

T. C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

**SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN
MANEVİ TAZMİNAT**

Hazırlayan
Arzu Arıdemir

2502020158

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Hüseyin Hatemi

İstanbul 2008

ÖZ

Sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat başlıklı doktora tezinde, incelenen hukuki sorunlar, genel olarak, Türk Hukukunda sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edilmesine olanak sağlayan bir yasal dayanak bulunup bulunmadığı, manevi tazminat borcunun hangi koşulların gerçekleşmesi halinde doğacağı ve haksız fiil sorumluluğu yerine sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edilmesi halinde doğacak hukuki sonuçlardır.

Tezin birinci bölümünde, BK m.98 f.II'nin atfıyla BK m.49 ve BK m.47'nin kıyasen uygulanması ile sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edilebileceği belirlenmiştir. Ayrıca BK m.98 f.II'nin BK m.47 ve m.49'a yaptığı atfın kapsamı, BK m.47 ve m.49'un uygulama alanı, özellikleri dikkate alınarak tespit edilmiştir. Tezin ikinci bölümünde ise, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat borcunun doğması için gerekli olan koşullar incelenmiştir. Üçüncü bölümde ise, sözleşmenin nisbiliği ilkesi ve istisnaları çerçevesinde, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilecek kişiler belirlenmiştir. Bu bölümde ayrıca haksız fiil sorumluluğu yerine sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edilmesi halinde doğacak pratik sonuçlar da açıklanmıştır. Tezin her bölümünde, incelenen hukuki sorunlar ile ilgili olan özellikle İsviçre Hukukundaki ve Alman Hukukundaki yasal düzenlemeler, doktrindeki görüşler ve yargı kararları dikkate alınarak, incelenmiş ve varılan çözümlerin, Türk Hukukundaki sorunların çözümüne etkisi olup olmadığı araştırılmıştır.

ABSTRACT

The dissertation which is entitled as "Moral damages arising from the contradiction to agreement" is analysing generally whether there are any legal basis which is providing the claim for moral damages in case of a contradiction to agreement, under which conditions moral damages arise and the legal conclusions

arising from the claim of such damages based on contradiction to agreement instead of wrongful act.

In the first section of the dissertation it is determined that moral damages can be requested based on the contradiction to agreement according by analogy to BK 47 and 49, with the reference of BK 98. Also the scope of the reference of BK 98, field of practice and features of BK m.47 and m.49 is determined. In the second section of the dissertation, the conditions are analysed under which the moral damages in case of contradiction to agreement arise. These are the general conditions of liability in case of contradiction to agreement as the cause of moral damages, while on the other hand the specific conditions that are the reason of moral damages to arise according to BK47 and 49 applied by analogy with reference of BK 98/II.

In the third section, the individuals who may claim such damages are determined with reference to the relativeness and exeptions of relativeness of an agreement. The practical consequences of demanding such damages are also explained in this section. In each section of the dissertation especially the legal arrangements, doctrine and jurisprudence of swiss and german law systems are analysed and the conclusions are inspected whether they are effective in solving the issues in Turkish Law System.

ÖNSÖZ

Manevi tazminatın uygulama alanı, özellikleri, belirlenmesi, amacı, karşılaştırmalı hukukta düzenleniş tarzı, sorumluluk kaynaklarındaki yeri gibi konuların her biri ayrı bir tez çalışmasını gerektirecek ağırlıkta konular arasındaydı. Tez danışmanım Prof. Dr. Hüseyin Hatemi Hocam, doktora tezi olarak sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat konusunu önermişti. Manevi tazminat gibi kapsamlı ve üzerinde yoğun tartışmalar bulunan ve geniş ölçüde hakkaniyet ihtiyacına dayanan bir kurum üzerinde çalışmak, ağır ve yorucu ama bir o kadar da zevkliydi. Özellikle konunun yargı kararlarındaki kapsamı ve boyutu ve doktrindeki eserler değerlendirildiğinde özel bir ağırlığı ve önemi bulunmaktaydı. Sorumluluk hukukunun kendine özgü kurumu olan manevi tazminatın sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluktaki özelliklerini belirlemek yargı kararlarındaki belirsizlikleri de gidermek için gerekliydi.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat konulu doktora tezimizde, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatın yasal dayanağı, özellikle koşulları ve talebin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre ileri sürülmesinin doğuracağı hukuki sonuçları belirlenmiştir. Tez çalışmalarının bir bölümü, Tinçel Kültür ve Eğitim Vakfı'nın verdiği burs ile Köln Üniversitesi, Internationales und Ausländisches Privatrecht Enstitüsü'nde sürdürülmüştür. Bu vesile ile Tinçel Kültür ve Eğitim Vakfı'na ve sundukları çalışma ortamı ve gösterdikleri nezaketlerden ötürü Enstitü Müdürü Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel'e ve Prof. Dr. Hilmar Krüger'e teşekkürlerimi sunarım.

Doktora çalışmalarımın başlangıcından bu aşamaya kadar bana her türlü desteği veren, bu konuyu tez konusu olarak seçmemde beni teşvik eden ve cesaretlendiren, her zaman olduğu gibi, doktora tez çalışmalarım sırasında da verdikleri akademik ve manevi destekleri ile önümü açan, kullandığım bir çok kaynağı sağlayan ve bu çalışmanın ortaya çıkmasında büyük katkıları olan Hocam ve Tez Danışmanım Sn. Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye ne kadar teşekkür etsem az gelecektir.

Kürsülerine katıldığımız ilk günden beri ilgilerini ve yakınlıklarını benden esirgemeyen, değerli fikirleri ile bana yol gösteren, cesaretlendiren Değerli Hocam Sn. Prof. Dr. Hasan ERMAN'a çok teşekkür ediyorum.

Tezimin yazımı aşamasında önüme çıkan zorlukları aşmamda değerli fikirleri ile bana yardımcı olan değerli Hocalarım Sn. Prof. Dr. Saibe OKTAY ÖZDEMİR'e ve Sn. Doç. Dr. Zehra ŞEKER ÖĞÜZ'e teşekkürü bir borç biliyorum.

Tez çalışmalarında yararlanan kaynaklardaki Fransızca metinleri tercüme eden Tez Danışmanım Sn. Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ'ye ve kürsü arkadaşlarım Araş. Gör. Nuri Aziz MİDYAT'a, Araş. Gör. Doruk GÖNEN'e ve arkadaşım Dr. Başak BAYSAL ERMAN'a; İtalyanca metinleri tercüme eden Hocam Sn. Prof. Dr. Hasan ERMAN'a; Almanca metinlerdeki yardımlarından ötürü Hocam Sn. Doç. Dr. Mustafa AKSU'ya ayrıca teşekkür ediyorum.

Maddi ve manevi destekleri, sevgileri ile her zaman yanımda olan ve hakları asla ödenmeyecek olan sevgili aileme ve sevgili eşime sonsuz minnet ve teşekkürlerimi sunuyorum.

İÇİNDEKİLER

ÖZ	III
ABSTRACT	III
ÖNSÖZ	V
İÇİNDEKİLER	VII
KISALTMALAR	XIV
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	7
SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN MANEVİ TAZMİNATIN YASAL DAYANAĞI	7
I. MANEVİ TAZMİNATIN NİTELİĞİNİ ve AMACINI AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER.....	7
A. Telafi Görüşü.....	7
B. Özel Hukuk Cezası Görüşü	8
C. Tatmin Görüşü.....	9
D. Önleme ve Caydırma Görüşü	10
E. Denkleştirme Görüşü	12
II. TARİHSEL SÜREÇTE SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN MANEVİ TAZMİNAT	18
A. Roma Hukukunda.....	18
B. Eski Cermen Hukukunda.....	20
C. Pandekt Hukukunun Manevi Tazminat Kurumuna Bakışı ve Alman Medeni Kanunu'nun Hazırlanmasındaki Etkisi	21
III. ALMAN HUKUKUNDA SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN MANEVİ TAZMİNATIN YASAL DAYANAĞI.....	25
A. Genel Olarak	25
B. Tazminat Hükümlerinin Değişikliği Hakkında İkinci Kanun'un Yürürlüğe Girmesinden Önce Alman Medeni Kanunu'nun Düzenlemeleri	25
C. Tazminat Hükümlerinin Değişikliği Hakkında İkinci Kanun'la Yapılan Değişiklikten Sonra Alman Medeni Kanunu'nun Düzenlemeleri	32

IV. İSVİÇRE HUKUKUNDA SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN	
MANEVİ TAZMİNATIN YASAL DAYANAĞI.....	35
A. Genel Olarak	35
B. Art.99 Abs.III OR'nin Oluşum Süreci	36
1. Eski İsviçre Borçlar Kanunu Dönemindeki Durum.....	36
2. Borçlar Kanunu Tasarılarındaki Düzenlemeler	37
3. İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki Düzenleme.....	39
C. Art.99 Abs.III OR'nin Yorumu.....	40
1. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Zararın Tazminini Haksız Fiilden	
Doğan Sorumluluğa Dayandıran Görüş.....	40
2. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Zararın Tazminini Sözleşmeye	
Aykırılıktan Doğan Sorumluluğa Dayandıran Görüş	42
a. Art.97 OR'nin Yasal Dayanak Olduğu Görüşü	44
b. Art.99 Abs.III OR'nin Yasal Dayanak Olduğu Görüşü.....	45
3. Federal Mahkeme'nin Benimsediği Görüş	48
V. TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN MANEVİ	
TAZMİNATIN YASAL DAYANAĞI.....	50
A. Genel Olarak	50
B. BK m.98 f.II'nin İşlevi	52
C. BK m.98 f.II'nin Yorumu.....	53
1. BK m.98 f.II'nin Lafzi Yorumu.....	53
2. BK m.98 f.II'nin Sistematik Yorumu	53
3. BK m.98 f.II'nin Amacı ve Yorumun Yapıldığı Zamandaki Koşul ve	
İhtiyaçlar	55
4. Sonuç.....	61
VI. BK m.98 f.II'NİN BK m.47 ve BK m.49'A YAPTIĞI ATFIN KAPSAMI	63
A. Genel Olarak	63
B. Özel Hüküm (BK m.47)- Genel Hüküm (BK m.49) İlişkisi	64
C. BK m.98 f.II'nin Manevi Tazminatın Özel Koşullarının Belirlenmesi	
Bakımından BK m.47 ve m.49'a Atfi	65
D. BK m.98 f.II'nin Manevi Tazminatın Türü ve Belirlenmesi Bakımından BK	
m.47 ve m.49'a Atfi	69

1. Manevi Tazminatın Türü	69
2. Manevi Tazminatın Belirlenmesi	73
İKİNCİ BÖLÜM	77
SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN MANEVİ TAZMİNAT BORCUNUN DOĞUMU İÇİN ARANAN KOŞULLAR	77
I. GENEL OLARAK	77
II. SÖZLEŞMEYE AYKIRI DAVRANIŞ YOLUYLA KİŞİLİK HAKKININ İHLAL EDİLMESİ	78
A. Kişilik Hakkı ve Manevi Tazminatın Kişilik Hakkının Korunmasındaki Rolü	78
B. Taraflar Arasında Geçerli Bir Sözleşme Bulunmalı	83
1. Genel Olarak	83
2. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları ve Kişilik Hakkının Hukuki İşlem Yoluyla Gerçekleştirilen Saldırlara Karşı Korunması	84
C. Borçlu Sözleşmeye Aykırı Davranmalı	86
1. Genel Olarak	87
2. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerindeki Yükümlülükler	87
a. Genel Olarak	87
b. Doğrudan veya Dolaylı Olarak Kişilik Değerlerinin Korunmasını veya Teşvik Edilmesini Amaçlayan Yükümlülükler	90
(1) Genel Olarak	90
(2). Tarafların Anlaşması Yolu İle Belirlenen Kişilik Değerleri İle İlgili Edim Yükümlülükleri	90
(3). Kişilik Değerleri İle İlgili Kanundan Doğan Edim Yükümlülükleri	93
(4). Hakimın Sözleşmedeki Boşluğu Tamamlaması Yolu İle Doğan Kişilik Değerleri İle İlgili Edim Yükümlülükleri	97
(5). Dürüstlük Kuralından Doğan Yükümlülükler : Koruma Yükümlülükleri	98
c. Doğrudan veya Dolaylı Olarak Kişilik Değerlerinin Korunmasını veya Teşvik Edilmesini Amaçlamayan Yükümlülükler	100
3. Borç İlişkisinden Doğan Yükümlülüklerin İfa Edilmemesi	101
4. Borç İlişkisinden Doğan Yükümlülüklerin İfa Edilmemesi Dolayısıyla Alacaklının Kişilik Hakkının İhlal Edilmesi	103

a. Genel Olarak.....	103
b. Hukuka Aykırı Olarak Kişilik Hakkının İhlal Edilmesi	104
(1). Genel Olarak.....	104
(2). Genel Olarak Hukuka Aykırılık Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Sözleşme Hukukunda Uygulanması.....	108
c. Kişilik Hakkını İhlal Eden Sözleşmeye Aykırı Davranışlar	114
(1). BK m.47 Kapsamında Korunan Kişilik Değerleri Bakımından	114
i. Genel Olarak	114
ii. Ölüm Halinde.....	114
iii. Beden Bütünlüğünün İhlal Edilmesi Halinde	118
iv. Beden Bütünlüğünü İhlal Eden Sözleşmeye Aykırı Davranışlardan Örnekler	121
(2). BK m.49 Kapsamında Korunan Değerler Bakımından	127
i. Genel Olarak	127
ii. Şeref ve Haysiyetin İhlali.....	128
iii. Sözleşmenin Feshinde Kişilik Hakkının İhlali	132
iv. Özel ve Gizli Alanın İhlali	136
v. Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Sorunu	143
vi. İşyerinde Cinsel Taciz ve Psikolojik Taciz (Mobbing)	147
5. Manevi Tazminat Talep Edilip Edilemeyeceği Tartışmalı Olan Bazı Haller	152
a. Doğrudan veya Dolaylı Olarak Kişiliğin Korunmasını veya Teşvik Edilmesini Amaçlamayan Yükümlülüklerin İhlali Halinde.....	152
b. Eşyaya Zarar Verilmesi Halinde ve Eşyayı Kullanma Olanağının Kaybı Halinde	158
(1). Eşyanın Zarar Görmesi Halinde	158
i. Aile Hatırası Olan Eşyalar	159
ii. Resim, Fotoğraf, Mektup vb.	161
iii. Hayvanların Öldürülmesi veya Yaralanması Halinde	162
(2) Eşyayı Kullanma Olanağının Kaybı Halinde	166
c. Gezi Sözleşmesinde Tatilden Beklenen Faydalanın Elde Edilememiş Olması Halinde	172
III. MANEVİ ZARAR	180

A. Genel Olarak	181
B. Manevi Zarar Kavramını Açıklayan Teorilerin Değerlendirilmesi.....	181
1. Genel Olarak	182
2. Subjektif Teoriye Göre.....	182
3. Objektif Teoriye Göre	184
4. Karma (Uzlaştırıcı) Teoriye Göre	186
5. Değerlendirme.....	187
C. Manevi Zararın İspatı	190
D. Tüzel Kişiler ve Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Manevi Zarara Uğrayabilir mi?	193
1. Tüzel Kişiler Bakımından	193
2. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Bakımından	196
IV. İLLİYET BAĞI	201
A. Sözleşmeye Aykırı Davranış ile Zararlı Sonuç Arasında İliyet Bağı Olması Gereği.....	201
B. Uygun İliyet Bağı Teorisi.....	202
C. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminatta Uygun İliyet Bağı	204
V. BORCUN İFA EDİLMEMESİNDEN SORUMLULUK	207
A. Genel Olarak	207
B. Genel İlke: Borçlunun Kusurlu Sorumluluğu (BK m.96)	208
C. İstisna: Kusuru Bulunmadığı Halde Borçlunun Sorumlu Olduğunun Kabul Edilmesi	211
D. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminatta Sorumsuzluk Anlaşmaları	215
VI. ÖZEL HALLERİN MANEVİ TAZMİNATI GEREKTİRMESİ KOŞULU (BK m.47)	224
A. BK m.47 Bakımından Özel Hallerin Manevi Tazminatı Gerektirmesi Koşulu	224
B. BK m.49 Bakımından İhlalin Ağırılığının Manevi Tazminatı Haklı Kılması Gerekli midir?	232
VII. SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUKTA (CULPA İN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNDA) MANEVİ TAZMİNAT	234

A. Genel Olarak Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk.....	235
B. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Manevi Tazminat	238
III. BÖLÜM	243
HAK SAHİBİNİN SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN SORUMLULUK HÜKÜMLERİNE GÖRE MANEVİ TAZMİNAT TALEP ETMESİNİN PRATİK SONUÇLARI.....	243
I. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN MANEVİ TAZMİNATTA HAK SAHİBİ	243
A. Sözleşmenin Tarafları	243
B. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Sorumluluk Hükümlerine Dayanarak Manevi Tazminat Talep Edebilecek Üçüncü Kişiler	244
1. Genel Olarak	244
2. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede	244
3.Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmede	248
4. Yakınlar Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Sorumluluk Hükümlerine Göre Manevi Tazminat Talep Edebilir mi?	251
a. Yakınların Uğradığı Manevi Zararın Tazmini Hakkındaki Yasal Düzenleme, Doktrindeki Görüşler ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi.....	251
b. Yakınların Sözleşmeye Aykırılık Hükümlerine Göre Manevi Tazminat Talep Edip Edemeyecekleri Sorunu.....	258
II. MANEVİ TAZMİNATIN SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN SORUMLULUK HÜKÜMLERİNE GÖRE TALEP EDİLMESİNİN PRATİK SONUÇLARI.....	265
A. Kusurun İspatı Bakımından.....	266
1. Genel Olarak	266
2. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminatta Kusurun İspatı Bakımından Uygulanacak Hüküm.....	267
B. Yardımcı Kişinin Fiilinden Sorumluluk Bakımından	270
C. Zamanaşımı Bakımından.....	275
1. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminatta Zamanaşımı Bakımından Uygulanacak Hüküm.....	275

2. Zamaşımının Özellikleri.....	281
III. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ İLE HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ ARASINDAKİ İLİŞKİ	283
SONUÇ	289
KAYNAKÇA	297
ÖZGEÇMİŞ	341

KISALTMALAR LİSTESİ

ABD	Ankara Barosu Dergisi
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die Civilistische Praxis
a.e.	aynı eser
a.g.e.	adı geçen eser
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
Annales	Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul
AOR	Bundesgesetz vom 14.Juni 1881 über das Obligationenrecht
Art.	Artikel
ArzmG	Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelrechts (BGBl I s.3586)
AS	Amtliche Sammlungen des Bundesrechts
AtomG	Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) (BGBl I s.1565)
Auf.	Auflage
AY	Anayasa
AYMK	Anayasa Mahkemesi Kararı
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	Band
b.	bent
BAG	Bundesarbeitsgericht
Batider	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BBI	Bundesblatt
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	(Deutsches) Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	Borçlar Kanunu

Bkz./bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
C.	Cilt
c.	Cümle
CO	Code des Obligations
Çek Kanunu	Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun
Çev.	Çeviren
Deniz İş K.	Deniz İş Kanunu
Dicle ÜHFD	Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Diss.	Dissertation
dn.	dipnot
E.	Esas
EheSchIRG	Eheschliessungsrechtsgesetz (BGBl. I, s.666).
End. Tas.	554 sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında Kanun
HKHK	Hükümünde Kararname
EHG	Bundesgesetz über die Haftung der Eisenbahn- und Dampfschiffahrtsunternehmungen und der Schweizerischen Post vom 28. März 1905 (SR 221.112.742)
EMK	Eski Medeni Kanun (= 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi).
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	fıkra
FF	Feuille fédérale (=Bundesblatt, BBl)
FSEK	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GenTG	Gesetz zur Regelung der Gentechnik (Gentechnikgesetz) (BGBl I s.2066)
GIG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24 März 1995 (SR 151)

GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GSchG	Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz) vom 24. Januar 1991 (SR 814.20).
GS ÜHFD	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HaftplG.	Haftpflichtgesetz (BGBl I s.145).
HAVE	Haftung und Versicherung
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İBK	(Yargıtay) İçtihadı Birleştirme Kararı
İHU	İş Hukuku Uygulaması
İİK	İcra İflas Kanunu
İSHBİT	İsviçre Sorumluluk Hukukunun Birleştirilmesine İlişkin Tasarı
İş K.	İş Kanunu
İÜHFİM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBE	İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K.	Karar
Karayolları	Karayolları Trafik Kanunu
TK.	
KG	Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (SR 251).
KHG	Kernenergiehaftpflichtgesetz (SR 732.44)
KSchG-	Kündigungsschutzgesetz (BGBl I s.1317).
LFG	Bundesgesetz über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz) (SR 748.0).
LG	Landgericht
LuftVG	Luftverkehrsgesetz (BGBl I s.266)
m.	madde
Marka	556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde
HKHK	Kararname
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MHAD	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi

MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MK	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
N.	Not, kenar notu
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport Zivilrecht
NR	Nationalrat
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz vom 30 Maerz 1911 über das Obligationenrecht (SR 220)
Patent	551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde
HKHK	Kararname
PRG	Bundesgesetz über Pauschalreisen (SR 9443)
RabelsZ	Zeitschrift für Auslaendisches und Internationales Privatrecht, begründet von Rabel
Recht	Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
RG	Resmi Gazete
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ProdHG	Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsgesetz) (BGBl I s.2198)
s.	sayfa/Seite
S.	Sayı
SJZ	Schweizerische Juristen Zeitung
SR	Systematische Sammlung der Bundesrechts
Sten. Bull.	Stenographisches Bulletin
StGB	Strafgesetzbuch (BGBl I s.3322)
StVG	Strassenverkehrsgesetz (BGBl I s.837)
SVG	Bundesgesetz vom 19. Dezember 1958 über den Strassenverkehrsgesetz (SR 741.01)
T.	Tarih
TBBD	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBKT	Türk Borçlar Kanunu Tasarısı

TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	Türk Ceza Kanunu
TD	Ticaret Dairesi
TSK	Türk Sivil Havacılık Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
t.y.	tarihi yok
UÇÖ	Uluslararası Çalışma Örgütü
UmweltHG	Umwelthaftungsgesetz (BGBI I s.2198)
(deutsche)	Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte
UrhG	Schutzrechte(BGBI I s.1273).
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241).
Varşova	12 Ekim 1929 Tarihli, Uluslararası Hava Taşımlarına İlişkin Bazı
Konv.	Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşme
VG	Bundesgesetz vom 14 Maerz 1958 über die Verantwortlichkeit des
	Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten,
	Verantwortlichkeitsgesetz (SR 170.32)
vd.	ve diğerleri / ve devamı
vs.	ve saire
VersR	Versicherungsrecht
Y.	Yıl
YD.	Yargıtay Dergisi
YHD.	Yargıtay Hukuk Dairesi
YHGK	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	Yargıtay Kararlar Dergisi
y.y.	Basım yeri yok
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZEuP	Zeitschrift für Europaeisches Privatrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10 Dezember 1907 (SR 210)
ZR	Blaetter für Zürcherische Rechtsprechung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

GİRİŞ

Genel davranış kurallarına veya yüklendiği borca aykırı davranan kişinin, bu davranışı ile verdiği zararı tazmin etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Genel davranış kurallarına aykırılık halinde haksız fiil sorumluluğu; borca aykırılık halinde, borca aykırı davranıştan sorumluluk söz konusudur¹. Sorumluluk, bu anlamıyla, tazminat borcunun kaynağıdır².

Zarar, tazminat borcunun en önemli unsurunu oluşturur. Tazminat borcunun doğabilmesi için genel davranış kurallarına veya borca aykırı bir davranış sonucunda belirli bir zararın gerçekleşmiş olması gereklidir³. Zarar, gerçek anlamıyla, bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen azalmadır⁴. Buna göre, zarar

¹ Sorumluluk bu anlamı ile “den sorumluluk” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Martin Immenhauser, **Das Dogma von Vertrag und Delikt**, Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der zweigeteilten Haftungsordnung, Köln, Böhlau Verlag, 2006, s.44 vd.; M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, 14; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, 8. b., İstanbul, Beta Basım Yayım, 2003, s.445; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, Fasikül halinde, Filiz Kitabevi, t.y., s.37; Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts**, Allgemeiner Teil, Erster band, 14. Auf., München, C.H.Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1987, § 27 , s.421; Alfred Knetsch, **Das Verhaeltnis von Vertags- und Deliktsrecht**, Eine Darstellung für französische Doktrin zum Prinzip des “non-cumul” mit einem kritischen Ausblick auf das deutsche Recht, G.Grote’sche Verlagsbuchhandlung KG, Köln 1975, s.65 vd., 108 vd.; Haluk Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku (Akit dışı ve Akdi Mes’uliyet)**, Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1961, s.5-6.

² Eren, **Borçlar Hukuku**, s.444 vd.; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.467; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.37; Larenz, **Schuldrecht, I**, § 27 , s.421; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.5-6; Kemal Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, C.I, 6.Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1976, s.426.

³ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.472; Hüseyin Hatemi, **Borçlar Hukuku**, Fasikül halinde, t.y. § 16, N.1 ; Patricia Wildhaber, **Wesen und Abgrenzung von Genugtuung und Schmerzensgeld Unter Berücksichtigung des liechtensteinischen, schweizerischen und österreichischen Rechts**, Dissertation, Zürich, 1999, s.44; Hüseyin Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998, § 3, N.5-6 vd.; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, C.I, s.446; Nisim İ. Franko, **Şeref ve Haysiyete Tecavülden Doğan Manevi Zararın Tazmini**, Doktora Tezi, Ankara, 1973, s.139; Peter Gauch, “Grundbegriffe des ausservertraglichen Haftpflichtrechts”, **Recht**, 1996/6, s.228.

⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.497; Roland Brehm, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Das Obligationenrecht, B.IV, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Kommentar zu Art.41-61 OR, 2. Auflage, Bern, Staempfli Verlag, 2005, Art.41, N.70; Anton K. Schnyder, **Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Obligationenrecht I., Art.1-529 OR, 3. Auf., Herausgeber: Honsell/Vogt/Wiegand, Basel.Genf.München. Helbing & Lichtenbahn, 2003, Art.41, N.3; Hermann Lange, Gottfried Schiemann, **Schadenersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen**, Herausgegeben von Joachim Gernhuber, Band 1, 3. neubearbeitete Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, § 2. 2, s.50; M. Reşit Karahasan, **Tazminat Hukuku, Manevi Tazminat**, Öğreti - Yargıtay Kararları, 6.bası, İstanbul, Beta Basım, Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2001, s.45; Heinz Rey, **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 2. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag 1998, N.155; Karl Oftinger, Emil W. Stark, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Erter Band, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich,

verici fiil olmasaydı malvarlığının bulunacağı durumla fiil sonucu aldığı durum arasındaki fark, zararı oluşturur. Bu tanım, maddi zarara ilişkindir⁵. Maddi zararı karşılayan tazminat ise, maddi tazminattır.

Manevi zarar ise, kişilik hakkına yapılan tecavüz sonucu mağdurun duyduğu acı, elem ve üzüntüdür⁶. Manevi zararı karşılayan tazminat ise, manevi tazminattır. Manevi tazminat, kişilik hakkı ihlal edilen mağdurun duyduğu acı ve elemi karşılayan ve kendine özgü özellikleri olan bir sorumluluk hukuku kurumudur⁷. Manevi tazminatın hukuki niteliği, sorumluluk hukukundaki görevleri, manevi tazminat borcunun doğması için gerçekleşmesi gerekli olan koşullar, belirlenmesi ve türleri, maddi tazminattan farklıdır. Tez konumuzla ilgili olduğu ölçüde bu farklılıklara değinilecektir.

Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, § 2, N.5, 151; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 1, N.27; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, C.I, s.446; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.63; Mehmet Ünal, “Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, **AÜHFD**, C.35, Y.1978, s.398; Kemal Tahir Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, **AÜHFD**, C.30, Y. 1973, s.7-55.

⁵ Bazı yazarlara göre, teknik anlamdaki maddi zarar, dar anlamıyla zararı ifade etmektedir. Geniş anlamıyla zarar ise, hem maddi hem de manevi zararı kapsamaktadır. Bkz. Eren, **Borçlar Hukuku**, s.472-473.

⁶ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.49, N.36; Kern Kostkiewicz, Urs Bertschinger, Peter Breitschmid, Ivo Schwander, **Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht**, Zürich, Orell Füssli Verlag AG, 2002, Art.49, N.5; Max Keller, Carole Schmied-Syz, **Haftpflichtrecht**, Ein Grundriss in Schemen und Tabellen, 5. Auflage, Zürich, Schulthess, 2001, s.114; Oftinger, Stark, **B.I**, § 6, N.1; Heinrich Honsell, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, 3.neubearbeitete Auflage, Zürich, Schulthess, 2000 § 1, N.37; Peter Gauch, Walter, R. Schlupe, Peter Jaeggi, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 6. Aufl., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, N.2634; Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 2. Aufl., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988, s.349; René Vuille-Dit-Bille, **Die verschiedenen Ansprüche bei Persönlichkeitsverletzung und ihr Verhältnis zueinander**, Zürich, Juris Druck & Verlag, 1980, s.25; Bruno von Büren, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, Zürich, Schulthess, 1964, s.84; Ferit H. Saymen, **Manevi Zarar ve Tazmini Sureti**, Doktora Tezi, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, 1940, s.15; Rona Serozan, “Eine differenzierte Beurteilung des Anspruch auf immateriellen Schadenersatz (Versuch einer Entemotionalisierung)”, **Türkisch-schweizerische Juristentage**, 1989, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, s.45-78; Şeref Ertaş, “Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tesbiti”, **Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan**, Bayrak Matbaacılık, İstanbul 1990, s.65-111; Piermarco Zen-Ruffinen, “İsviçre Sorumluluk Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Manevi Tazminat Konusunda Yeni Gelişmeler”, **İBD**, Çev. Haluk Burcuoğlu, Y.1985, S.4-5-6, s.370.

⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.498; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 8.Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s.165; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.473; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 2. I 2, s.53; Jürg Koller, **Genugtuung aus Vertragsverletzung**, Buchhandlung Zürich, Schulthess Juristische Medien, AG, 2003, N.25, dn.55; Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.50; Bilge Öztan, **Şahsın Hukuku**, Hakiki Kişiler, Ankara, Turhan Kitabevi, 1994, s.116; Hüseyin Hatemi, **Kişiler Hukuku Dersleri**, 2.Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, § 8, N.40, s.95; Theo Guhl, Alfred Koller, Anton K. Schnyder, Jean Nicolas Druet, **Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels und Wertpapierrechts**, Zürich, Schulthess, 2000, § 10, N.6.

Türk ve İsviçre kanun koyucuları, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve gelişiminin tam olarak sağlanması amacıyla, kişilik hakkının korunmasını sağlayan kapsamlı düzenlemeler yapmışlardır (MK m.23 vd. , Art.27 ZGB vd.). Bu amaca uygun olarak, ihlal edilen kişilik değeri arasında herhangi bir ayırım yapılmadan, kişilik değeri saldırıya uğrayan ve bu sebeple manevi zarara uğrayan mağdura manevi tazminat talep etme yetkisi verilmiştir (MK m.25 f.III, Art.28a Abs.III ZGB). Kanun koyucu, bazı kişilik değerlerinin ihlali halinde hak sahibinin manevi tazminat talep edebileceğini özel olarak düzenlemiştir (MK m.26 f.II, m.121, m.158 f.II, m.174 f.II, Art.29 II ZGB, Art.429a ZGB). Ayrıca hak sahibine verdiği manevi yetkiler bakımından kişilik hakkına benzeyen bazı haklar da manevi tazminat yolu ile korunmaktadır (FSEK m. 70 f.I, 551 sayılı Patent HKHK m.137/I b, 554 sayılı End.Tas.HKHK m.49/I c, 556 sayılı Marka HKHK m.62/I b)⁸. Böylece kişilik hakkının veya ona benzeyen - ve kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenen hallerde- bazı hakların ihlali halinde, manevi zarara uğrayan hak sahibine manevi tazminat talep etme yetkisi tanınmıştır.

Manevi tazminat, tazminat borcunun kaynakları açısından haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler arasında düzenlenmiştir (BK m.41 vd./Art.41 OR vd.). Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler arasında yer alan BK m.47/Art.47 OR, özel olarak, beden bütünlüğü ihlal edilen mağdurun veya ölüm halinde ölenin yakınlarının; BK m.49/Art.49 OR ise, genel olarak, hukuka aykırı olarak kişilik hakkı ihlal edilen ve manevi zarara uğrayan mağdurun manevi tazminat talep edebileceğini düzenlemektedir. Mutlak hak niteliği olan kişilik hakkının hukuka aykırı bir davranış ile ihlali halinde haksız fiil sorumluluğu doğar⁹. Haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde manevi tazminat talep eden kişi için bu sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.

⁸ Ayrıca Türk Hukuku için bkz. TTK m.58/1 e; Ceza Muhakemesi Kanunu m.141 vd., m.323 f.III (RG., 17.12.2004 T., 25673 S.); İdari Yargılama Usulü Kanunu m.28 f.III (RG., 20.01.1982 T., 17580 S.); Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun m.3, 6/I, II (RG., 6.11.1980 T., 17152 S.); Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu m.32 f.II (RG., 14.11.1983 T., 18221 S.) İsviçre Hukuku için bkz. Art.8 I KG; Art.9 III UWG; Art.8 EHG, Art 6 I VG, Art. 62 I SVG, Art. 79 LFG, Art. 36 III GSchG, Art.7 I KHG.

⁹ Dar anlamıyla haksız fiil sorumluluğunun doğması için failin kusurlu olması da gereklidir. Kusur manevi tazminat borcunun doğmasındaki etkisi için bkz. Bölüm I, VI, c.

Tazminat borcunun diğerk kaynağı ise, borca aykırılıktan doğan sorumluluktur. Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarının borca aykırılıktan doğan sorumluluğa ilişkin hükümleri (BK md.96 vd./Art.97 OR vd.) arasında manevi zarara uğrayan alacaklının manevi tazminat da talep edebileceğini düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Oysa ki, borca aykırı davranış da alacaklının kişilik hakkının ihlal edilmesine neden olabilir ve alacaklı bu yüzden manevi zarara uğrayabilir. Bu halde, manevi zarara uğrayan alacaklıya manevi tazminat da talep etme yetkisi verilmeli, o, borca aykırılıktan doğan sorumluluğun haksız fiil sorumluluğundan daha elverişli olan hükümlerinden yararlanmalıdır. Aksi halde, borca aykırı davranış yüzünden maddi zarara uğrayan alacaklı ile manevi zarara uğrayan alacaklı arasında haksız bir ayırım yaratılmış olacaktır.

Tez çalışmamızda, borcun kaynakları açısından ayırım yapılarak borca aykırılıktan doğan sorumluluğun en yaygın türü olan sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta, manevi tazminat borcunun hangi hükümlere göre tazmin edilebileceği, bu borcun doğması için gerekli olan koşullar belirlenecek, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edilebilmesi halinde doğacak pratik sonuçlar ele alınacaktır.

Tez çalışmamızın ilk bölümünde, manevi tazminatın hukuki niteliği ve işlevini açıklayan teoriler ele alınacak, daha sonra ise, Türk ve İsviçre Hukuk düzenlerinde, alacaklının, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilmesine olanak sağlayacak yasal düzenleme tespit edilecektir. İkinci bölümde ise, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat borcunun koşulları incelenecektir. Uygulamada çoğu kez, alacaklı, sözleşmeye aykırı davranış yüzünden manevi zarara uğradığını belirterek manevi tazminat talep etmektedir. Manevi tazminat borcunun doğması için, alacaklının sözleşmeye aykırı davranış yüzünden kişilik hakkının ihlal edilmesi ve manevi zarara uğraması gereklidir. Ancak belirtmek gereklidir ki, kişilik hakkı kapsamında korunan değerlerin sınırlı sayıda olmaması yüzünden tek tek ve sınırlı bir biçimde ihlal edilen kişilik değerlerini saymamız mümkün olmayacaktır. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tarafların özgürce belirleyecekleri sözleşme türleri de sınırlanamayacağından hangi sözleşmeye aykırılıktan hangi kişilik değerinin ihlal edildiği de tek tek belirlenemeyecektir. Bu imkansızlık karşısında, tezimizde,

Yargıtay'ın ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarındaki örnekler göz önüne alınarak, sorunlar ele alınacak, uyuşmazlığı çözümlenecek hakime yol gösterici ölçütler verilecektir. Ayrıca tatilden beklenen faydanın elde edilememiş olması veya eşyayı kullanma olanağının kaybı hallerinde, manevi tazminat talep edilip edilemeyeceği sorunu da ele alınacaktır. Bunun dışında, sözleşmeye aykırı davranış yüzünden kârdan yoksun kalan veya fiili zarara uğrayan alacaklının yaşadığı acı ve elem yüzünden manevi tazminat talep edip edemeyeceği; sözleşme görüşmelerinde kusurlu davranışı ile karşı tarafın kişilik hakkını ihlal edenin, culpa in contrahendo sorumluluğunun doğup doğmayacağı ve bu sorumluluğa göre manevi tazminat talep edilip edilemeyeceği de tezimizin ikinci bölümünde ele alınacak sorunlar arasındadır.

Sözleşmenin nisbiliği ilkesi gereği, borç ilişkisi sadece taraflar arasında haklar ve borçlar doğurduğundan, sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre tazminat talep edecek kişiler de sözleşmenin tarafları olacaktır. Ancak sözleşmenin nisbiliği ilkesinin bazı istisnaları bulunmaktadır. Tezin üçüncü bölümünde, sözleşmenin nisbiliği ilkesi ve istisnaları çerçevesinde alacaklı dışında manevi zarara uğrayan üçüncü kişilerin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edip edemeyecekleri sorunu ele alınacaktır. Ayrıca sözleşmeye aykırı davranışın alacaklının ölümüne neden olması halinde, ölenin yakınlarının da haksız fiilden doğan sorumluluk yerine, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre tazminat talep edip edemeyeceği sorunu da doktrin ve İsviçre Federal Mahkemesinin kararları göz önüne alınarak değerlendirilecektir. Manevi tazminat talep edecek kişinin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine dayanmasının pratik sonuçları, manevi tazminatın özellikleri göz önüne alınarak belirlenecektir. Kişilik hakkını ihlal eden sözleşmeye aykırı davranış, aynı zamanda genel davranış kuralını (başkalarının kişilik hakkına saygı gösterme ve onu ihlal etmeme kuralını) da ihlal ettiğinden, diğer koşullar da gerçekleşirse, haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk kuralları yarışır. Bu halde talepler arasındaki ilişkiler karşılaştırmalı olarak ele alınacak ve doğacak sonuçlar açıklanacaktır.

