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlali halinde en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasına imkanına sahip olmakla diğer özel bağlama kuralına sahip hukuk düzenlerinden farklılaşmaktadırlar. Her iki hukuk düzeninde de en sıkı ilişkili hukuk kriteri özel bağlama kuralında yer almayıp, ilgili kanunlarda yer verilen genel hükümler gereğince uygulanabilmektedir.

Bulgaristan MÖHK m.2 ile yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerinin en sıkı ilişkili hukuk tarafından yönetileceği, uygulanacak hukukun belirlenmesine ilişkin hükümlerin de bu prensibin görünümüleri olduğu ifade edilmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise kanunda yer alan bağlama kurallarının uygulanmasıyla uygulanacak hukukun belirlenemediği hallerde, diğer kriterlerin kullanılmasıyla

hukuki ilişkinin en sıkı irtibatlı olduğu hukukun uygulanacağını öngörmektedir. İsviçre MÖHK m.15 ile kanunda öngörölmüş hükmün tatbiki ile belirlenen hukukun, tüm koşullara göre uyuşmazlık ile sınırlı bir bağlantıya sahip olduğu ve uyuşmazlığın başka bir hukukla daha sıkı bir bağlantısı olduğu hallerde uygulanmayacağı ve daha sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı öngörölmüştür. Her iki kanunda yer alan kişilik hakkına ilişkin özel bağlama kurallarında, en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını öngören genel kural istisna edilmemiştir. Kanun koyucunun bilinçli şekilde, koşullar gerektirdiğinde en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını öngördüğü anlaşılmaktadır.

Türk hukuku bakımından, MÖHUK'ta İsviçre ve Bulgaristan hukuklarına benzer şekilde en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını öngören genel bir hüküm mevcut değildir. Kişilik hakkına ilişkin MÖHUK m.35'te de en sıkı ilişki kriterine yer verilmemiştir. İsviçre MÖHK m.139 MÖHUK m.35'in kaynağını teşkil etmesine karşın, iki düzenleme arasında bu bakımdan önemli bir farklılık ortaya çıkmıştır. Kişilik hakkı ihlalleriyle ilgili özel hükme yer verilmesinin, haksız fiillerle ilgili bağlama kurallarının kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlalleri karşısında yetersiz kalması, konunun özelliklerine uygun bağlama noktaları belirlenmesi gerekliliği şeklindeki gerekçeleri hatırlandığında, asli amacın zıt menfaatlere sahip tarafların menfaatlerini gözeterek, uyuşmazlığa en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasının temin edilmesi olduğu açıktır. Bir yandan uyuşmazlıkla en sıkı bağlantıya sahip hukukun belirlenmesine hizmet edecek bağlama noktalarına sahip özel hüküm tasarlanırken, diğer yandan özel hükmün tatbiki ile uyuşmazlıkla en sıkı bağlantıya sahip hukukun uygulanmasının temin edilemediği hallerde başvurulabilecek istisna kuralına yer verilmemesi kanaatimizce eksiklik teşkil etmektedir.

Türk hukukunda mevcut özel bağlama kuralı nedeniyle, en sıkı ilişki kriterini içeren MÖHUK m.34 kitle iletişim araçlarıyla gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlalleri bakımından uygulanmazken, kişilik hakkıyla ilgili özel bağlama kuralına sahip olmayan Avusturya ve Almanya gibi ülkelerin haksız fiile ilişkin bağlama kuralları bu konudaki uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku tespit ederken en sıkı ilişki

kriterinden yararlanmaktadır. Bir yandan konuya özgü bağlama kuralı tasarlayarak uyumsuzluğa uygulanacak hukukun doğru şekilde tespiti amaçlanmışken, özel bağlama kuralındaki bağlama noktalarıyla en sıkı ilişkili hukukun tespit edilmesinin mümkün olmadığı hallerde, haksız fiillere ilişkin genel bağlama kurallarının bulunduğu çözümden mahrum kalınması sonucu doğacaktır.

En sıkı ilişki kriterine yer verilmesinin, kanun koyucunun fail ile mağdur arasında kurmaya çalıştığı dengeyi bozacağı endişesine de itibar edilmemelidir. MÖHUK m.35/1 (a) ve (c) bentleri ile zarar yeri hukuku ile mağdurun mutad meskeninin bulunduğu yer hukukunun uygulanmasını failin öngörme koşuluna bağlı kılınarak, normun taraflar arasında bir denge sağlama amacını ortaya koymuştur. En sıkı ilişki kriterinin uygulanması durumunda da hakim normun bu amacını göz ardı etmeksizin gerektiği hallerde en sıkı ilişkili hukuku tespit edecektir. MÖHUK m.35'e en sıkı ilişkili hukuk kriterinin dahil edilmesi, mağdurun failin öngörmediği herhangi bir yerde veya mutad meskeninin bulunduğu yerde doğrudan ve önemli bir zarara maruz kalması halinde, öngörme koşulunun gerçekleşmiş olmaması nedeniyle bu yer hukukunun uygulanmamasının neden olacağı adaletsizliği de ortadan kaldıracaktır.

En sıkı ilişki kriterine yer verilmemiş olmasının, MÖHUK'un 35.maddesinde düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralının önemli eksikliği olduğu kanaatindeyiz. İlâveten, birden fazla yerde zararın ortaya çıktığı hallerde, uyumsuzluğun tek bir hukuka tabi olmasını teminen, mağdurun seçimine bağlı olarak tarafların müşterek mutad mesken hukuku ile pratik olarak tatbik edilebilirliği tartışmalı olsa da tarafların hukuk seçimi imkanının bağlama kuralına dahil edilmesi düşünülmelidir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, MÖHUK'un 35.maddesinde düzenlenen kanunlar ihtilafı kuralının, aşağıdaki gibi düzenlenebileceği kanaatindeyiz.

“MÖHUK m.35: Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalinde sorumluluk

(1) Kişilik haklarının, basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla, internet veya diğer kitle iletişim araçları ile ihlalinden doğan taleplere, zarar görenin seçimine göre;

a) Zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zarar görenin mutad meskeni hukuku,

b) Zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku veya

c) Tarafların müşterek mutad mesken hukuku

d) Zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zararın meydana geldiği ülke hukuku, uygulanır.

(2) Kişilik hakkının ihlalinden doğan sorumluluğun başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu ülke hukuku uygulanabilir.

(3) Taraflar, kişilik hakkının ihlal edilmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler.

(4) Kişilik haklarının ihlalinde cevap hakkı, süreli yayınlarda, münhasıran baskının yapıldığı ya da programın yayınlandığı ülke hukukuna tabidir.

(5) Maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları, kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi alma hakkının sınırlandırılması yolu ile kişiliğin ihlal edilmesinden doğan taleplere de uygulanır.”

SONUÇ

Çalışmamızın kişilik hakkının kitle iletişim araçları ile ihlalinde sorumluluk konusunun incelendiği birinci kısımda ortaya konulduğu üzere, kişilik hakkının içeriğini oluşturan kişisel değerlerin nelerden ibaret olduğu konusunda yasal düzenleme bulunmayıp, çerçeve hükümlerle düzenlenen kişilik hakkı kapsamındaki kişisel değerler mahkemeler ve doktrin tarafından belirlenmektedir. Mutlak hak niteliğinde olan ancak mutlak şekilde korunmayan kişilik hakkının ifade özgürlüğü ile çatışma halinde olması, korunmasına ilişkin kesin bir ölçü belirlenmesini engellemektedir. Kişilik hakkının kitle iletişim araçlarıyla ihlal edildiği her somut olayda mahkemece menfaatlerin tartılması suretiyle bir denge oluşturularak, çatışan hakların hangi ölçüde korunacağı belirlenmektedir.

Çeşitli hukuk düzenlerinde, farklı düzeylerde ve farklı yasal temellerle olsa da, kişilik hakkının korunması konusunda genel bir mutabakat bulunmakla birlikte, kişilik hakkının kültürel boyutu içeriğinin farklı belirlenmesi sonucunu doğurmaktadır. Hakkın çatışma halinde olduğu ifade özgürlüğü hakkının korunması konusunda da hukuk düzenlerinin farklı yaklaşımlar benimsemiş olması, bu konuda üretilen mahkeme kararlarında çeşitliliğe neden olmaktadır. Kitle iletişim araçlarından özellikle internetle gerçekleşen ihlaller bakımından etkili korumanın sağlanması farklı hukuk çevrelerinin işbirliğini gerektirmektedir. Konuyla ilgili maddi hukukların uyumlu hale getirilmesi de bu işbirliğinin gerçekleştirilmesinde en etkili yollardan biridir. Ancak, kişilik hakkının kitle iletişim araçlarıyla ihlaline ilişkin uyumsuzluklarda çatışan hakların dengelenmesinde daha üstün kabul edilen hak lehine kurallar oluşturulduğundan ve her hukuk düzeni hem ifade özgürlüğü hakkı hem de kişilik hakkı konusunda tarihsel ve kültürel hassasiyetleri çerçevesinde hareket ettiğinden, konuyla ilgili maddi hukuk uyumu sağlanamamaktadır.

Bu durum milletlerarası özel hukuk alanına da yansımakta ve kanunlar ihtilafı kurallarının formüle edilmesinde belirleyici olmaktadır. AB üye devletlerinin, ifade

özgürlüğü ve kişilik hakkının dengelenmesinde kendi kamu politikalarından ödün vermek istemeyişi sonucu kişilik hakkı konusunun Roma II Tüzüğü'nün kapsamından çıkarılması vaziyeti ortaya koymaktadır. Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun belirlenmesinde kullanılması gereken bağlama noktasının hangisi olduğu konusundaki tartışmalarda, tartışmacıların mutabık kaldığı tek konunun, bu konuda mükemmel bir çözümün mümkün olmadığı ve bu durumu kabul ederek en iyi ikinci çözümü bulma çabasına odaklanmak gerekliliği olduğu görülmektedir. Esasen, kişilik hakkına ilişkin özel bağlama kuralına sahip üye devletlerin düzenlemelerine bakıldığında, tarafların menfaatlerini dengeleyen ve kabul edilebilir çözümün mümkün olduğu söylenebilir. Korunmaya çalışılan menfaatlardan karşılıklı olarak ödün verilmedikçe, bu konuda bir uzlaşmaya varılması güçtür.

Kişilik hakkının kitle iletişim araçları ile ihlal edilmesinden doğan sorumluluğa uygulanacak hukukun tespiti ile ilgili 5719 sayılı MÖHUK'un konunun özelliklerine uygun ve bu konuda farklı hukuk düzenlerinde kabul edilmiş kişilik hakkına özgü kanunlar ihtilafı kurallarıyla uyumlu, ayrı bir kanunlar ihtilafı kuralı içermesi son derece yerindedir. 35. maddenin genel olarak tarafların menfaatlerine eşit mesafede, dengeli bir düzenleme olduğunu belirtmek gerekir. Bununla birlikte tamamen sorunsuz olduğu da söylenemez.

Kitle iletişim araçlarıyla gerçekleşen ihlallerin tipik özelliği olarak birden fazla yerde zararın ortaya çıkmasının yarattığı zorluk, internetle birlikte katlanarak artmıştır. Birden fazla yerde zararın meydana geldiği hallerde, zarar yeri hukukunun uygulanmasının koşulları oluştuğunda, zarar yeri hukuklarının dağıtılmış şekilde uygulanmasının adil olacağı savunulabilir olsa da, çok sayıda hukukun uygulandığı yargılama sürecinin her zaman sağlıklı şekilde yürütülebileceğini ileri sürmek güçtür. Taraflara uyuşmazlık meydana geldikten sonra hukuk seçimi imkanı tanınarak, davayı tek bir hukukun yönetmesinin sağlanması bu zorluğu bertaraf edebilecek bir enstrümandır.

Diğer yandan zarar yeri veya mağdurun mutad mesken hukukunun uygulanmasının failin öngörme koşuluna bağlı olarak mümkün olması tarafların menfaatlerini dengelemekle birlikte, mağdurun failin öngörmediği bir yerde veya mutad meskeninin bulunduğu yerde doğrudan ve önemli bir zarara maruz kalması halinde bu yerin hukukunun uygulanamaması adil değildir. MÖHUK m.35/1,c ile öngörüldüğü şekilde zarar yeri hukukunun uygulanmasında failin öngörme koşulunun aranması aynen korunmalı, tarafların menfaatini dengeleyici unsur olarak istisnai hallerde uygulanmak üzere bağlama kuralına en sıkı ilişki kriteri dahil edilmelidir.

Son olarak, uyuşmazlığı tek bir hukukun yönetmesi imkanı sunması nedeniyle, tarafların müşterek mutad mesken hukukunun bağlama kuralına dahil edilmesi düşünülmelidir. Ancak, mağdurun koşulları dairesinde uygulanmasını talep edebileceği daha elverişli diğer hukukları seçme imkanını ortadan kaldırmaması bakımından, tarafların müşterek mutad mesken hukukunun uygulanması da mağdurun seçimine bağlı olmalıdır. Açıklanan nedenlerle, MÖHUK'un 35. maddesinde yer verilmiş kanunlar ihtilafı kuralının aşağıdaki gibi düzenlenebileceği kanaatindeyiz.

“MÖHUK m.35: Kitle iletişim araçlarıyla kişilik hakkının ihlalinde sorumluluk

(1) Kişilik haklarının, basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla, internet veya diğer kitle iletişim araçları ile ihlalden doğan taleplere, zarar görenin seçimine göre;

- a) Zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zarar görenin mutad meskeni hukuku,
- b) Zarar verenin işyeri veya mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku veya
- c) Tarafların müşterek mutad mesken hukuku
- d) Zarar veren, zararın bu ülkede meydana geleceğini bilecek durumda ise zararın meydana geldiği ülke hukuku, uygulanır.

(2) Kişilik hakkının ihlalden doğan sorumluluğun başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu ülke hukuku uygulanabilir.

(3) Taraflar, kişilik hakkının ihlal edilmesinden sonra uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler.

(4) Kişilik haklarının ihlalde cevap hakkı, süreli yayınlarda, münhasıran baskının yapıldığı ya da programın yayınlandığı ülke hukukuna tabidir.

(5) Maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları, kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi alma hakkının sınırlandırılması yolu ile kişiliğin ihlal edilmesinden doğan taleplere de uygulanır.”

KAYNAKÇA

Abasins, Valentins:	“My Image is My Property: Personal Image Protection on the Internet”, (Çevrimiçi) http://ssrn.com/abstract=2082321 , 24 Mayıs 2013.
Akipek, Şebnem, Esra Dardağan:	“Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C.50, S.3, Yıl 2001, s. 115-139.
Akipek, Jale G., Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman:	Türk Medeni Hukuku: Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku , 10. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2013.
Aksoy, Hüseyin Can:	“Cevap ve Düzeltme Hakkı Çerçevesinde Haberin Gerçeğe Aykırılığı”, TBB Dergisi , S.112, 2014, s.55-72.
Aksu, Mustafa:	“Eser Yaratıcısının Eseri Üzerindeki Manevi Hakları (Eser Yaratıcısının Kişilik Hakkı) ile Genel Kişilik Hakkı İlişkisi Üzerine Bir Deneme”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan , İstanbul, XII Levha Yayınları, Cilt I, 2010, s.121-158.
Anterion, Karine, Olivier Moréteau:	“The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media in France”, Tort and Insurance Yearbook , Volume 13, 2005, pp.117-135, (Çevrimiçi) http://www.springerlink.com/content/j6014641vr480741/fulltext.pdf , 11 Ağustos 2011.
Arpacı, Abdülkadir:	Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler , 2. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2000.
Arslan Öncü, Gülay:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı , İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2011.