Sonuç olarak, tezimizde, kapsamlı ve üzerinde yoğun tartışmalar bulunan manevi tazminat kurumunun “den sorumluluk” açısından borca aykırılıktan doğan sorumluluğun en yaygın hali olan sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk

bakımından Türk ve İsviçre hukukundaki düzenleniş şekli, koşulları ve sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep etmenin pratik sonuçları ele alınacaktır. Ayrıca Alman Hukukunda sorunun ele alınış biçimi önce genel olarak ele alınacak, benzerlikler ve farklılıklar da tez konumuzla sınırlı olarak ilgili bölümlerde belirtilecektir. Ayrı bir tez çalışmasını gerektirecek ağırlıkta olduğu için, manevi tazminatın amacına, belirlenmesine, türlerine, manevi tazminat talebinin özelliklerine ise, ancak tez konumuzla ilgili olduğu ölçüde değinilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN MANEVİ TAZMİNATIN YASAL DAYANAĞI

I. MANEVİ TAZMİNATIN NİTELİĞİNİ ve AMACINI AÇIKLAYAN GÖRÜŞLER

A. Telafi Görüşü

Telafi görüşündeki yazarlara göre, manevi tazminatın amacı, uğranılan manevi zararı aynen veya nakden telafi etmektir¹⁰. Örneğin iftira geri alınmışsa veya sağlık durumu ihlal edilen tedavi edilmişse, manevi zarar aynen tazmin edilmiştir. Ancak aynen tazmin şekline manevi zararın niteliği dolayısıyla uygulamada çok ender rastlanmaktadır. Manevi zararın tazmininde başvuru olan diğer yol, nakden tazmindir. Manevi zararın mağdura ödenecek bir miktar para ile tam olarak telafi edilmesi mümkün değildir. Ancak bu durum manevi zararın parayla tazmini düşüncesini bir kenara bırakmak için yeterli bir sebep değildir. Aksi halde, zarar gören hukuki korumadan yoksun bırakılmış olur ki bu sonuç, Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde açıkça düzenlenen ilkelere uygun değildir. Manevi zararın para ile tam olarak ölçülememesi, sadece manevi tazminatı eksik bir giderim aracı haline getirir. Ancak manevi tazminatın bu özelliği, kişilik değerlerinin ihlalinde bu değerlerin korunmamasının ve manevi tazminatın niteliği itibari ile bir tazminat

¹⁰ Beatrice Gurzeler, **Beitrag zur Bemessung der Genugtuung unter besonderer Berücksichtigung potentiell traumatisierender Ereignisse**, Inauguraldissertation, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2005, s.167; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.750; Hans Stoll, Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für Immateriellen Schaden?, **Gutachten für den 45.Deutschen Juristentag**, München und Berlin, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1964, s.138 vd.; Çiğdem Kırcı, "Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği", **YD**, Temmuz 1999, C.25, S.3, s.252; Serozan, "Immateriellen Schadensersatz", s.73.

olmadığının gerekçesi olamaz¹¹. Manevi tazminat, kişilik değerlerinin korunmasını sağlar ve onların korumasız kalmasından daha iyi bir durum yaratır¹².

Telafi görüşü objektif bir görüştür. Manevi zararı tanımlarken zarar görenin kişilik hakkı ihlal edilmesi nedeniyle acı ve elem duyup duymadığını araştırmaz; kişilik değerlerinde objektif bir eksilme meydana gelmişse manevi zararın doğduğunu kabul eder¹³. Buna göre, manevi tazminat, onun zararı acı ve elem şeklinde hissedip hissetmediğine bakılmaksızın zarar görene ödenir. Maddi tazminatta nasıl zararın telafi edilmesinde zarar görenin bu zararı hissetmesi önemli değilse manevi tazminatta da durum aynıdır. Bu görüşteki yazarlar, maddi tazminat ile manevi tazminat arasında bir paralellik kurmaktadır. Buna göre, manevi tazminat talep etme hakkı, tıpkı maddi tazminatta olduğu gibi, malvarlığı haklarındadır¹⁴. Maddi tazminat ile manevi tazminat arasındaki temel farklılık, ihlal edilen değerler bakımındandır. Buna göre, maddi tazminat, malvarlığı veya kişilik değerlerinin ihlalinden doğan maddi zararın, manevi tazminat ise kişilik değerlerinin ihlalinden doğan manevi zararın telafi edilmesini amaçlar¹⁵.

B. Özel Hukuk Cezası Görüşü

Doktrinde bazı yazarlar ise, manevi tazminatın mağdurun failden öç alma duygusunu giderme ve faili işlediği haksız fiili dolayısıyla cezalandırma amacı olduğunu ileri sürmüştür¹⁶. Buna göre, manevi tazminat özel hukuka ait bir yaptırım aracıdır ve o, özel hukuk cezası (Privatstrafe) olarak adlandırılmaktadır¹⁷. Manevi tazminat teknik anlamda cezadan farklı olarak, Devlete değil, manevi zarara uğrayan

¹¹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.751; Kırca, **a.g.e.**, s.253; Stoll, **Gutachten**, s.143 .

¹² Stoll, **Gutachten**, s.143.

¹³ Bkz. Bölüm II, III, B, 3.

¹⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.751; Kırca, **a.g.e.**, s.261; Rona Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Dergisi, Ankara, 1990, s.85 vd.; Serozan, “Immateriellen Schadensersatz”, s.73 vd.

¹⁵ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.747; Erich Steffen, “Schmerzensgeld bei Persönlichkeitsverletzung durch Medien, ein Plaedoyer gegen formalhafte Berechnungsmethoden bei der Genltentschaedigung”, **NJW**, 1997/1, s.10 vd.; Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, s.86-87.

¹⁶ Saymen, **Manevi Zarar**, s.83 vd.; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.11.

¹⁷ Saymen, **Manevi Zarar**, s.83.

mağdura veya ölenin yakınlarına ödenir¹⁸. Ancak manevi tazminatın belirlenmesinde, manevi zararın ağırlığı ve şiddetinden çok, failin kusuru ve onun derecesi dikkate alınır. Failin kusurunun derecesi ne kadar fazla ise ödenecek manevi tazminat da o oranda yüksek olacaktır¹⁹. Bunun bir diğer sonucu olarak, doğan manevi zararın giderilmesi, telafi edilmesi ile değil, failin cezalandırılması ile ilgilenilir. Çünkü para hiçbir şekilde manevi zararı gideren bir araç olamaz; o halde yapılması gereken mağdurun zararını gidermek değil, faili cezalandırmaktır²⁰. Manevi tazminatın özel hukuk cezası amacını, diğer amaçlarını tamamlayan yan bir amaç olarak kabul edenler de bulunmaktadır²¹.

C. Tatmin Görüşü

Jhering'e göre, mağdura verilecek tazminat, mağdurun ihlal edilen hak duygusunun tatmin edilmesini amaçlar²². Oftinger/Stark'a göre manevi tazminat, mağdurda tatmin (Satisfaktion) sağlayarak ona bir ferahlık getirmelidir²³. Bu amaca ise, sadece mağdura yapılan haksızlığın, tecavüzün bir sonucu olduğunun hakim veya fail tarafından kabul edilmesi halinde ulaşılabilir²⁴. Manevi tazminat, doğan acıları ne denkleştirir ne telafi eder ne de tazmin eder²⁵. Doğan acıların, üzüntülerin mağdura tazminat ödenmesi yolu ile tamamen giderilmesi, ortadan kaldırılması mümkün değildir; acı azalabilir ama devam da edebilir. Bu halde manevi tazminat, mağduru teselli eden bir araçtır. Manevi tazminat ortaya çıkan haksızlık duygusunu düzeltebilir. Mağdurun uğradığı manevi zarar bir haksızlık olarak kabul edildiğinde,

¹⁸ Saymen, **Manevi Zarar**, s.83; Kırca, "Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Hukuki Niteliği", s.250; Ertaş, "Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği", s.73.

¹⁹ Saymen, **Manevi Zarar**, s.84.

²⁰ Saymen, **Manevi Zarar**, s.84.

²¹ Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.1; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.331; von Büren'e göre, Art.49 OR gereği hükmedilen manevi tazminatta ceza amacı olmakla birlikte, Art.47 OR gereği hükmedilen manevi tazminatta sadece denkleştirme amacı söz konusudur. Bkz. von Büren, **a.g.e.**, s.85-86, 278. Manevi tazminatın uğranılan zararın telafisi yanında cezai bir unsurunun da olduğu hakkında bkz. Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", s.11.

²² Jhering, **Gaebahngutachten**, s.59 (Naklen: Johannes Köndgen, **Haftpflichtfunktionen und Immaterialschaden am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung**, Berlin, Duncker und Humblot, 1976, s.83).

²³ Oftinger, Stark, **B.I.**, s.423.

²⁴ Oftinger, Stark, **B.I.**, s.423

²⁵ Oftinger, Stark, **B.I.**, s.425.

mağdur, onun haksızlık olarak kabul edilmediği halden daha az ağırlıkta bir sıkıntı duyacaktır²⁶. Haksızlığın kabul edilmesi ile doğan acılar ortadan kaldırılamayacaktır, fakat haksızlık (Unrecht) duygusunun ortadan kaldırılması veya düzeltilmesi mümkündür²⁷.

Alman Federal Mahkemesi, manevi tazminatın denkleştirme amacına ek olarak tatmin amacının da bulunduğunu kabul etmektedir²⁸. İsviçre doktrininde bazı yazarlar da manevi tazminatın denkleştirme amacı yanında ek olarak ve ikinci derecede tatmin amacının da bulunduğunu kabul etmektedirler²⁹.

D. Önleme ve Caydırma Görüşü

Alman Federal Mahkemesi³⁰, manevi tazminatın önleme ve caydırma amacının da olduğunu belirtmiştir. Buna göre, kazanç elde etme amacıyla kişilik hakkının kasten ihlal edilmesi hallerinde, bu durun manevi tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacak ve buna göre tazminat miktarı arttırılacaktır. Genel kişilik hakkının etkin bir biçimde korunması için, burada kişilik hakkına karşı yapılan saygısızlığa bir yaptırım uygulanmalıdır. Manevi tazminat ilk planda giderici, telafi edici değil, faili korkutucu ve caydırıcıdır³¹.

²⁶ Oftinger, Stark, **B.I.**, s.425.

²⁷ Oftinger, Stark, **B.I.**, s.425.

²⁸ BGHZ 18, 149; OLG Braunschweig, MDR 2004/20, s.1185; BGH, JZ 1955, s.670-675. Alman doktrininde Federal Mahkemenin kararlarının değerlendirilmesi için bkz. Erwin Deutsch, Hans-Jürgen Ahrens, **Deliktsrecht, Unerlaubte Handlungen Schadenersatz Schmerzensgeld**, 4. Auflage, Köln Berlin Bonn München, Karl Heymanns Verlag, 2002, N.476, 492; Zafer Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeldes: Feststellung und Ersatz des entschädigungspflichtigen immateriellen Schadens und die Doppelfunktion des Schmerzensgeldes**, Dissertation, Berlin, Logos Verlag, 2001, s.183 vd.; Köndgen, **Gefaerdungshaftung**, s.62, 95 vd.; Stoll, **Gutachten**, s.154 ff; Gregor Thüsing, “Das Schadensrecht zwischen Bestaendigkeit und Wandel”, **ZRP** 2001/3, s.127; Erwin Deutsch, “Über die Zukunft des Schmerzensgeld”, **ZRP**, 1998/8, s.292; Bernd-Rüdiger Kern, “Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes - ein pönales Element im Schadensrecht?”, **AcP**, 191 (1991), s.268 vd.

²⁹ Hardy Landolt, **Zürcher Kommentar**, Allgemeiner Bestimmungen, Obligationenrecht, Herausgegeben von Peter Gauch, Jörg Schmid, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art.1-529 OR), Teilband V 1c, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Zweite Lieferung, Art.45-49 OR, Dritte Auf., Zürich, Schulthess, 2007, Vorbem. zu Art.47/49, N.24.

³⁰ BHG, NJW 1994, 861 (Carolina I); BGH NJW 1996, 984 (Carolina II). Bu kararların değerlendirilmesi için bkz. Steffen, “Schmerzensgeld bei Persönlichkeitsverletzung”, s.10 vd.

³¹ Bkz. Gerhard Wagner, “Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen”, **ZEuP**, 2000, s.201; Steffen, “Schmerzensgeld bei Persönlichkeitsverletzung”, s.11.

Doktrinde de manevi tazminatın caydırma ve önleme amacının bağımsız bir amaç olmadığı ifade edilmektedir³². Bazı yazarlara göre, önleme ve caydırma amacı manevi tazminatın tatmin amacının bir unsurudur ve failin caydırılması yolu ile özel hukuka ait değerler korunmaktadır³³. Bazı yazarlar ise, önleme ve caydırma amacının manevi tazminatın telafi amacının yanında ikincil bir amaç olduğunu ve fiilin tekrar işlenmesini engelleyecek bir tazminat miktarına hükmedilmesi gerektiğini belirtmektedirler³⁴.

Yargıtay da manevi tazminatın zarar vereni gerekli dikkat ve özeni gösterme konusunda etkileyecek bir yaptırımla caydırma amacı bulunduğunu son yıllarda verdiği kararlarında kabul etmektedir³⁵.

³² Gurzeler, **a.g.e.**, s.163; Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeldes**, s.165 vd.; Zafer Zeytin, “Das Schmerzensgeld ohne Genugtuungsfunktion”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara, Seçkin, 2004, s.64, 65; Gregor Thüsing, “Das Schadensrecht zwischen Beständigkeit und Wandel”, **ZRP**, 2001/3, s.127.

³³ Deutsch, “Über die Zukunft des Schmerzensgeld”, s.292; Kern, **a.g.e.**, s.248. Ertaş’a göre, manevi tazminatın tatmin amacı, toplum üzerinde önleyici ve korkutucu etkisi olan bir cezadır; böylece toplum yüksek manevi tazminat ödeme korkusu ile başkalarının kişilik haklarına daha saygılı olacaktır. Bkz. Ertaş, “Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği”, s.82.

³⁴ Gurzeler, **a.g.e.**, s.163; Zeytin, “Das Schmerzensgeld ohne Genugtuungsfunktion”, s.68 vd. ; Kırca, **a.g.e.**, s.265; Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, s.88-89; Serozan, “Immateriellen Schadensersatz”, s.68-69.

³⁵ Y.4.HD., 26.10.2005 T., 2004/15251E., 2005/11929 K. (Kazancı İçtihat Bankası); YHGK., 23.6.2004 T., 2004/13-291 E., 2004/370 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD., 15.9.2003 T., 2003/4618 E., 2003/10015 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD. 6.2.2003 T., 2002/10731 E., 2003/1451 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD., 24.9. 2002 T., 2002/3928 E., 2002/9940 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD., 11.9.2002 T., 2002/4788 E., 2002/9087 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD., 24.9.2002 T., 2002/3829 E., 2002/9940 K. (YKD., C.29, S.1, Ocak 2003, s.22-23); Y.4.HD., 6.11.2001 T., 2001/5845 E., 2001/10893 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD., 9.2.1999 T., 1996/7491 E., 1999/634 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

E. Denkleştirme Görüşü³⁶

Manevi zararı subjektif teoriye göre tanımlayan yazarlara göre³⁷, manevi zarar, kişilik hakkının ihlal edilmesi sonucunda duyulan acı ve elemidir. Manevi zarar, maddi zarardan farklı olarak, görülemez, tespit edilemez, para ile hesaplanamaz ve ölçülemez. Manevi zarara karşılık verilen para, mağdurdaki acı ve elemi tam olarak ortadan kaldıramaz, acıyı ve üzüntüyü tamir edemez. Teknik anlamıyla tazminat ise, bir kişinin uğradığı maddi zararın bir başkası tarafından giderilmesini, tamir ve telafi edilmesini amaçlar³⁸. O halde, manevi tazminat tam ve gerçek anlamı ile bir tazminat niteliği taşımaz³⁹.

³⁶ Türk doktrini genellikle, manevi tazminatın amaçlarını açıklarken, “denkleştirme amacı” yerine, “tatmin amacı” kavramını kullanmaktadır. Bkz. Eren, **Borçlar Hukuku**, s.749; Ahmet Kılıçoğlu, “Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği”, **ABD**, 1984/1, s.21; Necip Kocayusufpaşaoğlu, “Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK. 24, BK.49)”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu**, Ankara, 21-22 Ekim 1977, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1980, s.160. Ancak bu başlık altında ele alınacak amaç ile yukarıda açıklanan tatmin amacı birbirinden farklıdır. Nitekim, “*manevi tazminat davasının davacının bozulan ruhsal dengesini bir ölçüde düzelterek sağladığı tatmin, ... haksızlığı kabul etmesinin gerçekleştirdiği hak ve adalet duygusunun tatmini anlamındaki tatminden daha fazla bir şey olmak gerekir*”. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.160; Riklin, **Persönlichkeit**, s.395. Bu farklılığı vurgulamak için, bu başlık altındaki amacın Almanca karşılığı olan “Ausgleich”ın Türkçe karşılığı kullanılmıştır. Bkz. Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.9. Türk doktrininde de “denkleştirme” kavramı kullanılmaktadır. Bkz. Kırca, **a.g.e.**, s.245.

³⁷ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku C.II Kişiler Hukuku**, 8. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s.147; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.679; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.167; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.9; Franz Werro, **La Responsabilité Civile**, Berne, Staempfli Verlag, 2005, N.1271, 1383; Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeldes**, s.166 vd.; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 10 N.2; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.64; Max Keller, Sonja Gabi-Bolliger, **Haftpflichtrecht, Das Schweizerische Schuldrecht**, mit Ausnahme der einzelnen Verträge und der ausservertraglichen Haftungen gemäss Spezialgesetzen, eine systematische Darstellung, Band II, Zweite Auflage, Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn, 1988, s.120; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, C.I, s.492; Karl Oftinger, **Schweizerisches Obligationenrecht**, Erster band: Allgemeiner Teil, Vierte Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag 1975, s.290; von Büren, **a.g.e.**, s.84; Saymen, **Manevi Zarar**, s.92; Wagner, “Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen”, s.207; Zen-Ruffinen, **a.g.e.**, s.370; Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.160; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.8; Peter Jaeggi, **Fragen des Privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit**, Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins, 94. Jahrgang, Basel, Helbing &Lichtenhahn Verlag, (aynı eser, **ZSR** 1960, 79/2, s.135a-261a.’de de yayımlanmıştır), s.186a. Y.2.HD., 31.10.1983 T., 1983/7617 E., 1983//8056 K. (YKD, C.10, S.11, Kasım 1984, s.1653). Ayrıca bkz. Bölüm II, III, B, 2.

³⁸ Tazminatın telafi amacı hakkında bkz. Gurzeler, **a.g.e.**, s.156; Haluk N. Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 1996, s.33 vd.

³⁹ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.52; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 10 N.3; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.119 vd.; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.288; von Büren, **a.g.e.**, s.84; Hermann Becker, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, B.IV,

Nakdi tazminata hükmedilmesi, manevi zararın ekonomik bir karşılığı olduğunu göstermez⁴⁰. Mağdura manevi tazminat adı ile verilen para, doğan manevi zarar ile eş değerde değildir, olamaz. Para, sadece mağdurun mutlu olmasını sağlayacak bir araçtır⁴¹. Eğer hakim mağdurda amaçlanan mutluluk hissini nakdi tazminat ile sağlanamayacağına kanaat getirmiş ise, diğer manevi tazminat türlerine başvurulmalıdır⁴². Zira para mağdurun manevi acılarını giderecek en mükemmel araç değildir, ancak onun acıları dindirecek en iyi araç olduğu söylenebilir⁴³.

İsviçre ve Türk Hukukunda baskın olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre⁴⁴, manevi tazminat, kişilik hakkının ihlalinin sonucunda mağdurun duyduğu fiziksel, ruhsal acıların ve mutsuzluk hissini ona bir miktar para ödenmesi ile ortadan kaldırılmasını, mağdurda mutluluk, huzur ve memnuniyet yaratılmasını sağlar. Manevi tazminat, kısmi olsa bile mağdurdaki acı ve elemi, mutluluk duygusu ile denkleştirir⁴⁵. Manevi tazminat, mümkün olabildiğince mağdurun zarar verici fiil olmasa idi içinde bulunacağı durumu sağlayarak, kişiye verilen acıyı ortadan kaldırmak suretiyle bir denge görevi yapmaktadır⁴⁶. İsviçre Federal Mahkemesi'ne⁴⁷

Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183 OR, 2. Auf., Bern Verlag von Staempfli & Cie, 1945, Art.47, N.1; Kern, **a.g.e.**, s.248; Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", s.8.

⁴⁰ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.6; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.1.

⁴¹ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.49, N.18; Saymen, **Manevi Zarar**, s.94.

⁴² Bkz. Bölüm I, VI, D, 1.

⁴³ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.7; Saymen, **Manevi Zarar**, s.95.

⁴⁴ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.17; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.4; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.679; Werro, **a.g.e.**, N.1383; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.114; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 10, N.2; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.64; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.445; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.120; Hans Merz, **Obligationenrecht**, Allgemeiner Teil, erster Teilband, Schweizerisches Privatrecht, Herausgegeben von Greyerz/ Gutzwiller/ Hinderling/ Meier-Hayoz/ Merz/ Piotet/ Secrétan/ von Steiger/Vischer, Basel und Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 1984, s.242; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.290; Andreas von Tuhr, Hans Peter, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Dritte Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1974, s.127; Jaeggi, **Persönlichkeit**, s.186a; Saymen, **Manevi Zarar**, s.94-95; Becker, **Berner Kommentar**, Art.47, N.1; Zen-Ruffinnen, **a.g.e.**, s.370; Kocayusufpaşaoğlu, "Manevi Tazminat Davası", s.160; Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", s.8. Alman Hukuku için bkz. Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeldes**, s.166 vd.

⁴⁵ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.18; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.6, 9; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.49, N.2, 5; Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeldes**, s.166; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.114; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.290; Becker, **Berner Kommentar**, Art.47, N.1; Saymen, **Manevi Zarar**, s.93; Zen-Ruffinnen, **a.g.e.**, s.370; Kocayusufpaşaoğlu, "Manevi Tazminat Davası", s.161; Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", s.10.

⁴⁶ Lange, Schiemann, **a.g.e.**, Einl. III 2, s.10; Kılıçoğlu, "Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği", s.21; Kocayusufpaşaoğlu, "Manevi Tazminat Davası", s.159.

⁴⁷ BGE 123 III 15; 123 III 204, E.2e; 118 II 408; 117 II 60; 116 II 734; 115 II 158; 81 II 518.

ve Yargıtay'a⁴⁸ göre, manevi tazminatın ceza amacı olmadığı gibi, onunla malvarlığına ilişkin bir zararın karşılanması da amaçlanmaz. Manevi tazminat, zarar görende bir huzur duygusu yaratmayı amaçlar ve onun tazminata benzer bir fonksiyonu bulunmaktadır. Manevi tazminatın amacı, manevi tazminatın türünün ve nakdi tazminatın miktarında hangi ölçütlerin dikkate alınacağını belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır⁴⁹.

Telafi görüşündeki yazarlar, manevi zararı ihlal sonucunda kişilikte meydana gelen eksilme olarak objektif teoriye göre tanımlamaktadır. Tezin ikinci bölümünde açıklanacağı gibi, manevi zarar, ihlal sonucunda kişilikte meydana gelen eksilme değil, kişilik hakkı ihlali sonucu mağdurun yaşadığı acı, elem ve yaşama sevincinin kaybolmasıdır⁵⁰. Manevi tazminatın niteliği ve özellikleri belirlenirken, manevi zararın yapısını ve maddi zarardan farklı özellikleri olduğunu göz önüne almak gereklidir. Bu nedenle, manevi tazminat ile maddi tazminat arasındaki temel farklılığın, ihlal edilen değerler bakımından bulunduğunu söylemek yeterli olamayacaktır. Zararın yapısı, tazminatın türleri, tazminatın belirlenmesi, tazminatın belirlenmesinde göz önüne alınacak ölçütler, tazminat talebinin devri, mirasla intikali gibi pek çok konuda, maddi ve manevi tazminat arasında, özellikle zararın yapısı nedeniyle farklılıklar ortaya çıkacaktır. Nitekim manevi tazminatın mirasla intikali ve devri (MK md.25 f.IV) ancak kanunda belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde

⁴⁸ YHGK., 23.6.2004 T., 2004/13-291 E., 2004/370 K. (Kazancı İçtihat Bankası) ; Y.4.HD., 26.10.2005 T., 2004/15251E., 2005/11929 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.11 HD., 27.10.2005 T., 2004/12632 E., 2005/10414 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.11.HD., 22.3.2005 T., 2004/6071 E., 2005/2628 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD., 15.9.2003 T., 2003/4618 E., 2003/10015 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD. 6.2.2003 T., 2002/10731 E., 2003/1451 K. (Kazancı İçtihat Bankası) ; YHGK., 27.12.2002 T., 2002/4-893 E., 2002/1035 K. (Yargı Dünyası, S.87, Mart 2003, s.54 vd.) ; Y.4.HD., 24.9. 2002 T., 2002/3928 E., 2002/9940 K. (Kazancı İçtihat Bankası) ; Y.4.HD., 11.9.2002 T., 2002/4788 E., 2002/9087 K. (Kazancı İçtihat Bankası); YHGK., 24.10.2001 T., 2001/4-1016 E., 2001/757 K. (YKD., C.28., S.2, 2002, s.173 vd); Y.13.HD., 1.3.2001 T., 2001/1433 E., 2001/2234 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD., 24.5.2001 T., 2001/1557 E., 2001/5453 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD., 13.1.2001 T., 2000/10088 E., 2001/2350 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD., 25.2.1999 T., 1998/9677 E., 1999/1513 K. (Kazancı İçtihat Bankası) ; Y.1.HD., 27.12.1994 T., 1994/6988 E., 1994/11776 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD., 1992/7276 E., 1993/12397 K., 2.11.1993 T. (YKD., C.20, S.3, Mart 1994, s.371-373).

⁴⁹ YHGK., 23.6.2004 T., 2004/13-291 E., 2004/370 K. (Kazancı İçtihat Bankası) ; Y.11 HD., 27.10.2005 T., 2004/12632 E., 2005/10414 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD. 6.2.2003 T., 2002/10731 E., 2003/1451 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD., 25.11.2002 T., 2002/8944 E., 2002/13489 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD., 11.12.2000 T., 2000/8317 E., 2000/11334 K. (YKD., C.27, S.6, Haziran 2001, s.825-827).

⁵⁰ Bkz. Bölüm II, III, B, 5.

mümkün olabilecektir⁵¹. Oysa, kural olarak maddi tazminat alacağı serbestçe temlik edilebilir ve miras yolu ile intikal edebilir.

Manevi tazminatın faili cezalandırma amacı taşıdığıının kabul edilmesi ise, ceza hukuku ile medeni hukuk arasındaki sınırları ortadan kaldırır⁵². Manevi tazminatın ceza şeklinde nitelendirilmesi ceza hukukunun ilkelerinden suçta ile cezada yasallık ilkesine de uygun değildir⁵³. Hakim, somut olaydaki durumlara göre manevi tazminat türünü ve eğer nakdi tazminat söz konusu ise tazminatın miktarını takdir etme yetkisine sahiptir⁵⁴. Manevi tazminat talebi, fail ölmüş ise mirasçılara karşı yöneltiler; manevi tazminatın bu özelliği, cezanın faile verilmesini ifade eden cezaların şahsiliği ilkesine de uygun düşmez⁵⁵. Ceza amacının kabulü, manevi tazminatın koşulları bakımından da failin her halde kusurlu olmasını gerektirir. Oysa ki, sorumluluk hukukunda kusur, dar anlamıyla haksız fiil ve sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluklarda, zarar verenin tazminat borcunun doğması için gerçekleşmesi gerekli olan koşullarından birisidir⁵⁶. Ancak eğer somut olayda kusursuz sorumluluk nedenlerinden birinin koşulları gerçekleşmiş ise, zarar veren, kusuru olmasa bile manevi tazminat ile yükümlü olabilecektir⁵⁷. Manevi tazminatın belirlenmesinde kusur değil, manevi zararın şiddeti önem taşır; bu nedenle her halde, kusurun derecesine göre tazminatın miktarı da değişecektir denilemez⁵⁸. Somut olaydaki durumlara göre kusur, manevi zararın artmasına neden olursa, o zaman daha fazla manevi tazminata hükmedilebilecektir⁵⁹. Bu nedenlerle, manevi tazminatı özel hukuk cezası olarak nitelendirmek yerinde değildir⁶⁰.

⁵¹ Ayrıca bkz. İİK m.82; MK md.220 b.3.

⁵² Serozan, "Immateriellen Schadensersatz", s.55.

⁵³ Saymen, **Manevi Zarar**, s.88; Kırca, **a.g.e.**, s.250.

⁵⁴ Saymen, **Manevi Zarar**, s.85; Haluk Burcuoğlu, "Basın Yoluyla Kişiliğe Saldırı ve Sonuçları Hakkında Son Uygulamalar Işığında Bazı Düşünceler", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, Özel Hukuk Basın Hukuku, C.3, Ankara, 12-16 Ocak 2000 s.518; Kılıçoğlu, "Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği", s.20.

⁵⁵ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.26; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.123; Saymen, **Manevi Zarar**, s.85; Burcuoğlu, "Basın Yoluyla Kişiliğe Saldırı", s.518; Ertaş, "Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği", s.81.

⁵⁶ Bkz. Bölüm I, VI, C ve Bölüm II, V.

⁵⁷ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.26; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.36; Kırca, **a.g.e.**, s.251.

⁵⁸ Saymen, **Manevi Zarar**, s.87.

⁵⁹ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.45.

⁶⁰ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.25; Werro, **a.g.e.**, N.1383; Guhl, Koller, Schnyder, Druet, **a.g.e.**, s.64; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.447; Oftinger, Stark, **B.I.**, s.422.

Manevi tazminatın tatmin amacı olduğunu benimsemek ise, her halde failin kınanacak bir davranışta bulunmasını, kusurlu olmasını gerektirir. Nitekim manevi tazminatın tatmin amacı olduğunu belirten Alman Federal Mahkemesi kişilik hakkı ihlalinde manevi tazminata hükmedilebilmesi için failin kusurlu olması gereğini aramaktadır⁶¹. Oysa ki, yukarıda ceza amacına ilişkin olarak belirtildiği gibi, koşulları gerçekleştiğinde, kusursuz sorumluluk hallerinde de kusurlu olmayan fail, mağdura manevi tazminat vermekle yükümlü tutulabilecektir. Dolayısıyla, tatmin amacının kabul edilmesi, hukuk sistemimizin bu uygulamaları ile örtüşmez. Mağduru tatmin edecek bir tazminat türüne, özellikle nakdi tazminat miktarına hükmetmek benzer olaylarda mağdurun ekonomik konumuna göre farklı tazminat türlerine veya miktarlarına hükmedilmesine neden olabilir. Zengin olan mağduru tatmin edecek tazminat miktarı ile fakir olan mağduru tatmin edecek tazminat miktarı aynı olamaz. Tatmin amacı kabul edilirse, hakim, doğan manevi zararın şiddetine veya büyüklüğüne göre değil, mağdurun nasıl tatmin olunacağına göre manevi tazminatı belirleyecektir. Oysa ki bu sonuç, hukuki güvenliği ve eşitliği sarsar⁶². Manevi tazminatın belirlenmesinde hakimin esas alacağı, somut olaydaki manevi zararının varlığı ve şiddetidir. Somut olaydaki diğer durumlar ise, manevi zararın varlığının ve şiddetinin belirlenmesindeki etkisine göre manevi tazminatın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir⁶³.

BK m.49 çerçevesindeki manevi zararların tazmininde, manevi tazminat, saf anlamda karşımıza çıkmaktadır⁶⁴. Manevi tazminat ile, yukarıda belirtildiği gibi, kişilik hakkı ihlal edilen mağdurun yaşadığı acı ve elem, bir miktar para ödenmesi veya diğer bir tazminat türü ile azaltılmakta, yaşanan acılar dindirilmeye çalışılmaktadır. Mağdurun kişilik hakkı ihlali sonucunda bozulan ruhsal dengesini yeniden kurmak ve duyduğu acıları dindirmek amaçlanmaktadır. Buna karşılık, patent (Patent HKHK m.137 b.1), marka (Marka HKHK m.62 b) üzerindeki hakların ihlali halinde, haksız rekabette (TTK m.58 f.I e) ve adın haksız kullanımında (MK md.26.f.II) manevi tazminat, maddi tazminata eklenen bir çeşit denkleştirme bedeli

⁶¹ BGHZ 35, 363, 369.

⁶² Eren, **Borçlar Hukuku**, s.751; Kırca, **a.g.e.**, s.253. Bu nedenle, BK m.49 f.II hükmünün tatmin amacına uygun bir şekilde yorumlanmaması gereklidir. Bkz. Bölüm I, VI, D, 2.

⁶³ Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeldes**, s.167.

⁶⁴ Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.75.

niteliği taşımaktadır⁶⁵. Hatta BK m.47 gibi Kanunun özel olarak belirttiği diğer manevi tazminat türlerinde⁶⁶ ve tüzel kişilere verilen manevi tazminatta⁶⁷ da manevi tazminatın böyle bir amacı bulunduğu kabul edilmektedir. Çünkü söz konusu durumlarda, boyutları tam olarak belirlenemeyen bir maddi zarar yankısı söz konusudur. Manevi tazminat, kazanç kaybı miktarının tam olarak belirlenememesi endişesini ortadan kaldırarak, maddi tazminatı tamamlayan bir denkleştirme bedeli rolü üstlenmektedir.

Manevi tazminat, manevi zararın denkleştirilmesini amaçlayan, eksik ve sınırlı bir tazminattır⁶⁸. Manevi tazminatın koşulları, türü, miktarı belirlenirken onun özel nitelikleri göz önüne alınmalıdır. Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler arasında (BK m.41 vd.), “V. Hususi Haller” başlığı altında “1. Adam ölmesi ve cismanî zarar, c. Manevi tazminat” kenar başlığı altında BK m.47, adam ölmesi ve cismanî zarar halinde doğan manevi zararın tazminini; “V. Hususi Haller, 3.Şahsi menfaatlerin haleldar olması” kenar başlığı altında BK m.49 ise, kişilik hakkının ihlalinde doğan manevi zararın tazminini düzenlemektedir. BK m.49 ve m.47, maddi tazminatı düzenleyen BK m.41 vd. hükümlerine göre, özel nitelik taşımaktadır⁶⁹. Bunun sonucunda, manevi tazminat bakımından, BK m.47 ile BK m.49 hükümlerinde düzenlenen ilke ve sonuçlar uygulanacak; buldukları yer sebebiyle, hükümlerdeki boşluklar ise, haksız fiilden sorumluluk ile ilgili genel hükümlerden kıyasen yararlanılarak doldurulacaktır⁷⁰. Maddi tazminata ilişkin düzenleme ve ilkeler, ancak niteliğine, amacına ve manevi zararın özelliklerine uygun düştüğü ölçüde manevi tazminat için uygulanabilecektir⁷¹.

Kendine özgü özellikleri olan manevi tazminat, borç kaynakları açısından haksız fiilden doğan sorumluluk hükümleri arasında düzenlenmiştir. Borcun kaynakları açısından sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler

⁶⁵ Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.75, N.137.

⁶⁶ Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.30.

⁶⁷ Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.84.

⁶⁸ Jaeggi, **Persönlichkeit**, s.187a.

⁶⁹ Koller, **Genugtuung**, N.42.

⁷⁰ Koller, **Genugtuung**, N.41; Rolf H. Weber, **Berner Kommentar**, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung Art 97-109, Bern, Staempfli Verlag AG, 2000, Art.99, N.268.

⁷¹ Gurzeler, **a.g.e.**, s.172; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.83; Keller, A., **B.I.**, s.53; Jaeggi, **Persönlichkeit**, s.187a.

(BK m.96 vd.) arasında ise BK m.47 veya m.49 gibi manevi tazminatı düzenleyen açık bir hüküm yer almamaktadır. Aşağıda öncelikle tarihsel süreçte sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat açısından yaşanan gelişmeler açıklanacaktır. Daha sonra ise, Alman, İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde, manevi tazminatın sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre talebinin mümkün olup olamayacağı sorunu, tarihsel gelişim, doktrindeki ve yargı kararlarındaki görüşler çerçevesinde incelenecektir.

II. TARİHSEL SÜREÇTE SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN MANEVİ TAZMİNAT

A. Roma Hukukunda

Roma Hukukunda, iniuria, başta beden bütünlüğü olmak üzere, dönemin toplumsal, siyasal ve ekonomik gereklerine göre doğan çeşitli maddi olmayan değerleri koruyan bir ceza davası idi⁷².

Çok eski Roma Hukuku ve 12 Levha Kanunu devrinde, iniuria, mağdurun beden bütünlüğüne yönelik tecavüzleri cezalandıran davalardan biriydi⁷³. Pretor

⁷² Bülent Tahiroğlu, **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul, Der Yayınları, 2003, s.268; Christos P., Matskidis, **Der deliktische Anspruch auf Geldentschädigung für immateriellen Schaden unter besonderer Berücksichtigung der Persönlichkeitsverletzungen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und des griechischen Rechts**, Recht & Wirtschaft P.N.Sakkoulas, 2002, s.9; Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeldes**, s.110; Ziya Umur, **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 1999, s.395; Reinhard Zimmermann, **The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford, Clarendon Press, 1996, s.1050; Heinrich Honsell, **Römisches Recht**, 2.Auf., Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo, Springer-Verlag, 1992, s.157; Pervin Ayazlı, “Türk Hukukunda Mala Verilen Zarar (Damnum Iniuria Datum)”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi**, İstanbul, 1994, s.12-13; Georg Schmitz, **Ersatz immaterieller Schaden nach Vertragsrecht, englisches, kanadisches und amerikanisches im Vergleich zum deutschen Recht**, Freiburg, HochschulSammlung Rechtswissenschaft Zivilrecht, 1980, s.185; Franz Joseph Braschos, **Der Ersatz immaterieller Schaden im Vertragsrecht**, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag KG, 1979, s.9; Bülent Tahiroğlu, **Roma Hukukunda Iniuria**, İstanbul, Kutulmuş Matbaası, 1969, s.25; Dieter Leuze, **Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert, -zugleich ein Beitrag zum Verhaeltnis allgem. Persönlichkeitsrecht-Rechtsfaehigkeit**, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1962, s.72; Fritz Hochstrasser, **Die Verletzung persönlicher Güter durch Vertragsverletzung**, Diss., Zürich, Druckerei Gebr. Leemann & Co. A.G., 1926, s.7.

Hukuku döneminde ise iniuria, kişiye ve kişiliğe karşı her türlü bilinçli olarak yapılan sözlü tecavüzleri (Verbalinjurie) de kapsayan bir anlam kazanmıştı⁷⁴. Bu devirde görülen diğer önemli bir gelişme, her bir suç için ayrı davalar açmak yerine tek bir iniuria davasının açılabilmesinin düzenlenmesiydi: “actio iniuriarum aestimatio (iniuria nedeniyle takdiri kıymet davası)”⁷⁵. Bu davada, hakim, somut olayın özelliklerini, özellikle kusur ve uğranılan zararın ağırlığını, tarafların sosyal konumlarını göz önüne alarak “takdiri para cezasını” belirlemekteydi⁷⁶.

Roma Hukukunda, tarafların maddi olmayan menfaatlerinin sözleşme ile korunup korunmadığı hakkında bir açıklık bulunmamaktadır. Tarihçi Hukuk Okulundan Savigny, Roma hukukunda, sözleşmeler ile sadece maddi menfaatlerle ilgili edim yükümlülüklerinin kabul edildiğini belirtmektedir⁷⁷. Ayrıca, maddi olmayan menfaatlerin sözleşme yolu ile korunmasını sağlamak için tarafların cezai şart kurumuna da başvurdukları belirtilmektedir⁷⁸. Bu halde, cezai şart, sözleşmeye aykırı davranışa uygulanan bir yaptırım niteliği taşımaktaydı⁷⁹. Buna karşılık Jhering’e göre, Roma Hukukunda, maddi olmayan menfaatler, sadece haksız fiil yolu ile değil, sözleşmeden doğan bir borç olarak da korunmaktaydı⁸⁰. Örnek olarak,

⁷³ İniuria suçları, basit iniuria, membrum ruptum ve os fractum idi. Basit iniuria suçunda, tecavüz hafif, iz bırakmayacak nitelikte iken, diğerlerinde tecavüz sonucunda bedende yaralanma, kırılma şeklinde bir iz kalması söz konusuydu. Ayrıntılı bilgi için bkz. Johannes Ady, **Ersatzansprüche wegen immaterieller Einbussen**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, s.8; Max Kaser, Rolf Knütel, **Römisches Privatrecht**, 17. Auflage, Verlag C.H.Beck München 2003, s.323; Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.100, 110 ; Serap Helvacı, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK m.24/a fıkra I/İMK m.28a fıkra I)**, İstanbul, Beta Basım, Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2001, s.4; Zimmermann, **a.g.e.**, s.1051; Peter Apathy, Georg Klingenberg, Herwig Stiegler, **Einführung in das Römische Recht**, Böhlau Verlag, Wien.Köln.Weimar 1994, s.160 ; Honsell, **Römisches Recht**, s.157; Theo Mayer-Maly, **Römisches Privatrecht**, Springer Verlag, Wien-New York 1991, s.140; Tahiroğlu, **İniuria**, s.31-32, 33 vd., 5963 vd.; Paul Koschaker, Kudret Ayiter, **Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları**, İstanbul 1961, s.239.

⁷⁴ Ady, **Immaterieller Einbussen**, s.9 ; Kaser, Knütel, **a.g.e.**, s.323 ; Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.111; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.5 ; Umur, **a.g.e.**, s.396 ; Herbert Hausmaninger, Walter Selb, **Römisches Privatrecht**, 8. Verbesserte Auflage, Böhlau Verlag, Wien.Köln.Weimar 1997, s.364; Apathy, Klingenberg, Stiegler, **a.g.e.**, s.160; Honsell, **Römisches Recht**, s.157; Tahiroğlu, **İniuria**, s.116, 118 ; Leuze, **a.g.e.**, s.73; Hochstrasser, **a.g.e.**, s.8.

⁷⁵ Kaser, Knütel, **a.g.e.**, s.323 ; Matskidis, **a.g.e.**, s.10 ; Apathy, Klingenberg, Stiegler, **a.g.e.**, s.160 ; Braschos, **a.g.e.**, s.9; Koschaker, Ayiter, **a.g.e.**, s.240 ; Leuze, **a.g.e.**, s.73 ; Kırcı, **a.g.e.**, s.242.

⁷⁶ Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.111 ; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.5 ; Umur, **a.g.e.**, s.396 ; Zimmermann, **a.g.e.**, s.1052 ; Honsell, **Römisches Recht.**, s.157 ; Tahiroğlu, **İniuria**, s.117, 174, 175; Kırcı, **a.g.e.**, s.242.

⁷⁷ Hochstrasser, **a.g.e.**, s.7; Schmitz, **a.g.e.**, s.185.

⁷⁸ Schmitz, **a.g.e.**, s.185.

⁷⁹ Hochstrasser, **a.g.e.**, s.8.

⁸⁰ Braschos, **a.g.e.**, s.19; Hochstrasser, **a.g.e.**, s.8.

vasiyetname yapan henüz hayatta iken, vasiyetnameyi saklamak için verdiği kişinin, vasiyetnameyi açıp okuması gösterilmektedir⁸¹. Vasiyetnameyi saklama yükümlülüğü olan tarafın güveni kötüye kullanmakta olduğu ve ona karşı iniuria davası açılacağı belirtilmektedir⁸². Sözleşmeye aykırılık halinde nadiren iniuria davasının açıldığı, iniuria davasının kabul edildiği hallerde ise öncelikle, iniuria'nın cezalandırma amacı taşıdığı da ifade edilmektedir⁸³.

B. Eski Cermen Hukukunda

Eski Alman Hukukunda, özel hukuk ile ceza hukuku arasında kesin bir sınır bulunmamaktaydı. İster haksız fiil niteliği taşıyan isterse sözleşmeye aykırılık oluştursun, hukuk tarafından korunan değerlere her tecavüz, cezalandırılması gereken bir haksızlık olarak kabul edilmekteydi⁸⁴. Haksız bir fiil sonucunda, fail ile mağdur arasında ortaya çıkan uyuşmazlık, uygulaması bazı kurallara bağlı olan ölç alma (Fehde) ile giderilmekteydi⁸⁵. Bu dönemde, maddi ve manevi değerler arasında herhangi bir ayırım yapılmadığından her iki değer için de aynı sonuç uygulanmaktaydı⁸⁶.

Ancak zamanla, tarafların uzlaşması ile belirlenen bir miktar paranın mağdura ödenmesi ile uyuşmazlığın giderildiği başka bir sistem de uygulanmaya başladı⁸⁷. Bu sisteme göre, fail, kişisel öce maruz kalmaktan kurtulabilmek için mağdura bir miktar

⁸¹ Hochstrasser, **a.g.e.**, s.8.

⁸² “Ulpianus, D.16, 3, 1, 38 *Si quis tabulas testamenti apud se depositas pluribus praesentibus legit, ait Labeo depositi actione recte de tabulis agi posse, ego arbitror et iniuriarum agi posse, si hoc animo recitatum testamentum est quibusdam praesentibus, ut iudicia secreta eius qui testatus est divulgarentur.* : Eğer vasiyetnamenin kendisine tevdi edildiği kimse, bunu birçok kimsenin huzurunda okursa, Labeo *actio depositi*'nin açılacağını söylüyor. Ben düşünüyorum ki, eğer vasiyetnameyi bir kişinin yanında da olsa, hükümlerini herkesin öğrenmesi için okumuşsa ona karşı iniuria davası açılır.” (Naklen: Tahiroğlu, **İniuria**, s.230, dn.9).

⁸³ Hochstrasser, **a.g.e.**, s.8.

⁸⁴ Andreas Slizyk, **Beck'sche Schmerzensgeld-Tabelle Von kopf bis Fuss, Basisdaten von mehr als 2700 Schmerzensgeld –Entscheidungen mit systematischer Kommentierung des § 847 BGB**, 4. überarbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck München 2001 s.3; Şeref Ertaş, **Schutz der Persönlichkeit und Immaterieller Schadensersatz nach deutschem, schweizerischem und türkischem Privatrecht**, Dissertation, Göttingen 1976, s.4 ; Hochstrasser, **a.g.e.**, s.9.

⁸⁵ Saymen, **Manevi Zarar** s.30.

⁸⁶ Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.123; Ertaş, **Immaterieller Schadensersatz**, s.4; Saymen, **Manevi Zarar**, s.30.

⁸⁷ Ady, **Immaterieller Einbussen**, s.10; Slizyk, **a.g.e.**, s.3; Saymen, **Manevi Zarar**, s.30.

para veya paraya çevrilmesi mümkün başka bir şey veriyordu. “Busse” denilen bu kişisel para cezası, öç alma kurumunun önemli bir parçası olarak uygulanmaktaydı⁸⁸. Önceleri tarafların karşılıklı rızasına dayalı olarak uygulanan bu sistem, daha sonra çıkarılan emirnameler ile zorunlu olarak uygulanmaya başladı⁸⁹. Buna göre, fail, eğer kişisel para cezası (Busse) ödemeyi teklif ederse, mağdur artık kişisel öç almaya başvuramıyor; ancak fail teklif ettiği ve anlaştıkları para cezasını ifa etmemiş ise, mağdur kişisel öç kurumunun gereklerini uygulayabiliyordu. Busse, yalnız maddi zararları değil, manevi değerlere verilen zararların tazmini de mümkün kılmaktaydı.

C. Pandekt Hukukunun Manevi Tazminat Kurumuna Bakışı ve Alman Medeni Kanunu’nun Hazırlanmasındaki Etkisi

15.yüzyıldan sonra, Almanya’da, ihlalin özel hukuka ilişkin sonuçları ile ceza hukukuna ilişkin sonuçları arasında ayırım yapılmaya başlanmıştır. Pandekt hukukçuları, özel hukuk kurumları yolu ile korunması gereken değerlerin, sadece para ile belirlenebilen maddi değerler olabileceğini belirtmişlerdir⁹⁰. Kişilik değerleri gibi manevi değerlerin korunması, ceza hukukuna terk edilmeliydi⁹¹. Bu dönemde, ceza hukuku ile özel hukuk ayırımı dolayısıyla, ceza hukukuna ait bir kurum olarak değerlendirilen manevi tazminatın özel hukukta yeri olamazdı⁹². Aksi halde, tazminat davası olarak nitelendirilecek manevi tazminat, mağdurun zenginleşmesine neden olacaktır⁹³. Manevi tazminatın belirlenmesindeki zorluklar da manevi tazminata

⁸⁸ Ady, **Immaterieller Einbussen**, s.10; Saymen, **Manevi Zarar**, s.31.

⁸⁹ Ady, **Immaterieller Einbussen**, s.10; Saymen, **Manevi Zarar**, s.30.

⁹⁰ Ertaş, **Immaterieller Schadensersatz**, s.5 ; Saymen, **Manevi Zarar**, s.32; Hochstrasser, **a.g.e.**, s.10; Kırca, **a.g.e.**, s.243; Karin Nehlsen-v.Stryk, “Schmerzensgeld ohne Genugtuung”, **JZ**, 1987/3, s.119-127.

⁹¹ Ertaş, **Immaterieller Schadensersatz**, s.5 ; Leuze, **a.g.e.**, s.67; Saymen, **Manevi Zarar**, s.32; Helmut Coing, “Zur Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes”, **JZ**, 1958/18, s.558-560.

⁹² Ady, **Immaterieller Einbussen**, s.13; Schmitz, **a.g.e.**, s.186; Kırca, **a.g.e.**,s.243. Bu dönemde baskın görüşe göre, manevi tazminat ceza niteliği taşımaktaydı. Bkz. Saymen, **Manevi Zarar**, s.33; Nehlsen-v. Stryk, **a.g.e.**,s.121. Örneğin, Seitz, beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle doğan acılar için ödenen paranın bir ceza niteliği taşıdığını; Schmerzensgeld (Manevi tazminat) davasının bir tazminat davası değil, ceza davası olarak göz önüne alınması gerektiğini belirtmişti. Bkz. Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.126; Coing, **a.g.e.**, s.558.

⁹³ Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.126-127; Schmitz, **a.g.e.**, s.186; Zafer Zeytin, Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi III –Manevi Zarar Olarak “Boşa Geçen Tatil Zamanı”,

yönelik endişelerden biriydi. Benzer olaylarda farklı manevi tazminat miktarlarına hükmedilmesi, hukuki güvenliği sarsılabilecekti⁹⁴. Ayrıca, manevi tazminatın ancak ahlâkı bozuk kimseler tarafından talep edilip, bundan kazanç sağlanacağı ve entrika ve yalancılığın körükleneyeğine ilişkin neden de manevi tazminata karşı takınılan olumsuz tavrın nedenlerinden biri olarak gösterilmektedir⁹⁵. Bu nedenlerle, manevi tazminat, bu dönemde, çok sınırlı olarak uygulama alanı bulabilmiştir⁹⁶.

Ancak manevi tazminatı, örf ve adet hukukunun yarattığı bir tazminat davası olarak nitelendiren Waechter, manevi tazminatın bir özel hukuk kurumu olarak kabul

Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XXII S.1'den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı – Hukuk Fakültesi, Ankara, ty., s.185-200; Kirca, **a.g.e.**, s.243.

⁹⁴ Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.127; Andreas Slizyk, **Beck'sche Schmerzensgeld - Tabelle von Kopf bis Fuss, Basisdaten von mehr als 2700 Schmerzensgeld – Entscheidungen mit systematischer Kommentierung des § 847 BGB**, 4. überarbeitete Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2001, s.3; Erwin Deutsch, **Allgemeines Haftungsrecht**, 2. Auflage, KG Köln Berlin Bonn München, Carl Heymanns Verlag, 1996, s.562-563; Günther Wiese, **Der Ersatz des immateriellen Schadens**, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1964, s.7; Saymen, **Manevi Zarar**, s.39; Christian Katzenmeier, “Die Neuregelung des Anspruch auf Schmerzensgeld”, **JZ**, 2002/21, s.1029-1036.

⁹⁵ Alman Medeni Kanunu'nun gerekçesi (Naklen : Saymen, **Manevi Zarar**, s.38). Matskidis, **a.g.e.**, s.7; Schmitz, **a.g.e.**, s.186, 191; Şeref Ertaş, **Schutz der Persönlichkeit und Immaterieller Schadensersatz nach deutschem, schweizerischem und türkischem Privatrecht**, Dissertation, Göttingen, 1976, s.47; Katzenmeier, “Schmerzensgeld”, s.1030; Kirca, **a.g.e.**, s.243..

⁹⁶ Constitutio Criminalis Carolina'nın, mağdurun hukuka aykırı olarak işkence çekmesi sonucunda duyduğu utanç (Schmach), acı (Schmerz), masraf (Kosten) ve zarar (Schaden) için tazminat talep etme hakkı olduğunu düzenleyen 20.maddesi, Pandekt hukukçularının manevi tazminat hakkındaki esas metni olarak kabul edilmektedir. Ortak hukukta, bu düzenlemeye dayanılarak, beden bütünlüğünün ihlali halinde duyulan acı ve utanç için “acı parası davası = Schmerzensgeldklage” talebi, maddi zararların tazmin edilmesini sağlayan actio legis Aquilia'ya eklenerek talep edilmekteydi. Bkz. Ady, **Immaterieller Einbussen**, s.11; Matskidis, **a.g.e.** s.8; Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.123; Slizyk, **a.g.e.** s.3; Deutsch, **Haftungsrecht**, N.896; Carl Bruno Bloemertz, **Die Schmerzensgeldbegutachtung, Leitfaden für Aerzte, Juristen und Versicherungsfachleute**, 4. Auflage, Berlin.New York, Walter de Gruyter, 1984, s.10-11; Saymen, **Manevi Zarar**, s.33; Karin Nehlsen–v. Stryk, “Schmerzensgeld ohne Genugtuung”, **JZ**, 1987/3, s.120.

Pandekt Hukukunun etkisi altında yapılan 18. ve 19. yüzyıllardaki kanunlardan bazıları manevi tazminat açısından önem taşımaktaydı. Bkz. 1794 tarihli Prusya Devletler Umumi Kanunu § 112, § 113; 1863 tarihi Saksonya Medeni Kanunu § 1497, § 1489; 1870 tarihli Alman İmparatorluk Ceza Kanunu §§ 185 vd., özellikle § 188 ve § 331. Bu ve benzer kanun düzenlemelerinde, maddi olmayan menfaatlerin istisnai olarak korunduğu görülmektedir. (Diğer kanunlardan örnekler hakkında bkz. Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s. 125 vd.). Bunda, Pandekt hukukçularının, manevi menfaatlerin korunması karşısındaki tutumu etkili olmuştur ve bu gelişim, Alman hukukunda, manevi zarar ve tazmini esasının sınırlı olarak benimsenmesine neden olmuştur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ady, **Immaterieller Einbussen**, s.12; Matskidis, **a.g.e.**, s.9; Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.125; Deutsch, **Haftungsrecht**, s.565 N.896; Bloemertz, **a.g.e.**, s.11; Saymen, **Manevi Zarar**, s.36; Nehlsen –v. Stryk, **a.g.e.**, s.120, 121; Helmut Coing, “Zur Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes”, **JZ**, 1958/18, s.558 19.yüzyıla gelindiğinde ise, manevi tazminat mahalli hukukta da uygulanmaz hale gelmiş, 1877 tarihli Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesi hakkındaki Kanunun 11.maddesi ile tamamen yürürlükten kaldırılmıştır.

edilmesinde etkili olmuştur⁹⁷. “Die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen” (Hakaret ve beden bütünlüğünün ihlalinde şahsi para cezası) adlı eserinde, para ile acı gibi iki farklı kavram için bir ortak nokta bulunması gerektiğini, paranın kişide sağlayacağı mutluluk ile kişinin uğradığı acının giderilebileceğini, yaratılan kırgınlığın verilen bir hediye ile tekrar iyileştirilebileceğini, burada bir cezalandırma değil, tazminat ve denkleştirmenin (Ausgleichung) düşünüldüğünü belirtmektedir⁹⁸. Windscheid ise⁹⁹, neden olunan acının, yaratılacak hoş, memnun edici duygu ile telafi edilmesi halinde, manevi tazminatın tazminat karakteri de olduğunu belirtmiştir¹⁰⁰. Bocksch da, tam bir tazminatın mümkün olamayacağını, ama yaklaşık olarak bir giderimin sağlanacağını, maddi olmayan zararların tazmininde amacın, bedensel acının, ruhsal acının ve diğer hoş olmayan duyguların daha fazla hissedilmeyeceği bir durumu sağlamak olduğunu ifade etmiştir¹⁰¹. Böylece, ceza hukuku ile medeni hukuk arasındaki ayrımın yanında, bu dönemde ileri sürülen görüşler ile maddi ve manevi zararın tazmini arasındaki farklılıklar da vurgulanmaya başlamıştır¹⁰². Bu görüşler çerçevesinde, manevi tazminat ceza hukukuna değil, özel hukuka ait bir kurum olarak kabul edilmiştir. Ancak manevi zararın para ile tam olarak ölçülememesi nedeniyle manevi tazminat, gerçek bir tazminat olarak kabul edilmemiş, ceza ile tazminat arasında kendine özgü bir kurum olarak nitelendirilmiştir¹⁰³. Mahkeme kararlarında da manevi tazminatın medeni hukuka ilişkin bir tazminat talebi olduğu belirtilmiştir¹⁰⁴.

Manevi tazminatın özel hukuka ait bir kurum olarak kabul edilmesi ile birlikte, manevi tazminatın sorumluluk kaynağı açısından yeri de tartışılmaya başlanmıştır. Pandekt hukukçularına göre, sözleşme ile korunan ifa menfaatleri, para ile ölçülebilen

⁹⁷ Ady, **Immaterieller Einbussen**, s.15; Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.128; Kırca, **a.g.e.**, s.244 ; Nehlsen-v. Stryk, **a.g.e.** s.122.

⁹⁸ Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.128; Saymen, **Manevi Zarar**, s.33; Nehlsen-v. Stryk, **a.g.e.**, s.122.

⁹⁹ Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.128; Nehlsen-v. Stryk, **a.g.e.**, s.121.

¹⁰⁰ Ady, **Immaterieller Einbussen**, s.16; Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.128; Saymen, **Manevi Zarar**, s.33; Nehlsen-v. Stryk, **a.g.e.**, s.122.

¹⁰¹ Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.129.

¹⁰² Ady, **Immaterieller Einbussen**, s.15.

¹⁰³ Kırca, **a.g.e.**, s.244.

¹⁰⁴ 15 Kasım 1882 tarihli karar: RGZ 8, 117 ; OLG Hamburg, 22 Mayıs 1883 tarih ; Seuvderts Archiv 39 Nr.302, 410; OLG Nürnberg, 10 Haziran 1890 tarih, Seuvderts Archiv 47 Nr.271 418. (Naklen: Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.130, dn. 805-807).

maddi menfaatler olmalıdır¹⁰⁵. Manevi menfaatler, sözleşmenin konusu olamaz. Bunların ihlali halinde, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk değil, haksız fiilden doğan sorumluluk söz konusu olmalıdır¹⁰⁶. Bunun yanında, sözleşme ile korunan menfaatlerin sınırlandırılması, devletin hukuk politikasının bir gereğidir. Buna göre, özel hukukun ödevi, endüstriyel devrimin genişleyici, girişimi özendirici ve parasal olarak güçlü öncülerinin gereksinimlerine uygun düzenlemeler yapmak ve bütün medeni yaşam alanlarına kapitalist ekonominin ticari hayatla ilgili kanunlarını uygulamaktır. Bu nedenle, sözleşme ile korunması gereken menfaatler maddi menfaatler ile sınırlandırılmalıydı¹⁰⁷. Diğer yandan taraflar, maddi olmayan menfaatlerinin korunmasını istemekte ise, onların korunması için cezai şart anlaşmaları yapabilirler. Bu halde, maddi olmayan menfaatler, cezai şart anlaşması ile korunabilecektir¹⁰⁸.

Bu görüşe karşılık Jhering, sözleşmenin konusunun tarafların bireysel gereksinimlerine göre serbestçe belirlenebileceğini, bu gereksinimler arasında tarafların manevi menfaatlerinin korunmasının da yer alabileceğini belirtmiştir. Bu görüşe göre, sözleşmenin konusunu sadece para ile ölçülebilen değerler ile sınırlamak yerinde olmayacaktır¹⁰⁹.

Alman Medeni Kanunu'nun hazırlık çalışmaları sırasında Pandekt hukukçularının görüşü etkili olmuş ve manevi tazminat, Alman Medeni Kanunu'nun haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümleri arasında düzenlenmiştir¹¹⁰.

Aşağıda tez konusu ile sınırlı olarak Alman Medeni Kanunu'nun manevi tazminata ilişkin düzenlemeleri incelenecektir.

¹⁰⁵ Schmitz, **a.g.e.**, s.187; Braschos, **a.g.e.**, s.15; Leuze, **a.g.e.**, 67.

¹⁰⁶ Braschos, **a.g.e.**, s.31; Stoll, **Gutachten**, s.35; Hochstrasser, **a.g.e.**, s.21.

¹⁰⁷ Braschos, **a.g.e.**, s.36.

¹⁰⁸ Esser, Schmidt, **a.g.e.**, §1 V, s.25; Magnus, **a.g.e.**, s.315; Schmitz, **a.g.e.**, s.191; Braschos, **a.g.e.**, s.39; Wiese, **Immateriellen Schaden**, s.11; Dippon, **a.g.e.**, s.22-23; Stoll, **Gutachten**, s.33.

¹⁰⁹ Braschos, **a.g.e.**, s.22. Winscheid ve Koller de aynı görüşteydi. Bkz. Leuze, **a.g.e.**, s.68. Alman İmparatorluk Mahkemesi ise, borç ilişkisinin kapsamında maddi değerlerin bulunmasının bir zorunluluk olmadığına karar vermiştir. Bkz. RGZ 87, 293; 102, 222.

¹¹⁰ Hochstrasser, **a.g.e.**, s.22. Alman Medeni Kanunu'nun hazırlık çalışmaları hakkında bkz. Braschos, **a.g.e.**, s.23 vd.; Rolf Dippon, **Der immaterielle Schaden im BGB und im anglo-amerikanischen Recht**, Inaugural-Dissertation, Tübingen, Fotodruck 1962, s.17 vd.

III. ALMAN HUKUKUNDA SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN MANEVİ TAZMİNATIN YASAL DAYANAĞI

A. Genel Olarak

Alman Medeni Kanunu'na göre, ancak kanunda belirtilen hallerde manevi tazminat talep edilebilir (BGB § 253).

Sözleşmeye aykırılık halinde doğan manevi tazminat bakımından, 2002'de yapılan değişikliğe kadar Alman Medeni Kanunu'nda farklı bir düzenleme bulunmaktaydı. Tazminat Hükümlerinin Değişikliği Hakkında İkinci Kanun¹¹¹, Alman Medeni Kanunu'nun manevi tazminat ile ilgili hükümlerinde de değişiklik yapmıştır. Aşağıda Alman Hukukundaki bu süreç göz önüne alınarak, Alman Medeni Kanunu'nun konuya ilişkin düzenlemeleri incelenecektir.

B. Tazminat Hükümlerinin Değişikliği Hakkında İkinci Kanun'un Yürürlüğe Girmesinden Önce Alman Medeni Kanunu'nun Düzenlemeleri

1 Ocak 1900 tarihinde yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu'nun § 253 hükmüne göre, maddi olmayan zararların para ile giderimi ancak kanunda belirtilen hallerde sağlanabilir¹¹². Böylece manevi tazminatta sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi benimsenmiştir¹¹³.

¹¹¹ BGBl. I s.2674.

¹¹² Larenz, **Schuldrecht I**, s.428. § 253 BGB hükmünün Alman Medeni Kanunu'nun ilk projesindeki içeriği hakkında bkz. Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.132; Ulrich Magnus, **Schaden und Ersatz: eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Ersatzfähigkeit von Einbussen**, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1987, s.312 vd.; Saymen, **Manevi Zarar**, s.38.

¹¹³ Deutsch, **Haftungsrecht**, N.899; Hans T. Soergel, Wolfgang Siebert, **Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, Kohlhammer-Kommentar, Band 5/2, Schuldrecht IV/2 (§§ 823-853), 12. Auf., Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1998, § 847, N.2.

Alman Medeni Kanunu'nun hazırlık çalışmaları sırasında Pandekt hukukçularının görüşü etkili olmuş ve manevi tazminat, Alman Medeni Kanunu'nun haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümleri arasında düzenlenmiştir (§ 847 BGB)¹¹⁴. § 847 BGB, beden bütünlüğünün, sağlığın ve kadınların cinsel şeref ve haysiyetlerinin ihlalinde ve kişinin özgürlükten yoksun bırakılması halinde¹¹⁵; manevi tazminat talep edilebileceğini düzenlemektedir. § 1300 BGB ise, nişanın bozulması halinde¹¹⁶ manevi tazminatı düzenlemektedir. Ayrıca Alman Federal Mahkemesinin kararları ile genel kişilik hakkı da kabul edilmiştir¹¹⁷.

§ 847 BGB, Alman Medeni Kanunu'nun Borçlar Hukuku kitabının “haksız fiiller”e ilişkin bölümünde yer almaktaydı. § 847 BGB'ye göre manevi tazminat talep edebilmek için, BGB § 823 vd. na göre haksız fiil sorumluluğunun koşullarının

¹¹⁴ Hochstrasser, **a.g.e.**, s.22. Alman Medeni Kanunu'nun hazırlık çalışmaları hakkında Bkz. Braschos, **a.g.e.**, s.23 vd.; Rolf Dippon, **Der immaterielle Schaden im BGB und im anglo-amerikanischen Recht**, Inaugural-Dissertation, Fotodruck Tübingen 1962, s.17 vd.

¹¹⁵ § 847 BGB göre, mağdur, beden bütünlüğünün, sağlığın ihlali ile özgürlüğünden yoksun bırakılması hallerinde uğradığı maddi olmayan zarar dolayısıyla uygun bir nakdi tazminat talep edebilir (§ 847 Abs.1 BGB). Hükümün ikinci fıkrası ise, kadınların korunmasına yönelik bir düzenleme getirmekte; hükümde kadına karşı ahlaka aykırı bir kabahat veya cürüm işlenmiş olması (§§ 174, 175 a, 176 StGB) veya tehdit, hile veya aralarındaki bağımlılık ilişkisinin kötüye kullanılması dolayısıyla, kadının evlilik dışı cinsel ilişkiye zorlanması hallerinde de ilk fıkradaki talebin ileri sürülebileceği belirtilmektedir (§ 847 Abs.2 BGB). Bkz. Christian Huber, **Das neue Schadensersatzrecht**, Aachen, Deutscher Anwalt Verlag, 2003, s.116; Matskidis, **a.g.e.**, s.17; Heinrich Dorner, İna Ebert, Jörn Eckert, vd., **Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar**, Schriftleitung: Reiner Schulze, Baden Baden, Nomus Verlagsgesellschaft, 2001, § 847, N.5-6; Bloemertz, **a.g.e.**, s.84; Ergun Özsunay, “Çeşitli Hukuk Çevrelerinde “Manevi Zarar” Kavramı ve “Manevi Zararın Giderimi”ne İlişkin Çözümler”, **Prof. Dr. S.S. Tekinay'ın Hatrasına Armağan**, İstanbul, 1999, s.485.

¹¹⁶ § 1300 BGB hükmüne göre, evlenmeden önce cinsel ilişkiye izin veren nişanlı kız, bu ilişkiden sonra nişanın erkek tarafından veya nişanlı erkeğin ağır kusuru yüzünden kendisi tarafından nişanın bozulması nedeniyle uğradığı manevi zarardan dolayı uygun bir tazminat talep edebilecekti. Bkz. Huber, **a.g.e.**, s.116; Matskidis, **a.g.e.**, s.17; Dörner vd., **a.g.e.**, s.1003, N.1; Schmitz, **a.g.e.**, s.196-197; Bloemertz, **a.g.e.**, s. 85; Wiese, **Immateriellen Schaden**, s.34 vd.; Saymen, **Manevi Zarar**, s.43-44; Hochstrasser, **a.g.e.**, s.21; Özsunay, “Çeşitli Hukuk Çevrelerinde Manevi Zarar”, s.485. § 847 ve § 1300 BGB hükümlerinde sadece kadınların cinsel onurunun korunması, anayasadaki eşitlik prensibi ve modern toplumsal ilişkilere aykırı olması dolayısıyla eleştirilmiştir. Bkz. Ertaş, **Immaterieller Schaden**, s.49; Dieter Nörr, “Zum Ersatz des immateriellen Schadens nach geltendem Recht”, **AcP**, 158/1, s.1-15. İçtihatlarda ise, § 847 II BGB hükmünün uygulama alanını genişletilerek, kıyas yolu ile erkeklerin de bu hükümdeki korumadan yararlanabilecekleri kabul edilmiştir. Bkz. LG Nürnberg, NJW 70, 2066; OLG Hamburg, MDR 72, 1033. (Naklen: Ertaş, **Immaterieller Schaden**, s.49, Dn:147). BGB § 1300, EheschIRG ile 4.5.1998 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır (BGBl. I. s.833).

¹¹⁷ Bkz. Bölüm II, II, A.

gerçekleşmesi şarttı¹¹⁸. Diğer yandan, haksız fiil sonucu BGB § 847’de yer alan kişilik değerlerinden biri ihlal edilmeliydi¹¹⁹.

BGB § 253’ün manevi tazminatın ancak kanunda düzenlenen hallerde talep edilebileceği sınırlamasını koyması ve sözleşmeye aykırılık halinde açıkça manevi tazminat talep edilebileceğine yönelik bir hükmün Kanunda bulunmaması, manevi tazminat talebinin haksız fiil sorumluluğu ile sınırlandırılmasına neden olmuştur¹²⁰. Doktrine göre, § 847 BGB manevi tazminatı düzenleyen istisnai bir hükümdür ve onun uygulama alanı genişletilemez. Bu nedenle, BGB § 847’nin kıyasen uygulanması ile sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat talep edilemez¹²¹. Taraflar, maddi olmayan menfaatlerinin korunmasını istemekte ise, onların korunması için cezai şart anlaşmaları yapabilirler. Bu halde, maddi olmayan menfaatler, cezai şart anlaşması ile korunabilecektir¹²².

Yargı kararlarına göre, ancak § 847 BGB’ de sayılan kişilik değerlerinden birinin ihlal edilmesi ve § 823 BGB vd. hükümlerine göre haksız fiilden doğan sorumluluğun koşullarının gerçekleşmesi halinde manevi tazminat talep edilebilecekti¹²³.

Doktrindeki ve yargı kararlarındaki bu eğilimin aksine, sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat talep edilebileceğini kabul edenler de bulunmaktaydı. Braschos’a göre, yürürlükteki hukuk açısından sözleşmeye aykırılık halinde manevi

¹¹⁸ Soergel, Siebert, **1998**, §847, N.20; Maximilian Fuchs, **Deliktsrecht**, Vierte Auflage, Berlin, Heidelberg NewYork Hongkong London Mailand Paris Tokyo, Springer Verlag, 2002, s.10 vd.; Deutsch, **Haftungsrecht**, s.567; Larenz, **Schuldrecht, I**, § 28 III; Methfessel Wolfgang, **Vertragsrecht**, Buch 1. Allgemeine Grundlagen, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, Verlag W. Kohlhammer GmbH, 1977, s.221.

¹¹⁹ Soergel, Siebert, **1998**, § 847, N.20; Larenz, **Schuldrecht, I**, s.475.

¹²⁰ Deutsch, **Haftungsrecht**, N.899; Dörner vd., **a.g.e.**, § 847, N.2; Erwin Deutsch, **Unerlaubte Handlungen Schadenersatz Schmerzensgeld**, 3. Auflage, Köln Berlin Bonn München, Carl Heymanns Verlag, 1995, s.229, N.469; Soergel, Siebert, **1998**, § 847, N.9; Josef Esser, Eike Schmidt, **Schuldrecht, B. I**, Allgemeiner Teil, Teilband 1, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, 8. Auf., Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1995, § 1 V, s.25 ; Larenz, **Schuldrecht, I**, s.475; Bloemertz, **a.g.e.**, s.86; Schmitz, **a.g.e.**, s.197; Wolfgang, M. **a.g.e.**, s.220-221; Ertaş, **Immaterieller Schaden**, s.55; Horst Günther, K. Schuchardt, **Schmerzensgeld, Grundlagen und Systematik für die Erfassung der Lebensbeeinträchtigung als Voraussetzung einer reproduzierbaren Bemessung der Entschädigung**, Hamburg, GT Verlag, 1964, **a.g.e.**, s.9; Dippon, **a.g.e.**, s.22; Stoll, **Gutachten**, s.32; Hochstrasser, **a.g.e.**, s.21; Erwin Deutsch, “Immaterieller Schadensersatz für neue Ansprüche : Vertragsverletzung, Gefährdungshaftung und Forschungsunfall”, **Festschrift für Heins Hauser zum 65. Geburtstag**, Bern 2002, s.544.

¹²¹ Stoll, **Gutachten**, s.36.

¹²² Esser, Schmidt, **a.g.e.**, § 1 V, s.25; Magnus, **a.g.e.**, s.315; Schmitz, **a.g.e.**, s.191; Braschos, **a.g.e.**, s.39; Wiese, **Immateriellen Schaden**, s.11; Dippon, **a.g.e.**, s.22-23; Stoll, **Gutachten**, s.33.

¹²³ BGH, NJW 75, 40; JZ 75, 249. Ayrıca bkz. Ertaş, **Immaterieller Schadensersatz**, s.56, dn:178.

tazminat talep edilebilir¹²⁴. Bunun ilk yolu¹²⁵, BGB § 253'ü amaca uygun bir biçimde sınırlandırarak, BGB § 847'yi kıyasen uygulamaktır. BGB § 253'ün düzenlediği kıyasen uygulama yasağı, sadece ihlal edilen değerler bakımındandır. Buna göre, manevi tazminat, sadece kanunda belirtilen değerlerin ihlal edilmesi halinde talep edilebilir; bu değerlerin dışındaki bir kişilik değeri ihlal edildiğinde manevi tazminat talep edilemez. Buna karşılık, kıyasen uygulama sınırlaması, ihlalin sözleşmeye aykırılıktan veya haksız fiilden doğması bakımından geçerli değildir. Eğer bir sözleşme, aynen haksız fiil sorumluluğundaki asgari kişilik korumasını konu edinmekte ise, her iki sorumluluk kaynağı eşit olarak değerlendirilmeli, doğan zarar türleri açısından da bir ayırım yapılmamalıdır. Bu halde, BGB § 253'ün amacını aşan lafzı, teleolojik redüksiyon ile sınırlandırılmalı ve BGB § 847'nin kıyasen uygulanması ile sözleşmeye aykırılık halinde de manevi tazminat talep edilmelidir. İkinci yol ise şudur:¹²⁶ Taraflar BGB § 847'de belirtilen kişilik değerlerinin korunmasına veya genişletilmesine ilişkin bir sözleşme yaptıklarında, sözleşmedeki boşluk, sözleşmenin tamamlanması yolu ile doldurulabilir. Bu ihtimalde, taraflar, asli veya yan edim yükümlülüğü olarak BGB § 847'de belirtilen kişilik değerlerinin korunmasına veya genişletilmesine ilişkin bir sözleşme yapmaktadır. Ancak bu değerlerin ihlali halinde manevi tazminat talep edileceğini düzenlememektedirler. İşte, sözleşmedeki bu boşluk, sözleşmenin tamamlanması ile doldurulabilir ve manevi tazminat talep edilebileceği kabul edilebilir.

Laghzaoui'ye göre¹²⁷, § 847 BGB' de sayılan kişilik değerlerinin ihlal edilmesinde ve genel kişilik hakkının ihlalinde manevi tazminat talep edilebilecektir. İlki, kanundan (§ 253 BGB), ikinci ise mahkeme kararlarından ortaya çıkmıştır. Her iki ihlalin haksız fiilden veya sözleşmeye aykırılıktan veya culpa in contrahendo sorumluluğundan doğması önemli değildir. § 253 BGB, sadece kanunda veya mahkeme içtihatlarında kabul edilmeyen kişilik değerlerinin ihlali halinde (örneğin, hoşnutsuzluk, korku halinde) manevi tazminatın talep edilemeyeceğini düzenlemektedir. Hükmün amacı, kanunda düzenlenmeyen manevi menfaatlerin

¹²⁴ Braschos, **a.g.e.**, s.69 vd.

¹²⁵ Braschos, **a.g.e.**, s.79 vd.

¹²⁶ Dörner vd., **a.g.e.**, § 253, N.4; Braschos, **a.g.e.**, s.104 vd.

¹²⁷ Ralf Laghzaoui, **§ 253 BGB und der Nichtvermögensschaden bei Ansprüchen aus culpa in contrahendo und positiver Vertragsverletzung**, Diss., Universitaet Köln, Aachen, Shaker Verlag, 2000, s.39 vd., 101 vd.

ihlalde manevi zararın göz önüne alınmamasını sağlamaktır. Diğer amaç ise, manevi tazminatın aşırı bir biçimde genişletilmesi ve gereksiz davaların açılması tehlikesini önlemektir¹²⁸. Oysa ki, sözleşmenin müspet ihlalde ve culpa in contrahendodan doğan sorumlulukta ne böyle bir tehlike söz konusudur, ne de kanunda düzenlenmeyen manevi menfaatlerin ihlali söz konusudur¹²⁹. Burada, aynı nitelikte olmayan olaylar için negatif eşitlik cümlesi söz konusudur; eşit olmayanlara eşit davranılmaz. Bundan dolayı § 253 BGB'nin sınırlayıcı düzenlemesine, sözleşmenin müspet ihlalde ve culpa in contrahendodan doğan sorumlulukta manevi tazminat talep edebilmek için bir istisna tanımak gereklidir¹³⁰. Böylece, yazar, § 253 BGB'nin amacı aşan lafzını sınırlandırarak, kanunda veya mahkeme kararlarında kabul edilen kişilik değerlerinin ihlalde, hem haksız fiilden hem sözleşmenin müspet ihlalden, hem de culpa in contrahendodan doğan sorumlulukta, koşullarının gerçekleşmesi halinde, manevi tazminat talep edilebileceğini belirtmektedir.

Stoll'e göre ise¹³¹, alacak haklarının ihlalde doğan manevi zararın tazmin edilip edilemeyeceği ve hangi kapsamda tazmin edileceği, özellikle borçlu tarafından ihlal edilen edim yükümlülüğünün amacına göre belirlenir. Borçlu, alacaklının kişilik değerlerini korumaya veya teşvik etmeye ilişkin bir yükümlülüğünü ihlal ettiğinde alacaklıya manevi tazminat ödemelidir. Bu sonuç, tarafların farazi iradelerine ve borç ilişkisinin amacına uygundur. Lieberwirth¹³² ise, BGB § 253'teki yasağın emredici olmadığını belirtmektedir. Buna göre taraflar, serbestçe, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi zararların tazmin edilebileceğini düzenleyen anlaşmalar yapabileceklerdir. Voss'a göre¹³³ de BGB § 253, emredici bir hüküm değildir. Taraflar açıkça sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat talep edilebileceğini kararlaştırabilirler. Ancak genelde taraflar açıkça bu tür anlaşmalar düzenlemezler. Bu hallerde ise, sözleşmenin koruma alanında bulunan ve alacaklının manevi menfaatlerinin teşvik edilmesine ilişkin özel bir amacı olan yükümlülük ihlal

¹²⁸ Laghzaoui, **a.g.e.**, s.101.

¹²⁹ Laghzaoui, **a.g.e.**, s.114 vd.

¹³⁰ Laghzaoui, **a.g.e.**, s.116-117, 128 vd.

¹³¹ Stoll, **Gutachten**, s.148.