Ateş, Derya:	“İrade Özerkliği Kapsamında MK m.23/II Hükmü ve Karar Özgürlüğü”, Ankara Barosu Dergisi , Sayı 2007/2, Yıl 65, s.135–148. (Kıs: İrade Özerkliği)
Ateş, Derya:	“Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları”, TBB Dergisi , S. 72, 2007, s.75- 93.(Kıs: Sözleşme Özgürlüğü)
	Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 428 (1970) sayılı Kitle İletişim Medyası ve İnsan Hakları Bildirisi, (Resolution 428 (1970), Declaration on Mass Communication Media and Human Rights , adopted by the Parliamentary Assembly on 23 January 1970 (18th Sitting), (Çevrimiçi) http://www.assembly.coe.int/ASP/XRef/X2H-DW-XSL.asp?fileid=15842&lang=EN , 30 Nisan 2013.
	Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Hukuk İşleri ve İnsan Hakları Komitesi Raporu, 8130, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku , Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Çev.: Onur Özcan, Yay. Haz.: Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.141-150.
	Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin Özel Yaşam Hakkı Üzerine 1165 (1998) Sayılı Kararı, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku , Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Çev.: H.Burak Gemalmaz, Yay. Haz.: Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.137-139.
Avşar, B. Zakir, Gürsel Öngören:	Radyo ve Televizyon Hukuku , Piramit Yayıncılık, 2003.
Aydemir, İfaket:	“ Türk Hukukunda Kişilik ve Kişilik Haklarının Korunması ”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1997.

Bal, Nurullah:	“İnternet Alan Adları ve İnternet Alan Adı Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözülmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. XVII, S.1-2, Yıl 2013, s.315-351.
Bayraktaroğlu Özçelik, Gülüm:	“Avrupa Topluluğunun Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Uluslararası Anlaşma Akdetme Yetkisi ve C-01/03 Sayılı ve 7 Şubat 2006 Tarihli Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Görüşü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. 57, S. 2, Yıl 2008, s.17-50.
Beaney, William M:	“Yüksek Mahkeme Kararlarında, Anayasal Bir Hak Olarak Mahremiyet Hakkı”, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku , Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Çev. Recep Gülşen, Yay. Haz. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007,s.61-88.
Bell, Avi:	“Libel Tourism: International Forum Shopping for Defamation Claims”, 2008, Jerusalem Center for Public Affairs, Legacy Heritage Fund. (Çevrimiçi) http://jcpa.org/wp-content/uploads/2011/09/libeltourism.pdf , 30 Ekim 2012.
Belli, Doğan Bülent:	Basın Yolu ile Kişilik Haklarına Saldırlardan Doğan Hukuki Sorumluluk , Ankara, Yetkin Yayınları, 2008.
Bellican, Cüneyt:	“Şeref ve Haysiyetin Korunması, Özel Hayatın Gizliliği ve Sanat Özgürlüğü: Özel Hukuk Açısından Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan ,Cilt I, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2010, s.537-592.
Bergmann, Susanne:	“Publicity Rights in the United States and Germany: A Comparative Analysis”, 19 Loy. L.A. Ent. L. Rev. 1999, pp. 479-522, (Çevrimiçi) http://digitalcommons.lmu.edu/elr/vol19/iss3/1 , 25 Mayıs 2013.

Bingöl, Bilge:	“Sanat Özgürlüğü”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi , C.1, S.2, Yıl 2011, s.92-139.
Birsen, Haluk, Özgül Birsen, Tezcan Kutlu, Buket Kip Kayabaş, Ömer Kutlu, Hüseyin Altunlu:	İnternet Yayıncılığı , Yay. Haz. Halil İbrahim Gürcan, Anadolu Üniversitesi Yayını No: 2661, 2. Baskı, 2013.
Björgvinsson, David Thór:	“Cevap Hakkı”, İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başkanı Nicolas Bratza’ya İthafen Kaleme Alınmış Makaleler, Türk Yargısının İfade Özgürlüğü Konusunda Kapasitesinin Güçlendirilmesi AB-AK Ortak Projesi , Ankara, Matbam Ajans&Reklam&Tanıtım, 2012, s. 151-162.
Braun, Odelia:	“Internet Publications and Defamation: Why the Single Publication Rule Should Not Apply”, Golden Gate University Law Review , Vol. 32, Issue 3, 2002, pp.324-337. (Çevrimiçi) http://digitalcommons.law.ggu.edu/ggulrev/vol32/iss3/2 , 30 Eylül 2016.
Brüggemeier, Gert:	“Protection of personality rights in the law of delict/tort in Europe: mapping out paradigms”, Personality Rights in European Tort Law , Gert Brüggemeier, Aurelia Colombi Ciacchi, Patrick O'Callaghan (Ed.), Cambridge University Press, 2010,
Bulut, Harun:	Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Hukuk Davaları , İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006.
Canoruç, Mustafa Şenay:	“Türk Anayasa Hukukunda ‘Görsel -İşitsel İletişim Özgürlüğü’nün’ Niteliği”, Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi , C.6, S.22, Güz-2007, s.329-361, (Çevrimiçi) www.esosder.org , 17 Kasım 2013.

Castel, Jean-Gabriel:	<p>"Multistate Defamation: Should the Place of Publication Rule be Abandoned for Jurisdiction and Choice of Law Purposes?", Osgoode Hall Law Journal, Vol.28, No:1, 1990, pp.153-177. (Çevrimiçi) http://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol28/iss1/5, 19 Mart 2014.</p>
Christie, Iain:	<p>"Applicable Law to the Violation of Personality Rights - A Quest for Reasonableness", (Çevrimiçi) dianawallismep.org.uk/en/document/media-seminar-oct-06/christie.doc, 23 Kasım 2012.</p>
	<p>Comparative Study on the Situation in the 27 Member States As Regards the Law Applicable To Non-contractual Obligations Arising Out Of Violations of Privacy and Rights Relating to Personality. JLS/2007/C4/028. Final Report.(Kıs: Comparative Study, Final Report), (Çevrimiçi) ec.europa.eu/justice/civil/files/study_privacy_en.pdf, 3 Nisan 2013.</p>
	<p>Comparative Study on the Situation in the 27 Member States As Regards the Law Applicable To Non-contractual Obligations Arising Out Of Violations of Privacy and Rights Relating to Personality JLS/2007/C4/028. EU 27 National Reports, Annex III. (Kıs: Comparative Study, National Reports) (Çevrimiçi) http://ec.europa.eu/justice/doc_centre/civil/studies/doc/study_privacy_annexe_3_en.pdf, 3 Nisan 2013</p>
Connolly Ursula:	<p>"Multiple Publication and Online Defamation: Recent Reforms in Ireland and the United Kingdom", Masaryk University Journal of Law and Technology, Vol.6, No:1, 2012, pp.35-47. (Çevrimiçi) https://journals.muni.cz/mujlt/issue/view/258, 30 Eylül 2016.</p>

Coşkun, Sena:	“Avrupa Birliği Sürecinin Cevap ve Düzeltme Hakkına Katkısı ve Hakkın Kullanımında Alternatif Yollar”, Sosyal Bilimler Dergisi , C.XV, S.1, 2013.
Cuniberti, Gilles:	“Boskovic on Rome II and Defamation”, 20 July 2010. (Çevrimiçi) http://conflictoflaws.net/2010/boskovic-on-rome-ii-and-defamation , 5 Haziran 2013.
Cuniberti, Gilles:	“Perreau-Saussine on Rome II and Defamation”, 21 July 2010. (Çevrimiçi) http://conflictoflaws.net/2010/perreau-saussine-on-rome-ii-and-defamation , 5 Haziran 2013.
Cuniberti, Gilles:	“Von Hein on Kate Provence Pictures”, 27 September 2012. (Çevrimiçi) http://conflictoflaws.net/2012/von-hein-on-kate-provence-pictures/ , 10 Haziran 2014.
Cuniberti, Gilles:	“Von Hein on Rome II and Defamation”, 19 July 2010. (Çevrimiçi) http://conflictoflaws.net/2010/von-hein-on-rome-ii-and-defamation , 5 Haziran 2013.
Çankaya, Özden, Melike Batur Yamaner:	Kitle İletişim Özgürlüğü , Ankara, Turhan Kitabevi, 2006.
Çelikel, Aysel, B. Bahadır Erdem:	Milletlerarası Özel Hukuk , 15. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2017.
Çiftçi, Ahmet:	“İnternet Ortamında Yapılan Yayınlarda Cevap ve Düzeltme Hakkı”. (Kıs: İnternet) (Çevrimiçi) http://inet-tr.org.tr/inetconf14/bildiri/92.doc , 20 Aralık 2013.
Çiftçi, Ahmet:	“Yazılı Basında Cevap ve Düzeltme Hakkı”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C.42, S.1-4, Yıl 1991-1992, s.47-80. (Kıs: Yazılı Basın)