¹³² Ralf Lieberwirth, **Das Schmerzensgeld, systematische Darstellung und Entscheidungssammlung**, 3. Auflage, Heidelberg, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft MBH, 1965s.22.

¹³³ Andreas Voss, "Ersatz immaterieller Schaden im Rahmen höchstpersönlicher Verträge", **ZRP** 1999/11, s.452-455.

edildiğinde, sözleşmenin tamamlayıcı yorumu ile tarafların BGB§ 253'ün aksini kararlaştırdıkları sonucuna varılabilir.

Alman hukukunda manevi tazminatın BGB § 253 nedeniyle ancak kanunda düzenlenen hallerle sınırlı olarak talep edilmesi, maddi tazminatın kapsamının da genişletilmesine neden olmuştur. Fark teorisine göre mağdurun malvarlığında bir azalma bulunmamasına rağmen bazı hallerde de maddi zararın var olduğu ve somut olayda, mağdurun uğradığı “normatif zarar”ın tazmin edilebileceği kabul edilmiştir¹³⁴. Bu gelişme, Alman kanun koyucusunu da etkilemiştir. Buna göre, normatif zarar olarak kabul edilen tatilin beklenenden kötü geçmesinden doğan zararların tazmini¹³⁵, Alman Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklikle BGB § 651 f.II'de düzenlenmiştir¹³⁶. Doktrinde bazı yazarlara göre¹³⁷, bu hüküm, manevi tazminatın ancak kanunda düzenlenen hallerde tazmin edilebileceğini kabul eden BGB § 253'ün işaret ettiği hükümlerden biridir ve dolayısıyla BGB § 651f. II de manevi tazminatı düzenlemektedir.

Alman Hukukunda, hukukun ekonomik analizini yapan bazı yazarlar ise, ekonomik olarak, mağdurun manevi zarara bizzat katlanması gerektiğini belirtmektedir. Yazarlar, akılcı bireyin kural olarak manevi zarar riski için sigorta talep etmeyeceğini, bu nedenle hukukun bu korumayı sağlamasının ekonomik açıdan

¹³⁴ Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 2. I 2, s.54; Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.72; Othmar Jauerning vd., **BGB Bürgerliches Gesetzbuch**, 8. Auf., München, Verlag C.H. Beck, 1997, vor §§ 249-253 N.6; Larenz, **Schuldrecht, I**, § 29 II; Gottfried Schiemann, **Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrecht**, München, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1981, s.29 vd.; Lothar Jaeger, Jan Luckey, “Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz – Ein Überblick über das neue Recht”, **MDR**, 2002/20, s.1168-1174; Walter Dunz, “Schadensersatz für entgangene Sachnutzung”, **JZ**, 22/1984, s.1010-1015; Wolfgang Grunsky, “Entgangene Urlaubszeit als Vermögensschaden”, **NJW**, 1975/14, s.609-612.

¹³⁵ BGHZ 63, 98.

¹³⁶ BGBI 1979 I, 509.

¹³⁷ Tonner, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Schuldrecht, Besonderer Teil II, B.4, §§ 611-704, Redaktör: Martin Henssler, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2005, § 651f, N.61; Gottfried Schiemann, **Staudingers Kommentar, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 249-254 (Schadensersatzrecht), Neubearbeitung 2005 von Gottfried Schiemann, Berlin Sellier – de Gruyter 2005, § 253, N.10; Dörner vd., **a.g.e.**, § 253, N.2; Oetker, **Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch**, Schuldrecht Allgemeiner Teil, B.II, §§ 241-432, Redaktör: Wolfgang Krüger, 4. Auf., München, Verlag C. H. Beck, 2001, Art.253, N.1, 6; Esser, Schmidt, **a.g.e.**, § 1 V, s.25; Pick Eckhart, **Reiserecht, Kommentar zu den §§ 651a bis 651f BGB**, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995, Art.651f, N.7, 1136. Tatilcinin, ödediği bedel ile tatil zevkini satın aldığı ve bu değeri elde edilememesi halinde maddi zararın doğacağı ve bu halde manevi zararın söz konusu olmadığı hakkında bkz. Harald Bartl, “Die Urlaubsreise und ihre Beeinträchtigung”, **NJW**, 1972/12, s.505-511. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 6 XIV 4, s.389. Ayrıca bkz. Bölüm II, II, C, 5, c.

yerinde olmayacağını savunmaktadır¹³⁸. Ancak bu teori, hukukun ekonomik analizini yapan bazı yazarlar tarafından eleştirilmektedir¹³⁹. Onlara göre, sigorta korumasının arzu edilmediğine yönelik bir genelleme yapmak doğru değildir. Manevi zarara dair sigorta piyasasının oluşmaması, piyasa aksaklıklarından kaynaklanmaktadır. Bu ise talebin değil, arzın yetersizliğinden doğmaktadır. Manevi zarar, refah kaybına neden olduğu için sosyal maliyetin bir parçasıdır. Bu nedenle kişilerin özenli davranmaya sevk edilmeleri için bu zararlardan sorumlu olmaları gereklidir.

Alman Medeni Kanunu'nda değişiklik yapılmasına ilişkin 2001 tarihli öntasarı, BGB § 253'ye yeni bir fıkra eklenmesini ve BGB § 847'nin yürürlükten kaldırılmasını düzenlemiştir. BGB § 253 Abs 2'e göre, beden bütünlüğünün, sağlığın, özgürlüğün ve cinsel olarak kendisi hakkında karar verme hakkının ihlalinde¹⁴⁰ manevi tazminat talep edilebilir. Öntasarı hükmüne göre, ancak ihlale kasten neden olunmuş ise veya türü ve süresi bakımından zarar önemli ise manevi tazminat talep edilebilecektir¹⁴¹. BGB § 253 Abs 2'nin sistematik yeri dolayısıyla, sözleşmeye aykırılık halinde de manevi tazminat talep edilebilecektir¹⁴².

Ancak Tazminat Hükümlerinin Değişikliği Hakkında İkinci Kanun ile yapılan değişiklikte, bu sınırlamalara yer verilmemiş, ancak BGB § 253'ye yeni bir fıkra eklenmiş ve BGB § 847 yürürlükten kaldırılmıştır¹⁴³. Aşağıda bu değişiklikler ele alınacaktır.

¹³⁸ Gregor Thüsing, "Schadensersatz für Nichtvermögensschäden bei Vertragsbruch", **VersR**, 2001/7, s.292 vd.; Johannes Köndgen, "Immaterialschadensersatz, Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als Sanktionen für Vertragsbruch? – Eine rechtvergleichend – ökonomische Analyse-", **RabelsZ**, 1992, s.725 vd.

¹³⁹ Kerem Cem Sanlı, **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, İstanbul, Arıkan Basım Yayım, 2007, s.389 vd.

¹⁴⁰ Erwin Deutsch, "Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung", **ZRP**, 2001/8, s.351-354.

¹⁴¹ Deutsch, "Vertragsverletzungen", s.353.

¹⁴² Deutsch, "Vertragsverletzungen", s.352-353.

¹⁴³ Tasarıdaki sınırlamaların eleştirisi için bkz. David von Mayenburg, "Nur Bagatellen? – Einige Bemerkungen zur Einführung von Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung im Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften", **VersR**, 2002, s.278-287.

C. Tazminat Hükümlerinin Değişikliği Hakkında İkinci Kanun'la Yapılan Değişiklikten Sonra Alman Medeni Kanunu'nun Düzenlemeleri

2002'de yapılan kanun değişikliği ile § 847 BGB yürürlükten kaldırılmış¹⁴⁴ ve § 253 BGB yeniden düzenlenmiştir¹⁴⁵. BGB § 253 Abs. I, eski sistemin hâlâ devam ettiğini belirtmekte ve manevi tazminatın sadece kanunda belirtilen hallerde talep edilebileceği kuralını yinelemektedir¹⁴⁶. BGB § 253 Abs. II' ye göre, beden bütünlüğünün, sağlığın, özgürlüğün ve cinsel olarak kendisi hakkında karar verme hakkının ihlalinde manevi tazminat talep edilebilir. Buna göre, manevi tazminat, BGB § 253 Abs. II'de belirtilen kişilik değerlerinin ihlalinde ve kanunlarda öngörülen diğer hallerde talep edilebilecektir¹⁴⁷. Buna karşın, İsviçre ve Türk Hukukunda olduğu gibi, genel kişilik hakkının ihlalinde manevi tazminat talep edilebileceğini düzenleyen bir hükme, mahkeme kararlarındaki ve doktrindeki görüşlerin aksine, yer verilmemiştir¹⁴⁸.

Yapılan değişikliğin en önemli sonucu, manevi tazminatın uygulama alanının genişletilmesidir¹⁴⁹. Şöyle ki, eskiden haksız fiillere ilişkin bölümde yer alan hükme

¹⁴⁴ 19.7.2002 Tarihli Kanunun Art.2 N.7 hükmü ile yürürlükten kaldırılmıştır. (BGBl I 2674).

¹⁴⁵ Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 7 II 1, s.423; Huber, **a.g.e.**, s.116; Katzenmeier, 'Schmerzensgeld', s.1029.

¹⁴⁶ Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 7 II 1, s.423;

¹⁴⁷ Schiemann, **Staudinger's Kommentar**, § 253, N.1; Helmut Kohler, Stephan Lorenz, **Schuldrecht II**, Einzelne Schuldverhältnisse, 17., Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2004, s.364; Klaus Schlobach, **Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes**, Diss., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2004, s.80; Jan Kropholler, **Bürgerliches Gesetzbuch Studienkommentar**, München, Verlag C.H. Beck, 2003, § 253, N.2; Fuchs, **a.g.e.**, s.181; Jaeger, Luckey, **a.g.e.**, s.1169. BGB dışında manevi tazminat talep edilebileceğini düzenleyen kanun hükümlerine örnek olarak; §§ 97 2 UrhG; 11, 2 StVG; 6, 2 HPfIG; 8, 2 ProdHG; 13, 2 UmweltHG; 32 Abs. 5, 2 GenTG; 36, Abs.2 LuftVG; 87, 2 ArzmG; 29 2 2 AtomG.

¹⁴⁸ Schiemann, **Staudinger's Kommentar**, § 253, N.3; Huber, **a.g.e.**, § 2, N.15 vd. ; Hans Brox, **Allgemeiner Teil des BGB**, 27. Auflage, Köln Berlin Bonn München, Carl Heymanns Verlag KG, 2003, s.324, 721; Fuchs, **a.g.e.**, s.181; Dieter Medicus, "Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht-Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden", **JZ**, 2006/16, s.805; Katzenmeier, "Schmerzensgeld", s.1033; Gerhard Wagner, "Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz", **NJW**, 2002/29, s.2056. Özellikle tıbbi sorumluluk alanında böyle bir düzenlemenin büyük bir anlam taşıyacağı hakkında bkz. Christian Katzenmeier, "Schuldrechtmodernisierung und Schadensersatz rechtsänderung– Umbruch in der Arzthaftung", **VersR**, 2002/25, s.1073. Anayasanın 1 ve 2.maddeleri çerçevesinde sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle genel kişilik hakkının ihlal edilmesi halinde de manevi tazminat talep edilebileceği hakkında Bkz. Huber, **a.g.e.**, § 2, N.19.

¹⁴⁹ Otto Palandt, **Bürgerliches Gesetzbuch**, Beck'sche Kurz Kommentar, 66. Auflage, bearbeitet von Bassenge, Brudermüller, Diederichsen, Edenhofer, Grüneberg, Heinrichs, Heldrich, Sprau,

(§ 847 BGB), Alman Medeni Kanunu'nun borç ilişkilerinin kapsamını düzenleyen bölümünde yer verilmiştir. § 253 BGB, kanundaki sistematik yeri bakımından tüm borç ilişkilerine uygulanabilecek bir hükümdür¹⁵⁰. Bu nedenle, BGB § 253 Abs.II, sadece haksız fiil sorumluluğunda değil, ayrıca sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta ve tehlike sorumluluğunda da uygulanabilecektir¹⁵¹. Sonuç olarak, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatı düzenleyen genel bir hüküm Kanunda yer almasa da¹⁵² BGB § 253'ün sistematik yorumu sonucu, Alman Hukukunda da sözleşmeye aykırılıktan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edilebileceği kabul edilmektedir.

Manevi tazminat talep edilebileceğini düzenleyen Alman Medeni Kanunu hükümleri, § 253 II BGB ve § 651 f BGB'dir. BGB § 253 II'ye göre, beden bütünlüğünün, sağlığın, özgürlüğün ve cinsel olarak kendisi hakkında karar verme hakkının ihlalinde manevi tazminat talep edilebilir¹⁵³. Buna göre, örneğin, bir eser sözleşmesi gereğince borçlu edimini ifa ederken, alacaklının beden bütünlüğünü ihlal ederse alacaklı manevi tazminat talep edebilecektir¹⁵⁴. Gezi sözleşmesine ilişkin

Weidenkaff, München, Verlag C.H.Beck, 2007, Art.253, N.2, 5; Susanne Hacks, Ameli Ring, Peter Böhm, **SchmerzensgeldBeträge**, Aufgabe 2002, Fast 3000 Urteile mit den neuesten Entscheidungen deutscher Gerichte, Bemessungsgrundlagen, Unfall medizinisches Wörterbuch, 21. Auflage, ADAC Verlag, 2002, s.9; Dieter Medicus, "Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht", s.805-812 ; Christian Katzenmeier, "Schuldrechtmodernisierung", s.1066-1074; Jaeger, Luckey, **a.g.e.**, s.1169.

¹⁵⁰ Hochstrasser, **a.g.e.**, s.21, 22; Wagner, "Das Zweite Schadensersatzrechtsaenderungsgesetz", s.2053.

¹⁵¹ Dieter Medicus, **Schuldrecht I**, § 56, N.656; Schiemann, **Staudinger's Kommentar**, § 253, N.3; Ady, **Immaterieller Einbussen**, s.58; Kuckuk, **Erman Kommentar**, § 253, N.12, 13; Schlobach, **a.g.e.**, s.53; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 7 II 1, s.424; Kropholler, **a.g.e.**, § 253, N. 2; Huber, **a.g.e.**, s.117 ; Hacks, Ring, Böhm, **a.g.e.**, s.9; Medicus, "Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht", s.805; Katzenmeier, "Schmerzensgeld", s.1029 vd.; Katzenmeier, "Schuldrechtmodernisierung", s.1072; Wagner, "Das Zweite Schadensersatzrechtsaenderungsgesetz" s.2053; Erwin Deutsch, "Die Medizinhaftung nach dem neuen Schuldrecht und dem neuen Schadenrecht", **JZ** 12/2002, s.588-593. İlaç imal edenlerin verdiği zararlardan sorumluluğunu düzenleyen Kanunda yapılan değişiklikte, ilaç imal edenlerin verdiği manevi zararlardan da kusursuz olarak sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Bkz. § 87 ArzmG. Benzer bir değişiklik, § 8 ProdHG'de de yapılmıştır. Bkz. Deutsch, "neuen Schadensrecht", s.592-593; Deutsch, "Immaterieller Schadensersatz", s.561 vd.

¹⁵² Schiemann, **Staudinger's Kommentar**, § 253, N.6; Huber, **a.g.e.**, § 2, N.12; Kohler, Lorenz, **a.g.e.**, s.364. .

¹⁵³ Kuckuk, **Erman Kommentar**, § 253, N.10; Hacks, Ring, Böhm, **a.g.e.**, s.9; Fuchs, **a.g.e.**, s.181; Medicus, "Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht", s.805; Deutsch, "neuen Schadensrecht", s.589.

¹⁵⁴ Dieter Medicus, **Gesetzliche Schuldverhaeltnisse**, JuS Schriftenreihe Studium, 5. Auf., München, Verlag C.H. Beck, 2007, s.95; Huber, **a.g.e.**, § 2, N.66; Jaeger,Luckey, **a.g.e.**; s.1168-1169.

hükümler arasındaki BGB § 651f. II'nin de manevi tazminat talebini düzenleyen istisnai hükümlerden biri olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁵.

Doktrine göre, kanunda manevi tazminat talep edilebileceği belirtilmeyen kişilik değerlerinin korunması ise, cezai şart anlaşmaları (BGB § 342) ile sağlanabilir¹⁵⁶. BGB § 253 Abs 1'deki sınırlamanın emredici olmadığı ve bu hükmün tarafların bu tür anlaşmaları yapmalarına engel olmadığı kabul edilmektedir¹⁵⁷. BGB § 253 Abs 1'in emredici olmaması nedeniyle, taraflar, ihlal gerçekleşikten sonra da uğranılan manevi zararın tazmin edilmesine ilişkin sözleşmeler yapılabilecektir¹⁵⁸. Ancak her halde, bu tür sözleşmelerin BGB §§ 134, 138'da düzenlenen sınırlara uygun olarak yapılması gerekmektedir¹⁵⁹. Tarafların sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat talep edilebileceklerine ilişkin sözleşmeleri açıkça bu sonucu içerebileceği gibi, bu sonuç, tarafların zımni irade beyanlarından da çıkarılabilir¹⁶⁰. Özellikle, sözleşmenin koruyucu amacı çerçevesinde yapılacak tamamlayıcı yorumu ile bu sonuca varılabilir¹⁶¹. Sözleşmenin konusunun tarafların maddi menfaatlerinin yanında manevi menfaatleri ile ilgili olması, tarafların sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat talep edilebileceğini kabul ettikleri ve BGB § 253 Abs 1'in aksini kararlaştırdıkları sonucunu çıkarmayı tek başına kesin olarak sağlamaz¹⁶². Ancak doktrin, sözleşmenin konusunun sadece manevi menfaatlerin korunmasına yönelik olduğunda, tarafların bu menfaatlerini korumasız bırakmak istediği sonucuna da varılamayacağını belirtmektedir¹⁶³. Aynı sonuç, konusu geniş kapsamda manevi menfaatlerin sağlanmasına yönelik sözleşmeler için de kabul edilmektedir¹⁶⁴.

¹⁵⁵ Medicus, **Schuldrecht I**, § 56, N.671; Tonner, **Münchener Kommentar**, § 651f, N.61; Schiemann, **Staudingers Kommentar**, § 253, N.10; Kuckuk, **Erman Kommentar**, § 249, N.55; Oetker, **Münchener Kommentar**, § 253, N.1; Esser, Schmidt, **a.g.e.**, §1 V, s.25; Eckhart, **a.g.e.**, Art.651f, N.7, 1136; Gerhard Wagner, "Ersatz immaterieller Schaeden : Bestandsaufnahme und europäische Perspektiven", **JZ**, 2004/7, s.321. Ayrıca bkz. Bölüm II, II, C, 5, c.

¹⁵⁶ Medicus, **Schuldrecht I**, § 56, N.656; Schiemann, **Staudingers Kommentar**, § 253, N.9; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 7 III, s.428; Oetker, **Münchener Kommentar**, Art.253, N.5.

¹⁵⁷ Schiemann, **Staudingers Kommentar**, § 253, N.9; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 7 III, s.428.

¹⁵⁸ Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 7 III, s.428.

¹⁵⁹ Buna göre, hukuki işlem, kanundan doğan bir yasağa (BGB § 134); kanundan veya resmi makamların verdiği bir emirden doğan temlik yasağına (BGB §§ 135-136); hukuki işlemde doğan tasarruf yasağına (BGB §137) veya ahlaka aykırı (BGB § 138) aykırı olamaz. Bkz. Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 7 III, s.428.

¹⁶⁰ Schiemann, **Staudingers Kommentar**, § 253, N.10; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 7 III, s.428.

¹⁶¹ Schiemann, **Staudingers Kommentar**, § 253, N.10; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 7 III, s.428.

¹⁶² Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 7 III, s.428.

¹⁶³ Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 7 III, s.428.

¹⁶⁴ Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 7 III, s.428.

Sonuç olarak, Alman Hukukunda, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat talep edilebileceği, Alman Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklikler ile kabul edilmiştir. Manevi tazminatın ancak kanunda belirtilen hallerle sınırlı olarak talep edilebilecek olması kuralı ise, bunun aksini kararlaştıran sözleşmeler ile aşılabilmektedir.

IV. İSVİÇRE HUKUKUNDA SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN MANEVİ TAZMİNATIN YASAL DAYANAĞI

A. Genel Olarak

İsviçre hukukunda, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edilebileceğini düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır¹⁶⁵. Fakat doktrinde baskın olan görüşe göre, sözleşmeye aykırı davranış sonucu alacaklı manevi zarara uğrayabilir ve alacaklı sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilir. Buna olanak sağlayan yasal düzenleme ise Art.99 Abs. III OR'dir. Bu görüşteki yazarlara göre, Art.99 III OR'nin haksız fiil hükümlerine yaptığı atıf dolayısıyla, Art.47 ve Art.49 OR kıyasen sözleşmeye aykırılık halinde de uygulanabilecektir. Doktrinde azınlıkta kalan görüş ise, Art.99 Abs.III OR'nin Almanca ve İtalyanca metinlerine dayanarak, hükmün atıf yaptığı haksız fiil hükümleri arasında Art.47 ve Art.49 OR'nin bulunmadığını savunmaktadır. Bu görüşteki yazarlardan bazılarına göre, manevi tazminat sadece haksız fiilden sorumluluk hükümlerine göre talep edilebilir. Bazı yazarlara göre ise, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilmek Art.97 OR'nin kıyasen uygulanması ile mümkündür.

¹⁶⁵ Koller, **Genugtuung**, N.69, 71, s.36-37; Weber, **Berner Kommentar**, Art.99, N.269; Bucher, E., **Obligationenrecht**, § 20/III, s.349.

Bu görüşler ve Federal Mahkeme'nin sorunu ele alış biçimi değerlendirilmeden önce, Art.99 III OR'nin yasalaşma süreci çerçevesinde sorunu doğuran gelişmeler ele alınacaktır.

B. Art.99 Abs.III OR'nin Oluşum Süreci

1. Eski İsviçre Borçlar Kanunu Dönemindeki Durum

Eski İsviçre Borçlar Kanunu'nda (1881), sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi zararın tazminine olanak veren açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. Borçlar Kanunu'nda, Art.99 f.III OR gibi, sözleşmeye aykırılık halinde haksız fiilden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasını sağlayan bir atıf hükmü de yer almamaktaydı¹⁶⁶. Bu nedenle, sözleşmeye aykırılık halindeki boşlukların, haksız fiilden doğan sorumluluk ile ilgili hükümlerin uygulanması yolu ile doldurulması konusunda belirsizlik bulunmaktaydı¹⁶⁷.

Federal Mahkeme, sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat borcunu düzenleyen Art.116 aOR hükmünün sadece maddi zararların tazminini ile ilgili olduğunu kabul etmekte ve sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat taleplerini reddetmekteydi¹⁶⁸. Doktrinde de baskın olan görüş, Art.116 aOR gereği tazmini talep edilebilecek zararların maddi zararlar ile sınırlı olduğunu kabul etmekteydi¹⁶⁹. Sözleşmeye aykırılıktan dolayı alacaklı manevi zarara uğrar ise, haksız fiilden doğan

¹⁶⁶ Koller, **Genugtuung**, N.85; Hans-Ulrich Brunner, **Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung**, Freiburg Schweiz, Universitaetsverlag, 1991, N.16.

¹⁶⁷ Koller, **Genugtuung**, N.85; Brunner, **a.g.e.**, N.16.

¹⁶⁸ BGE 31 II 260; 29 II 132; 28 II 540; 19 912. Ölüm ve beden bütünlüğünün ihlali halinde, hizmet sözleşmesinde sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiilden doğan sorumluluğun yarışacağını belirten Federal Mahkeme kararı: BGE 29 II 502 vd.; 22 124 vd; 26 II 58 vd. (Ancak bu olaylarda manevi tazminata hükmedilmemiştir).

¹⁶⁹ Baskın görüş için bkz; Brunner, **a.g.e.**, N.16, dn.9 da belirtilen kaynaklar; August Egger, **Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch**, B.I, Einleitung und Personenrecht, 2. Auflage, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 1930, Art.28, N.19. Azınlıkta kalan görüş : Walter Weissenbach, **Die Schadenersatzpflicht aus Verträgen**, Diss. Zürich 1900, s.35 vd. (Naklen : Hochstrasser, **a.g.e.**, s.74).

sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edilebilirdi¹⁷⁰. Bu tartışmaları önlemek amacıyla, yeni Borçlar Kanunu’nda soruna çözüm getiren hükümlere yer verilmiştir.

2. Borçlar Kanunu Tasarılarındaki Düzenlemeler

Art.99 Abs III.OR’nin kaynağı, 1905 tarihli Borçlar Kanunu tasarısındaki Art.1121 III ile 1909 tarihli Borçlar Kanunu tasarısındaki Art.1121 III hükümleridir.

İsviçre Borçlar Kanunu hazırlık çalışmalarında, gerek doktrinde gerekse uygulamada tartışmalı olan sözleşme hukukunda haksız fiil hükümlerinin kıyas yolu ile uygulanıp uygulanamayacağı sorununa çözüm bulmak da amaçlanmıştır¹⁷¹. Bu nedenle, her iki tasarıda da konu ile ilgili hükme yer verilmiştir.

1905 tarihli Borçlar Kanunu Tasarısının Art.1121 III hükmünün kenar başlığı “*sorumluluğun ölçüsü*” idi. Hükme göre, “*haksız fiillerde tazminat yükümlülüğü hakkındaki düzenlemeler (1058-1074), sözleşmeye aykırılık halinde kıyasen uygulanır*”¹⁷². Parantez içinde belirtilen hükümler arasında, haksız fiil sorumluluğunda manevi tazminatı düzenleyen Tasarının Art.1063 hükmü de bulunmaktaydı¹⁷³. Tasarının hem almanca hem de Fransızca metni arasında bir farklılık bulunmamaktaydı.

¹⁷⁰ Paul Lemp, **Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges**, Bern, Verlag von Staempfli & Cie, 1939, s.137. Eski Borçlar Kanunu’nda manevi tazminatı düzenleyen hükümler, Art.54 (bugünkü Art.47 OR’nin karşılığı) ve Art.55 (bugünkü Art.49 OR’nin karşılığı) idi.

¹⁷¹ Ulusal Meclisteki Komisyonun almanca raportörü olan Huber, bu tartışmayı sona erdirmeyi amaçladıklarını, sözleşme hukukunda kıyas yolu ile haksız fiil hükümlerinin uygulanmasını kabul ettiklerini belirtmektedir. (Sten. Bull. NR 1909, s.534 , Naklen: Koller, **Genugtuung**, s.42, dn.230).

¹⁷² “Die Bestimmungen über die Ersatzpflicht bei unerlaubten Handlungen (1058 bis 1074) finden auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung”. (BBI 1905 II 105). Bkz. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergaenzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen (vom 3. März 1905) ‘çevirimiçi’ www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/execQueryForm.do. (15.5.2006). Fransızca metni: “Les dispositions relatives à la responsabilité dérivant des actes illicites (1058 à 1074) s’appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle” (FF 1905 II 94). Bkz. Wolfgang Wiegand, **Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Obligationenrecht I., Art.1-529 OR, 3. Auf., Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel.Genf.München, Helbing & Lichtenbahn, 2003, Art.99, N.14; Weber, **Berner Kommentar**, Art.99, N.151; Brunner, **a.g.c.**, N.18, s.6, dn.15.

¹⁷³ Tasarının 1063.maddesine göre, cismani zarara uğranması veya ölüm halinde, hakim, özel durumları değerlendirerek, özellikle kasten veya ağır ihmâl hallerinde, mağdur veya ölenin yakınları

1909 tarihli Borçlar Kanunu Tasarısında ise, Art.1121 III¹⁷⁴, “*kalan hallerde haksız fiilde sorumluluğun ölçüsü hakkındaki hükümler, sözleşmeye aykırılık halinde kıyasen uygulanır*” şeklinde düzenlendi¹⁷⁵. Böylece 1905 Tasarısındaki, içinde manevi tazminatın düzenlendiği hükmün de yer aldığı, parantez “(1058 -1074’e kadar)” hükümden çıkarıldı¹⁷⁶. Ayrıca hükme “*kalan hallerde*” kelimeleri eklendi. 1909 tasarısının Art.1121 III hükmü ile haksız fiilde tazminat sorumluluğuna ilişkin hangi hükümlere, bu arada manevi tazminat talebine ilişkin Art.1063¹⁷⁷ ile Art.1063bis hükümlerine, atıf yapıp yapılmadığı açık değildi.

1905 tasarısında, haksız fiilden doğan sorumluluktaki zamanaşımına ilişkin hüküm (Art.1076), açıkça atıf yapılan hükümler dışında bırakılmıştı. Oysa ki 1909 tasarısı bakımından bu yönde bir açıklık bulunmamaktaydı. Eşyanın tabiatı gereği, bu hükümler sözleşmeye aykırılık halinde uygulanamazdı¹⁷⁸. Ulusal meclis komisyonu tarafından, 1909 Tasarısının Art.1121 hükmündeki “tazminat yükümlülüğü hakkındaki” kelimelerinin, anlamının açık olmaması nedeniyle hükümden çıkarılması ve bunun yerine hükme “sorumluluğun ölçüsü hakkındaki

için doğan zararın tazmininden başka, uygun bir para tutarının ödenmesine karar verebilir (Abs.1) Kişisel ilişkileri ihlal edilen kimse, kusur halinde maddi tazminat (Schadenersatz) ve ihlalin türü haklı kıldığında manevi tazminat (Genugtuung) olarak uygun bir para tutarı verilmesi talebinde bulunabilir (Abs.2). Bkz. BBI 1905 II 89-90.

¹⁷⁴ Hükmün kenar başlığı ise, “A.İfa edilmeme (Ausbleiben der Erfüllung), II. Sorumluluğun ölçüsü ve Tazminatın Kapsamı (Mass der Haftung und Umfang des Schadenersatzes), 1. Haftung für eigenes Verhalten, a. Genel olarak (im allgemeinen) idi. Bkz. Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Revision des Obligationenrechtes (Nachtrag zur Botschaft vom 3. März 1905). (vom 1. Juni 1909). (BBI III 735). ‘çevirimiçi’ [www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/loadQueryDocsPage.do?pageNumber. \(15.5.2006\).](http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/loadQueryDocsPage.do?pageNumber. (15.5.2006).)

¹⁷⁵ Almanca metni : “Im übrigen finden die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung” (BBI 1909 III 735). Fransızca metin : “Les règles sur la responsabilité dérivant des actes illicites s’appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle” (FF 1909 III 808). Bkz. Brunner, **a.g.e.**, N.20, dn.18.

¹⁷⁶ Brunner, **a.g.e.**, N.20, s.7; Koller, **Genugtuung**, N.88, s.43. Kanun tekniği dolayısıyla parantezin yeni hükümde yer almadığı hakkında bkz. BGE 54 II 484.

¹⁷⁷ 1909 tasarısında, haksız fiil sorumluluğundaki manevi tazminata ilişkin hüküm, Art.1063 ve Art 1063 bis olarak iki ayrı hüküm haline getirildi. 1909 Borçlar Kanunu tasarısının 1063.maddesi, adam ölmesi ve beden bütünlüğü ihlalinde hakimın özel durumları göz önüne alarak, mağdura ve ölenin yakınları için, maddi zararın dışında, manevi tazminat (Genugtuung) olarak uygun bir para miktarına hükmedeceği; Art.1063 bis hükmünde ise, önceki tasarıdan farklı olarak ayrı bir hükümde, kişisel ilişkilerin ihlalinde, kusur halinde maddi tazminat ve ihlalin ağırlığı haklı kıldığında manevi tazminat (Genugtuung) olarak bir para miktarının ödenmesinin talep edilebileceği (f.1), hakimın bu tazminatın yerine veya buna ek olarak diğer bir manevi tazminat türüne de karar verebileceği (f.2) düzenlenmiştir. Bu hükümler, yürürlükteki Borçlar Kanunu’nun manevi tazminat düzenlemelerinin kaynağıdır.

¹⁷⁸ Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.99, N.15.

düzenlemeler” kelimelerinin eklenmesi önerildi¹⁷⁹ ve bu öneri tartışmasız kabul edildi¹⁸⁰. Ancak hükmün Fransızca metninde bu değişiklik yapılmadı¹⁸¹. Böylece Tasarının almanca ve Fransızca metinleri arasında uyumsuzluk oluştu.

3. İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki Düzenleme

İsviçre Borçlar Kanunu’nda, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edilebileceğini düzenleyen açık bir hükme yer verilmemiştir. Ancak 1909 Tasarısının Art.1121 III hükmü, 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun Art.99 III hükmü olarak kanunlaşmıştır. Hükmün almanca metnine göre¹⁸², “ *Kalan hallerde haksız fiillerde sorumluluğun ölçüsüne ilişkin hükümler sözleşmeye aykırı hareketlere kıyasen uygulanır*”. Oysa ki Art.99 III OR hükmünün Fransızca metnine göre¹⁸³, “*Haksız fiillerden doğan sorumluluğa ilişkin hükümler, kıyasen sözleşmeye aykırılık¹⁸⁴ halinde de uygulanır*”. Art.99 III OR hükmünün İtalyanca metni ise, almanca ve Fransızca metinler üzerindeki çalışmalar tamamlandıktan sonra oluşturuldu¹⁸⁵ ve İtalyanca metin, almanca kanun metni tercüme edilerek oluşturuldu¹⁸⁶. Almanca metnin kenar başlığı, “*II. Sorumluluğun*

¹⁷⁹ Sten. Bull.NR 1909 s.530. (Naklen: Brunner, **a.g.e.**, N.22, dn.21).

¹⁸⁰ Federal Meclisin Borçlar Kanununu Hazırlama Komisyonunun Raporu (Bericht der Redaktionskommission des Obligationsrechts an die Bundesversammlung), 14 Mart 1911, BBI 1911 I 849.

¹⁸¹ Brunner, **a.g.e.**, N.22.

¹⁸² “Im übrigen finden die Bestimmungen über das Mass der Haftung bei unerlaubten Handlungen auf das vertragswidrige Verhalten entsprechende Anwendung”.

¹⁸³ “Les règles relatives à la responsabilité dérivant d’actes illicites s’appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle”.

¹⁸⁴ Hükümde geçen “faute contractuelle” ifadesi, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun kusurlu sorumluluk ile sınırlandığı izlenimi yaratmaktadır. Oysa ki, Almanca metinde buna benzer bir sınırlamaya yer verilmediği, kanun koyucunun amacının hükmü bu şekilde sınırlandırmak olmadığı belirtilmektedir. Bu nedenle, “faute contractuelle” ifadesinin “responsabilité contractuelle” (sözleşmeden doğan sorumluluk) ile eş anlamlı olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Brunner, **a.g.e.**, N.93.

¹⁸⁵ Federal Meclisin Borçlar Kanununu Hazırlama Komisyonunun Raporu (Bericht der Redaktionskommission des Obligationsrechts an die Bundesversammlung), 14 Mart 1911, BBI 1911 I 847.

¹⁸⁶ İtalyanca metin : II. Misura della responsabilità ed estensione del risarcimento. 1. In genere : “Del resto le disposizioni sulla misura della responsabilità per atti illeciti sono applicabili per analogia agli effetti della colpa contrattuale.” (99 Abs.III OR). II. Sorumluluğun ölçüsü ve Tazminatın Kapsamı 1. Genel Olarak : “Sorumluluğun ölçüsü hakkındaki haksız fiil hükümleri, kusurlu olarak sözleşmeye aykırılıkta da kıyasen uygulanır.”

ölçüsü ve Tazminatın Kapsamı (Mass der Haftung und Umfang des Schadensersatzes) 1.Genel Olarak (Im allgemeinen)” iken, Fransızca metnin kenar başlığı, “II. Tazminatın Kapsamı (Etendue de la réparation)” “1. Genel olarak (en général)” dir.

Sonuç olarak, Art.99 III OR hükmünün almanca ve İtalyanca metinleri ile Fransızca metinleri arasında, farklılıklar yaratılmış oldu. Hükmün üç dildeki resmi metni arasındaki farklılık, sözleşme hukukunda uygulanacak haksız fiil hükümlerinin hangi hükümler olduğunun belirlenmesinde güçlük yaratmıştır. Bu çerçevede, haksız fiillere ilişkin manevi tazminat hükümlerinin sözleşmeye aykırılık halinde uygulanıp uygulanamayacağı da belirsizleşmiştir. Aşağıda tez konumuz çerçevesinde, İsviçre doktrinde Art.99 Abs.III OR’nin yorumu ve İsviçre Federal Mahkemesi’nin görüşü açıklanacaktır.

C. Art.99 Abs.III OR’nin Yorumu

1. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Zararın Tazminini Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğa Dayandıran Görüş

Doktrinde bazı yazarlar, manevi zararın sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre tazmin edilemeyeceğini belirtmektedir. Bu yazarlara göre¹⁸⁷, kişilik hakkının ihlalinden doğan manevi zararda, daima bir haksız fiil sorumluluğu söz konusudur. Bu görüşe göre, manevi tazminat talep edebilmek için, kişilik hakkının hukuka aykırı olarak ihlal edilmesi gerekir. Bu nedenle, davacı manevi tazminatı, her olayda haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine göre talep edebilecektir. Çünkü hukuka aykırılık, haksız fiilden doğan sorumluluğun koşullarından birisidir ve sözleşme hukuku sistemine tamamen aykırıdır. Art.99 Abs.III OR’nin atfıyla sözleşme hukukunda Art.47 ve Art.49 OR kıyasen uygulanamaz. Kişilik hakkının ihlali nedeniyle manevi zarara uğrayan, doğrudan

¹⁸⁷ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.49, N.75; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.122. Eski Fransız Hukukundaki bu yöndeki görüşler için bkz. Saymen, **Manevi Zarar**, s.141.

Art.49 OR'ye dayanarak manevi zararının tazminini talep edebilir¹⁸⁸. Bundan dolayı, eğer sözleşmeye aykırı davranış aynı zamanda bir haksız fiil niteliği taşımamakta ise manevi tazminat talep edilemez¹⁸⁹.

Bu görüşteki yazarlardan bazıları, Art.99 III OR hükmünün almanca metnine dayanmaktadır. Hükmün lafzına göre, haksız fiilden doğan sorumluluk hükümleri, sorumluluğun ölçüsü hakkındaki hükümler ile sınırlandırılmıştır. Sorumluluğun ölçüsü ile kast edilen, maddi tazminatın belirlenmesine ilişkin hükümlerdir. Bu hükümler, tazminatın belirlenmesine ilişkin Art.43 OR(BK m.43) ile tazminatın tenkisine ilişkin Art.44 OR (BK m.44) dir¹⁹⁰. Manevi tazminatın özel koşulları da düzenleyen Art.47 ve 49 OR, “sorumluluğun ölçüsü” ile ilgili hükümler arasında yer almadığı için Art.99 OR'nin kapsamı dışındadır¹⁹¹.

Diğer yandan azınlıkta kalan bu görüşe göre, sözleşmeye aykırı davranış, sadece kişilik hakkını ihlal eden davranıştır¹⁹². Bu yüzden, zarar veren ile mağdur arasındaki sözleşmeden doğan ilişkiler, Art.47 ve Art.49 OR nin uygulanması bakımından bir etki sağlamaz¹⁹³.

Sonuç olarak bu görüş, sözleşmeye aykırı davranışın kişilik hakkını ihlal eden bir davranış olabileceğini, ancak bu davranışın hukuka aykırı olması halinde manevi tazminatın haksız fiilden doğan sorumluluğa dayanılarak (Art.47/Art.49 OR) talep edilebileceğini kabul etmektedir.

¹⁸⁸ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.49, N.75.

¹⁸⁹ Albert Comment, **De la demeure du débiteur dans les contrats bilatéraux**, Art.107-109 CO, Thèse, Berne, 1924, s.104 (Naklen: Lemp, **a.g.e.**, s.137).

¹⁹⁰ Brunner, **a.g.e.**, N.98; Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, Beta Basım, Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2007, s.131, N.174; Max Schaerer, **Recht und Gerichtspraxis über Haftpflicht und Schadenersatz**, Bern, Verlag R. Suter & Cie, 1940, s.100.

¹⁹¹ Koller, **Genugtuung**, N.82; Comment, **a.g.e.**, s.104 (Naklen: Lemp, **a.g.e.**, s.137).

¹⁹² Brehm, **Berner Kommentar**, Art.49, N.75.

¹⁹³ Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.122.

2. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Zararın Tazminini Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Sorumluluğa Dayandıran Görüş

İsviçre doktrininde baskın olan göre¹⁹⁴, kişilik hakkını ihlal eden ve manevi zarara neden olan davranış, sözleşmeye aykırı davranış ise, hak sahibi, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilir.

Bu görüşe göre¹⁹⁵, sözleşmeye aykırı davranış ile kişilik hakkının ihlali sonucunda, maddi zararın yanında manevi zarar da doğabilir. Bu halde her iki zararın tazmini de aynı sorumluluk hükümlerine göre, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre tazmin edilebilir.

Manevi zararın sadece haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlere göre tazmin edilebileceğini kabul etmek, sözleşmeye aykırılıktan doğan maddi tazminat ile manevi tazminat arasında farklı sonuçların uygulanmasına neden olur. Şöyle ki, sözleşmeye aykırılıktan doğan maddi tazminat bakımından, Art.127 OR (BK m.125)

¹⁹⁴ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.53, 298 vd.; Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allgemeiner Teil, 4. Auf., Bern, Staempfli Verlag AG, 2006, N.17.03; Gurzeler, **a.g.e.**, s.76; Koller, **Genugtuung**, N.69 vd.; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.47, N.2; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.99, N.20-21; Vito Roberto, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Zürich, Schulthess, 2002, N.911; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.99, N.5; Weber, **Berner Kommentar**, Art.97, N.172, Art.99, N.269; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, § 10, N.13; Peter Gauch, Walter R. Schlupe, Jörg Schmid, Heinz Rey, **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allgemeiner Teil, B.II, 7. Auf., von Heinz Rey, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998, N.2634, 2798; Gauch, Schlupe, Jaeggi, **a.g.e.**, N.2634, 2798; Brunner, **a.g.e.**, N.499; Bucher, E., **Obligationenrecht**, § 20/III, s.349; Merz, **Obligationenrecht**, s.241; Offinger, **Haftpflichtrecht**, s.288, 440; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s.127; Andreas von Tuhr, Arnold Escher, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, B.II, 3. Auf., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1974, § 68 s.103; Markus Neuenschwander, **Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht**, Bern, Verlag Staempfli & Cie AG., 1971, s.94; Pierre Tercier, **Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en Droit Civil Suisse**, Thèse, Fibourg, 1971, s.127 vd.; Stoll, **Gutachten**, s.68; Hans Rudo Barth, **Schadensersatz bei nachtraeglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, unter dem Gesamtaspekt des Schadensersatzes infolge Vertragsverletzung**, Aarau, Verlag H.R. Sauerlaender & Co., 1958, § 22 s.206; Egger, **Zürcher Kommentar**, Art.28, N.19; Hugo Oser, Wilhelm Schönenberger, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art.1-183, 2. Auf., Zürich, Schulthess & Co., 1929, Art.99, N.14; Hochstrasser, **a.g.e.**, s.74 vd; Jörg Schmid, "Vertragsverletzung und Genugtuung", **Festschrift für Ernst A. Kramer**, Basel, 2004, s.652 vd.; Otto Müller, "Klage auf Genugtuung aus Vertragsbruch", **SJZ**, 1907/11, s.154; C. Chr. Bruckhardt, "Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht", **ZSR** (44) 1903, s.491 vd.

¹⁹⁵ Koller, **Genugtuung**, N.95; Schmid, **a.g.e.**, s.652.

gereği on yıllık zamanaşımı uygulanacak; borçlu sorumluluktan kurtulmak için kusurunun olmadığını ispatla yükümlü olacak (Art.97 OR/ BK m.96); borçlunun kullandığı yardımcı kişinin verdiği zararlardan sorumluluğu bakımından Art.101 OR (BK m.100) uygulanacaktır. Oysa sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle kişilik hakkı ihlal edilen ve manevi zarara uğrayan taraf, sadece haksız fiilden doğan sorumluluğa dayanarak manevi tazminat talep edecek ise, zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren bir yıllık zamanaşımı süresi uygulanacak (Art.60 OR/BK m.60); davacı, davalının kusurlu olduğunu ispatla yükümlü olacak (Art.41 Abs.1/BK m.41 f.I); istihdam edilen kişilerin verdiği manevi zarar bakımından Art.55 OR/BK m.55 uygulanacaktır. Böylece, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun, haksız fiilden sorumluluğa göre daha avantajlı olan hükümlerinden sadece sözleşmeye aykırı davranış sonucu maddi menfaatleri ihlal edilen kişi yararlandırılmış olacaktır. Oysa ki, sözleşmeye aykırı davranış sonucu doğan maddi zarar ile manevi zararın tazmini arasında bu yönde ayırım yapılmamalı¹⁹⁶; alacaklının malvarlığı değerleri gibi kişilik değerleri de sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun alacaklı için daha elverişli olan hükümleri ile korunabilmelidir¹⁹⁷. Aksine bir sonucun kabulü, hak sahibinin maddi değerlerine ilişkin menfaatlerinin kişilik değerlerinin korunmasına yönelik menfaatlerinden daha üstün tutulduğunu gösterir¹⁹⁸.

İsviçre doktrinde baskın olan görüşe göre, taraflar arasındaki borç ilişkisi, manevi tazminatın koşullarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğinin ve manevi tazminatın miktarının belirlenmesi bakımından etkilidir. Bu yüzden, azınlıkta kalan görüş, taraflar arasındaki borç ilişkisinin manevi tazminata etkisini göz ardı ettiği için eleştirilmektedir¹⁹⁹.

Ancak İsviçre Hukukunda, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatın yasal dayanağın hangi hüküm konusunda tartışma bulunmaktadır. Bu tartışmaların temelinde, Art.99 III OR hükmünün resmi metinleri arasındaki farklılık bulunması ve hükmün hangi haksız fiil hükümlerine atıf yaptığının net olarak belirlenememesi yatmaktadır. Aşağıda bu görüşler incelenecektir.

¹⁹⁶ Koller, **Genugtuung**, N.95; Schmid, **a.g.e.**, s.652.

¹⁹⁷ Schmid, **a.g.e.**, s.652.

¹⁹⁸ Koller, **Genugtuung**, N.95.

¹⁹⁹ Koller, **Genugtuung**, N.104.

a. Art.97 OR'nin Yasal Dayanak Olduğu Görüşü

Doktrinde bir görüşe göre²⁰⁰, Art.99 III OR'nin almanca ve İtalyanca metinleri göz önüne alınarak yorum yapıldığında, hükmün Art.47 ve 49 OR'nin sözleşme hukukunda kıyas yolu ile uygulanmasına olanak vermediği görülür.

Bu görüşün Art.99 III OR hükmüne dayanmamasının nedeni, hükmün hazırlık çalışmalarındaki belirsizlik ve resmi metinleri arasındaki tutarsızlıktır²⁰¹. Hazırlık çalışmaları sırasında, raportör Hoffmann, bu düzenleme ile haksız fiil ile sözleşmeye aykırılıktaki kusur arasında uygun bir paralellik kurulduğunu, diğer yönden örnek olarak, zamanaşımı bakımından böyle bir paralelliğin söz konusu olamayacağını belirtmiştir²⁰². Schmid, Hoffmann'ın zamanaşımı bakımından haksız fiil hükümlerinin sözleşmeye aykırılıktan sorumluluk halinde uygulanamayacağını vurguladığını, ancak manevi tazminat talepleri bakımından bir açıklık getirmediğini belirtmiştir²⁰³. Oysa ki, Art.99 III OR hükmünün hazırlık çalışmaları incelendiğinde, kanun koyucunun aksine bir sonucu arzu ettiği de kabul edilemez. Alacaklı ile borçlu arasındaki özel ilişki gereği, alacaklının hukuki değerlerinin ihlali halinde doğan manevi zararın tazmini ile maddi zararın tazmini, aynı koşul ve sonuçlara tabi olmalıdır. Sözleşmeye aykırılık halinde doğan manevi zarar ile maddi zararın tazmini bakımından aynı hükümler uygulanmalıdır. Bu çözüm, alacaklının en önemli menfaatlerinin garanti altına alınmasını sağlayacaktır²⁰⁴. Bu halde, sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat bakımından bilinçli bir boşluk olduğundan söz edilmez. Art.99 III OR hükmü de uygulanamayacağına göre, kanunda açık bir boşluk olduğunun kabulü gerekir. Boşluk, Art.97 OR vd. (BK m.96 vd.) hükümlerinin kıyasen uygulanması yolu ile doldurulmalıdır²⁰⁵.

Doktrinde diğer görüş ise²⁰⁶, sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat talep edilip edilemeyeceği sorunu bakımından iki çözümün düşünülebileceğini belirtmektedir. İlk ihtimalde, sözleşmeye aykırılık aynı zamanda haksız fiil

²⁰⁰ Schmid, **a.g.e.**, s.652.

²⁰¹ Schmid, **a.g.e.**, s.648 vd.

²⁰² Hoffmann, Sten. Bull, Staenderat 1910, s.180 (Naklen: Schmid, **a.g.e.**, s.649).

²⁰³ Schmid, **a.g.e.**, s.649-650.

²⁰⁴ Schmid, **a.g.e.**, s.652.

²⁰⁵ Schmid, **a.g.e.**, s.652.

²⁰⁶ Tercier, **Contribution**, s.126 vd.

oluşturmakta ise, zarar gören duruma göre, Art.47 veya Art.49 OR'ye dayanarak manevi tazminat talep edebilir. Burada, sözleşme dışı veya haksız fiile dayanan bir çözüm söz konusudur. İkinci ihtimalde ise, Art.97 OR vd. kurallarının aynı zamanda manevi zarara ilişkin olabileceği kabul edilerek soruna akdi çözüm bulunabilir. Sözleşmeye aykırılık ile alacaklı manevi zarara uğradığında, Art.99 Abs.III ve Art.97 OR'nin uygulanmasıyla manevi tazminat talep edilebilir. Her iki ihtimale göre çözüm, haksız fiil ve sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk arasındaki farklara göre farklı sonuçlara yol açabilecektir.

b. Art.99 Abs.III OR'nin Yasal Dayanak Olduğu Görüşü

Doktrinde diğer görüş ise²⁰⁷, Art.99 OR hükmünün atıf yaptığı haksız fiil hükümleri arasında Art.47 ile Art.49 OR'nin de bulunduğunu ve bu hükümlerin kıyasen uygulanması ile manevi tazminatın sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre talep edilebileceğini kabul etmektedir.

Bu görüşe göre, Art.99 III OR'nin hazırlık çalışmalarından, kanun koyucunun Art.47 ve Art.49 OR'yi atıf yapılan haksız fiil hükümlerinin kapsamı dışında bırakılmak istediği sonucu çıkarılmaz. Çünkü 1909 tasarısında hükme eklenen ve Art.99 III OR'de de yer alan, "*haksız fillerde sorumluluğun ölçüsüne ilişkin hükümler*" ifadesi ile amaçlanan, haksız fiile ilişkin zamanaşımı süresini düzenleyen hüküm, atıf yapılan hükümler arasından çıkarmaktır²⁰⁸. Manevi tazminat taleplerini düzenleyen Art.47 ve Art.49 OR'yi atıf yapılan hükümler arasından çıkarmak amaçlanmamaktadır.

²⁰⁷ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.53; Schwenzer, **Obligationenrecht**, N.17.03; Koller, **Genugtuung**, N.90; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.99, N.14; Roberto, **Haftpflichtrecht**, N.911, s.263; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 10, N.1; Weber, **Berner Kommentar**, Art.99 N. 269; Brunner, **a.g.e.**, N.90, 101, 501; Bucher, E, **Obligationenrecht**, § 20/III, s.349; Peter Gauch, Walter R. Schluemp, **Schweizerische Obligationenrecht**, B.II, 4. Auf., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1987, N.1608; Merz, **Obligationenrecht**, s. 241-242; Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, C.1-2, Çev.: Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No:15, Ankara, Olguç Matbaası, 1983, s.569, dn.71; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.288, 440; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, § 68 II, s.103; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, § 16 I, s.127; Neuenschwander, **a.g.e.**, s.94; von Büren, **a.g.e.**, s.86; Barth, **a.g.e.**, § 22 s.206; Becker, **Berner Kommentar**, Art.97 N.26; Schaerer, **a.g.e.**, s.100; Lemp, **a.g.e.**, s.138 vd.; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art.99, N.14; Hochstrasser, **a.g.e.**, s.75, 77; Celle Rötelmann, "Nichtvermögensschaden und Persönlichkeitsrechte nach schweizerischem Recht", **AcP** 160 (1961), s.392, 408; Bruckhardt, **a.g.e.**, s.489 vd.

²⁰⁸ Hochstrasser, **a.g.e.**, s.75.

Art.99 III OR'nin uygulama alanı, dar kapsamlı almanca ve İtalyanca metinlerinin lafzına dayandırılarak sınırlandırılmamalı, aksine, hükmün amacına göre bir yorum yapılarak atıf yapılan haksız fiil hükümlerinin kapsamı belirlenmelidir²⁰⁹. Art.99 Abs.III OR'nin amacı, Art.97 vd. OR hükümlerini, haksız fiilden doğan sorumluluk hükümleri ile tamamlamaktır. Art.99 Abs.III OR, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk ile haksız fiilden doğan sorumluluk arasında bir bağlantı kurarak, haksız fiil hukukunun kapsamlı sorumluluk düzenlemelerinin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa uygulanmasını sağlamaktadır²¹⁰. Böylece kanunda düzenlenmeyen sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa ilişkin bazı sorunların, haksız fiile ilişkin hükümlerin uygulanması ile çözümlenmesi amaçlanmaktadır.

Hükmün almanca metninde yer alan “sorumluluğun ölçüsü” kavramı geniş yorumlanmalıdır. Bu görüşe göre²¹¹, kanun koyucu, tazmin edilecek zararın ölçüsü yerine sorumluluğun ölçüsü kavramını bilinçli olarak kullanmıştır. Sorumluluk, yükümlülüğün ifası ve yükümlülüğün ihlalinde doğacak sonuçların ortadan kaldırılmasından doğan sorumluluğu kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Kanun, sorumluluk kavramını, BK m.41 vd.nda hem maddi zararın tazmini hem de manevi zararın denkleştirilmesini kapsayacak şekilde kullanmıştır. Sorumluluk, sadece maddi zararın tazmininden sorumluluğu kapsamaz. Bu nedenle sözleşmeye aykırı davranışı ile alacaklıya zarar veren, verdiği maddi ve manevi zararları tazmin etmekle sorumlu olmalı, o, sadece maddi zararın tazmini ile sorumlu tutulmamalıdır. Ayrıca manevi tazminatın belirlenmesine ilişkin özellikleri de içermesi dolayısıyla Art.47 ve Art.49 OR de sorumluluğun ölçüsüne ilişkin hüküm niteliği taşımaktadır. Bu nedenle, manevi tazminatın belirlenmesi bakımından, Art.99 III OR, Art.47-49 OR hükümlerini de kapsamaktadır²¹².

Ayrıca Fransızca metin, Almanca metinden çok daha kapsamlı bir ifade taşımaktadır. Buna göre, haksız fiilden doğan sorumluluğa ilişkin tüm hükümlerin, sözleşmeye aykırılık halinde “kıyasen” uygulanabileceği belirtilmektedir. Fransızca metne dayanılarak, Art.47 ve 49 OR nin hem manevi tazminatın özel koşulları, hem

²⁰⁹ BGE 102 II 224.

²¹⁰ Koller, **Genugtuung**, N.72.

²¹¹ Lemp, **a.g.e.**, s.138.

²¹² Koller, **Genugtuung**, N.94, s.45; Weber, **Berner Kommentar**, Art.99, N.179.

de belirlenmesi bakımından Art.99 III OR çerçevesinde sözleşme hukukunda kıyasen uygulanabileceği söylenebilir²¹³.

Almanca metin, Fransızca metinden farklı olarak, “kalan hallerde (Im übrigen)” kelimeleri ile başlamaktadır. Doktrine göre, “kalan hallerde” ifadesi, hükmün tamamlayıcı özelliğini gösterir²¹⁴. “kalan hallerde” ifadesi, hükmün ilk iki fıkrasında düzenlenen haller ile ilgili olarak değil, genel olarak anlaşılmalıdır. Buna göre, sözleşme hukuku ile ilgili hükümlerde, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa ilişkin somut olaydaki soruna çözüm getiren bir hüküm yok ise, ilgili haksız fiil hükümleri, Art.99 OR III hükmünün atfi dolayısıyla uygulama alanı bulacaktır. Böylece, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk ile ilgili eksiklikler tamamlanacaktır²¹⁵. Manevi tazminat bakımından sözleşme hukukunda bir hüküm bulunmadığına göre, Art.99 III OR’nin atfıyla, Art.47 ve 49 OR’nin kıyasen uygulanabilecektir.

Mehaz Art.99 hükmünün kenar başlığı da almanca ve Fransızca metinlerinde farklıdır. İsviçre doktrinine göre²¹⁶, kenar başlıkları, Art.99 III OR hükmü ile ilgili değildir. Şöyle ki, almanca metnin kenar başlığı olan “sorumluluğun ölçüsü”, eski Borçlar Kanunu’nun 113.maddesinin, bugünkü Borçlar Kanununun 99.maddesinin 1.ve 2.maddelerine aktarılması ile Borçlar Kanunu’nda yerini almıştır. Bu nedenle, “sorumluluğun ölçüsü” kenar başlığı, Art.99 I ve II (BK m.98 f.I) ile ilgilidir ve tarihsel süreçteki gelişimi nedeniyle Art.99 f.III OR hükmü ile ilgili değildir²¹⁷. Art.99 OR hükmünün “tazminatın kapsamı (Umfang der Schadensersatz)” kenar başlığı ise, yine tarihsel gelişimin bir sonucu olarak hükmü konulmuştur. Art.116 aOR hükmünün “borçlu, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifade edilmemesinin

²¹³ Lemp, **a.g.e.**, s.139.

²¹⁴ Brunner, **a.g.e.**, N.116.

²¹⁵ Koller, **Genugtuung**, N.81.

²¹⁶ Koller, **Genugtuung**, N.80; Brunner, **a.g.e.**, N.25 vd. eski Borçlar Kanunu’nda maddelerin kenar başlığı yoktu. Ancak Heinrich Hafner tarafından metne özel olarak kenar başlıkları konuldu. Heinrich Hafner, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Anmerkungen und Sachregister, 1, A., Zürich 1883/ 2.A., Zürich 1905 (Naklen : Brunner, **a.g.e.**, s.9, dn.26). Buna göre, eski Borçlar Kanunu’nun 113.maddesinin kenar başlığı, “Sorumluluğun ölçüsü”, 116.maddesinin kenar başlığı, “Tazminatın Kapsamı” idi. Art.113. aOR, bugünkü art.99 I ve II OR(BK m.98 f.I) ile uyumlu bir düzenleme idi. Art.113 aOR, 1905 tasarısındaki Art.1121 hükmünün 1.ve 2.fikrası olarak düzenlendi ve “Sorumluluğun ölçüsü” kenar başlığı Art.1121 hükmünün kenar başlığı oldu. 1909 tasarısının 1121 maddenin 1. ve 2.fikraları da, 1905 tarihli tasarının 1121.maddesinin 1.ve 2.fikraları ile aynıydı. Brunner, **a.g.e.**, N.26.

²¹⁷ Brunner, **a.g.e.**, N.30, 31.

doğrudan sonucu olarak sözleşmenin kurulmasında öngörülebilir tüm zararları tazmin etme yükümlülüğündedir” şeklindeki 1. fıkrası ile “hakim, tazminatın miktarını, özel durumları göz önüne alarak, serbest takdirine göre tespit eder” şeklindeki 2.fıkrası, 1905 tarihli tasarının “tazminatın kapsamı” kenar başlıklı 1125.hükmüne alınmıştır. 1909 tasarısında ise, eski hukuka ilişkin hükümler ile yeni Art.1121 III hükmünün tazminatın belirlenmesi bakımından yarışma halinde olabileceği göz önüne alınmış, Komisyon, 1905 tasarısının Art.1125.maddesine 1909 tasarısında yer vermemiştir.²¹⁸ Ancak 1905 tasarısının 1125.maddesinin kenar başlığı 1909 tasarısının 1121.maddesine konulmuştur.

İsviçre doktrini, Fransızca kenar başlığının Art.99 III OR’ı sınırlandırdığını da ifade etmektedir²¹⁹. Buna göre, tazminatın kapsamı kenar başlığı, hükmün maddi tazminatın belirlenmesine ilişkin olduğu izlenimini verebilir. Çünkü İsviçre Hukukunda, tazminat (Schadensersatz) ile ifade edilen, maddi tazminattır. Ancak bu sonuç, hükmün amacına uygun düşmeyecektir²²⁰. Fransızca metindeki “réparation” kavramı, hem maddi zararın hem de manevi zararın tazminini kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır²²¹.

Sonuç olarak bu görüş, Art.99 Abs.III OR’nin atıf yaptığı haksız fiil hükümleri arasında manevi tazminat düzenleyen Art.47 ve 49 OR’nin de bulunduğunu ve Art.47 ve 49 OR’nin kıyasen uygulanması ile sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat talep edilebileceğini kabul etmektedir.

3. Federal Mahkeme’nin Benimsediği Görüş

Federal Mahkeme, uzun bir süre tereddütten sonra ilk kez, hizmet sözleşmesinin haksız feshi ile ilgili bir kararında, Art.49 OR hükmüne dayanarak

²¹⁸ Brunner, **a.g.e.**, N.21, s.7;

²¹⁹ Koller, **Genugtuung**, N.80.

²²⁰ Koller, **Genugtuung**, N.80, s.40.

²²¹ Lemp, **a.g.e.**, s.138.

manevi tazminat talep edilebileceğini kabul etmiş²²² ve daha sonra da bu içtihadını sürdürmüştür²²³.

Federal Mahkeme, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat taleplerinin kabul edilebileceğini belirtmekle birlikte, talebin hukuki dayanağının ne olduğunu net bir biçimde çoğu kez açıklamamaktadır. Federal Mahkemenin ilk kararına göre²²⁴, Art.99 Abs III OR'nin hazırlık çalışmalarından, kanun koyucunun, hükmün kapsamından Art.49 ve 47 OR'yi çıkarmak istediği net olarak çıkarılamaz. Ancak doktrinde de baskın görüş tarafından belirtildiği gibi, Art.99 Abs.III OR, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatın Art.49 OR'ye kıyasen talep edilebilmesine olanak sağlar. Böylece Art.49 OR'nin sözleşme hukuku alanında da uygulanabileceği kabul edilmiştir.

Federal Mahkeme, bir başka kararında²²⁵, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatı düzenleyen açık bir hükmün kanunda yer almadığını açıklamıştır. Bu halde, talep, daha önce içtihatlarla kabul edildiği üzere (BGE 54 II 481 vd), Art.99 III OR'nin atfi ile Art.47 veya 49 OR'nin kıyasen uygulanması ile ileri sürülebilecektir. Federal Mahkemeye göre²²⁶, Art.99 III OR'nin almanca ve İtalyanca metinlerinin kapsamı dar olmakla birlikte, genel yorum kurallarına göre, atfin kapsamı ve anlamı belirlenmelidir. Buna göre yapılan yorum sonucunda, bu hükmün, manevi tazminata ilişkin haksız fiil hükümlerinin, sözleşmeye aykırılık halinde kıyasen uygulanmasını engellemeyeceği kabul edilmiştir²²⁷.

²²² BGE 54 II 481 vd.

²²³ 22.4.2005 tarihli 2A.312/2004 N. Karar (Hizmet sözleşmesinde); 19.5.2003 tarihli, 4C.32/2003 N. Karar (Hekimlik sözleşmesinde); BGE 123 III 204 (Hekimlik sözleşmesinde); 116 II 519 vd (Hekimlik sözleşmesinde); 115 II 520 vd.; 102 II 19 vd (Hizmet sözleşmesinde); 87 II 290; 87 II 143 (Hizmet sözleşmesinde. Ayrıca bkz. Karl Oftinger, **Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerische Obligationenrecht**, 2. Aufl., Zürich, 1973, s.267, N.100) ; 80 II 257 (İşçinin beden bütünlüğünün ihlalinde); 76 II 109; 70 II 215 (Organizasyon sözleşmesinde); 64 II 254 (Eser sözleşmesinde); 54 II 483 (Sözleşmenin haksız feshinde).

²²⁴ BGE 54 II 481 vd.

²²⁵ BGE 116 II 519 vd.

²²⁶ BGE 55 II 35 vd.

²²⁷ BGE 54 II 481 vd.; 80 II 256 vd. ; 102 II 19; 116 II 519 vd.

Federal Mahkeme yeni tarihli kararlarında ise²²⁸, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat taleplerinin Art.99 Abs.III OR'nin atfı ile Art.47 veya Art.49 OR'nin kıyasen uygulanması ile ileri sürülebileceğini açıkça belirtmektedir.

V. TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN MANEVİ TAZMİNATIN YASAL DAYANAĞI

A. Genel Olarak

Türk Hukukunda da sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edilebileceğini açıkça düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. BK m.96'ya göre, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle doğan zarardan, borçlu, kusursuz olduğunu ispat etmedikçe, sorumludur Türk-İsviçre hukuk sisteminde baskın görüşe göre²²⁹, zarar, zarar verici olay sonucunda bir kimsenin rızası dışında malvarlığında meydana gelen azalmadır. Bu tanımla açıklanan, maddi zarardır²³⁰. Dolayısıyla, BK m.96/Art.97 OR gereğince,

²²⁸ 22.4.2005. tarihli 2A.312/2004 N. Karar; 19.5.2005 tarihli 4C.32/2003 N. Kararında ise, Art.99 III OR yoluyla Art.49 ve Art.47 OR'nin kıyasen uygulandığı BGE 123 III 204 ve 116 II 519 kararlarına atıf yapmaktadır.

²²⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.679; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.41, N.70; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.41, N.3; Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.45; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.41, N.8; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 1, N.26; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, § 10, N.5; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.1; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.155; Oftinger, Stark, **B.I.**, § 2 N.4; Alfred Keller, **Haftpflicht im Privatrecht**, Band I, 5. Auflage, Bern, Verlag Staempfli+Cie AG, 1993, s.52; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.8; Gauch, Schlupe, Jaeggi, **a.g.e.**, N.1607, 2624; Merz, **Obligationenrecht**, s.186; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, C.I, s.446; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s.83; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.286; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.63; BGE 127 III 405; 126 III 394; 123 IV 145; 115 II 481; 87 II 290. Bkz. Y.4.HD., 27.02.1975 T., 1975/13954 E., 1975/274 K.; 4.HD., 23.12.1982 T., 1982/7190 E., 1982/11637 K., (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.47). Buna karşılık Türk Hukukunda bazı yazarlar, zararı, geniş anlamda zarar olarak anlamakta ve manevi zararı da zarar kavramı içinde değerlendirmektedir. Bkz. Eren, **Borçlar Hukuku**, s.473, 482-483; Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.45-46; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.63; Fikret Eren, "Persönlichkeitsschutz und immaterieller Schaden", **Türkisch-schweizerische Juristentage 1989**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, s.33; Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", s.7. Yargıtay bir kararında zararı geniş anlamıyla tanımlamaktadır: "Zarar, kişinin isteği dışında gerek malvarlığında, gerek mal varlığı dışındaki hukuksal değerlerde oluşan eksiklikler." (Y. 4.HD., 2.10.1986 T., 1986/6103 E., 1986/6707 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.48, dn.6)).

²³⁰ Gurzeler, **a.g.e.**, s.62; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.473 ; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.338; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 1, N.27; OR **Hand Kommentar**, Art.41, N.8; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.155;

borçlunun tazmin etmekle sorumlu olduğu zarar, maddi zarardır²³¹. BK m.96'daki zarar ile kast edilen, manevi zarar değildir.

Türk Hukukunda sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edilip edilemeyeceği, öncelikle, BK m.98 f.II'nin atıf yaptığı haksız fiil hükümleri arasında manevi tazminat ile ilgili BK m.47 ve m.49'un da bulunup bulunmadığı sorununun çözümüne bağlıdır. Bu sebeple öncelikle BK m.98 f.II yorumlanacak ve varılan sonuca göre değerlendirme yapılacaktır.

BK m.98 f.II, mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun Art.99 III OR hükmünün Fransızca tercümesidir. BK m.98 f.II hükmüne göre, *“haksız fiilden mütevellit mesuliyete müteallik hükümler kıyasen akde muhalif hareketlere de tatbik olunur.”*

1926 tarihli Borçlar Kanunu'muzun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde ise, esas itibari ile manevi tazminat kavramına açıkça yer verilmediği; zararın maddi veya manevi zarar olması açısından herhangi bir ayırım yapılmadığı belirtilmektedir. BİLMEN, herhangi bir zararın az çok hem maddi hem de manevi etkilerinin bulunduğunu ve söz konusu durumda yalnız maddi veya yalnız manevi bir zararın bulunduğunun pek o kadar da kabul edilemeyeceğini, bu nedenle İslam fıkıhçılarının zararı ve tazminini genel bir şekilde değerlendirerek bunları ayrı ayrı incelemeyeceğini belirtmiştir²³². Ancak ölüm ve beden bütünlüğünün ihlali halinde bazı kurumların (örneğin diyet gibi) manevi tazminat niteliği olduğu da ifade edilmiştir²³³. Bu hallerin dışındaki diğer kişilik değerlerinin ihlali halinde ise manevi zararın tazmini açısından tam ve kapsamlı bir koruma yer almadığı, ancak bazı hukuki düzenlemelerin manevi tazminata yakın hükümler içerdiği kabul edilmektedir²³⁴. İslam

Merz, **Obligationenrecht**, s.186; Oftinger, Stark, **B.I**, § 2, N.4; Gauch, Schlupe, Jaeggi, **a.g.e.**, N.1607, 2624; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s.84; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, C.I, s.446; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.8; Urs Winter, “Genugtuung und Vorteilsausgleich”, **SJZ**, 1971/3, s.33-37.

²³¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.338; Koller, **Genugtuung**, N.75; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.97, N.53 vd.; Kostkiewicz, **OR Hand Kommentar**, Art.97, N.11; Bucher, E., **Obligationenrecht**, § 20/III, s.341 vd.; Gauch, Schlupe, Jaeggi, **a.g.e.**, N.1606 vd., N.2622 vd.; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, § 68, s.99.

²³² Ömer Nasuhi Bilmen, “İslam Hukukunda Manevi Zararların Tazmini”, **İÜHFİM**, C.VI, S.4, İstanbul 1940, s.798-812. Ayrıca bkz. Hüseyin Hatemi, **İslâm Hukuku Dersleri**, 3.baskı, İstanbul, Birleşik Yayıncılık, 1999, s.153. Bazı görüşlere göre ise, İslam Hukuku yalnızca maddi zararın tazminini kapsamaktaydı. Bkz. Choukrou Kardahi, Op.Cit. s.682 (Naklen: Saymen, **Manevi Zarar**, s.99, dn.1). Büyük çoğunlukla İslam hukukçularının da bu görüşte olduğu yönünde bkz. Hayredin Karaman, **Ana Hatlarıyla İslam Hukuku 3**, Hususi Hukuk, Borçlar ve Akitler, İstanbul, Ensar Neşriyat, 1986, s.179. Ancak Saymen, bu görüşe katılmamakta ve diyet kurumunun İslam Hukukunda manevi zararın tazmininin bilinen bir örneği olduğunu bildirmektedir. Bkz. Saymen, **Manevi Zarar**, s.99 vd.

²³³ Saymen, **Manevi Zarar**, s.100. Aynı görüşte: Ertaş, **Immaterieller Schaden**, s.153; Bilmen, **a.g.e.**, s.812.

²³⁴ Hatemi, **İslâm Hukuku Dersleri**, s.153; Saymen, **Manevi Zarar**, s.100; Bilmen, **a.g.e.**, s.801 vd

Hukukunda, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi zararın tazminine yönelik bir uygulama olmadığı da belirtilmektedir²³⁵.

B. BK m.98 f.II'nin İşlevi

BK m.98 f.II, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk ile haksız fiilden doğan sorumluluk arasında bir bağlantı kurarak, haksız fiil hukukunun kapsamlı sorumluluk düzenlemelerinin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa uygulanmasını sağlamaktadır²³⁶. Böylece kanunda düzenlenmeyen sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa ilişkin bazı sorunların, haksız fiile ilişkin hükümlerin uygulanması ile çözümlenmesi amaçlanmaktadır²³⁷.

BK m.98 f.II hükmüne göre, haksız fiilden doğan sorumluluk hükümleri, “*akde muhalif hareketlere de*” uygulanacaktır. “*akde muhalif hareketler*” ile kast edilen, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine neden olan davranışlardır²³⁸. Hükmün uygulama alanı bakımından sözleşmeye aykırılığın türleri arasında bir farklılık bulunmamaktadır²³⁹. BK m.98 f.II, gerek isimli sözleşmeler gerekse isimli sözleşmeler bakımından uygulanabilecektir²⁴⁰.

Ancak haksız fiil hükümleri, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun amacına ve bünyesine uygun olduğu ölçüde uygulanabilecektir²⁴¹. BK m.98 f.II, “*haksız fiilden mütevellit mesuliyete müteallik hükümlerin*” “*akde muhalif hareketlere*” **kıyasen** uygulanması gerektiğini vurgulamaktadır. Haksız fiilden doğan sorumluluk ile sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk arasındaki sınırları korumak amacıyla, haksız fiile ilişkin hükümlerin, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta kıyasen uygulanması gerekir. Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin bir düzenleme, doğrudan sözleşmeye aykırılık halinde uygulanamaz²⁴². Bu bakımından,

²³⁵ Karaman, **a.g.e.**, s.157.

²³⁶ Koller, **Genugtuung**, N.72.

²³⁷ Immenhauser, **a.g.e.**, s.45; Koller, **Genugtuung**, N.72, s.37; Hochstrasser, **a.g.e.**, s.76.

²³⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.293 vd.; Koller, **Genugtuung**, N.83.

²³⁹ Weber, **Berner Kommentar**, Art.99 N.150.

²⁴⁰ Brunner, **a.g.e.**, N.12.

²⁴¹ Koller, **Genugtuung**, N.83.

²⁴² Koller, **Genugtuung**, N.117.

haksız fiil hükümleri ancak sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun ilke ve özelliklerine uygun düştüğü ölçüde sözleşme hukukunda uygulama alanı bulabilir²⁴³.

C. BK m.98 f.II'nin Yorumu

1. BK m.98 f.II'nin Lafzi Yorumu

BK m.98 f.II hükmüne göre, *“haksız fiilden mütevellit mesuliyete müteallik hükümler kıyasen akde muhalif hareketlere de tatbik olunur.”*

Hükümde, sözleşmeye aykırılık halinde kıyasen uygulanacak olan haksız fiil hükümleri sınırlandırılmamıştır. Buna göre, kıyas yolu ile uygulanabildiği ölçüde, tüm haksız fiil hükümleri sözleşmeye aykırılık halinde uygulanabilecektir. Bu nedenle, Türk Borçlar Kanunu 98.maddesinin lafzi yorumu bakımından şu sonuca varılır: haksız fiilden doğan sorumluluğa ilişkin hükümler arasındaki BK m.47 ve 49, sözleşmeye aykırılık halinde de kıyasen uygulanabilir. Bu sonuç, BK m.98 f.II hükmünün karşılığı olan mehz kanunun Art.99 III OR'nin Fransızca metnine de uygundur. Çünkü Türk Borçlar Kanunu, mehz kanunun Fransızca metni esas alınarak hazırlanmıştır. Diğer yandan, daha önce de belirtildiği gibi, İsviçre doktrini açık olmayan almanca metnin geniş yorumlanması ile de bu sonuca varmaktadır²⁴⁴.

2. BK m.98 f.II'nin Sistemik Yorumu

BK m.98 f.II, Borçlar Kanununun “Umumi Hükümleri”nin, “Borçların Hükümü” başlıklı ikinci babının (BK m.67-112), “Borçların Ödenmemesinin Neticeleri” başlıklı ikinci faslında (BK m.96-108) yer almaktadır.

²⁴³ Koller, **Genugtuung**, N.118.

²⁴⁴ Bkz. Bölüm I, IV, C, 2, b.

Türk Borçlar Kanununun 98.maddesinin kenar başlığı, “II. Mesuliyetin vüsati I.Umumiyet itibariyle” dir²⁴⁵.

Sorumluluğun kapsamı (mesuliyetin vüsati) üst kenar başlığı altında, borca aykırılıktan dolayı borçlunun sorumluluğunun kapsamı düzenlenmektedir²⁴⁶. Sorumluluğun kapsamı kavramı, normal olarak doğması gerektiği halde sorumluluğun hiç doğmayacağını veya doğmaması gerekirken sorumluluğun doğacağını veya belirli hallerde sorumluluğun doğacağını fakat ödenecek tazminat miktarında indirim yapılması gerektiğini ifade etmektedir²⁴⁷. Nitekim BK m.98 f.I’de borçlunun kural olarak her türlü kusurundan sorumlu olacağı ve sorumluluğun kapsamının işin özel niteliğine göre çok veya az olabileceği; BK m.99’da, borçlunun sorumluluktan kurtulmasına ilişkin anlaşmalar; BK m.100’de ise, yardımcı kişinin fiilinden dolayı borçlunun sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu açıdan “sorumluluğun kapsamı” kenar başlığı, BK m.98-100 hükümlerinin içeriğine uygundur²⁴⁸. BK m.98 hükmünün alt kenar başlığının “umumiyet itibariyle” olması da, hükümde, sorumluluğun kapsamı bakımından genel ilkelerin konulduğunu göstermektedir.

Ancak BK m.98’in kenar başlığı değerlendirilerek yapılan bu yorum, BK 98 f.II hükmünün uygulama alanını sınırlandıracaktır. Çünkü kenar başlığı göz önüne alındığında, BK m.98 f.II’nin, BK m.98-100 arasındaki hükümlerde düzenlenmeyen ve sorumluluğun kapsamına ilişkin haksız fiil hükümlerine (BK m.43/m.44) atıf yaptığı sonucuna varılacaktır²⁴⁹. Oysa, “sorumluluğun kapsamı”, “sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle BK m.96 vd.’na göre doğan sorumluluk” olarak anlaşıldığında, manevi tazminat ile ilgili hükümler bu kapsama giremez. Ancak sorumluluk, amaca uygun bir biçimde, “sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle doğan maddi ve manevi zararı tazminden sorumluluk” olarak yorumlanabilir. Bu halde, manevi zararın tazmininden kişinin hangi özel koşullarda, ne ölçüde sorumlu olacağını düzenleyen BK m.47 ve 49’un da “sorumluluğun kapsamı” ile ilgili hükümler olduğu kabul edilebilir.

²⁴⁵ TBMM 26.12.1944 T. ve 1367 S. Yorumunda, başlıkların kanun metninden sayılamayacağına karar vermiştir (RG. 5621 S). Ancak bu, yorum yapılırken kenar başlıklarından yararlanılmasını engellemez. Doral, Sarı, **a.g.e.**, s.96.

²⁴⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.338.

²⁴⁷ Nomer, **Borçlar Hukuku**, s.131, N.174.