Çolak, Nusret İlker:	Kitle İletişim Hukuku , 2. Baskı. İstanbul, Oniki Levha Yayıncılık, 2010.
Çolaker, Mustafa:	Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması , Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.
Çöl, Hüseyin Cem:	“Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Eser Dışında Koruma Konuları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. 52, S. 4, Yıl 2003, s.365-385.
Dal, Seniha:	“Türk Hukukunda İnternet Alan Adları (Domin Names) ve Bu Alandaki Son Gelişmeler”, Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi , C. XXVIII, Sayı I, Yıl 2010, s. 479-497.
Demir, Esra:	“ İnsan Hakları Bağlamında Evrensellik ve Kültürel Rölativizm Çatışması ”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.
Dickinson, Andrew:	“Privacy and Personality Rights in the Rome II Regime – Not Again?”, 19 July 2010. (Çevrimiçi) http://conflictoflaws.net/2010/privacy-and-personality-rights-in-the-rome-ii-regime-not-again/ , 5 Haziran 2013.
Doğan, Murat:	“İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası (Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 8.2.3001 Tarihli E. 755/K. 1157 Sayılı Kararı Çerçevesinde).” Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi , C.VII, S. 1-2, Yıl 2003, s. 387-406. (Kıs: Durdurma Davası)
Doğu, Ali Haydar:	“ İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ”, Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi, S.8, Yıl 2014, s.323-341.

Doyle, Carolyn, Bagaric, Mirko:	“Mahremiyet Hakkı: Cazip Ama Kusurlu”, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku , Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Çev. Esra Demir, Yay. Haz. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.91-131.
Dural, Mustafa, Tufan Ögüz:	Türk Özel Hukuku: Kişiler Hukuku , Cilt II, 16. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015.
Ekşi, Nuray:	“Avrupa Birliği Brüksel İibis Tüzüğüne Göre Boşanma Davalarında Üye Devlet Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. 11, Özel Sayı, 2009, s.1139-1168.
Engle, Eric Allen:	“Harmonisation of Rights of Privacy and Personality in the European Union”, London Law Review , Vol. 1, No.2, 2005, pp. 215-240, (Çevrimiçi) http://ssrn.com/abstract=1335084 , 24 Kasım 2012.
	EP Committee on Legal Affairs Draft Report of 2 December 2012 (Diana Wallis) with recommendations to the Commission on the amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) (2009/2170(INI)). (Çevrimiçi) http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/juri/pr_ojet_rapport/2011/469993/JURI_PR(2011)469993_EN.pdf , 19 Kasım 2013. (Kıs: Draft Report)
Erdem, B. Bahadır:	“Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Yetkisi ve Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında 1968 Tarihli Brüksel Antlaşmasının Hükümlerinin Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetki Kuralları ile Karşılaştırılması”, MHB, Yıl 17-18, Sayı 1-2, 1997-1998, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan , s.183-215.
Erdem, B. Bahadır:	Patent Hakkının Korunmasına ve Patent Hakkına İlişkin Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk , 2. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2002.

Fendoğlu, H.Tahsin:	“2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (AY. md.13.)”, Anayasa Yargısı Dergisi , C.19, Yıl 2002,s.111-149. (Kıs: 2001 Anayasa Değişikliği)
Fuchs, Christian:	“Towards an alternative concept of privacy”, Journal of Information, Communication and Ethics in Society , Vol. 9, Issue 4, 2011, pp.220-237, (Çevrimiçi) http://fuchs.uti.at/wp-content/uploads/JICES.pdf , 24 Mart 2012
Garnett, Richard, Megan Richardson:	“Libel Tourism or Just Redress? Reconciling the (English) Right to Reputation with the (American) Right to Free Speech in Cross-Border Libel Cases”, Journal of Private International Law , Vol. 5, No. 3, 2009, pp. 471-490; U of Melbourne Legal Studies Research Paper No. 504. (Çevrimiçi) https://ssrn.com/abstract=1709102 , 8 Eylül 2015.
Gedik, Ömer:	Türkiye’de Kitle İletişim Özgürlüğü , Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008.
Gemalmaz, Mehmet Semih, Haydar Burak Gemalmaz:	Türkiye’de Bilgi Edinme Düşünce - İfade ve İletişim Mevzuatı , İstanbul, Yazıhane Yayınları, 2004.
Gemalmaz, H. Burak:	“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Önünde Prens Caroline Papparazzilere Karşı”, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku ,Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Çev.H. BurakGemalmaz,Yay. Haz. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.171-199.
George, Martin:	“Hartley on the Problem of Libel Tourism,” 19 July 2010. (Çevrimiçi) http://conflictoflaws.net/2010/hartley-on-the-problem-of-libel-tourism , 5 Haziran 2013.
George, Martin:	“Heiderhoff: Privacy and Personality Rights in the Rome II Regime – Yes, Lex Fori, Please!”, 20 July 2010. (Çevrimiçi) http://conflictoflaws.net/2010/heiderhoff-privacy-and-personality-rights-in-the-rome-ii-regime-yeslex-fori-please/ , 5 Haziran 2013.

Girsberger, Daniel:	“İsviçre’de Durum: Swiss Private International Law Act compared to the new Turkish Act”, Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret hukuku Araştırmaları Merkezi Konferans Yayınları Serisi-2, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri , İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.57-75.
Gomez, Katia Fach:	“Law applicable to cross-border environmental damage: from the European autonomous systems to Rome II”, Edited by Petar Sarcevic, Paul Volken, Andrea Bonomi, Swiss Yearbook of Private International Law , Vol. 6, 2004, pp. 291-318.
Gönen, Doruk:	Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması , İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.
Gören, Zafer:	“Türk- Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, Anayasa Yargısı Dergisi , C.9, Yıl 1992, s.165–184.
Gözübüyük, Şeref, A.Feyyaz Gölcüklü:	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması , 4. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003.
Greenberg, Marc H.:	“A Return to Lilliput: The LICRA v. Yahoo - Case and the Regulation of Online Content in the World Market”, Berkeley Technology Law Journal , Vol.18, Issue 4, 2009, pp.1191-1258. http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol18/iss4/6 , 25 Eylül 2015.
Günaydın, Barış:	İnternet Yayıncılığı ve İfade Özgürlüğü , Ankara, Adalet Yayınları, 2010.
Güneysu, Gülin:	“İngiliz Hukukunda Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C.42, S.1, Yıl 1992, s.181-200.

Gürkan, Ülker:	“Kişilik Kavramının Evrimi”, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan , Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 498, Ankara, 1995, s.39–54.
Güzel, Abdullah:	Cevap ve Düzeltme Hakkı , Ankara, Adalet Yayınları, 2010.
Hadley, Herbert Spencer.	“Mahremiyet Hakkı”, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku , Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Çev. Ali Emrah Bozbayındır, Yay. Haz. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.45-58.
Hafizoğulları, Zeki:	“İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması”, (TRT kurumunda mesleki eğitim toplantılarında yapılan konuşma), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt 46, Sayı 1-4, Yıl 1997 s. 1-40.
Hartley, Trevor C.:	“Libel tourism’ and conflict of laws”, International and Comparative Law Quarterly , Vol.59, No:01, 2010, pp.25-38. (Çevrimiçi) http://eprints.lse.ac.uk/35170/ , 08 Eylül 2015.
Helling, Anna E.:	"Protection of ‘Persona’ in the EU and in the US: a Comparative Analysis" (2005). LLM Theses and Essays. Paper 45. (Çevrimiçi) http://digitalcommons.law.uga.edu/stu_llm/45 , 29 Mayıs 2014.
Helvacı, Serap:	Gerçek Kişiler , İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012.
Helvacı, Serap:	“ Kişilik İşlemi Hakkı: Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar ”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1993 (Kıs.:Kişilik İşlemi Hakkı).