²⁴⁸ Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.99, N.13.

²⁴⁹ Nomer, **Borçlar Hukuku**, s.131, N.174; Schaerer, **a.g.e.**, s.100.

Borçlar Kanunu öntasarısında ise, Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, İsviçre Borçlar Kanunu'nun almanca metninin kenar başlığı esas alınmıştır. Tasarının 113.maddesinde BK m.98 f.II hükmüne benzer bir düzenleme yer almaktadır. "II. Sorumluluğun ölçüsü ve giderim borcunun kapsamı, 1. Genel olarak" kenar başlığı altındaki hüküm şöyledir: "*Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır (113/II)*". Yukarıda belirttiğimiz gibi, bu kenar başlığı, BK m.98-100 hükümlerinde düzenlenen konuları kapsayan bir başlık olmasına rağmen, BK m.98 f.II'nin uygulama alanını daraltabilecek bir başlıktır.

Sonuç olarak, BK m.98 kenar başlıkları ile ele alındığında, atıf yapılan haksız fiil hükümlerinin sınırlandığı görülmektedir. Oysa bu sonuç, hükmün amacı ile uyumlu değildir. Hükmün amacı, günümüzdeki ihtiyaçlar ve kişilik hakkının sözleşme hukukunda da korunması nedenleriyle, hükmün kenar başlığının sınırlayıcı ifadesi göz önüne alınmamalıdır. Bu halde, BK m.98 'nin, Borçlar Kanunu'nun borcun ifa edilmemesinin genel sonuçlarının düzenlendiği BK m.96. hükümleri arasında yer aldığı göz önüne alınmalıdır. Sistematik yerine göre yapılacak bu yorum sonucunda, hükmün, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk halinde kıyasen uygulanabilecek tüm haksız fiil hükümlerine atıf yaptığı kabul edilmelidir²⁵⁰.

3. BK m.98 f.II'nin Amacı ve Yorumun Yapıldığı Zamandaki Koşul ve İhtiyaçlar

Art.99 III OR'ye yönelik tartışmalarda, hükmün hazırlık çalışmalarındaki belirsizlik ve resmi metinleri arasındaki uyumsuzluk sorun yaratmıştır. Hükmün amacının belirlenmesinde yardımcı olan hazırlık çalışmaları, sorunun çözümlenmesine ışık tutmamaktadır²⁵¹. Doktrine göre, hazırlık çalışmalarının sorunun çözümüne ışık tutmaması veya bu çalışmalardan çıkan sonuçların adil olmaması halinde, hüküm, zamanın ihtiyaçlarına ve korunması gereken menfaatlere

²⁵⁰ Brunner, a.g.e., N.37, s.12.

²⁵¹ Bkz. Bölüm I, IV, B, 2.

en uygun bir biçimde yorumlanmalıdır²⁵². İsviçre doktrini de bu amaçla, hazırlık çalışmalarındaki belirsizlik ve resmi metinler arasındaki farklılıklara rağmen, Art.99 III OR'yi amaca uygun bir biçimde yorumlamakta ve hükmün atıf yaptığı hükümler arasında, Art.47 ve Art.49 OR'nin de olduğunu kabul etmektedir²⁵³. Federal Mahkeme de, almanca ve İtalyanca metinlerin kapsamının dar bir şekilde düzenlenmesine rağmen, bunun sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminatın talep edilebilmesini önlemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme, Art.99 III OR nin atıf yaptığı hükümler arasında Art.47 ve Art.49 OR'nin de bulunduğu karar vermiştir²⁵⁴.

BK m.98 f.II/Art.99 III OR, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta BK m.96/Art.97 OR vd. hükümlerinde düzenlenmeyen hallerde, haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerinin kıyasen uygulanmasını sağlayan bir atıf hükmüdür²⁵⁵.

Kanun koyucu, haksız fiilden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa kıyasen uygulanıp uygulanamayacağı sorununa çözüm bulmak amacıyla Art.99 OR'yi düzenlemiştir²⁵⁶. Bu amacın, Türk kanun koyucu tarafından da benimsendiği söylenebilir.

Buna göre, amaç, BK m.98 f.II (Art.99 III OR) ile haksız fiile ilişkin hükümlerin, sözleşme hukukunda - kıyas yolu ile- uygulanmasına izin veren yasal bir temel koymaktır²⁵⁷. Bu hüküm, haksız fiilden doğan sorumluluk ile sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk arasında bir köprü kurmaktadır²⁵⁸. Böylece, kanun koyucu, anlamsız yinelemelerden kaçınmak için, atıf yaptığı konu ile ilgili boşluğu kendisi doldurmaktadır. BK m.98 f.II hükmünün amacı, borcun ifa edilmemesinin

²⁵² Selahattin S. Tekinay, **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s.61.

²⁵³ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.17.03; Koller, **Genugtuung**, N.90; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.99, N.20-21; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.47,N.2; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, § 10, N.13; Weber, **Berner Kommentar**, Art.99 N. 269; Heinrich Honsell vd., **Handbuch des Arztrechts**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994, s.186, dn.313; Brunner, **a.g.e.**, N.90, 101, 501; Bucher, E, **Obligationenrecht**, §20/III, s.349; Gauch, Schlupe, **a.g.e.**, N.1608; Gauch, Schlupe, Jaeggi, **a.g.e.**, N.2634, 2798; Merz, **Obligationenrecht**, s. 241-242; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, § 8, s.288 ; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, § 68 II, s.103; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s.127; von Büren, **a.g.e.**, s.86; Becker, **Berner Kommentar**, Art.97 N.26; Schaerer, **a.g.e.**, s.100; Egger, **a.g.e.**, Art.28, N.19; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art.99, N.14; Hochstrasser, **a.g.e.**, s.77; Bruckhardt, **a.g.e.**, s.491.

²⁵⁴ 22.4.2005. tarihli 2A.312/2004 N. Karar; 19.5.2005 tarihli 4C.32/2003 N. Karar; BGE 54 II 481 vd.; 80 II 256 vd. ; 116 II 519 vd.; 123 III 204 vd.

²⁵⁵ Brunner, **a.g.e.**, N.37.

²⁵⁶ Hochstrasser, **a.g.e.**, s.75 vd.

²⁵⁷ Brunner, **a.g.e.**, N.32.

²⁵⁸ Koller, **Genugtuung**, N.72; Hochstrasser, **a.g.e.**, s.76.

sonuçları bakımından, sözleşme hukukunda düzenlenmeyen hallerde, kıyas yolu ile haksız fiilden doğan sorumluluk ile ilgili hükümleri uygulamak; sözleşme hukukundaki boşlukları tamamlamaktır²⁵⁹.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat taleplerini, BK m.96 vd.nda açıkça düzenlemeyen kanun koyucu, bu boşluğu, BK m.98 f.II'nin atfıyla BK m.47 ve 49'un kıyasen uygulanması ile doldurmayı amaçlamaktadır. Böylece, kanun koyucu, haksız fiil hukukunda olduğu gibi sözleşme hukukunda da kişilik hakkının korunmasını sağlamış olacaktır²⁶⁰.

Kişilik hakkını ihlal eden davranış, haksız fiil niteliği taşıyabileceği gibi, aynı zamanda sözleşmeye aykırı davranış da olabilir²⁶¹. Sözleşmeye aykırılık halinde doğan manevi zararın tazmin edilebileceği kabul edilir ise, kişilik değerleri ihlal edilen alacaklıya daha avantajlı bir koruma elde etme imkanı verilmiş olur ve kişilik hakkı, manevi tazminat yolu ile sözleşme hukukunda da etkin bir şekilde korunur. Bu sonuç, manevi tazminatın sadece kanunda belirtilen hallerde talep edilebileceğini kabul etmeyerek, bu konuda geniş ve etkili bir sistem getiren hukuk sistemimizle de uyumludur.

Diğer yandan, kanunumuzda, sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat talep edilemeyeceğini düzenleyen bir yasak da bulunmamaktadır²⁶².

Ayrıca sözleşme gereğince doğan yükümlülükleri, tarafların malvarlığına ilişkin menfaatlerinin korunmasına ve teşvik edilmesine yönelik yükümlülükler ile sınırlayan bir yasal düzenleme de bulunmamaktadır²⁶³. Aksine kanun koyucu da, bazı sözleşmeler bakımından, tarafların kişilik değerlerinin korunmasına ilişkin yükümlülükleri olduğunu düzenlemiştir. Örnek olarak, kira sözleşmesinde BK m.249, hizmet sözleşmesinde BK m.332, 348-349, taşıma sözleşmesinde TTK m.806 f.I, borçlunun alacaklının kişilik değerlerini korumakla ve onlara zarar vermemekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Sözleşme özgürlüğünün egemen olduğu hukuk sistemimizde, taraflar, BK 19-20 çerçevesinde konusu tarafların kişilik değerlerinin

²⁵⁹ Koller, **Genugtuung**, N.92; Brunner, **a.g.e.**, N.88, s.33; Gauch, Schluemp, Jaeggi, **a.g.e.**, N. 2786; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art.99, N.14.

²⁶⁰ Koller, **Genugtuung**, N.96.

²⁶¹ Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.96; Lemp, **a.g.e.**, s.139.

²⁶² Hochstrasser, **a.g.e.**, s.38.

²⁶³ Hochstrasser, **a.g.e.**, s.34.

korunması veya geliştirilmesi olan sözleşmeler yapabilirler²⁶⁴. Bu halde, bu yükümlülüklerin ihlali halinde, alacaklının kişilik hakkı ihlal edilebilir ve o, maddi ve/veya manevi zarara uğrayabilir.

Sözleşmeye aykırı davranış sonucunda uğranılan maddi zararın tazmini sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk temeline dayanılarak talep edebilir (BK m.96/Art.97 OR). Aynı şekilde, zarar gören, sözleşmeye aykırı davranış sonucunda uğradığı manevi zararın, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre tazminini de talep edebilmelidir²⁶⁵. Aksinin kabulü, adaletsizliklere yol açar.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümleri, zamanaşımı(BK m.125), kusurun ispatı (BK m.96) ve yardımcı kişinin sorumluluğu (BK m.100) bakımından, haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine (BK m.41, 55, 60) göre, hak sahibine (alacaklıya) daha iyi olanaklar sağlayacaktır²⁶⁶. Örneğin, doktorun yanlış teşhis koyması nedeniyle sağlık durumu kötüleşen hasta, maddi ve manevi zarara uğramıştır. Buna göre, hastanın yaptığı masraflar için maddi tazminat talebi on yıllık zamanaşımına (BK m.125), uğradığı manevi zarar için manevi tazminat talebi bir yıllık zamanaşımına (BK m.60) tabi olacaktır. Hasta, maddi tazminat bakımından borçlunun kusurlu olduğunu ispatla yükümlü olmayacakken, manevi tazminatta borçlunun kusurlu davranışı ile manevi zarara uğradığını ispatla yükümlü olacaktır. Oysa ki bu ayırım, her iki sorumluluk temelinin özüne ilişkin olmayan, sadece doğan zararın türü dikkate alınarak yapılan yapay bir ayırımdır. Her iki zararı doğuran neden, sözleşmeye aykırı davranış olduğundan her iki zararın da bu sorumluluk hükümlerine göre tazmini kabul edilmelidir²⁶⁷.

Maddi zarara uğrayanın sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa, manevi zarara uğrayanın sadece haksız fiilden doğan sorumluluğa dayanabileceğini kabul etmek ve onu sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun bu avantajlarından yararlandırmamak, malvarlığı değerlerinin kişilik değerlerinden daha iyi korunduğunu gösterir²⁶⁸. Bu ise, gerek İsviçre gerekse Türk hukukunda kişilik

²⁶⁴ Koller, **Genugtuung**, N.97; Stoll, **Gutachten**, s.148; Saymen, **Manevi Zarar**, s.142; Hochstrasser, **a.g.e.**, s..38.

²⁶⁵ Hochstrasser, **a.g.e.**, s.74 vd.

²⁶⁶ Bkz. Bölüm III, II.

²⁶⁷ Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.96.

²⁶⁸ Koller, **Genugtuung**, N.95; Brunner, **a.g.e.**, N.501. Alman Medeni Kanunu'nda değişiklik yapılmadan önceki dönemde, doktrin şu gerekçeyle sistemi eleştirmekteydi. Haksız fiil

hakkının korunmasına ilişkin ilkelere uyumlu olmayan bir sonuçtur. Nitekim, BK m.49 ve Art.49 OR'de manevi tazminat talep edebilmek için failin ağır kusurlu olması gereğini kaldıran kanun koyucu, bu değişikliğin nedeni olarak, malvarlığına ilişkin menfaatlerin kişilik değerlerinden daha az korumasız kalmasını engellemek olduğunu belirtmiş ve bu amacını ortaya koymuştur²⁶⁹.

Kişilik değerlerinin manevi tazminat kurumu ile korunmasını sadece haksız fiil sorumluluğu ile sınırlandırmamak, kişilik değerinin korunması veya geliştirilmesi taahhüt edilen kişinin menfaatlerinin korunması için gereklidir. Nitekim böyle bir taahhüt altına girerek karşı tarafta bu yönde güven oluşturan ve bunun karşılığında çoğu kez bir karşılık alan borçlunun menfaatlerinden çok, kişilik hakkı ihlal edilen mağdur-alacaklının menfaatleri üstün tutulmalıdır²⁷⁰. Sözleşmeye aykırı davranarak karşı tarafın kişilik hakkını ihlal eden ve manevi zarar veren, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun sonuçlarından kurtulamamalıdır. Kişilik hakkının ihlalinin kolaylaştığı günümüzde, sözleşmeye aykırı davranış yolu ile kişilik hakkı ihlal edilen tarafa böyle bir olanak sunulması halinde, onun menfaatleri daha etkin bir şekilde korunabilecektir.

Gerek hükmün amacı gerekse günümüzdeki toplumsal ihtiyaçlar çerçevesinde, BK m.98 f.II'nin atfı yaptığı ve sözleşmeye aykırılık halinde kıyasen uygulanabilecek haksız fiil hükümleri arasında BK m.47 ve BK m.49'un da yer aldığı kabul edilmelidir²⁷¹. Yargı kararlarında da, BK m.98 f.II yolu ile BK m.47 ve

sorumluluğunda hafif ihmali ile beden bütünlüğünü ihlal eden sorumluluğuna tutmak, buna karşılık ağır kusuru ile sözleşmeye aykırı davranıp borçlunun beden bütünlüğünü ihlal eden sorumluluğuna tutmamak, bir haksızlıktır. Bkz. Schmitz, **a.g.e.**,s.198; Wiese, **Der Ersatz des immateriellen Schaden**, s.10; Stoll, **Gutachten**, s.38.

²⁶⁹ Botschaft, BB1 1982 II 681. Türk kanun koyucusu da kişilik haklarını en geniş bir biçimde teminat altına altına istediğini, BK m.49'dan zararın ve kusurun özel ağırlığı koşulunu kaldırarak göstermiştir. Tasarı gerekçesine göre, "mevcut 49. madde, kişilik haklarına vaki tecavüzleri yeterince teminat altına almaktan uzak kalmaktadır. Bu nedenle kişilik haklarının en iyi biçimde korunabilmesi amacıyla 49 uncu madde yeniden düzenlenmiştir". Tasarının 8.maddesinin gerekçesi için bkz. Tasarı Metni, ABD., 1988/3, s.377. eski MK m.24'ü değiştiren 3444 sayılı Kanun tasarısının 1.maddesinin gerekçesinde de eski düzenlemenin kişilik hakkını eksik ve dolaylı bir şekilde koruduğu; bu nedenle manevi tazminatın ancak kanunda belirtilen hallerde talep edilebileceğine yönelik sınırlamanın kaldırıldığı belirtilmektedir. Tasarının 1.maddesinin gerekçesi için bkz. Tasarı Metni, ABD., 1988/3, s.370.

²⁷⁰ Saymen, **Manevi Zarar**, s.142.

²⁷¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.344; Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, 19. Bası, İstanbul, Beta Basım, Yayın ve Dağıtım A.Ş., 2006, s.310; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1011; Hatemi, **Fasiküller**, § 20 N.107; Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, C.1, s.291; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, §10 N.18; Selahattin S. Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla

BK m.49'nin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk halinde kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir²⁷².

Karşılaştırılmalı hukukta yaşanan gelişmeler de bu yöndedir. Daha önce belirtildiği gibi, manevi tazminatı ancak kanunda düzenlenen hallerde kabul eden Alman Hukuku bile, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta manevi tazminatı kabul etmiştir. Manevi tazminatın ancak kanunda düzenlenen hallerde talep edilebileceğini düzenleyen Yunan Medeni Kanunu'nun 299.maddesi, doktrin tarafından geniş yorumlanmakta, sözleşmeye aykırı davranış yoluyla kişilik hakkının ihlal edildiği hallerde, 299'un manevi zararın tazminine engel olamayacağı ileri sürülmektedir²⁷³. Manevi tazminatın genel bir hükümlerle düzenlenmediği Fransız Hukukunda, Medeni Kanununun Art.1382-1383 hükümlerinin hem maddi hem de manevi zararın tazminini düzenlediği belirtilmektedir²⁷⁴. Manevi tazminatın özellikle mahkeme kararları ile geliştirildiği bu hukuk düzeninde sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat talep edilebileceği kabul

Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s.857-858; Ertaş, **Immaterieller Schadensersatz**, s.164; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, s.825; Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.96; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.424 ; Saymen, **Manevi Zarar**, s.148-149; Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", s.12, 25.

²⁷² Y.13.HD., 10.4.2003 T., 2003/225 E., 2003/4308 K. (YKD. C.29, S.12, Aralık 2003, s.1850-1851); Y.3.HD., 18.09.2001 T., 2001/8170 E., 2001/7791 K. (YKD, C.28, S.2 Şubat 2002, s.184-188); Y.13.HD., 06.11.2000 T., 2000/8590 E., 2000/9569 K. (YKD C.27, S.4, Nisan 2001, s.547-549); Y.15.HD., 3.11.1999 T., 1999/4007 E., 1999/3868 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.656); Y.3.HD., 3.5.1999 T., 1999/3968 E., 1999/4509 K. (Mustafa R. Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, C.1, (Kusura Dayanan/Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk), 6. Bası, İstanbul, Beta Basım, Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2003, s.296); Y.11.HD., 22.4.1999 T., 1999/8309 E. 1999/3090 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.657-658); Y.15.HD., 6.4.1989 T., 1989/2698 E. 1989/1768 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.625-626); Y. 13.HD., 30.6.1986 T.,1986/3447 E. 1986/3793 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.629-630); TD., 22.3.1973 1973/601E. 1973/1210 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.650); 4.HD., 26.12.1967 T., 1967/9032 E. 1967/10637 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.209); Y.4.HD., 7.3.1967 T., 1967/1912 E. 1967/2070 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.581-582).

²⁷³ Matskidis, **a.g.e.**, s.24, 178. Aksi görüşte bkz. Bloemertz, **a.g.e.**, s.118.

²⁷⁴ Ady, **Immaterieller Einbussen**, s.19 ; Ursula Kerpen, **Das Internationale Privatrecht der Persönlichkeitsrechtsverletzungen, eine Untersuchung auf rechtsvergleichender Grundlage**, Frankfurt am Main Berlin Bern Bruxelles New York Oxford Wien, Peter Lang Eorapaeischer Verlag der Wissenschaften, 2003, s.44; Anja Trebes, **Zivilrechtlicher Schutz der Persönlichkeit vor Presseveröfentlichungen in Deutschland, Frankreich und Spanien, eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des einstweiligen Rechtsschutzes**, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2002, s.97, 127-128, 132 vd; Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.117-118; Carsten Heisig, **Persönlichkeitsschutz in Deutschland und Frankreich**, Inaugural-Dissertation, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 1999, s.148; Murat Ferid, Hans Jürgen Sonnenberger, **Das Französische Zivilrecht**, Band 1/1, Erster Teil: Allgemeine Lehren des französischen Zivilrechts: Einführung und Allgemeiner Teil des Zivilrechts, 2. Auflage, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 1994, s.352 I D 234 vd.; Hermann Eichler, **Personenrecht**, Springer Verlag Wien New York 1983, s.133; Ertaş, **Immaterieller Schaden**, s.4 ; Knetsch, **a.g.e.**, s.69; Thomas M. Remé, **Die Aufgaben des Schmerzensgeldes im Persönlichkeitschutz**, Rechtsvergleichende Beiträge zum Schadensrecht, Frankfurt/M. Berlin, Alfredmetznerverlag, 1962, s.18; Saymen, **Manevi Zarar**, s.29; Egger, **a.g.e.**, Art.28, N.1; Wagner, "Ersatz Immaterieller Schaedten", s.329; Özsunay, "Çeşitli Hukuk Çevrelerinde Manevi Zarar", s.494; Coing, **a.g.e.**, s.558. Fransız Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki süreçte doktrin hakkında bkz. Saymen, **Manevi Zarar**, s.22.

edilmektedir²⁷⁵. Kişilik hakkının en geniş ve etkin bir biçimde korunduğu İsviçre-Türk Hukuk düzenleri bakımından ise, aksine bir sonuca varmak mümkün olamayacaktır.

İsviçre hukukunda, sorumluluk hukukunun birleştirilmesi amacıyla hazırlanan Sorumluluk Hukukunun Birleştirilmesi ve Revizyonu Hakkındaki Federal Kanunun öntasarısındaki düzenleme de bu sonuca uygun bir hükme yer vermiştir²⁷⁶. Türk Borçlar Kanunu Tasarısında ise, “sorumluluğun ölçüsü ve giderim borcunun kapsamı” kenar başlığı altında, “haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerine de uygulanır” hükmüne yer verilmiştir (m.113 f.II). Yürürlükteki BK m.98 f.II, kenar başlığı hariç, aynen benimsenmiştir.

4. Sonuç

BK m.98 f.II'nin atfıyla BK m.47 veya BK m.49 kıyasen sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta uygulanabilecek ve sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edilebilecektir.

Kanun boşluğu, kanunun yorumlanması sonucunda somut olaydaki soruna cevap veren bir hüküm bulunmazsa söz konusu olacaktır²⁷⁷. Oysa ki, Türk Hukuku

²⁷⁵ Kuaförün müşterinin saçını yakması hakkındaki: Trib.Civ.Seine, 17.6.1931, Gaz. Trib.v.8.11.1931; tıbbi sorumluluk hakkında; Grenoble, 4.11.1946, D.1947.jur.79 (Naklen: Wagner, “Ersatz Immaterieller Schaedten”, s.327-328, dn.96). Ayrıca bkz. Ady, **Immaterieller Einbussen**, s.30; Braschos, **a.g.e.**, s.175 vd.

²⁷⁶ İsviçre Hukukunda, Sorumluluk Hukukunun Birleştirilmesi ve Revizyonu Hakkındaki Federal Kanun öntasarısının Art.42 hükmüne göre, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi hakkındaki düzenlemelerde veya özel borç ilişkileri ile ilgili hükümlerde saklı tutulmadıkça, bu bölümdeki hükümler (zararın –Schädigung- oluşumu hakkındaki genel hükümler) sözleşmeye aykırı davranışlardan doğan zararlar için de uygulanır. Öntasarı, Art.99 III OR hükmünü de şöyle düzenlemiştir: *Sözleşme hukukunda herhangi bir hüküm bulunmadıkça, sorumluluk hukukunun genel bölümündeki hükümler (Art.41-58) sözleşmeye aykırı davranıştan doğan zararlar için de uygulanır (m.99 III)*. Sorumluluk hukukunun genel bölümündeki hükümler arasında ise, “zarar” kenar başlığı altında manevi zarar, zararın bir türü olarak açıkça belirtilmekte (Art.45 I); “manevi zarar (Immaterieller Schaden)” kenar başlığını taşıyan Art.45e hükmünde, manevi zararın tazmininin koşulları (Art.45e I), manevi tazminat türleri (Art.45e II) ve ölüm ve özellikle ağır beden bütünlüğü ihlallerinde mağdurun yakınlarının da manevi tazminat talep etme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla, öntasarı, özellikle zarar bakımından –bu maddi veya manevi zarar olabilir- haksız fiil hükümlerine atıf yapmaktadır. Tasarının 99.maddesinde açıkça parantez içinde, 1905 Borçlar Kanunu Tasarısının Art.1121 III hükmüne benzer şekilde, manevi tazminatın düzenlendiği 45e hükmüne de atıf yapılmıştır. Bu konuda bkz. Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Kurzkomentar, ‘çevirimiçi’ www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht.par.0007.File.tmp/un-ve-d.pdf. (2.05.2006). Öntasarının akıbeti hakkında bkz. ‘çevirimiçi’ www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht.par.0007.File.tmp/un-ve-d.pdf. (12.05.2006).

²⁷⁷ Hasan Erman, **Medeni Hukuk Dersleri, Başlangıç Bölümü**, 2. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2004, s.38; Hüseyin Hatemi, **Medeni Hukuka Giriş**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Kasım 2004,

bakımından, BK m.98 f.II'nin yorumu ile BK m.47 ve m.49, kıyasen sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta uygulanabilecektir. Hukuksal soruna çözüm getiren bir yasal düzenleme bulunduğu için sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat bakımından kanunda boşluk bulunduğu söz edilemeyecektir. Buna göre, BK m.98 f.II hükmü olmasaydı, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat bakımından kanunda boşluk bulunduğu kabul edilecekti. Bu açık boşluğu doldurma görevi ise, hakime ait olacaktı. Hakim, MK m.1 çerçevesinde bu açık boşluğu dolduracaktı. Oysa, kanun koyucu, BK m.98 f.II hükmü ile hakimin boşluk ile ilgili ilk görevini yapmış ve borcun ifa edilmemesi ile haksız fiilden doğan sorumluluk hükümleri arasında bir benzerlik olduğunu belirtmiştir²⁷⁸. Bu nedenlerle, BK m.96/Art.97 OR'nin kıyasen uygulanması ile soruna çözüm bulmayı amaçlayan görüş, yerinde değildir.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat bakımından ayırım yaparak, Art.97 OR ve Art.99 Abs.III OR'nin uygulanması halinde sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanabileceğini, buna karşılık somut olayda haksız fiil söz konusu olduğunda sadece haksız fiil hükümlerinin uygulanabileceğini belirten görüş ise²⁷⁹, kanaatimizce yerinde değildir. Çünkü eğer taraflar arasındaki borç ilişkisinden doğan bir yükümlülüğe aykırılık nedeniyle alacaklının kişilik hakkı ihlal edilmişse, hem genel davranış kuralına hem de sözleşmeye aykırı davranılmıştır. Bu halde, aynı zamanda haksız fiil sorumluluğunun koşullarının gerçekleşmesi, alacaklının sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep etmesine engel olamaz. Haksız fiil sorumluluğunun doğmasının nedeni, kişilik hakkına tecavüz eden fiilin hukuka aykırı olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak sözleşmeye aykırılıkta manevi tazminat talep edebilmek için sözleşmeye aykırı davranılmış olması ve alacaklının bu yüzden manevi zarara uğraması yeterli değildir. Manevi tazminat talep edebilmek için ayrıca mağdurun kişilik hakkının hukuka aykırı olarak ihlal edilmesi de gereklidir²⁸⁰. Eğer somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunmakta ise, alacaklı ne haksız fiil ne de sözleşmeye aykırılık hükümlerine

§ 7, N.56, s.95; Mustafa Dural, Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s.108, 114.

²⁷⁸ Hatemi, **Medeni Hukuka Giriş**, § 7 N.40.

²⁷⁹ Tercier'nin görüşü için bkz. Bölüm I, IV, C, 2,a.

²⁸⁰ Bkz. Bölüm II, II, C, 4, b.

göre manevi tazminat talep edebilir. Kanaatimizce, bu görüş şu şekilde anlaşılmakta ise doğru olabilir. Manevi tazminatın özel koşulları, Art.99 Abs.III OR'nin atfıyla Art.47 veya Art.49 OR'nin kıyasen uygulanması ile ; sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun genel koşulları ise Art.97 OR vd.(BK m.96 vd.) uygulanması ile belirlenecektir. Art.47 veya Art.49 OR'nin koşulları gerçekleşmemişse, manevi tazminat borcu doğmayacak ve alacaklı manevi tazminat talep edemeyecektir. Bu sonuç hem haksız fiilden hem de sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa göre manevi tazminat için geçerlidir.

Dolayısıyla, BK m.98 f.II/Art.99 III OR, atıf yoluyla da olsa kanunda uygulanacak bir hüküm bulunduğunu düzenlemekte ve hakime, atıf yapılan hükümleri, sözleşme hukukuna uygun olduğu ölçüde (kıyasen) uygulama görevi vermektedir. Aşağıda hüküm içi boşluğu doldurma görevi olan hakimin, BK m.47 ve m.49'un sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta hangi kapsamda uygulayabileceği araştırılacaktır.

VI. BK m.98 f.II'NİN BK m.47 ve BK m.49'A YAPTIĞI ATFIN KAPSAMI

A. Genel Olarak

BK m.98 f.II'nin atfı ile sözleşmeye aykırılık halinde doğan manevi zararın tazmini, BK m.47 ve 49 hükümlerinin kıyasen uygulanması ile talep edilebilir. Bu aşamada ise, söz konusu hükümlerin, sözleşme hukukunda nasıl ve ne kapsamda uygulanabileceğini belirlemek gereklidir. Bu başlık altında, BK m.47 ve m.49 hükümlerinin özellikleri genel olarak değerlendirilerek, sözleşmeye aykırılık halinde kıyasen uygulanabilecek özellikler belirlenecektir. Varılan sonuç çerçevesinde, sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminatın koşullarının hangi hükümlere dayanılarak belirleneceği de ortaya konulacaktır.

B. Özel Hüküm (BK m.47)- Genel Hüküm (BK m.49) İlişkisi

BK m.47'ye göre, “hakim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara duçar olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir”.

BK m.49'a göre, “Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir (f.1). Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır²⁸¹(f.2). Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir(f.3)”.

Adam ölmesi halinde yakınları, cismani zarara uğraması halinde mağdur manevi tazminatı, BK m.47'ye; özel bir hüküm bulunmadıkça diğer kişilik değerlerinin ihlalinde ise, mağdur, manevi tazminatı, BK m.49'a göre talep edebilecektir²⁸². BK m.47, BK m.49'a göre özel nitelikte bir hükümdür²⁸³.

Sözleşmeye aykırı davranış sonucu ihlal edilen kişilik değeri göz önüne alınarak, hangi hükmün kıyasen uygulanması ile manevi tazminat talep edileceği belirlenecektir. Aynı fiil sonucunda mağdurun hem BK m.47 hem de BK m.49'daki kişilik değerleri ihlal edilmiş de olabilir. Bu hallerde, manevi tazminat belirlenirken,

²⁸¹ Bu fıkra, mehz Art.49 OR hükmünde yer almamaktadır.

²⁸² Schwenger, **Obligationenrecht**, N.17.03; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.678; Gurzeler, **a.g.e.**, s.143, 150-151; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.5; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.47, N.12; Koller, **Genugtuung**, N.42, s.22 ; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.124. BGE 122 III 9.

²⁸³ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.54; Schwenger, **Obligationenrecht**, N.17.03; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.678; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.5; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.170; Koller, **Genugtuung**, N.42, s.21; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.47,N.12; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 10, N.12; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.449; Brunner, **a.g.e.**, N.485, s.195; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.124; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.22. BGE 123 III 210; 116 II 735; 112 II 223; 89 II 400. BK m.49 ile BK m.47'nin iki ayrı hüküm olarak düzenlenmesi, mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun oluşum sürecinde yaşanan gelişmelerin bir sonucudur. 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nda hükümler ayrı düzenlenmiş iken, 1905 Tasarısının Art.1063 hükmünün ilk fıkrası adam ölmesi ve beden bütünlüğü ihlallerinde manevi tazminatı, ikinci fıkrası ise kişisel ilişkilerin ihlalinde (kişilik hakkının) manevi tazminatı düzenlemekteydi. 1909 Tasarısı ise iki fıkrayı, iki ayrı hüküm olarak (art.1063 ve Art.1063 bis) düzenlenmiş ve iki ayrı hüküm, 1911 İsviçre Borçlar Kanunu'na alınmıştır (Art.49 ve Art.47 OR olarak). Bkz. Koller, **Genugtuung**, s.43, dn.238 ve s.44, dn.239.

mağdurun birden çok kişilik değerinin ihlal edilmiş olduğu göz önüne alınacak ve daha fazla manevi tazminata hükmedilebilecektir²⁸⁴.

C. BK m.98 f.II'nin Manevi Tazminatın Özel Koşullarının Belirlenmesi Bakımından BK m.47 ve m.49'a Atfı

BK m.47 ve m.49, bağımsız sorumluluk normları değildir²⁸⁵. Onlar, manevi tazminatın özel koşullarını, manevi tazminatın türlerini ve belirlenmesine ilişkin bazı ölçütleri düzenlemektedir²⁸⁶. BK m.47'nin düzenlediği özel koşullar, adam ölmesi veya beden bütünlüğü ihlali, bu ihlal sonucunda manevi zararın doğması ve halin özelliğinin manevi tazminatı gerektirmesidir. BK m.49'da düzenlenen özel koşullar ise, kişilik hakkının hukuka aykırı fiil ile ihlali, bu ihlal sonucunda manevi zararın doğmasıdır²⁸⁷. Art.49 OR hükmüne göre ise, manevi tazminata hükmedilebilmesi için ihlalin manevi tazminatı gerektiren bir ağırlıkta olması ve manevi zararın başka bir şekilde giderilememiş olması da gereklidir²⁸⁸. Buna karşılık, BK m.49'a göre manevi tazminat talep etmek için, ihlalin ağırlığı şart değildir²⁸⁹.

²⁸⁴ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.55.

²⁸⁵ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.18, Art.49, N.14; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.47, N.14; Roberto, **Haftpflichtrecht**, N.912; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.479; Thomas Sutter, "Voraussetzungen der Haftung bei Verletzung der Persönlichkeit nach Artikel 49 des revidierten Obligationenrecht", **BJM**, 1991, s.1-11. BGE 126 III 166 vd.; 123 III 209 vd.

²⁸⁶ Koller, **Genugtuung**, N.43, 114; Wildhaber, **a.g.e.**, s.56; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.4579.

²⁸⁷ Bkz. Oğuzman, **Öz,a.g.e.**, s.681 vd.; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.17.

²⁸⁸ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.17.05; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.12, s.339; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.49, N.3; Koller, **Genugtuung**, N.250 vd.; Roberto, **Haftpflichtrecht**, N.917; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.455; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.116. BGE 79 II 395/399.

²⁸⁹ Y.4.HD., 2000/11490 E., 2001/2313 K., 12.3.2001 T. (YKD., C.27, S.7, Temmuz 2001, s.996-997). BK m.49'da 3444 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önceki dönemde, hükümde açıkça bu koşul yer almamaktaydı. Ancak doktrin, mehaz Art.49 OR hükmünü göz önüne alarak, manevi zararın ağırlığı koşulunu aramaktaydı. Bkz. Oğuzman, **Öz, a.g.e.**, s.679; Ahmet Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk**, 2. Bası, Ankara Ankara Üniversitesi Basım Evi, 1993, s.245 vd. Bu konuda bkz. Bölüm II, VI, B.

Kusur ise, söz konusu hükümlerde açıkça aranan bir koşul değildir²⁹⁰. İsviçre - Türk doktrininde baskın olan görüşe göre²⁹¹, sorumluluk için gerekli olan koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği, sorumluluğu düzenleyen hükümlere göre belirlenmelidir. Eğer dar anlamıyla haksız fiil sorumluluğu söz konusu ise, bu

²⁹⁰ 3444 sayılı kanun değişikliğinden önce yürürlükte olan BK m.49, “kusurun özel ağırlığı”nı aramaktaydı. Bu kavram hakkındaki tartışmalar için bkz. Saymen, **Manevi Zarar**, s.137 vd.; Ünal, **a.g.e.**, s.421-422; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.27. 3444 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle kusurun özel ağırlığı koşulu hükümden çıkarılmıştır. 3444 sayılı kanunun hazırlık çalışmalarındaki tasarı gerekçesine göre, BK m.47’de kusursuz sorumluluk hallerinden biri düzenlenmiştir. BK m.49 hükmünden kusur unsurunun çıkarılmasının nedeni, hükümler arasında uyum sağlamaktır. (Bkz. Tasarı Metni, ABD, 1988/3, s.377). Adalet Komisyonunda BK m.49’a basın ve yayın yoluyla gerçekleştirilen tecavüzlerde kusur koşulunun aranmaması gereklidir, şeklinde bir fıkra eklenmesi önerilmiş ise de bu hüküm yasalasmamıştır (TBMM Adalet Komisyonu Raporu, ABD, 1988/3, s.380). İsviçre Hukukunda eski Art.49 OR’de de kusurun özel ağırlığı koşulu, yapılan değişiklikle kaldırılmıştır. Hükümün gerekçesinde, bu sınırlamanın basın çevrelerinin isteği üzerine hükme konulduğu, ancak bu sınırlamanın doktrinde eleştirildiği, ayrıca İsviçre’de hangi nedenlere dayanarak kişiliğin, maddi menfaatlerden daha zayıf bir şekilde korunmasının açıklanamadığı ve bu nedenlerle hükümden kusurun özel ağırlığı koşulunun çıkarıldığı belirtilmiştir. (BBI 1982 II 661 (703)).

²⁹¹ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.32 vd.; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.150-151; Reisoglu, **Borçlar Hukuku**, s.204-205; Schwenger, **Obligationenrecht**, N.17.06; E. Regina Aebi-Müller, **Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland** (Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, Herausgegeben von Hausheer, H., Bern, 2005, s.149; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.686 vd.; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.18, Art.49, N.6; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.171; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.47,N.15, Art.49, N.14; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.755, 760; Kostkiewicz, **OR Hand Kommentar**, Art.49, N.3; Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.74, N.80; Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.188; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.11, 116; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 10, N.6; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, § 10, N.10, s.64; Abdülkadir Arpacı, **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)**, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2000, s.147; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.477 vd.; Hans M. Riemer, **Personenrecht des ZGB**, Studienbuch und Bundesgerichtspraxis, Bern, Verlag Staempfli+Cie AG, 1995, § 13, N.404 ; Christian Lenz, **Amerikanische Punitive Damages vor dem Schweizer Richter**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1992, s.97; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.125; Merz, **Obligationenrecht**, s. 239; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, § 8, s.291; Sutter, **a.g.e.**, s.9 vd.; M. Kemal Oğuzman, “İsviçre’de ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler”, **Prof. Dr. Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara 1990, s.34 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, “Medeni Kanunda Manevi Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik”, Prof. Dr. Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü**, Ankara 1990, s.108 vd.; Klaus Hütte, “Genugtuungsrecht im Wandel”, **SJZ**, 1988/10, s.169-178; Zen-Ruffinen, **a.g.e.**, s.374; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.14-15. BGE 123 III 204 vd.; 115 II 156.

Aksi görüş ise, manevi tazminat talebinde kusurun aranmaması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre, kanun koyucu aksini istedeiydi, açıkça kusura maddede yer verirdi. Oysa ki bunu yapmamıştır. Diğer yandan, BK m.47, beden bütünlüğünün ihlalinde faili kusuru olmasa da sorumlu tutmaktadır. Aynı esasın manevi kişilik değerlerini koruyan BK m.49 için de kabul edilmesi gereklidir. Kişilik hakkı ihlalinin, zarar verenin kusurlu davranışından kaynaklandığının ispatı çok zor olduğundan hükmün bu şekilde yorumlanması yerinde olacaktır. Bkz. Öztan, **Şahsın Hukuku**, s.161. Tasarının gerekçesinde de benzer gerekçeler bulunmaktadır. Bkz. Tasarı Metni, ABD, 1988/3, s.377.