Helvacı, Serap:	Türk İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar: MK md.24/a fıkra I/ İMK m.28a fıkra I , İstanbul,Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2001. (Kıs.:Koruyucu Davalar)
Hohloch, Gerhard:	“The Rome II Regulation: An Overview. Place of Injury, Habitual Residence, Closer Connection And Substantive Scope: The Basic Principles”, Yearbook Of Private International Law , Vol. 9, 2007, s.1-18.
İçel, Kayıhan:	Kitle İletişim Hukuku , 11. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2015.
İmamoğlu, S. Hülya:	“Çocuğun Kişiliğinin Anaya Babaya Kaşı Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt 54, Sayı 2, Yıl 2005, s.183–218.
İmre, Zahit:	Medeni Hukuka Giriş , 3. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980. (Kıs: Medeni Hukuk)
İmre, Zahit:	“Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim Hakkı Ve İsim Hakkının Korunması”, Dr.A. Recai Seçkin’e Armağan , Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 351, Ankara, 1974, s.797-846. (Kıs.: İsim Hakkı ve Korunması)
İşgüzar, Hasan:	“Kişilik hakkının İhlali Nedeniyle Manevi Tazminat Davasının Şartları”, Ankara Barosu Dergisi , S.6, Yıl 47, 1990, s.855-876.
Kaboğlu, İbrahim:	“İnsan Haklarının Gelişimci Özelliği ve Anayasa Yargısı”, Anayasa Yargısı Dergisi , C.9, Yıl 1992, s.121-136.
Kaboğlu, İbrahim:	Özgürlükler Hukuku , İmge Yayınları, İstanbul, 2002.

Kaplan, Yavuz:	İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk , Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.
Karabağ Bulut, Nil:	“Basın Özgürlüğü ile Özel Yaşama Saygı Gösterilmesi Hakkı Arasında Kurulacak Olan Dengenin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin von Hannover v. Almanya Vakasına İlişkin 24 Haziran 2004 Tarihli Kararı Işığında Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan , Cilt II, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2010, s.1055–1112.
Karadağ, Volkan:	Görsel-İşitsel Medyada Denetim Biçimleri , Radyo Televizyon Üst Kurulu Uzmanlık Tezi, Ankara, 2012, (Çevrimiçi) (http://www.rtuk.org.tr/upload/UT/49.pdf) 18 Şubat 2014.
Karayağın, Yaşar:	“Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması”,(1962-1963 Öğretim Yılı Açılış Dersi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt 19, Sayı 1-4, Yıl 1962, s.251–275.
Karbanová, Lenka:	“Lex Locı Damni Infecti - Applicability To Non-Contractual Obligations In Cyberspace in the Jurisprudence Of French Courts”, Masaryk University Journal of Law and Technology , Vol. 5:1, 2011, pp. s.47-56. (Çevrimiçi) http://muji.t.law.muni.cz/storage/1327951050_sb_05-karbanova.pdf , 02 Şubat 2015.
Kaya, Mine:	“Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali”, TBB Dergisi , S.119, Yıl 2015, s.277-306.
Keser Berber, Leyla, Mehmet Bedii Kaya:	5651 Sayılı Kanunun Teknik ve Hukuki Açından Değerlendirilmesi. (Çevrimiçi) http://www.turk-internet.com/ , 25 Eylül 2015
Keskin, İbrahim:	“İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki ve Cezai Sorumluluğu”, İstanbul Barosu Dergisi , Cilt 84, S.2010/5, s.2921-2980.

Kılıçoğlu, Ahmet:	Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk , 3.Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 2010.
Koç, Neslihan:	ABD, İngiltere Ve Fransa’da Yayınların Düzenlenmesi ve Yayın İçeriği İhlallerine Karşı Yaptırımlar , RTÜK Uzmanlık Tezi, Ankara, 2011, (Çevrimiçi) http://www.rtuk.org.tr/upload/UT/40.pdf , 22 Aralık 2014.
Koçak, N. Gizem:	“Bireylerin Sosyal Medya Kullanım Durumlarının ve Motivasyonlarının Kullanımlar ve Doyumlar Yaklaşımı Bağlamında İncelenmesi: Eskişehir’de Bir Uygulama” , Yayınlanmamış Doktora Tezi, Eskişehir, 2012.
Koltay, András:	“The Right of Reply in a European Comparative Perspective”, October 17, 2012. (Çevrimiçi) https://ssrn.com/abstract=2162935 , 26 Aralık 2015 (Kıs: European Comparative Perspective)
Koltay, András:	“The Right of Reply. A Comparative Approach”, Iustum Aequum Salutare , III, 2007/4, s. 203-213. (Çevrimiçi) ias.jak.ppke.hu/hir/ias/20074sz/11.pdf , 26 Aralık 2015. (Kıs: The Right of Reply)
Koyuncuoğlu, Tennur:	“Tarihsel Yaklaşımla Hak ve Özgürlük İlişkisinin Saptanması”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi , C.12, S.15, Yıl 1978, s.27-53.
Krüger, H.:	“Türk Devletler Hususi Hukukunda Lex Loci Delicti Commissi Kuralı Üzerine Bazı Düşünceler”, Çev. N. Giritlioğlu, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi , C.I, S.2, 1968, s.252-264.
Krvavac, Marija:	“Tortious Liability and Conflict of Laws”, Acta Universitatis Danubius , Vol.6, No.2/2010, s.109-126. (Çevrimiçi) http://journals.univ-danubius.ro/index.php/juridica/article/.../559/511 , 22 Haziran 2015.

Kuipers, Jan-Jaap:	<p>“Towards a European Approach in the Cross-Border Infringement of Personality Rights”, German Law Journal, Vol. 12, No.8, 2011, pp.1681-1705. (Çevrimiçi) http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No8/PDF_Vol_12_No_08_1681-1706_Kuipers.pdf, 22 Kasım 2014.</p>
	<p>Law applicable to non-contractual obligations (Rome II) European Parliament resolution of 10 May 2012 with recommendations to the Commission on the amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) (2009/2170(INI)). (Çevrimiçi) http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52012IP0200#ntr10-CE2013261EN.01001701-E0010, 19 Kasım 2013. (Kıs: Draft Report)</p>
Little, Laura E.:	<p>“Internet Defamation, Freedom of Expression, and the Lessons of Private International Law for the United States”, European Yearbook of Private International Law, Vol. 14, 2012. (Çevrimiçi) https://ssrn.com/abstract=2187449, 12 Ekim 2015.</p>
Logan, David A., Michael D. Green:	<p>“The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media in the United States of America”, Tort and Insurance Yearbook, Volume 13, 2005, pp. 383-392, (Çevrimiçi) http://www.springerlink.com/content/x8548pp8mlj513hr/fulltext.pdf, 11 Ağustos 2011</p>
Lorenzen, Ernest G.:	<p>"Qualification, Classification, or Characterization Problem in the Conflict of Laws" (1941). Faculty Scholarship Series, Paper 4584, 1941. (Çevrimiçi) http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/4584, 10 Haziran 2014.</p>

Macovei, Monica:	İfade Özgürlüğü: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz , İnsan Hakları El Kitapları, No. 2, (Çevrimiçi) http://www.humanrights.coe.int/aware/GB/publi/materials/1004.pdf , 29 Nisan.2014.
Maytal, Itai:	“Libel Lessons from Across the Pond: What British Courts Can Learn from the United States' Chilling Experience with the 'Multiple Publication Rule' in Traditional Media and the Internet”, Journal of International Media and Entertainment Law , Vol.3, No.1, 2010, pp. 121-144. (Çevrimiçi) https://ssrn.com/abstract=1655046 veya www.swlaw.edu/pdfs/jimel/3_1_maytal.pdf , 26 Ocak 2016.
McFarland, Robert L.:	“Please Do Not Publish this Article in England: A Jurisdictional Response to Libel Tourism”, Mississippi Law Journal , Vol.79, No:3, 2010, pp.617-667. http://ssrn.com/abstract=1514988 , 12 Şubat 2014.
Memiş, Tekin:	“Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Sorunlar”, Bilişim Toplumuna Giderken Psikoloji, Sosyoloji ve Hukukta Etkiler Sempozyumu , Ankara 2001, (Çevrimiçi) http://www.teknoturk.org/docking/yazilar/tt000116-yazi.htm , 18 Ekim 2012 (Kıs..Alan İsmi)
Memiş, Tekin:	“İnternette Cins ve Meslek İsimlerinin Alan İsmi Olarak Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, AÜEHFD , C.IV, S.1/2, Yıl 2000, s.463-478. (Kıs.: Cins ve Meslek İsimleri)
Mills, Alex:	“The Application of Multiple Laws under the Rome II Regulation”, <i>The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations</i> , Edited by William Binchy and John Ahern, Brill , 2009, pp.133-152. (Kıs: The Application of Multiple Laws)

Mills, Alex:	<p>“The Law Applicable to Cross-Border Defamation on Social Media: Whose law governs free speech in ‘Facebookistan’?”, Journal of Media Law, Vol.7, Issue 1, 2015, pp. 1-35. (Çevrimiçi)</p> <p>https://www.peacepalacelibrary.nl/ebooks/files/394296249.pdf, 23 Mayıs 2016. (Kıs: The Law Applicable to Cross-Border Defamation)</p>
Nagy, István, Csongor Sarolta Szabo:	<p>“A Way Ahead Toward a Deeper Integration of EU PIL: The Unification of The Rules on Violation of Privacy and Rights Relating To Personality”, Central and Eastern European Countries After and Before the Accession, Eds: Somssich, Réka – Szabados, Tamás. ELTE – Jean Monnet Centre of Excellence, Vol 1. Budapest, 2011, pp. 191-211. (Çevrimiçi), http://jmce.elte.hu/docs/Disc_EUPIL/discussionpaperEU_PIL_Privacy.pdf, 03 Haziran 2014.</p>
Nagy, István: Csongor	<p>“The Word is a Dangerous Weapon: Jurisdiction, Applicable Law and Personality Rights in EU Law – Missed and New Opportunities”, Journal of Private International Law, Vol. 8, No. 2, 2012, pp. 251-296. (Çevrimiçi) http://ssrn.com/abstract=2231949, 05 Ocak 2015.</p>
Nomer, Ergin:	<p>Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2017.</p>
Nomer, Cemal Şanlı: Ergin,	<p>Devletler Hususi Hukuku, 16. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2008.</p>
Nomer, N. Füsün:	<p>“İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukuki Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler ile Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukuki Sorunlar”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaşgünü Armağanı, Cilt I, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2001, s.395-418.</p>

O'Higgins, Paul, Patrick McGrath:	“Third Party Liability in the Field of Nuclear Law An Irish Perspective”, Nuclear Law Bulletin , No:70, 2002, pp.7-22. (Çevrimiçi) www.nea.fr/html/law/nlb/nlb-70/007_021.pdf , 15 Temmuz 2014.
Oğuz, Habip:	İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali ve Korunması , Ankara, Adalet Yayınları, 2010.
Oğuzman, M. Kemal, M. Turgut Öz:	Borçlar Hukuku Genel Hükümler , 12. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti. 2016.
Oğuzman, M. Kemal, Nami Barlas:	Medeni Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar , 22. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 2016.
Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay- Özdemir:	Kişiler Hukuku . 16. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.
Ongun, Coşkun:	“Medya Yayınlarına Karşı Cevap ve Düzeltme Hakkı (Tekzip)”, İstanbul Barosu Dergisi , C. 86, S. 2012/1, s.52-72. (Kıs: Cevap ve Düzeltme Hakkı)
Ongun, Coşkun:	Yargı Kararları Işığında Medya Hukuku , İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010. (Kıs: Medya Hukuku)
Oster, Jan:	European and International Media Law . Cambridge University Press, 2016. (Kıs: Media Law)
Oster, Jan:	“Rethinking Shevill: Conceptualising the EU private international law of Internet torts against personality rights”, International Review of Law, Computers & Technology , Vol. 26, Nos. 2-3, 2012, pp.113-128. (Çevrimiçi) http://dx.doi.org/10.1080/13600869.2012.698842 , 22 Kasım 2014. (Kıs: Rethinking Shevill)

Özdemir, Hayrünnisa:	“Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C.57, S.3, Yıl 2008, s. 561-598 .
Özdemir Kocasakal, Hatice:	“İnternet Aracılığıyla Kurulan Uluslararası Özel Hukuk İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi”, Prof. Dr. Fehiman Tekil’in Anısına Armağan , İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2003, s.633-650.
Özdilek, Ali Osman:	“Sinyal Teslim Sözleşmeleri”. (Çevrimiçi) http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_296.htm , 23 Mart 2014.
Özel, Sibel:	“İnternet Yoluyla Kişilik Hakları İhlallerinde Uygulanacak Hukuk Meselesi”, Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan , MHMÖH Bülteni, C. 24, S.1-2, 2004, s.609-618.(Kıs: Uygulanacak Hukuk Meselesi)
Özel, Sibel:	“Kişilik Hakları ve İmalatçının Sözleşme Dışı Sorumluluğu: İmalatçının Sorumluluğu ve Kitle İletişim Araçları Yoluyla Kişilik Hakkının İhlalinde Uygulanacak Hukuk”, Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri , Koç Üniversitesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2,İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.219-229. (Kıs: Uygulanacak Hukuk)
Özel, Sibel:	Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması , 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004. (Kıs.:Kişilik Hakkının Korunması)
Özsunay, Ergun:	Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu , 4. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979.

Öztan, Bilge:	Şahsın Hukuku: Hakiki Şahıslar , 7. Bası, Ankara, Turhan Kitabevi, 1997.
Öztekin Gelgel, Günseli:	Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi , İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2006.
	Personality Rights in England. (Çevrimiçi) http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/uk.asp , 16 Mart 2012.
	Personality Rights in France. (Çevrimiçi) http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/francecases.asp , 16 Mart 2012.
	Personality Rights in Germany. (Çevrimiçi) http://www.law.ed.ac.uk/ahrc/personality/gercases.asp , 19 Mart 2012.
Piroğlu, Ünsal:	“Eserden Doğan Manevi Haklar Tazminatı ve Kişilik Hakkıyla İlişkisi”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan , Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2003.)
Posada, Obdulio César Velásquez:	“Jurisdictional Problems in Cyberspace Defamation”, Colombia International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional Bogotá N° 6, 2005, pp.247-300, (Çevrimiçi) www.redalyc.org/pdf/824/82400608.pdf , 30 Haziran 2016.
Reimann, Mathias:	“Codifying Torts Conflicts: The 1999 German Legislation in Comparative Perspective”, Louisiana Law Review , Vol.60, No:4, 2000, pp.1296-1319. (Çevrimiçi) http://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol60/iss4/19 3 Ekim 2014.