3444 sayılı Kanun değişikliği ile hükümden kusurun çıkarılması ile artık kusurun ve zararın varlığını ve ağırlığını ispata gerek kalmadığı hakkında bkz. Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.68 ; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.5.

sorumluluğun koşulları arasında yer alan²⁹² “kusur” manevi tazminat talebi için de aranmalıdır. Aksine bir yorum, kanunun sistemi ve amacı ile bağdaşmaz. Ayrıca artık kusurun özel ağırlığı koşulu aranmadığından hafif kusurlu bir hareket dahi manevi tazminata hükmetmek için yeterli olacaktır²⁹³. Kusursuz sorumluluk halinde de sorumluluğu doğuran hükmün koşullarına göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu hallerde kusur, sorumluluğun koşullarından biri olmaktan çıkar. Eğer söz konusu kusursuz sorumluluğun koşulları gerçekleşmişse, fail kusuru olmasa bile sorumlu tutulabilir. Buna göre, davalının manevi tazminat ile sorumlu tutulabilmesi için ya manevi zarara neden olan hukuka aykırı fiili kusuru ile işlemiş olması ya da zarardan bir kusursuz sorumluluk nedeniyle sorumlu olması gerekir²⁹⁴.

Haksız fiil sorumluluğunun koşullarından birisi olan hukuka aykırılık, BK m.49’da da düzenlenmiştir. BK m.49’daki “*şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan..*” ifadesi bunu göstermektedir. BK m.47’de ise, açıkça hukuka aykırılıktan söz edilmemiştir. Fakat BK m.47’nin uygulanması için de kişinin hukuka aykırı fiil ile öldürülmesi veya beden bütünlüğünün ihlal edilmesi gereklidir. Bunun ilk dayanağı, BK m.47 hükmünün, haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümler arasında yer almasıdır. Maddi tazminat ile ilgili haksız fiil sorumluluğu hakkındaki genel ilkeler, amaç ve içeriğine aykırı olmadıkça, haksız fiilden doğan manevi tazminat için de uygulanmalıdır. Bu sebeple, BK m.41’de “haksız suretle” ifadesi ile kast edilen hukuka aykırılık, BK m.47 için de gerçekleşmesi gereken bir koşuldur. Ayrıca MK m.24 hükmüne göre, kişilik hakkının korunması, “hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırıda” bulunulması halinde talep edilecektir. Bu nedenle, kişilik hakkının korunmasındaki araçlardan birini düzenleyen BK m.47 için de fiilin hukuka aykırı olması gerekmektedir. Hukuka uygunluk nedeni olmaksızın bir kişinin beden

²⁹² BK m.41 f.1 hükmünde, “gerek kasten, gerek ihmal ve teseyyüp tedbirsizlik ile... zarar ıka eden şahıs, o zararı tazminine mecburdur” ifadesi ile “kusur” haksız fiil sorumluluğunun koşullarından biri olarak düzenlenmiştir. Hukuk sistemimizde de sorumluluk, genel olarak kusur sorumluluğuna dayanmaktadır. Kusursuz sorumluluk ise, ancak kanunda düzenlenen hallerde kabul edilen istisnai bir sorumluluk halidir. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.675.

²⁹³ Ahmet Kılıçoğlu, “Kişilik Haklarına Basın Yoluyla Saldırıların Bakımından Medeni ve Borçlar Kanunumuzda Yapılan Değişiklikler”, **TBDD**, 1990/3, s.371-399.

²⁹⁴ BGE 126 III 161; 112 II 220; 120 II 99; 112 II 133; 110 II 165; 102 II 243; 74 II 210. Yargıtay da bu görüştedir. YİBK., 22.06.1966 T., 7/7 sayılı kararında istihdam edenlerin sorumluluğu bakımından BK m.47 hükmüne göre manevi tazminata karar verilebileceği belirtilmiştir (RG. 12360 S.). Aynı yönde bkz. Y.21.HD., 16.5.1995 T., 1995/1331 E., 1995/2288 K. (YKD., C.21, S.8, Ağustos 1995, s.1283-1284).

bütünlüğünü ihlal eden veya ölmesine neden olan her fiil hukuka aykırıdır²⁹⁵. Bu sebeplerle, BK m.47'ye göre manevi tazminat talep edebilmek için fiilin hukuka aykırı olması gereklidir.

Bu örneklerde görüldüğü gibi, BK m.47 ve 49'da yer almayan bazı koşullar, hükmün uygulandığı sorumluluğun genel koşullarına göre belirlenmektedir.

Haksız fiil sorumluluğuna dayanılarak manevi tazminat talep etmek için şu koşulların gerçekleşmesi gereklidir. BK m.47'ye göre manevi tazminat talep edebilmek için, bir adam öldürülmeli veya beden bütünlüğü ihlal edilmeli²⁹⁶, manevi zarar doğmalı, manevi zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı bulunmalı, davalının sorumlu olmasını gerektiren kusuru veya bir kusursuz sorumluluk hali bulunmalı ve halin özelliği manevi tazminatı gerektirmelidir²⁹⁷. BK m.49'a göre manevi tazminat talep edebilmek için, bir kişinin kişilik hakkına hukuka aykırı olarak tecavüz edilmeli, manevi zarar doğmalı, manevi zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağı bulunmalı ve davalının sorumlu olmasını gerektiren kusuru veya bir kusursuz sorumluluk hali bulunmalıdır²⁹⁸. Bu koşulların özellikleri, tekrardan kaçınmak amacıyla, tez çalışmasının İkinci Bölümünde açıklanacaktır²⁹⁹.

BK m.98 f.II yolu ile sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat talebinin özel koşulları, BK m.47 ve m.49'un kıyasen uygulanması ile belirlenecektir³⁰⁰. Buna

²⁹⁵ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.47; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.17; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.697; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.117; Keller, Gabi-Bölliger, **a.g.e.**, s.127.

²⁹⁶ "... *Borçlar Kanununun .. 47.maddelerindeki cismani zarar kavramına ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerinde girdiği, bu maddelerle sadece maddi sağlık bütünlüğünün değil, ruhi ve asabi bütünlüğün de korunduğu doktrinde ve Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir*". Bkz. YHGK., 26.4.1995 T., 1995/11-122 E., 1995/430 K. (YKD., C.21, S.10, Ekim 1995, s.1520-1524). Aynı yönde bkz. Y.21.HD., 15.6.2000 T., 2000/4733 E., 2000/4833 K. (YKD., C.27, S.2, Şubat 2001, s.248-250); Y.21.HD., 7.11.2000 T., 2000/7228 E., 2000/7652 K. (YKD., C.27, S.7, Temmuz 2001, s.1066-1067); Y.21.HD., 8.12.1997 T., 1997/8067 E., 1997/8106 K. (YKD., C.24, S.6, Haziran 1998, s.899-900).

²⁹⁷ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.17.06 vd.; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.697 vd.; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.12 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.754 vd.; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.47,N.13 vd.; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.47, N.2; Honsell, **Haftpflichtrecht**, §10, N.6 vd.; Keller, Gabi-Bölliger, **a.g.e.**, s.126 vd.; Becker, **Berner Kommentar**, Art.47, N.2 vd.

²⁹⁸ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.17.10 vd.; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.681 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.756 vd.; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.49, N.11 vd.; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.49, N.3; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 10, N.6 vd.; Keller, Gabi-Bölliger, **a.g.e.**, s.124 vd.; Becker, **Berner Kommentar**, Art.49, N.4 vd.

²⁹⁹ Bkz. Bölüm II, II, III, IV, V, VI.

³⁰⁰ Koller, **Genugtuung**, N.115. Federal Mahkemenin 8.4.2004 tarih ve 4C.36/2004 N. Kararı; BGE 123 III 204; 102 II 211; 87 II 143.

karşılık, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun genel koşulları ise, BK m.96 vd. gereğince tespit edilecektir³⁰¹.

D. BK m.98 f.II'nin Manevi Tazminatın Türü ve Belirlenmesi Bakımından BK m.47 ve m.49'a Atfı

BK m.47 ve m.49, manevi tazminatın türlerini ve belirlenmesine ilişkin bazı ilkeleri de düzenlemektedir³⁰². BK m.98 f.II yoluyla, hükümlerin bu özellikleri de kıyasen sözleşmeye aykırılık halinde uygulanabilecektir. Tez konumuz, esas itibari ile sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatın koşullarının belirlenmesi ile sınırlı tutulduğundan, manevi tazminatın türleri ve belirlenmesi hakkında genel bilgi verilecektir.

1. Manevi Tazminatın Türü

BK m.47'ye göre hakim "*adalete muvafık tazminat verilmesine*" hükmedebilir. Art.47 OR'de ise, açık bir şekilde, hakimin manevi tazminat olarak uygun para miktarına hükmedeceği belirtilmektedir. İsviçre doktrinde baskın görüş, Art.47 OR'ye göre hükmedilecek manevi tazminatın nakdi tazminat olduğunu kabul etmektedir³⁰³.

³⁰¹ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.18, Art.49, N.14; Koller, **Genugtuung**, N.116; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.47,N.14; Roberto, **Haftpflichtrecht**, N.912; Wildhaber, **a.g.e.**, s.56; Becker, **Berner Kommentar**, Art.49, N.1. Federal Mahkemenin 19.5.2003 tarihli 4C.32/2003 N. Kararında, Art.49 OR'nin özel koşullarının yanında, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun genel koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği de araştırılmıştır.

³⁰² Koller, **Genugtuung**, N.43.

³⁰³ Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.47, N.23; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.47, N.3; Keller, Schmie-Syz, **a.g.e.**, s.120; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.64; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.507; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.131; Becker, **Berner Kommentar**, Art.47, N.6. Doktrinde bir görüşe göre ise, Art.49 Abs.II OR manevi tazminatı düzenleyen genel bir hüküm olduğundan, özel bir hüküm olan Art.47 OR için de uygulanmalıdır. Bkz. Koller, **Genugtuung**, N.368. Bu gerekçenin yanında, mağdurun manevi tazminat talebi üzerinde serbestçe tasarruf edilebileceği gerekçesi ile, mağdurun, manevi tazminatın üçüncü kişiye ödenmesi talebinde bulunabileceği hakkında bkz. Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.106.

Türk Hukukunda da BK m.47'ye göre sadece nakdi tazminata hükmedilebileceği kabul edilmektedir³⁰⁴. Bu görüş, esas itibari ile mehzaz kanunun açık düzenlemesine dayanmaktadır³⁰⁵. Eğer kanun koyucu aksini isteseydi, BK m.49 f.III gibi bir fıkraya BK m.47'de de yer verebilirdi. Üstelik BK m.47'nin dar olan kapsamının genişletilmesi de gerekli değildir. *“Çünkü cismani zarar ve adam öldürme, kanun tarafından tasvip edilmediğine göre, hakimin özel bir kınamasına gerek yoktur”³⁰⁶. Beden bütünlüğü ihlali veya ölüm halinde en iyi tatmin aracı paradır; paranın günümüzde zararın giderimi için tam bir telafi aracı olduğu söylenemese bile, onun bir teselli, bir ruhsal tatmin aracı olduğu kabul edilmelidir”³⁰⁷.*

Borçlar Kanunu tasarısının 55.maddesi manevi tazminatın nakdi tazminat şeklinde olacağını düzenlemektedir. Hükme göre, *“Hakim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.”* Dolayısıyla, bu tasarının kanunlaşması halinde de aynı uygulama devam edecektir.

BK m.49 f.I hükmüne göre, kişilik hakkı ihlal edilen manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir. Ancak BK m.49 çerçevesinde hükmedilecek manevi tazminat, nakdi tazminat ile sınırlı değildir. 3444 sayılı Kanun ile hükümde yapılan değişiklik sonucu hakim, sadece nakdi tazminata hükmedebilir veya nakdi tazminata ek olarak diğer bir tazminat türüne veya nakdi tazminat yerine başka bir tazminat türüne veya sadece tecavüzün kınanmasına veya tecavüzün kınanması ve bu kararın basın yolu ile ilanına hükmedebilir (BK m.49 f.III). Aslında kınama kararı ve ilanı, nakdi tazminat dışındaki diğer tazminat türüne bir örnek oluşturmaktadır. Bu nedenle kınama kararı ve ilanının, diğerleri dışında dördüncü bir seçenek olarak değil, diğer manevi tazminat türünün bir örneği olarak belirtilmesi daha yerinde olacaktır.

Borçlar Kanununun tasarısında da benzer bir hükme yer verilmiştir. Buna göre, *“Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.”* (m.57)

³⁰⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.763; Şükran Taman, “Beden Tamlığının İhlali ve Ölüm Hallerinde Manevi Tazminat (BK m.47)”, **İÜSBE**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1984, s.63 vd.; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.33, 39.

³⁰⁵ Taman, **a.g.e.**, s.64; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.33.

³⁰⁶ Taman, **a.g.e.**, s.63-64; Becker, **Berner Kommentar**, Art.47, N.6.

³⁰⁷ Taman, **a.g.e.**, s.64.

f.II). Tasarıda, nakdi tazminat olarak hükmedilecek olana “tazminat”, diğerlerine “giderim” dendiği anlaşılmaktadır. Tasarının genel gerekçesinde “tazminat” kavramının aynen korunduğu belirtilmiştir. Ancak 57.maddenin gerekçesinde ise, tazminat ile birlikte neden giderim kavramının da kullanıldığı açıklanmamıştır. Dolayısıyla bunun bilinçli olarak mı kullanıldığı, yoksa özensizlikten mi kaynaklandığı anlaşılamamıştır. Diğer yandan, saldırıyı kınayan kararın ve bunun yayımlanmasının, BK m.49 f.III’ten farklı olarak, ayrı bir seçenek olarak sunulmadığı, bunların hükmedilecek “giderim” türlerine örnek olarak verildiği görülmektedir. Nitekim hükümde, manevi tazminat olarak hakimin hükmedeceği haller sayılmakta ve ardından, “özellikle saldırıyı kınayan karar ...” ifadesi ile “giderim” türlerine örnek verildiği anlaşılmaktadır. Yukarıda belirtildiği gibi, hükümde bu şekilde değişiklik yapılması ve kınama kararının ve ilanını, diğer tazminat türünün bir örneği olduğunun belirtilmesi daha yerinde olmuştur.

BK m.49 f.III hükmü gereği hükmedilecek manevi tazminat türlerinin³⁰⁸ ne olduğu ve bunların gerçek anlamıyla manevi tazminat niteliği taşıyıp taşımadığı doktrin ve yargı kararlarında tartışma yaratmıştır³⁰⁹.

Türk ve İsviçre Hukukunda, diğer manevi tazminat türlerine, kınama kararı³¹⁰ ve bu kararın basın yolu ile ilanı³¹¹ dışında, manevi tazminat olarak hükmedilecek

³⁰⁸ Nakdi manevi tazminat dışındaki diğer hallerin aynen tazmin türleri olduğu hakkında bkz. Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.58; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.120; Honsell, **Haftpflichtrecht**, §10, N.19; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.131; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.39.

³⁰⁹ Bu yöndeki tartışmalar için bkz. Vuille-Dit-Bille, **a.g.e.**, s.66 vd.; Jaeggi, **Persönlichkeit**, s.189a vd.; Oğuzman, “Şahsiyetin Korunması”, s.52 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.163 vd.

³¹⁰ Doktrinde, kınama kararı verilmesinin manevi tazminat davasının değil, tespit davasının konusu olabileceği belirtilmektedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.172-173; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.40. İsviçre Hukukunda aynı görüş için bkz. Jaeggi, **Persönlichkeit**, s.189a vd, 251a vd. Kınama kararının tatmin amaçlı tespit davasının bir uygulama örneği olduğu hakkında bkz. Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N. 167. Doktrinde diğer görüş ise, 3444 sayılı kanunla yapılan değişikliğin bu konudaki tartışmaları sona erdirdiğini ve kınama kararının manevi tazminat türü olduğunu belirtmektedir. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.694; Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.220; Tekinay, **Gerçek Kişiler**, s.273; Oğuzman, “Şahsiyetin Korunması”, s.52. Hakimin takdir yetkisi sınırlanmadığı için manevi tazminat olarak kınama kararı verebileceği yönünde bkz. Schwenger, **Obligationenrecht**, N.17.17; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.49, N.108; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.120; Honsell, **Haftpflichtrecht**, §10, N.19; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.131; von Büren, **a.g.e.**, s.85; Becker, **Berner Kommentar**, Art.49, N.11. “*BK m.49.maddesine göre hakim, manevi tazminat ödenmesi yerine saldırıyı kınayan bir karar verebilir.*” Bkz. Y.4.HD., 6.11.2001 T. 2001/5845 E., 2001/10839 K., (YKD, C.28, S.2, Şubat 2002, s.193-194).

³¹¹ MK m.25 f.II hükmüne göre, davacı bunlarla birlikte (ilk fıkradaki tespit, durdurma ve önleme talepleri ile) düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesini veya yayımlanması isteminde de bulunabilir. Bu hükümdeki yayımlama kararı ile BK m.49 f.III hükmündeki kınama kararının ilanı arasındaki farklar şunlardır: MK m.25’te sadece hukuka aykırılığı tespit eden kararın yayımlanması söz konusu iken, BK m.49’da kınama kararının ilanı söz konusudur. Ayrıca kınama kararının ilanı için manevi tazminat koşullarının gerçekleşmesi gerekli iken MK m.25 çerçevesinde yapılacak kararın yayımlanması için buna gerek bulunmamaktadır. (Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.164; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.511). BK m.49 gereği kınama kararının ilanı basın yolu ile yapılacak

paranın üçüncü bir kişiye(örneğin hayır kurumuna) ödenmesi³¹², sembolik bir miktar paranın verilmesi³¹³, davacıdan özür dilenmesi³¹⁴, söylenenin geri alınması³¹⁵ örnek verilebilir.

iken MK m.25 çerçevesinde yapılacak yayımlamanın nerede ve ne tarzda yapılacağını hakim belirleyecektir. (Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.165).

³¹² Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.105; Schwenger, **Obligationenrecht**, N.17.17; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.695; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.49, N.110; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.49, N.17; Rona Serozan, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, **MHAD**, Y.11, S.14, s.93-112; Zahit İmre, “Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması”, **Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan**, Ankara 1974, s.814. Mahkeme kararının ancak taraflar arasında hüküm ifade ettiği gerekçesiyle üçüncü kişiye ödeme yapılmasına karar verilemeyeceği hakkında bkz. Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.344. Doktrinde bir görüşe göre, Usul Hukuku gereği böyle bir davanın açılabilmesi kabul edilir ise, aslında hakim sonuçta bir miktar paranın ödenmesine hükmettiği için bu hal, nakdi tazminattan başka bir şey değildir (Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.165). Diğer bir görüş ise, kanun tarafından hakime bu yönde yetki verilmemiş olduğundan, buna ancak BK m.111 hükmüne kıyasen ve davacının talebi üzerine başvurulabilir (Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.116; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.27).

³¹³ Doktrinde bir görüşe göre, bu bir çeşit tespit davasıdır ve yeri BK m.49 olamaz. Bkz.Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.26; Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.166; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.40. Aksi görüş; Schwenger, **Obligationenrecht**, N.17.17; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.695; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.49, N.17; Becker, **Berner Kommentar**, Art.49, N.11; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art.49, N.13; İmre, “Şahsiyetin Korunması”, s.814. Sembolik bir miktar paranın verilmesini, kınama kararının özel bir türü olarak kabul eden görüş için bkz. Rainer Schumacher, **Die Presseaeusserung als Verletzung der persönlichen Verhältnisse, Insbesondere Ihre Wiederrechtlichkeit**, Freiburg Schweiz, Universitaetsverlag, 1960, s.207 vd.

³¹⁴ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.179; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.696; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.49, N.114; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.49,N.17; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.120. Yargıtay, davalının davacıdan özür dilemeye mahkum edildiği kararların cebri icraya konulamayacağı gerekçesiyle bu tazmin türüne hükmedilmesinin yerinde olmadığına karar vermiştir. Bkz. Y.4.HD., 1965/2793 E., 1965/927 K., 22.2.1965 T., (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.655). Bu görüşte Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.345 ; Oğuzman, “Şahsiyetin Korunması”, s.53. Doktrinde ise İİK m.30 (4949 S. Kanunla Değişik/30.7.2003 T ve 25185 S RG) gereği bu tür ilamların cebri icraya konulabileceği, davalı bu halde de bundan kaçınır ise İİK m.343 (5385 S. Kanunla Değişik/RG. 1.6.2005 T ve 25832 S) gereği cebri icraya zorlanabileceği belirtilmiştir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.174-175; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.39. Ancak bu tür kararların cebri icrasının mümkün olduğunu kabul eden yazarlar da bu hallerin manevi tazminat davasının değil, hukuka aykırı fiilin etkileri ortadan kaldırılmaya çalışıldığından, durdurma davasının konusu olabileceğini belirtmektedir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.177. Ancak bu, davacının tatmini aracı olduğundan bu tür taleplerin kabul edilmesi gerektiği yönünde; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.39. Buna karşılık özür dilemenin ancak davacı tarafından talep edilmiş ve davalı da kabul etmiş ise “mahkeme içi” veya “mahkeme dışı sulh sözleşmesi” niteliği taşıdığı; zorla özür diletmenin davacı için asla tatmin vesilesi olamayacağı hakkında bkz. Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.116; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.27. Benzer bir gerekçeyle kabul edilebileceği hakkında bkz. İmre, “Şahsiyetin Korunması”, s.814.

³¹⁵ Sözün geri alınmasının, BK m.49 f.III çerçevesinde manevi tazminat türü olabileceği hakkında bkz. Y. 4.HD., 22.1.1979 T. 1979/6292 E., 1979/544 K., (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.654-655). Sözün geri alınmasının bir tazmin yolu olduğu, ancak bunun hükmen yerine getirilmesinin icrada sağlanamayacağı yönünde bkz. Y.4.HD., 22.2.1967 T., 1965/2793 E., 1965/927 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.655).

Manevi tazminatın türü bakımından BK m.47 ve m.49'daki özellikler, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatta da kıyasen uygulanabilecektir. Buna göre, sözleşmeye aykırı davranış sonucu adam ölmesi veya beden bütünlüğünün ihlali halinde hakim, BK m.47'nin kıyasen uygulanması ile nakdi manevi tazminata hükmedecek; diğer kişilik değerlerinin ihlali halinde ise hakim, BK m.49 f.III'un kıyasen uygulanması ile manevi tazminat türünü takdir edecektir.

2. Manevi Tazminatın Belirlenmesi

BK m.49 ve BK m.47 hükümlerine göre hakim, manevi tazminat talebini haklı bulursa, manevi tazminat olarak nakdi tazminata hükmedebilir. Ancak manevi tazminatın, maddi tazminata oranla belirlenmesi daha zordur. Manevi zararın ne kadar para ile giderilebileceğini belirlemek güçtür. Çünkü maddi zarardan farklı olarak manevi zarar para ile ölçülemez³¹⁶. Nitekim, manevi zararın, somut olaydaki durumlara göre, kişiden kişiye göre değişebilir olması nedeni ile tazminat, önceden belirlenmiş maktu tablolara göre hesaplanamaz; onun takdir edilmesi gerekir³¹⁷. Hakim, manevi tazminatın amacı çerçevesinde, somut olaydaki durumları göz önüne alarak manevi tazminatı belirleyecektir³¹⁸. BK m.47'de tazminatın “adalete muvafık” olması ifadesi ile kastedilen budur³¹⁹. BK m.49'de bu yönde bir ifade yer almasa da tazmin edilecek zararın özelliği, bu hüküm bakımından da tazminatın takdir

³¹⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.761; Roberto, **Haftpflichtrecht**, N.922; Thomas Geiser, **Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke**, Basler Studien zum rechtswissenschaft Reihe A:Privartecht Band 21, Basel und Frankfurt am Main, Helbing &Lichtenhahn, 1990, s.229.

³¹⁷ İsviçre Federal Mahkemesi, manevi tazminatın genel geçer tablolara göre hesaplanmasını kabul etmemektedir. BGE 125 III 273; 118 II 413; 117 II 60. Ancak mahkeme, hakimlerin takdir yetkisini kullanırken keyfiliğe kaçmaması için önceki kararlardaki manevi tazminatın belirlenmesindeki ölçütleri benzer kararlarda da somut olaydaki durumlar gerektirdiğinde dikkate almaktadır. Bkz. Piermarco Zen-Ruffinen, “İsviçre Sorumluluk Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Manevi Tazminat Konusunda Yeni Gelişmeler” Çev. Haluk Burcuoğlu, **İBD**, 1985, S.4-5-6, s.357-380.

³¹⁸ Rey, **Haftpflichtrecht**, N.444; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.129; Zen-Ruffinen, **a.g.e.**, s.370. Hakimin kişilik değerinin ihlaline göre soyut bir biçimde karar veremeyeceği hakkında bkz. Geiser, **Persönlichkeit**, s.229.

³¹⁹ Gurzeler, **a.g.e.**, s.248.

edilmesini zorunlu kılar. Hakim, MK m.4 çerçevesinde hakkaniyet ilkesine dayanarak tazminat miktarını belirleyecektir³²⁰.

Hakim, manevi tazminatın belirlenmesinde etkili olan somut olaydaki durumları dikkate alacaktır³²¹. Kanunda, manevi tazminatın belirlenmesi bakımından dikkate alınacak hallerin tek tek sayılması mümkün değildir. Bu nedenle, gerek BK m.47 gerekse BK m.49'de manevi tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacak haller tek tek sayılmamıştır. Manevi tazminat, somut olayda etkili olan durumlara, BK m.47 ve 49'deki özel koşullara ve kıyasen uygulanacak BK m.43'ye göre belirlenecektir³²². BK m.47 ve BK m.49'da belirtilen özel koşullar, aynı zamanda manevi tazminatın belirlenmesinde de rol oynayacaktır³²³. Manevi zararın şiddetine, manevi tazminat verilmesini gerektiren özel durumlara göre, manevi tazminat, somut olaya göre daha az veya daha fazla olarak belirlenebilir³²⁴. BK md.49 f.II'ye göre, "*Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken,*

³²⁰ Gurzeler, **a.g.e.**, s.248; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.73; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, § 8, s.302 vd.; Zen-Ruffinen, **a.g.e.**, s.370. YHGK., 24.10.2001 T., 2001/4-1016 E., 2001/757 K., (YKD, C.28, S.2, Şubat 2002, s.173-180) ; Y.13.HD, 06.11.2000 T., 2000/8590 E., 2000/9569 K., (YKD C.27, S.4, Nisan 2001, s.547-549); Y.19.HD., 15.11.1993 T., 1993/908 E., 1993/7669 K. (YKD., C.20, S.8, Ağustos 1994, s.1317-1320); Y.4.HD., 13.12.1993 T., 1993/2301 E., 1993/14550 K. (YKD., C.20, S.6, Haziran 1994, s.893-895). BGE 125 II 215.

³²¹ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.17.12; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.693; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.762;. Manevi tazminat miktarı hakkındaki kararlarda açıklık şartının (transparenz) eksik olduğu ve buna bağlı olarak yargı kararları arasında tek düzelik olmadığı, bunun da hukuki emniyet ve eşitliği sarstığı ileri sürülmüştür. Bu nedenle bazı yazarlara göre, manevi tazminatın belirlenmesinde, öncelikli olarak, manevi zararın ağırlığı ve şiddeti, ihlalin mağdurda meydana getirdiği etki ve süresi göz önüne alınarak taban manevi tazminat belirlenecek, bu aşamada önceki emsal yargı kararlarından çıkarılan ilkeler esas alınacaktır. Böylece, aynı ihlal sonuçlarına maruz kalan tüm mağdurlar için yaklaşık olarak aynı yükseklikte manevi tazminat miktarları sağlanacak ve böylece hukuki eşitlik ve emniyet de sağlanmış olacaktır. İkinci aşamada ise, tazminat miktarı somut olaydaki durumlara göre arttırılacak veya eksiktilecektir. Bu görüş için bkz. Gurzeler, **a.g.e.**, s.295 vd.; Max Sidler, "Die Bemessung der Genugtuung bei Invalidtaetsschaeden", **SJZ**, 93 (1997), s.165-171 (Yazar, beden bütünlüğü ihlallerinde, önceki emsal kararların yerine, Kaza Sigortaları Hakkındaki Federal Kanunda (UVG) belirtilen beden bütünlüğü ihlallerindeki kriterlerin de yardımcı olacağını belirtmektedir. Bkz. Sidler, **a.e.**, s.166-167.). Manevi tazminatı belirleme yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.47 N.13 vd.

³²² BK m.43'nin kıyasen manevi tazminatın belirlenmesinde de uygulanacağı doktrinin çoğunluğu tarafından kabul edilmektedir. Bkz. Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.36; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.84; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.47, N.21; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.762; Koller, **Genugtuung**, N.354; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.47, N.6; Keller, Schmie-Syz, **a.g.e.**, s.119; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.129; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, § 8, s.304-305 ; Sidler, **a.g.e.**, s.168; Ünal, **a.g.e.**, s.435; Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", s.29. Bkz. YHGK., 9.2.1983 T., 1979/4-1871 E., 1983/121 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.634). Aynı yönde bkz. YHGK., 21.11.1984 T., 1984/196 E., 1984/958 K., (Kazancı İçtihat Bankası). Ayrıca bkz. İBK 22.6.1966, 7/7, RG.12360. Eski Medeni Kanunun 24.maddesi ile BK m.49'da değişiklik yapılan 3444 sayılı Kanunun tasarısı gerekçesinde de hakim BK m.43 ve 44'ü manevi tazminatı belirlerken göz önüne alacağı belirtilmiştir. Bkz. Tasarı Metni, ABD, 1988/3, s.377.

³²³ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.18; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.49, N.16; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.129-130; Merz, **Obligationenrecht**, s. 246; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, § 8, s.302; Vuille-Dit-Bille, **a.g.e.**, s.58.

³²⁴ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.17.12; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.19; Roberto, **Haftpflichtrecht**, N.922 vd.; Urs Winter, "Genugtuung und Vorteilsausgleich", **SJZ**, 1971/3, s.35. Manevi tazminatın belirlenmesinde göz önüne alınabilecek kriterler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.

*tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.*³²⁵ Doktrinde, haklı olarak, BK m.49 f.II'nin lafzi ifadesine göre yorumunun, anti sosyal olduğu ve eşitliğe aykırı sonuçlara yol açacağı belirtilmektedir³²⁶. Lafzi yoruma göre, kişinin sosyal ve ekonomik durumunun veya sıfatının veya işgal ettiği makamın yüksek olması, onu tatmin etmek için hükmedilecek miktarın fazla olmasına neden olur. Oysa ki, bu sonuç adaletli değildir. BK m.49 f.II lafzına göre değil amacına göre yorumlanmalıdır. Bu yoruma göre, manevi tazminat miktarı belirlenirken, ne zarar vereni ekonomik açıdan sarsacak ne de mağdur için manevi tazminatı özendirecek yükseklikte bir miktara hükmedilmelidir³²⁷. Manevi tazminat, mağdurun manevi zararını giderecek, onun mutsuzluğunu ortadan kaldırmaya yardımcı olacak bir miktar olarak belirlenmelidir. Manevi tazminatın amacı dikkate alınmalı³²⁸ ve mağdurda sebepsiz zenginleşme yaratacak bir miktarda tazminata hükmedilmemelidir. Diğer yandan şöhretin nimetlerinden yararlananların bunların külfetlerine de katlanması gerekir. Bu nedenle, topluma mal olmuş kişiler için manevi tazminata hükmederken, bunların diğer kişilere göre kişiliğe yapılan müdahalelere daha fazla katlanmak zorunda olduğu dikkate alınmalıdır. Buna göre, somut olayda, hakim, diğer kişilere göre, onlara daha az miktarda manevi tazminat ödenmesi gerektiğine karar verebilir³²⁹.

Borçlar Kanununun Tasarısında da, BK m.49 f.II hükmüne yer verilmemiştir. Gereğe göre, tazminat miktarı belirlenirken durumun özellikleri dikkate alınacaktır; sıfat ve makamı daha yüksek ve ekonomik durumu daha iyi olan taraf bakımından çok, diğer taraf için az olduğu şeklinde bir kurala bağlanması yanlıştır. BK m.49 f.II'deki gibi bir kurala yer verilmesi için bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bunların kanunda gereksiz yere belirtilmesi, herkesin kanun önünde eşit olduğu ilkesine aykırı olacaktır.

Manevi tazminatın belirlenmesi bakımından BK m.47 ve m.49'daki özellikler, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatta da kıyasen uygulanabilecektir³³⁰. Manevi tazminatın belirlenmesi, tez konusunun kapsamı dışında olduğundan bu konuda genel bilgi verilmiştir. Sözleşmeye aykırılıktan doğan

Gurzeler, **a.g.e.**, s.248 vd. "*Hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.*" Y.4.HD., 1992/7276 E., 1993/12397 K., 2.11.1993 T. (YKD., C.20, S.3, Mart 1994, s.371-373).

³²⁵ Bu fıkra, mehz Art.49 OR hükmünde yer almamaktadır.

³²⁶ Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.151-152; Hatemi, **Kişiler Hukuku (2001)**, s.96; Tekinay, **Gerçek Kişiler**, s.272; Serozan, "Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım", s.98

³²⁷ "... tazminat miktarının felaketi özlenir hale getirmeyecek tutarda olması, zenginlik sağlayacak bir yekûn teşkil etmemesi gerekir." Y. 2.HD., 31.10.1983 T., 1983/7617 E. 1983/8056 K. (YKD., C.10, S.11, Kasım 1984, s.1653). "... manevi tazminatın bir taraf için zenginleşme diğer taraf için de fakirleşme aracı olarak görülmemesi gerekir." Bkz. YHGK. 24.10.2001 T., 2001/4-1016 E., 2001/757 K (YKD, C.28, s.2, Şubat 2002, S.173-180).

³²⁸ Y.4.HD., 8.7.2003 T., 2003/6919 E. 2003/904 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD., 8.2.2001 T., 2001/755 E. 2001/1157 K. (YKD., C.27, S.7, Temmuz 2001, s.994); Y.4.HD., 11.12.2000 T., 2000/8317 E., 2000/11334 K (YKD., C.27, S.6, Haziran 2001, s.825- 827).

³²⁹ Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.152; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.170; Serozan, "Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım", s.99.

³³⁰ Weber, **Berner Kommentar**, Art.99, N.268.

manevi tazminat borcunun doğması için gerçekleşmesi gerekli olan koşullar ise, ikinci bölümde ele alınacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN MANEVİ TAZMİNAT BORCUNUN DOĞUMU İÇİN ARANAN KOŞULLAR

I. GENEL OLARAK

Sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatın koşulları, genel olarak, sözleşmeye aykırı davranış sonucu alacaklının³³¹ kişilik hakkının ihlal edilmiş olması, alacaklının manevi zarara uğraması, borçlunun borcun ifa edilmemesinden dolayı sorumlu olması ve uygun illiyet bağının bulunmasıdır³³². Ayrıca BK m.47'ye kıyasen manevi tazminat talep edilmekte ise, özel hallerin manevi tazminatı gerektirmesi de gereklidir³³³.

Bu bölümde, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatın koşulları incelenecektir.

³³¹ Sözleşmeye taraf olmayan kişilerin, sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre manevi tazminat talep edip edemeyecekleri sorunu ayrıca ele alınacaktır. Bkz. Bölüm III, I, B.

³³² Koller, **Genugtuung**, N.124; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.18. Bkz.Y.3.HD., 3.5.1999 T., 1999/3968 E., 1999/4509 K (Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, C.1, s.296).

³³³ İsviçre Hukukunda ise, Art.49 OR'nin kıyasen uygulanması ile manevi tazminat talep edebilmek için ayrıca ihlalin ağırlığının manevi tazminatı haklı göstermesi ve manevi zararın diğer bir biçimde telafi edilememiş olması da gereklidir. Bkz. Brehm, **Berner Kommentar**, Art.49, N.19 ve 26; Koller,**Genugtuung**, N. 250 vd.; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.49, N.3. Bkz. BGE 123 III 204; 102 II 211; 102 II 19; 87 II 292; 87 II 143.

II. SÖZLEŞMEYE AYKIRI DAVRANIŞ YOLUYLA KİŞİLİK HAKKININ İHLAL EDİLMESİ

A. Kişilik Hakkı ve Manevi Tazminatın Kişilik Hakkının Korunmasındaki Rolü

Kişilik hakkı, “kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hak”³³⁴ olarak tanımlanmaktadır. Diğer bir tanıma göre³³⁵ kişilik hakkı, “hak sahibinin hayatının, sıhhatinin, vücut tamlığının ve toplum içindeki durumunun korunmasına yarayan” haktır. Kişilik hakkının kapsamına dahil olan ve somut olayda onun dışı yansıyan görünümüleri olan çeşitli kişilik değerleri bulunmaktadır. Kişinin yaşamı, beden bütünlüğü, sağlığı, adı, resmi, özel hayatı, sırları, şeref ve haysiyeti, kişilik değerlerine örnek olarak verilebilir³³⁶. Ancak kişilik hakkının koruma kapsamındaki

³³⁴ Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.94.

³³⁵ Aytekin Ataay, **Şahıslar Hukuku**, Birinci Yarım, Giriş-Hakiki Kişiler, 3. Bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978, s.122. Diğer tanımlar için bkz. Arpacı, **a.g.e.**, s.97; Marie-Theres Frick, **Persönlichkeitsrechte Rechtsvergleichende Studie über den Stand des Persönlichkeitschutzes in Österreich, Deutschland, der Schweiz und Liechtenstein**, Wien, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, 1991, **a.g.e.**, s.213; Ergun Özsunay, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979, s.97; Franz Riklin, **Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach Schweizerischem Privatrecht**, Freiburg, Universitätsverlag, 1968, s.8. Yargıtay, kişilik hakkını, “(...) kişinin yaşamı, sağlığı, vücut ve ruh bütünlüğü ile toplum içindeki yerini sağlayan ve koruyan haklar” olarak tanımlamaktadır. Bkz. Y.4.HD., 15.2.2001 T., 2000/10596 E., 2001/1501 K (YKD., C.27, S.8, Ağustos 2001, s.1170-1171). Yargıtay başka bir kararında, kişilik hakkını, “kişiye var olmak, gelişmek, özgür olmak, saygı ve hürmet görmek gibi kişinin ruh bütünlüğünü koruyan, yaşama bağlayan üretici bir kimse olmasını sağlayan haklar” olarak tanımlamaktadır. Bkz. Y.4.HD., 14.12.1998 T., 1998/7259 E., 1998/10232 K. (Mustafa Kılıçoğlu, **Sorumluluk Hukuku**, C.1, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s.143-144).

³³⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.681; Gutzwiller, **a.g.e.**, s.355 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.127 vd.; Meili, **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, Art.1-456 ZGB, Herausgeben: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, 2. Auf., Basel, Genf, München, Helbing & Lichtenbahn, 2002, Art.28, N.5 ; Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.111. Kişilik hakkının koruması altındaki değerler, doktrinde çeşitli kısıtlara göre gruplandırılmaktadır. Örnek olarak, bazıları, kişinin ehliyetleri ve özgürlüğü, kişinin maddi bünyesi ile ilgili değerler, kişinin ruhi bünyesiyle ilgili değerler, kişinin toplum içindeki yeri ile ilgili değerler, diğer kişilik değerleri (Arpacı, s.101 vd); bazıları ise, fiziki kişilik, sosyal kişilik ve manevi kişilik ayrımı yapmaktadır. Bkz. Meili, **Basler Kommentar ZGB I**, Art.28, N.17; Andreas Bucher, **Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz**, 3.Auflage, Basel Genf München, Helbing & Lichtenhahn, 1999, § 15, N.466; Eren, “immaterieller Schaden”, s.22-23. Yargıtay’a göre, “bu haklar, fiziki, duygusal ve sosyal kişilik

kişilik değerleri kanunda (MK m.24, Art.28 ZGB) sınırlı bir biçimde belirtilmemiştir³³⁷. Kişiliğe bağlı değerlerin tümü üzerindeki “genel kişilik hakkı” kabul edilmiştir³³⁸.