Requejo, Marta:	“Country of Origin Versus Country of Destination and the Need for Minimum Substantive Harmonisation”, 20.07.2010. (Çevrimiçi) http://conflictoflaws.net/2010/country-of-origin-versus-country-of-destination-and-the-need-for-minimum-substantive-harmonisation/ , 23 Kasım 2012. (Kıs: Country of Origin Versus Country of Destination)
Rogers, W.V.H:	“The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media in England”, Tort and Insurance Yearbook , Volume 13,2005, pp. 59-116, (Çevrimiçi) http://www.springerlink.com/content/p527358892810x22/fulltext.pdf , 11 Ağustos 2011.
Rolph, David:	“The Message, Not the Medium: Defamation, Publication and the Internet in Dow Jones & Co Inc v Gutnick”, Sydney Law Review , Vol. 24, No. 2, pp.263-280, 2002. (Çevrimiçi) https://ssrn.com/abstract=1000090 , 22 Şubat 2016.
Rosler, Hannes:	“Dignitarian Posthumous Personality Rights: An Analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law”, 26 Berkeley Journal of International Law , Vol. 26, 2008, pp. 153-205, (Çevrimiçi) http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol26/iss1/4 , 28 Aralık 2013
Sağlam, Fazıl:	“2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları”, Anayasa Yargısı Dergisi , C.19,Yıl 2002, s.288–310. (Kıs: Sorunlar ve Çözüm Olanakları)
Sağlam, Fazıl:	Temel Hakların Sınırlanması ve Özü , Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Yayın No.506, 1982.
Sağlam, Mehmet:	“Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu”, Anayasa Yargısı Dergisi , C.19, Yıl 2002, s.233–266.

Salihpaşaoğlu, Yaşar:	Türkiye’de Basın Özgürlüğü , Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007.
Sarıöz, Ayşe İpek:	Haksız Rekabetten Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkeme , İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
Schwartz, Paul M., Karl-Nikolaus Peifer:	“Prosser’s Privacy and the German Right of Personality: Are Four Privacy Torts Better than One Unitary Concept?”, California Law Review , Vol. 98, 2010,pp.1925-1988, (Çevrimiçi) http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/1755 , 14 Mayıs 2013.
Serdar, İlknur:	Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması , Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1999.
Serozan, Rona:	Borçlar Hukuku Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme , III. Cilt, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006. (Kıs: Haksız Zenginleşme)
Serozan, Rona:	“Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, İÜ Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi , 14. Sayıdan Ayrı Bası, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1978.(Kıs.:Kişilik Hakkının Korunması)
Serozan, Rona:	“Kişiye Sıkı Biçimde Bağlı Manevi Hakların Mirasçuya Geçebilirliği”, Prof. Dr. Özer Selici’ye Armağan , Ankara, Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Ticaret A.Ş. 2006, s.559-563. (Kıs: Manevi Hakların Mirasçuya Geçebilirliği)
Sırabaşı, Volkan:	İnternet ve Radyo - Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz , 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2007.

Siebert W.:	“Şahsiyet Hakları ile ilgili Meseleler”, Çev.: Bilge Öztan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C.XXVI, Sayı 1-2, Yıl 1969, s.217 – 230.
Simonius, August:	“Şahsiyet Hakları”, Çev.: Fikret Arık, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi , C.10, S.1, Ankara, 1955, s.186-198.
Soysal, Tamer:	“Elektronik Posta Yoluyla Kişilik Haklarına Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk”, Ankara Barosu Dergisi , Yıl 65, S. 2007/1, s.144-167. (Kıs: Elektronik Posta)
Soysal, Tamer:	“İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumlulukları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi , Sayı 6, Yıl 2005, s.304-339. (Kıs: İnternet Servis Sağlayıcıları)
Stone, Peter:	“The Rome II Regulation On Choice Of Law In Tort”, Ankara Law Review , Vol.4, No.2, 2007, pp.95-130.
Stove, Katharine:	“ Defining a Right of Reply: An Examination of the Law Commission’s Proposals to Use a Right of Reply to Regulate Online Conduct ”, LLM Research Paper. Faculty Of Law University of Wellington, 2013. (Çevrimiçi) https://core.ac.uk/download/pdf/41338642.pdf , 29 Haziran 2016.
Suluk, Cahit, Ali Orhan:	Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku , İstanbul, Arıkan Basım Yayım Dağıtım, 2005.
Svantesson, Dan Jerker B.:	"The 'place of action' defence - A model for cross-border Internet defamation" Australian international law journal,2003,pp. 172-198. (Çevrimiçi) http://epublications.bond.edu.au/era_hca/103 , 30 Haziran 2016. (Kıs: The 'place of action' defence)

Svantesson, Dan Jerker B:	“Place Of Wrong’ in the Tort of Defamation - Behind the Scenes of a Legal Fiction”, Bond Law Review , Volume 17, Issue 2, 2005, pp.149-180. (Çevrimiçi) http://epublications.bond.edu.au/blr , 30 Haziran 2016. (Kıs: Place Of Wrong)
Svantesson, Dan Jerker B:	“The Rome II Regulation and Choice of Law in Internet-Based Violations of Privacy and Personality Rights – On the Wrong Track, but in the Right Direction?” Austrian Review of International and European Law , Vol. 6, 2011, 275-297. (Çevrimiçi) http://law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/default/files/publication/685078/doc/sls_public/16%20Austrian%20Review%20of%20International%20and%20European%20Law%202011.pdf , 10 Mart 2016. (Kıs: The Rome II Regulation)
Symeonides, Symeon C.:	“Rome II: A Centrist Critique”, Yearbook Of Private International Law , Vol. 9, 2007, s.149-174.
Symeonides, Symeon C.:	Codifying Choice of Law Around the World- An International Comparative Analysis , Oxford University Press, New York, 2014. (Kıs: Codifying Choice of Law)
Şahin, Kemal:	İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü , İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2009.
Şanlı, Cemal, Emre Esen, İnci Ataman Figanmeşe:	Milletlerarası Özel Hukuk , 6. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 2018.
Tandoğan, Haluk:	Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Hukuku Bakımından Vekaletsiz İş Görme , İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1957. (Kıs: Vekaletsiz İş Görme)
Tandoğan, Haluk:	“Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Korunması” (1963- 1964 Öğretim Yılı Açılış Dersi), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Cilt 20, Sayı 1-4, Yıl 1963, s.1-36. (Kıs: Şahsiyetin Korunması)

Tandoğan, Haluk:	Türk Mesuliyet Hukuku , İstanbul, Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 2010. (1961 Yılı Birinci Basısının Tıpkı Basısı) (Kıs: Mesuliyet Hukuku)
Tarhanlı, Turgut:	“İnsan Haklarını Uluslararası Koruma Mekanizmalarında Yapısal Değişim Eğilimleri”, Mahmut R. Belik’e Armağan , İÜHF Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İstanbul, 1993. s.379–385.
Tarman, Zeynep Derya:	“Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğu (Roma II)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. 57, S. 2, Yıl 2008, s.193-221.
Tebbens, Harry Duintjer:	International Product Liability: A Study of Comparative and International Legal Aspects Of Product Liability . Sijthoff & Noordhoff International Publishers, 1980.
Tekinalp, Gülören, Ayfer Uyanık:	Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları , 12. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., 2016.
Tekinalp, Ünal:	Fikri Mülkiyet Hukuku , 2. Basım, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım,1999. (Kıs: Fikri Mülkiyet)
Tekinalp, Ünal:	“Fikri Mülkiyet Hukuku Yönünden Uyduyla Yayının Bazı Sorunları”, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan , MHMÖH Bülteni, S. 1-2, Yıl 23, 2003, s.751-768. (Kıs: Uydu Yayınının Bazı Sorunları)
Tekinay, Selahattin S.:	Medeni Hukuka Giriş Dersleri , 3. Bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1978.
	The Commission Working Paper No:87 and the Scottish Law Commission Consultative Memorandum No:62, Private International Law, Choice of Law in Tort and Delict, 1984. (Çevrimiçi)

	https://www.scotlawcom.gov.uk/files/5113/1419/9436/cm62_parts1-4.pdf , 11 Şubat 2015. (Kıs: The Commission Working Paper, No:87)
Thiede, Thomas, Colm P. McGrath:	“Mass Media, Personality Rights and European Conflict of Laws”, 2011. (Çevrimiçi) https://ssrn.com/abstract=1964506 , 01 Şubat 2014.
Tiryakioğlu,Bilgin:	“Genel Olarak Haksız Fiillere, Haksız Rekabete ve Rekabetin Engellenmesine Uygulanacak Hukuk,” Avrupa’da Devletler Özel Hukuku ve Yeni Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un Akitler ve Ticaret Hukukuna İlişkin Hükümleri , Koç Üniversitesi Dr. Nüsret-Semahat Arsel Uluslararası Ticaret Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi Konferans Yayınları Dizisi-2,İstanbul, Legal Yayıncılık, 2010, s.211-218.
Tuncer, A. Selim, F. Zeynep Özata, Erkan Akar, Mesude Canan Öztürk:	Sosyal Medya, (Ed. F. Zeynep Özata), Açıköğretim Yayınları, Eskişehir, 2013.
Turhan, Turgut:	Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka Yeri Kuralı , Ankara, Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti., 1989. (Kıs: İka Yeri Kuralı)
Turhan, Turgut:	“Kitap İncelemesi (DE BOER, Th. M.: Beyond Lex Loci Delicti: Conflicts Methodology and Multistate Torts in American Case Law, Kluwer, Deventer 1987, XV + 578 sh.)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. 41, S.1, Yıl 1990, s. 287-294. (Kıs: Kitap İncelemesi)
Turner, Ryan James:	“Internet Defamation Law and Publication by Omission: A Multi-Jurisdictional Analysis”, University of New South Wales Law Journal , Vol. 37, No.1, 2014, pp.34-62. (Çevrimiçi) https://ssrn.com/abstract=2531835 , 02 Ağustos 2016.

Uluç, Güliz, Bilal Süslü:	“Örnek Yargı Kararlarıyla Sosyal Medya Hukuku”, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi , C.8, S.17, 2016, s. 337-353.
Uluocak, Nihal:	“Milletlerarası Haksız Fiiller Konusunda Avrupa Birliğindeki Son Gelişmeler ve Birleşik Krallığın Yeni Düzenlemesi”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan , C.II, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2003, s.1113-1126.
Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer:	“İnternet Ortamında İşlenen Haksız Fiil Sorumluluğuna Uygulanacak Hukuk”, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan , MHMÖH Bülteni, Yıl 22, S.2, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2002, s.967-997.
Uygun, Oktay:	Kamu Hukuku İncelemeleri , 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2011.
Uzeltürk, Sultan:	1982 Anayasası ve İnsan hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı , İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2004.
Ünal, Şeref:	“Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Ülkesel ve Sınırlarötesi Televizyon Yayınları”, Prof. Dr. Vedat Raşit Seviğ’e Armağan , MHMÖH Bülteni, Cilt 14, Sayı 1-2, 1994, s.147-167.
van Eechoud, Mireille:	“The Position of Broadcasters and Other Media under the Proposed EC ‘Rome II’ Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations”, IRIS plus, No. 2006-10, 2006, (Çevrimiçi) http://www.obs.coe.int/documents/205595/264581/IRIS+plus+2006en5LA.pdf/dfa93d5a-3d6b-48fe-b281-ae5471e1f1b7 , 08 Ocak 2014.
Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet:	Türk Medeni Hukuku: Şahsın Hukuku , Cilt I, Cüz 2, 6. Bası. İstanbul, Nurgök Matbaası, 1960.

von Caemmerer, Ernst:	“Alman Hukukuna Göre Kişiliğin Özel Hukuk Yönünden Korunması”, Çev.: Ergun Özsunay, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi , C.7, S.: 10, Yıl 1973, s. 69-83.
Wagner, Gerhard:	“The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media in Germany”, Tort and Insurance Yearbook , Volume 13, 2005, pp.137-179, (Çevrimiçi) http://www.springerlink.com/content/p046n2v4lr7p6227/fulltext.pdf , 11 Ağustos 2011.
Warren, Samuel D., Louis D. Brandies:	“Mahremiyet Hakkı”, Özel Yaşam, Medya ve Ceza Hukuku , Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7,Çev. Gülay Arslan, Yay. Haz. Yener Ünver, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.19-42.
Warshaw, Aaron:	“Uncertainty from Abroad: Rome II and the Choice of Law for Defamation Claims”, Brooklyn Journal of International Law , Vol. 32, 2006, pp. 269-309. (Çevrimiçi) http://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol32/iss1/7 , 08 Eylül 2015.
Weber, Rolf H.:	“The Right to Be Forgotten More Than a Pandora Box”, Jipitec , Vol. 2011, s.120-130, (Çevrimiçi) http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-2-2-2011/3084/jipitec%20-%20-%20a%20-%20weber.pdf , 05 Mart 2012.
Werro, Franz:	“The Right to Inform v. The Right to be Forgotten : A Transatlantic Clash”, George Town Public Law Research Paper, No.2, 2009, pp.285-300, (Çevrimiçi) http://ssrn.com/abstract=1401357 , 05 Mart 2012.
	WIPO Hakemlik ve Arbuluculuk Merkezi İdari Panel Kararı, Cem Yılmaz – Roman Club International, Dava No.: D2000-1541, (Çeviren: Av. Örpen Ulusoy), Ankara Barosu

	Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi . Y.3, C.3, S.1, 2003, s.193-199.
	Working Document of the European Parliament on the Amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations (Rome II), Committee on Legal Affairs, European Parliament, Rapporteur Diana Wallis, 23 Haziran 2010. (Çevrimiçi) http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201009/20100922ATT83328/20100922ATT83328EN.pdf , 30 Ekim 2012. (Kıs: Working Document)
Yalçınduran, Türker:	“5187 Sayılı Basın Kanunu’na Göre Basın Özgürlüğü ve Manevi Tazminat”, Prof. Dr. Zahit İmre’ye Armağan , İstanbul, Der Yayınları, 2009, s.409-451.
Yavuz, Cevdet:	Borçlar Hukuku Özel Hükümler , 9. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2014.
Yıldırım, Mustafa Fadıl:	“Kişi İsimlerinin İnternet Alan İsmi Olarak Tescili Karşısında İsim Üzerindeki Hakkın Korunması”, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan , MHMÖH Bülteni, Yıl 19-20, S. 1-2, 1999- 2000, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş, s.1003-1036.
Yıldırım, Mustafa Fadıl, Tekin Memiş:	“Elektronik Posta Kutusu Kullanımı İle İlgili Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, AÜEHFD , C.IX, S.3-4, Yıl 2005, s.331-353.
Yıldız, Sevil:	“İnternet Servis Sağlayıcılar ve Cezai Sorumlulukları”, Selçuk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi , S.3, Yıl 2002, s.167-184. (Kıs: İnternet Servis Sağlayıcılar)

Yıldız, Sevil:	“Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi , S.17, Yıl 2007, s.609-623. (Kıs: Suçta Araç Olarak İnternet)
Yücel, Aysun:	“Karşılaştırmalı Hukukta Basın Özgürlüğü - Kişilik Hakları İlişkisi” Mehmet Ali Şefik Makale Yarışması , (Çevrimiçi) http://www.mehmetalisefik.com/2010/aysunyucel.doc , 2 Mayıs 2012.
Yüksel, Mehmet:	“Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi ,C. 58, S.1, Yıl 2003, s.181-213.
Zevkliler, Aydın, Mehmet Beşir Acabey, K. Emre Gökyayla:	Medeni Hukuk: Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku , 5. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1997.
Zittrain, Jonathan:	“Be Careful What You Ask For: Reconciling a Global Internet and Local Law”, Cato Institute, 2003. (Çevrimiçi) http://ssrn.com/abstract_id=395300 , 13 Nisan 2016.
	www.anayasa.gov.tr/
	www.basinkonseyi.org.tr
	www.brettwilson.co.uk/blog/defamation-act-2013-a-summary-of-the-act/
	www.coe.int
	www.eur-lex.europa.eu/
	www.hukuki.net

	www.icann.org
	www.kazanci.com
	www.legislation.gov.uk
	www.mevzuat.basbakanlik.gov.tr
	www.rtuk.org.tr
	www.springerlink.com
	www.tr.wikipedia.org/wiki/World_Wide_Web