Kişilik hakkı sahibi, kişilik değerleri üzerinde başkalarının etkilerinden bağımsız ve özgür bir egemenlik hakkına ve buna saygı gösterilmesini, kişilik değerlerine dokunulmamasını herkesten isteme yetkisine sahiptir³³⁹. Bu nedenle kişilik hakkı, mutlak hak niteliği taşır³⁴⁰. Herkes, kişilik hakkına saygı gösterme ve

değerlerinden oluşur.” Bkz. Y.4.HD., 15.2.2001 T., 2000/10596 E., 2001/1501 K (YKD., C.27, S.8, Ağustos 2001, s.1170-1171).

³³⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku** s.124; Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.99; Egger, **a.g.e.**, Art.28, N.47; Haluk Tandoğan, “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallerine Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı Ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, **AÜHFD**, C.XX, 1968, S.1-4, s.13. Kanunumuz, kişilik değerleri arasında herhangi bir sınırlama yapmadığından, hangi değer kişilik değeri olduğu hakim yapacağı yoruma göre belirlenecektir. Bu sistem, toplumun ihtiyaçlarına göre yeni kişilik değerlerinin de korunmasını sağlayacağından yerinde bulunmaktadır. Bkz. Oğuzman, Öz,**a.g.e.**, s.681; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.94; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.126; Aebi-Müller, **a.g.e.**, s.18-19; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.44; Arpacı, **a.g.e.**, s.99; Bucher, A., **a.g.e.**, § 15, N.463; Geiser, **a.g.e.**, s.27; Eren, “immaterieller Schaden”, s.22.

³³⁸ Serap Helvacı, **Gerçek Kişiler**, 2. Bası, Ankara, Arıkan Basım, Yayım, Dağıtım, 2007, s.70; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.681; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.94; Heinz Hausheer, Regina E. Aebi-Müller, **Das personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches**, Bern, Staempfli, 2005, N.12.04; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.124; Meili, **Basler Kommentar ZGB I**, Art.28, N.5; Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.111; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.14, 41 vd.; Arpacı, **a.g.e.**, s.97; Bucher, A., **a.g.e.**, § 16, N.457; Peter Tour, Bernhard Schnyder, Jörg Schmid, **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 11. Auf., Zürich, 1995, s. 86; Riemer, **Personenrecht**, § 13, N.293; Vuille-Dit-Bille, **a.g.e.**, s.3; Kaspar Hotz, **Zum Problem der Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach 28 ZGB**, Zürich, Verlag Schulthess & Co. AG., 1967, s.12; Max Gutzwiller, **Einleitung und Personenrecht**, Zwieter Band, (in:Schweizerisches Privatrecht), Herausgegebenen von Gutzwiller/Hinderling/Meier-Hayoz/ Merz/Secrétan/von Steiger, Basel und Stuttgart, Verlag von Helbing &Lichtenhahn, 1967, s.289; J. Paul Müller, **Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts**, Inauguraldissertation, Bern, Buchdruckerei Staempfli & Cie 1964, s.44; Egger, **a.g.e.**, Art.28, N.47; Eren, “immaterieller Schaden”, s.22; Oğuzman, “Şahsiyetin Korunması”, s.10; Tandoğan, “Özel Hayatın Korunması”, s.12.

³³⁹ Christian von Bar, **Gemeineuropaeisches Deliktsrecht**, Zweiter band, Schaden und Schadenersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalitaet und Verteidigungsgründe, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1999 § 1 N.46; Jaeggi, **Persönlichkeit**, s.167a, 174a; Aydın Zevkliler, “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, **Dicle ÜHFD**, Y.1983, S.1, s.3-37; Serozan, “Kişilik Hakkının Korunması”, s.94; Tandoğan, “Özel Hayatın Korunması”, s.12.

³⁴⁰ Dural,Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.97; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.125; Hüseyin Hatemi, **Gerçek Kişiler Hukuku** (Kısa Ders Kitabı), İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, § 8, N.1; Meili, **Basler Kommentar ZGB I**, Art.28, N.8; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.46; Arpacı, **a.g.e.**, s.100; Bucher, A., **a.g.e.**, § 16, N. 505; Öztan, **Şahsın Hukuku**, s.117; Riemer, **Personenrecht**, § 13, N.298 vd.; Mario M. Pedrazzini, Niklaus Oberholzer, **Grundriss des Personenrechts**, 4. Auflage, Bern, Verlag Staempfli+Cie AG, 1993, s. 129; Tekinay, **Gerçek Kişiler**, s.140; Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet**, s.7; Gutzwiller, **a.g.e.**, s.357; Müller, J.P., **a.g.e.**, s.34; 41; Egger, **a.g.e.**, Art.28, N.51; Eren, “immaterieller Schaden”, s.22; Oğuzman, “Şahsiyetin Korunması”, s.10; Serozan, “Kişilik Hakkının Korunması”, s.93. Kişilik hakkının mutlak hak sayılıp sayılmayacağı konusundaki tartışmalar için bkz. Kılıçoğlu, **Şeref ve Haysiyet**, s.7 vd.

onu ihlal etmeme yükümlülüğü altındadır³⁴¹. Hukuka aykırı olarak kişilik hakkı ihlal edilen her kişi³⁴² hukuki koruma talep etme yetkisine sahiptir (MK m.24 f.I, Art.28 Abs.1 ZGB³⁴³). Kişilik hakkı ihlal edilen ve manevi zarara uğrayan manevi tazminat da talep edebilir (MK m.25 f.III / Art.28a Abs.III ZGB³⁴⁴).

Manevi tazminat, kişilik hakkının etkin bir şekilde korunmasında önemli bir rol oynamaktadır³⁴⁵. Ancak kişilik değerlerinin tam anlamıyla korunduğu hallerde, kişinin maddi ve manevi varlığı gelişebilir. Kişinin yaşama hakkının, bedensel bütünlüğünün, özel hayatının, şeref ve haysiyetinin korunması, sadece ihlalin önlenmesine veya durdurulmasına yönelik koruma taleplerinin (MK m.25 f.I, II) tanınması ile sağlanamaz. Ayrıca hak sahibinin, ihlalin yarattığı olumsuz sonuçların ortadan kaldırılmasını, ihlalin yarattığı sonuçların bir eda hükmü ile düzeltilmesini sağlayacak tazminat taleplerine de sahip olması gereklidir³⁴⁶. Bu nedenlerle, gerek İsviçre gerekse Türk kanun koyucusu, hak sahibine, hem koruyucu davaları hem de tazminat davalarını açma yetkisi vermiştir (MK m.25, Art.28a ZGB). Kişilik hakkı ihlali nedeniyle acı ve elem duyan, yaşama sevinci kaybolan kişi, elde ettiği tazminat ile sağlayacağı olanaklarla acıyı mutlulukla denkleştirecek, yeniden yaşama sevincini kazanabilecektir. Bu nedenlerle, kişilik hakkı korumasının tam olarak gerçekleştirilebilmesi için manevi tazminat kabul edilmiştir³⁴⁷.

Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinin manevi tazminat bakımından diğer önemli bir özelliği ise, koşullarının gerçekleşmesi halinde, her kişilik değerinin ihlali halinde manevi tazminatın talep edilebilecek olmasıdır³⁴⁸. Oysa Alman Hukukunda, manevi tazminatın ancak kanunda düzenlenen hallerde talep edilebileceği ilkesi kabul

³⁴¹ Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.121.

³⁴² Gerçek kişiler gibi tüzel kişiler de kişilik hakkının korunmasından yararlanabilir. Bkz. Bölüm II, III, D, 1.

³⁴³ Art.28 ZGB, 16 Aralık 1983 tarihinde yapılan ve 1 Haziran 1984 tarihinde yürürlüğe giren Kanun ile değiştirilmiştir. (AS 1984 778 782; BBI 1982 II 636).

³⁴⁴ Art.28a ZGB, İsviçre Medeni Kanununa 16 Aralık 1983 tarihinde yapılan ve 1 Haziran 1984 tarihinde yürürlüğe giren Kanun ile eklenmiştir. (AS 1984 778 782; BBI 1982 II 636).

³⁴⁵ Manevi tazminatın tarihsel süreçte kişilik hakkı korumasındaki rolü hakkında bkz. Leuze, **a.g.e.**, s.66 vd.; Helmut Coing, Frederick H. Lawson, Kurt Grönfors, **Das Subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit**, Frankfurt/M. Berlin, Alfred Metzner Verlag, 1959, s.14 vd.

³⁴⁶ Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.180, 185.

³⁴⁷ Leuze, **a.g.e.**, s.66.

³⁴⁸ 3444 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce, Eski MK m.24, manevi tazminatın ancak kanunda belirtilen hallerde talep edilebileceğini düzenlemekteydi. 3444 sayılı Kanun ile hükümde yapılan değişikliklerle bu sınırlama kaldırılmıştır. Art.28 ZGB'de de yer alan bu sınırlama, 16.12.1983 tarihli değişikliklerle yürürlükten kaldırılmıştır. (AS 1984 778 782, BBI 1982 II 636).

edilmiştir (BGB § 253 Abs.I). Manevi tazminatın kişinin ve kişiliğın korunmasındaki önemini ve Alman Anayasası'nın kişi onurunun dokunulmazlığını ve kişiliğı serbestçe geliştirme hakkını güvence altına alan hükümlerini (m.1,2)göz önüne alan Alman Federal Mahkemesi ise, genel kişilik hakkının varlığını kabul etmiştir³⁴⁹. Alman Federal Mahkemesine göre, genel kişilik hakkı çerçevesindeki kişilik değerlerinin ihlalinde hak sahibi, manevi tazminat da talep edebilecektir³⁵⁰.

Alman Medeni Kanunu'nda manevi tazminatın ancak kanunda belirtilen hallerde talep edilebileceğini düzenleyen BGB § 253 Abs.I'in emredici olmadığı, tarafların sözleşme ile sözleşmeye aykırılık halinde manevi zarara uğrayanın manevi tazminat talep edilebileceğini düzenleyebilecekleri ileri sürülmüştür³⁵¹. Türk hukuku bakımından BGB 253 gibi sınırlayıcı bir hüküm bulunmadığı için böyle bir sorunla karşılaşılmaz. Ancak kişilik hakkı kapsamına girmeyen manevi değerlerin ihlali edilmesi halinde tarafların manevi tazminat talep edilebileceğini kararlaştırıp kararlaştıramayacakları sorulabilir. Sözleşme özgürlüğü ve sınırları çerçevesinde taraflar bu tür anlaşmalar yapabilirler. Bu ihtimalde, taraflar, örneğın, gezi sözleşmesine aykırılık halinde, alacaklının tatilden beklediğı faydayı elde edememiş olması halinde borçlunun belirli bir miktar para ödeyeceğini kararlaştırabilirler³⁵². Taraflar arasındaki bu anlaşmadan doğan borç, manevi tazminat borcu değildir. Çünkü TMK md.25 f.III, BK md.47, 49 gereğı manevi tazminat, ancak kişilik hakkının ihlal edilmesi sonucunda manevi zarara uğranılması halinde talep edilebilir.

³⁴⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Aebi-Müller, **Persönlichkeitsschutz**, s.181, N.387; Deutsch, Ahrens, **Deliktsrecht**, s.102, N.204; Thorsten Funkel, **Schutz der Persönlichkeit durch Ersatz immateriellen Schaeden in Geld, eine rechtsvergleichende Untersuchung des zivilrechtlichen Persönlichkeitssschutzes unter besonderer Berücksichtigung des Geldersatzes für Nichtvermögensschaeden in Deutschland und England**, München, Verlag C.H. Beck 2001, s.16 vd.; Fuchs, **a.g.e.**, s.5; Katarzyna Mol, **Haftung für Pressepublikationen**, eine vergleichende Untersuchung des polnischen und deutschen Zivilrechts, Diss., (Europäische Hochschulschriften :Reihe 2, Rechtswissenschaft, Series II), Frankfurt am Main Berlin Bern Bruxelles New York Oxford Wien, Peter Lang, 2000, s.29 vd.; Heisig, **a.g.e.**, s.22 vd.; Schiemann, **Schadensrecht**, s.18 vd.; Schmitz, **a.g.e.**, s.194 vd.; Wolfram Ehlers, **Der Geldersatz für immaterielle Schaeden bei deliktischer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechte**, J. Schweitzer Verlag, Berlin 1977, s.25 vd.; Ertaş, **Immaterieller Schaden**, s.9 vd.; Marita Körner, "Zur Aufgabe des Haftungsrechts – Bedeutungsgewinn praeventiver und punitiver Elemente", **NJW**, 2000/4, s.241-246; Diethelm Klippel, "Neuere Entwicklungen des Persönlichkeitssschutzes im deutschen Zivilrecht", **Entwicklung des Deliktsrechts in rechtsvergleichender Sicht**, Herausgegeben von Günther Weick, Alfred Metzner Verlag Frankfurt am Main 1987, s.13-37;

³⁵⁰ BGHZ 26, 349 vd.; BGHZ 35, 363 vd.; BGHZ 39, 124 vd.; BGHZ 39, 124 = VersR 1963, 465; BGHZ 128, 1 = VersR 1995, 305.

³⁵¹ Bkz. Bölüm I, III, B ve C.

³⁵² Saibe Oktay, **Gezi Sözleşmesi**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1997, s.183.

Somut olayda ihlal edildiği ve kişilik değeri olduğu iddia edilen değer, kişilik değeri değilse, manevi tazminatın koşulları oluşmadığından, manevi tazminata hükmedilemez. Taraflar arasındaki anlaşma, somut olaya göre, cezai şart anlaşması (BK md.158 vd.) olarak nitelendirilebilir.

Acaba taraflar, sözleşme ile yeni bir kişilik değeri yaratabilir mi? Doktrinde bir görüşe göre taraflar haksız fiil hukukundaki kişilik hakkı korumasını genişletebilir. Buna örnek olarak, sözleşme yolu ile yeni bir kişilik değerinin yaratılması gösterilmektedir³⁵³. Bu halde, haksız fiil hukukundaki kişilik koruması bakımından kişilik değeri niteliği taşımayan ve kişilik hakkı koruması kapsamına girmeyen çeşitli bireysel duygusal değerler, sözleşme yolu ile korunabilir. Örneğin, gezi sözleşmesinin gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle tatil keyfinin kaçması halinde taraflar, bu değerın kişilik değeri olduğunu ayrıca sözleşme ile kararlaştırabilirler³⁵⁴.

Kişilik değerleri, kişinin özüyle ilgili olan ve kişinin bireyselliği, tekliği, başkalarından ayrı oluşu dolayısıyla sahip olduğu değerlerdir³⁵⁵. MK m.23 vd. (Art.27 ZGB vd.) hükümleri, kişilik değerlerini sınırlı olarak belirlememiştir. Dolayısıyla, hukuk sistemimizde, kişilik hakkının kapsamı itibari ile sınırlı olduğu ileri sürülemez. Buna göre, kişinin bedeni, fotoğraflar, diplomalar gibi bazı maddi şeyler, şeref ve haysiyet, evlilik ilişkileri, konut dokunulmazlığı, iradesinin serbestçe oluşmasına engel olunmaması...kişilik değerlerine örnek olarak verilebilir. Bir değerın kişilik değeri olup olmadığı, tarafların iradesine göre değil, doktrin ve içtihatlar tarafından yazılı ve yazılı olmayan hukuk normları dikkate alınarak geliştirilen objektif ölçütlere göre belirlenir³⁵⁶. Dolayısıyla, somut olaydaki değerın

³⁵³ Koller, **Genugtuung**, N.211.

³⁵⁴ Koller, **Genugtuung**, N.211.

³⁵⁵ Jaeggi, **Persönlichkeit**, s.165a-167a ;Tandoğan, “Özel Hayatın Korunması”, s.7-8.

³⁵⁶ Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.95; Hausheer, Aebi-Müller, **a.g.e.**, N.12.07; Aebi-Müller, **a.g.e.**, s.68; Tandoğan, “Özel Hayatın Korunması”, s.14 vd. Hakim, yazılı hukukta böyle bir değerın korunmasına ilişkin bir hüküm bulunup bulunmadığını, sadece özel hukuk hükümlerini değil, Anayasa’yı ve kamu hukuku hükümlerini de göz önüne alarak araştıracaktır. Bkz. Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.31-32; Arpacı, **a.g.e.**, s.99; Tekinay, **Gerçek Kişiler**, s.250; Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.11; İmre, “Şahsiyet Hakkı”, s.801-802. YHGK., 28.3.2001 T., 2001/2-276 E., 2001/289 K. (Kazancı İçtihat Bankası); 4.HD., 13.12.1999 T., 1999/8861 E., 1999/11038 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.444-445); YHGK., 20.3.1991 T., 1990/4-617 E., 1991/137 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Taraflar arasındaki sözleşmeden doğan borçların ifası sürecinde de bir tarafın davranışları, diğerinin temel, sosyal ve ekonomik özgürlüklerinin ihlaline neden olabilir ve manevi tazminat talep edilebilir. Örnek olarak; ölüme tehdit : YHGK., 20.3.1991 T., 1990/4-617 E., 1991/137 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

kişilik değeri niteliği taşıyıp taşımadığı, tarafların iradelerinden bağımsız olarak değerlendirilir. Kişilik değeri olmayan değerler, sözleşme ile kişilik değeri katna çıkarılamaz. Bu halde, kişilik hakkının kapsamının sözleşme yolu ile genişletilmesinden değil, bireylerin kişilik değeri niteliği taşımayan değerlerini sözleşme yolu ile güçlendirilmesinden söz edilmelidir. Çünkü alacaklı taraf, sözleşmeden doğan bir alacak hakkına kavuşacak ve borçlu edimini yerine getirmediginde alacaklı, sözleşmeye aykırılık hükümleri gereğince korunabilecektir. Ancak bu halde, ihlal edilen değer, kişilik değeri olmadığı için manevi tazminat talep edilemeyecek, TMK md.25 hükmündeki koruma davaları da açılmayacaktır. Ancak bu gibi borçların ihlali, alacaklının iç huzurunu, manevi bütünlük değerini de ihlal etmişse, BK md.98 f.II atfıyla BK md.49'a kıyasen manevi tazminat talep edilebilecektir.

Aşağıda sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatın koşulları incelenecektir.

B. Taraflar Arasında Geçerli Bir Sözleşme Bulunmalı

1. Genel Olarak

Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanabilmesi ve dolayısıyla sözleşmeye aykırı davranıştan doğan manevi tazminatın talep edilebilmesi için, öncelikle, taraflar arasında kurulmuş ve geçerli olan bir sözleşmenin bulunması gereklidir³⁵⁷. Diğer bir ifadeyle, kişilik hakkını ihlal eden kişi ile mağdur arasında bir sözleşme kurulmamışsa veya sözleşme, geçerlilik koşullarına uygun olmadığı için geçersizlik yaptırımlarına maruz kalmışsa, sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulanamaz. Bu halde, hukuka aykırı bir fiille kişilik hakkını ihlal eden

Eğitim ve öğrenim hakkının engellenmesi : Y.4.HD., 1.10.1964 T., 1964/7619 E., 1964/4566 K. (Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s.293 = YKD., C.22, S.7, Temmuz 1996, s.1123 vd.). Ekonomik özgürlüğün kısıtlanması: Y.4.HD., 25.5.1972 T., 1972/5285 E., 1972/4944 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.573-574). Hakim yazılı hukukta bir dayanak bululamamış ise, söz konusu değer korunmaya değer olup olmadığını takdir edecektir. Bkz. Tandoğan, “Özel Hayatın Korunması”, s.14 vd.

³⁵⁷ Sözleşme görüşmelerinde kusurlu davranıştan sorumluluk için bkz. Bölüm II, VII.

failden, koşulları gerçekleşmişse haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilir. Tez konumuzun sınırlarını açacak bu konu üzerinde durulmayacak, ancak taraflar arasındaki sözleşmenin kişilik hakkına aykırı olması halinde doğacak hukuki sonuçlar ele alınacaktır.

2. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları ve Kişilik Hakkının Hukuki İşlem Yoluyla Gerçekleştirilen Saldırlara Karşı Korunması

Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflar, emredici hukuk kurallarına, genel ahlâka, kamu düzenine, kişilik hakkına aykırı olmadıkça her türlü hukuki işlemi yapabilirler³⁵⁸ (BK m.19 f.II). Eğer taraflar, sözleşme özgürlüğünün bu sınırlarına uymadan hukuki işlem yaparlarsa, hukuki işlem ya tamamen ya da kısmen hükümsüz olacaktır (BK m.19-20)³⁵⁹. Örnek olarak, sperm, yumurta ve embriyonun veya dondurulmuş üreme hücreleri ve gonad dokularının başkalarına nakline ilişkin sözleşmeler, hukuka ve ahlâka aykırılık dolayısıyla kesin hükümsüzdür³⁶⁰.

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarından birisi de, sözleşmenin konusunun kişilik hakkına aykırı olmamasıdır (BK m.19 f.II)³⁶¹. Amaç, kişinin maddi yönlerden zayıf konumda olmasından yararlanılarak onun özgürlüklerinin yok edilmesini ve güçlü olanların boyunduruğu altına girmesini engellemektir³⁶². Konusu kişilik hakkına aykırı olan sözleşmeler, BK m.20 gereğince kesin hükümsüzdür³⁶³.

³⁵⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.20, 72 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.289-291; Hatemi, **Fasiküller**, § 9, N.25 vd.; Geiser, **a.g.e.**, § 1, N.34.

³⁵⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.72; Geiser, **a.g.e.**, § 1, N.35; Max Keller, Christian Schöbi, **Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, B.I, Dritte Auflage, Basel und Frankfurt, Helbing&Lichtenhahn, 1988, s.93, 95.

³⁶⁰ Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği m.4 (RG. 19.11.1996 T. ve 22822 S.), m.17 (RG. 8.7.2005 T. ve 28569 S.).

³⁶¹ BK m.19 f.II ye göre, “.. şahsi hükümlere müteallik haklara mugayyir olmadıkça iki tarafın yaptıkları mukavele muteberdir.” Hükümdeki “şahsi hükümlere müteallik” ifadesi, mehaz Art.19 II OR’ye göre, “kişilik hakkı” olarak anlaşılmalıdır. Bkz. Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.138.

³⁶² Zevkliler, “Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, s.11-12.

³⁶³ Kanun bu tür hukuki işlemler için hükümsüzlük yaptırımını yerine, özel bir yaptırım öngörmüş olabilir. Örneğin, hizmet sözleşmesi, işçinin yaşadığı süre veya on yıldan uzun süreli yapılmış ise, işçi, on yıl geçtikten sonra her zaman ve bir aylık ihbar süresine uymak şartıyla hizmet sözleşmesini feshedebilir (BK m.343).

BK m.19-20 dışında, MK m.23 de kişilik hakkını hukuki işlem sonucu olan saldırılara karşı korumaktadır³⁶⁴. MK m.23'e göre, kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden ve özgürlüklerinden kısmen de olsa vazgeçemez; özgürlüklerini hukuka veya ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz (f.1 ve 2). MK m.23, maddi veya manevi menfaatler karşılığında, kişinin sömürülmesini ve köleleştirilmesini engellemeyi ve kişiliğin korunmasını amaçlamaktadır. MK m.23, bir hukuki işlem yoluyla, kişilik hakkının ihlal edilmesi rizikosunu ortadan kaldırmaktadır³⁶⁵. Bu amacı dolayısıyla, MK m.23, emredici bir hükümdür. MK m.23'e aykırı olan hukuki işlem, BK m.20 gereğince kesin hükümsüzdür³⁶⁶. Örneğin, işçinin ekonomik faaliyetlerine ilişkin özgürlüğünü

³⁶⁴ Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s.103 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.129; ; Riemer, **Personenrecht**, § 13, N.309 vd.; Frick, **a.g.e.**, s.209; Geiser, **a.g.e.**, N.1.35.

³⁶⁵ Bugün hakim olan fikre göre, MK m.23, “kişinin hukuki işlem yoluyla gerçekleştirilen tecavüzlere karşı korunması”; m.24. ise, “kişinin sözleşme dışı saldırılara karşı korunması” amacı taşır. (Dural, Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s.137 vd; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.129; Eugen Bucher, **Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Personenrecht**, 2. Abteilung, Die Natürliche Personen, Erster Teilband, Kommentar zu Art.27 ZGB, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern, Verlag Staempfli & Cie AG., 1993, vorbem., Art.27, N.12; Tekinay, **Gerçek Kişiler**, s.251; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s.151; Hotz, **a.g.e.**, s.10). Bazılarına göre ise, MK m.23, “kişinin kendisine karşı korunması”, m.24 ise “kişinin üçüncü kişilere karşı korunması” amacını taşımaktadır. Bkz. Hatemi, **Gerçek Kişiler** N.3, s.59; Tuor, Schnyder, Schmid, **a.g.e.**, s.88. Oysa ki, her iki hüküm de kişiyi dıştan gelen saldırılara karşı korumaktadır. Sadece, MK m.23 (EMK m.23), kişinin, hukuki işlemler sonucu kişilik hakkının ihlaline karşı korunmasını, MK m.24 (EMK m.24) ise haksız fiil sonucu kişilik hakkının ihlaline karşı korunmasını düzenlemektedir. Bkz. Dural, Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s.137; Bucher, E, **Personenrecht II**, Vorbem., zu Art.27, N.12; Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet**, s.14; Tekinay, **Gerçek Kişiler**, s.251.

³⁶⁶ Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s.106; Bucher, A., **a.g.e.**, § 15, N.425; Frick, **a.g.e.**, s.211; Keller, Schöbi, **B.I**, s.141, 143; Richard Frank, **Persönlichkeitsschutz heute**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1983, s.171. Sözleşmenin kesin hükümsüz olduğu herkes tarafından, her zaman ileri sürülebilir. Hükümsüzlük sonucunun doğması için ne bu yönde bir beyana ne de dava açmaya gerek bulunmaktadır. Sözleşme, kendiliğinden hükümsüzdür. Sözleşmenin sadece bir kısmına ilişkin sakatlık bulunması halinde, sözleşmenin sadece o kısmı kesin hükümsüzdür; fakat bu kısım olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı anlaşılırsa, sözleşme bütünüyle kesin hükümsüzdür (BK m.20 f.II). Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.141; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.20, N.16; Veysel Başpınar, **Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, Türkiye İş Bankası Vakfı- Hukuk Fakültesi, 1998, s.52; Keller, Schöbi, **B.I**, s.149. Doktrinde bazı yazarlara göre ise, konu yönü ile kişilik hakkına aykırılık söz konusu olmadığı hallerde, kendine özgü bir geçersizlik bulunmaktadır. Bu konuda bkz. Schwenzer, **Obligationenrecht**, N.32.38; Bucher, E, **Personenrecht**, Art.27, N.9, 162 vd; Hatemi, **Kişiler Hukuku (2001)**, s.88-89; Saibe Oktay, “Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni”, **İÜHFİM**, C.LV, S.3 , 1997, s.209-234. Her iki görüşü uzlaştıran diğer bir görüş için bkz. Eren, **Borçlar Hukuku**, s.302-303; Başpınar, **a.g.e.**, s.141-142.

Süreklilik ilişkilerinde sözleşmenin çok uzun süreli veya sonsuz süreli olması halinde, ekonomik özgürlüğün özüne dokunan taahhütler, MK m.23 f.II hükmü ile bağdaşmaz. Bu hallerde bazıları sözleşmenin tamamen geçersiz olduğunu savunmaktadır. (BK m.20 f.I) (Bkz. Dural, Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s.139. Federal Mahkeme eski kararlarında – BGE 50 II 485, 23 II 740- bu görüşteydi). Bazıları ise, “değiştirilmiş kısmî butlan” görüşünü savunmaktadır. Buna göre, süre kaydı geçersiz sayılacak ve bu hükmün yerine hakim tarafından yapılacak yorum ile tarafların farazi iradesine uygun yeni bir hüküm konulacaktır. (Bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, “ ‘Değişik Kısmî Hükümsüzlük’ ve

aşırı bir biçimde sınırlandıran rekabet yasağı anlaşması yapılamaz³⁶⁷. Kişi, bir bedel karşılığında, ölümüne neden olabilecek bir deneyde denek olarak kullanılmaya³⁶⁸ veya yaşaması için zorunlu olan organının alınmasına³⁶⁹ izin veremez. Bir sporcu, kulübü ile sözleşmesi sona erdikten sonra iki yıl boyunca başka bir kulübe transfer olmayacağını ve resmi ligde futbol oynamayacağını taahhüt edemez³⁷⁰.

MK m.23'te kişinin hak ve fiil ehliyetinden vazgeçemeyeceği, özgürlüklerini hukuka veya ahlâka aykırı olarak sınırlandıramayacağı düzenlenmiştir³⁷¹. Doktrine göre³⁷², MK m.23'te sayılmayan diğer kişilik değerlerinin korunması BK m.19-20 aracılığıyla sağlanacaktır. Diğer yandan, koşulları gerçekleşirse, kişilik hakkı ihlal edilen, manevi tazminat da talep edebilecektir³⁷³.

C. Borçlu Sözleşmeye Aykırı Davranmalı

'Genişletilmiş Kısmî Hükümsüzlük' Kavramları ile İlgili Düşünceler", **Selim Kaneti'ye Armağan**, İstanbul 1996, s.25-33). Diğer görüşe göre ise, uzun süreli sözleşmeler butlanla geçersiz olamaz, özgürlüğü sınırlandırılan tarafa fesih hakkı verilmelidir. (Bucher, E., **Personenrecht**, Art.27, N.545 vd.). Diğer bir görüşe göre ise, süreye ilişkin hükmün geçersiz olduğu taraflarca ileri sürülürse, bu hüküm geçersiz olacaktır. Bu halde, sözleşme belirsiz süreli bir sözleşme haline gelecektir ve olağan fesih hükümleri uygulanacaktır. (Oktay, "Uzun Süreli Sözleşmeler Geçersizliği", s.226 vd). Federal Mahkeme de son kararlarında, sınırsız süreli sözleşmelerde özgürlüklerin aşırı kısıtlanmış olmasından hareketle burada feshedilebilir bir sözleşme bulunduğunu kabul etmekte, ancak bununla çelişir bir biçimde, kısmi hükümsüzlükten söz etmekteydi. Bkz. BGE 114 II 159; Bu kararın değerlendirilmesi için bkz. Saibe Oktay, "Federal Mahkeme'nin 21 Haziran 1988 Tarihli Kararının Çevirisi ve İncelenmesi", **İHF**, S.1-2, C.LV, 1996, s.489-500. Federal Mahkeme 128 III 428 kararında ise, sürekli borç ilişkilerinde, Art.27 2 ZGB'ye dayanarak, özgürlüğü aşırı bir biçimde sınırlandırılan tarafın sözleşmeyi haklı sebeple feshetmeye hakkı olduğunu kabul etmiştir. Ayrıca bkz. Aebi-Müller, "Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2002 und 2003", **ZBJV**, Band.140, 2004, s.239-240.

³⁶⁷ Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s.340. BGE 84 II 266; 78 II 230.

³⁶⁸ Hasta Hakları Yönetmeliği m. 32 -36. (RG.1.8.1998 T., 23420 S.).

³⁶⁹ 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun m. 8. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.105 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.129.

³⁷⁰ BGE 102 II 211.

³⁷¹ Bucher, A., **a.g.e.**, § 15, N.424; Pedrazzini, Oberholzer, **a.g.e.**, s.121 vd.; Hans Hinderling, **Persönlichkeit und subjektives Recht die aertzliche Aufklaerungspflicht**, zwei Aufsätze zum Persönlichkeitsschutz, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1963, s.19; Jaeggi, **Persönlichkeit**, s.200a.

³⁷² Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.137-138; Bucher, A., **a.g.e.**, § 15, N.428; Zevkliler, "Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", s13-14.

³⁷³ Bucher, A., **a.g.e.**, § 15, N.452. BGE 102 II 211.

1. Genel Olarak

Geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmeden doğan borç ilişkisi gereğince, alacaklı, borçludan bir şey vermesini, yapmasını veya yapmamasını talep etme yetkisine sahiptir³⁷⁴. Geniş anlamda borç ilişkisinden, alacaklının ifa menfaatinin sağlanmasına yönelik asli ve yan edim yükümlülüklerinin dışında, asli borcun ifasına veya amacına ulaşmasına yardımcı olan yan yükümlülükler de doğabilir³⁷⁵. Doktrinde taraflar arasında, borç ilişkisinin yanında, dürüstlük kuralından doğan bir güven ilişkisinin de kurulduğu, bu ilişkiden borçlunun çeşitli koruma yükümlülükleri doğduğu da kabul edilmektedir. Bu şekilde edim veya koruma yükümlülüğü doğuran borç ilişkilerine, yükümlülük borç ilişkisi adı verilir³⁷⁶.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanabilmesi için borçlunun borç ilişkisinden doğan yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi ifa etmemiş olması da gereklidir. Borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerini hiç veya gereği gibi yerine getirmeyen borçlu, sözleşmeye aykırı davranmıştır³⁷⁷. Eğer zarar, borç ilişkisinden doğan bir yükümlülüğe aykırılıktan değil de genel davranış kuralına aykırılıktan doğmuş ise, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümleri değil, haksız fiilden doğan sorumluluk hükümleri uygulanır. Sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatın talep edilebilmesi için de taraflar arasındaki borç ilişkisinden doğan yükümlülüğün hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı alacaklının kişilik hakkının ihlal edilmesi ve manevi zarara uğraması gereklidir.

2. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerindeki Yükümlülükler

a. Genel Olarak

³⁷⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.3.

³⁷⁵ Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.4; Tamer İnal, **Borca Aykırılık ve Sonuçları**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 2004, s.177 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.33, 37; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.18; Keller, Schöbi, **B.I.**, s.203; Barth, **a.g.e.**, s.12-13.

³⁷⁶ Hatemi, **Fasiküller**, § 2, N.5.

³⁷⁷ Hatemi, **Fasiküller**, § 2, N.5.

BK m.19-20'deki sınırlar çerçevesinde, taraflar, sözleşmenin konusunu serbestçe belirleme özgürlüğüne sahiptir. Bu çerçevede, taraflar, konusu tarafların kişilik hakkının korunması veya geliştirilmesi olan sözleşmeler kurabilirler³⁷⁸. Sözleşme özgürlüğünün sınırlarını düzenleyen BK m.19-20 hükümlerinde veya başka bir hükümde, tarafların kişilik değerlerini korumak veya teşvik etmek için sözleşme yapamayacaklarını belirten bir yasak bulunmamaktadır. Bu nedenle, tarafların sadece para ile ölçülebilen menfaatlerini sağlamak için sözleşme yapmaları şart değildir. Taraflar, hukuki menfaatleri bulunmak kaydıyla para ile ölçülemeyen menfaatlerini korumak, geliştirmek vb. amaçlar için de sözleşme yapabilirler³⁷⁹. Para ile ölçülemeyen bu manevi menfaatler arasında taraflardan birinin veya her ikisinin de kişilik değerlerinin korunması veya teşvik edilmesi de yer alabilir³⁸⁰. Örnek olarak, hekimlik sözleşmesi³⁸¹ gereğince doktor, hastayı tedavi etme ile hasta ise bu edim karşılığında belirli bir bedeli ödemekle yükümlüdür. Doktorun edimi ifa etmesi ile alacaklı hastanın elde edeceği menfaat, manevidir. Doktorun hastayı tedavi etme ve gerekli özeni gösterme yükümlülükleri, somut olay bakımından, hastanın (alacaklının) beden bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkını korumayı amaçlamaktadır. Buna karşılık, hastanın belirli bir bedeli ödemesi yükümlülüğünü ifa etmesi ile

³⁷⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.20, 72 vd; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.284 vd.; Geiser, **a.g.e.**, § 1, N.34; Hochstrasser, **a.g.e.**, s.34.

³⁷⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.9.

³⁸⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.92; Koller, **Genugtuung**, N.131, s.59; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.25; Bucher, E, **Personenrecht**, Art.27, N.453; Geiser, **a.g.e.**, N.1.34 vd.; Saymen, **Manevi Zarar**, s.146; Hochstrasser, **a.g.e.**, s.34. Sadece tarafların malvarlığına ilişkin menfaatleri ile ilgili sözleşme kurulabileceği şeklindeki “sözleşme amacı teorisi” bugün kabul edilmemektedir. Bkz. Koller, **Genugtuung**, N.111; Saymen, **Manevi Zarar**, s.141. Pandekt hukukunun izlerini taşıyan bu görüşün Alman Hukukuna etkisi için bkz. Bölüm I, II, C.

³⁸¹ Hekimlik sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmeyen bir sözleşmedir. Doktrine ve yargı kararlarına göre, hekimlik sözleşmesine, BK m.386 f.II hükmü gereği, vekalet sözleşmesinin hükümleri uygulanır. İnsan organizmasının özel yapısı, doktorun hastalığın tedavisi sonucunu garanti etmesine imkan veremez. Bu nedenle, hekimlik sözleşmesi, bir eser meydana getirilmesi (sonuç) garantisiz olmadığı için eser sözleşmesi olarak da nitelendirilemez. Bkz. Filiz Yavuz İpekyüz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Ocak 2006, s.68; Dieter Medicus, **Schuldrecht II, Besonderer Teil**, Juristische Kurz-Lehrbücher, 11. Auf., München, Verlag C.H. Beck, 2003, § 98, N.349; Kropholler, **a.g.e.**, § 331, N.1; Honsell, **Arztrecht**, s.22; Zarife Şenocak, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara, AÜHF Döner Sermaye Yayınları, No:44, 1998s.86-87; Frank, **Persönlichkeitsschutz**, s.174; Halil Akkanat, “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni”, **Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan**, İstanbul, Yetkin Yayınevi, 2006, s.28. Y.13.HD., 4.3.1994 T., 1994/8557 E., 1994/2138 K (YKD., C.20, S.8, Ağustos 1994, s.1288-1293). İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir. Bkz.4C 178//2005, 20 Aralık 2005 tarihli Federal Mahkeme kararı; BGE 120 III 248. Alman Hukukunda ise, hekimlik sözleşmesi, hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Bkz. Medicus, **Schuldrecht II**, § 98, N.349 ; Kropholler, **a.g.e.**, § 631 N.1.

doktorun elde edeceği menfaat daha çok maddidir. Hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü, hekimin hastanın muayenesi sonucu varılan teşhisi, yapılacak tedavinin türünü ve süresini, bu tedavi yönteminin hasta için ortaya çıkaracağı riskleri, ilaçların kullanılması veya kullanılmaması halinde hasta için doğacak sonuçları vs. hakkında hastaya bilgi vermesini gerektirir³⁸². Dolayısıyla, bu yükümlülük, ortaya çıkış amacı nedeniyle, hastanın sağlığının korunmasına ve/veya iyileştirilmesine yöneliktir.

Sözleşmenin konusu, sadece tarafların değil üçüncü kişilerin kişilik değerlerinin korunması da olabilir. Örneğin, çocuk bakımına ilişkin sözleşmelerde, ebeveynler ile bakıcı arasındaki sözleşme gereği, bakımının çoğu kez bir bedel karşılığında, çocuğun bakımı, eğitimi, yetiştirilmesi, beslenmesi vb. yükümlülükleri bulunduğu kararlaştırılmaktadır³⁸³. Kararlaştırılan edimlere göre isimsiz sözleşme niteliği de taşıdığı söylenebilecek olan bu tür sözleşmelerde, ebeveynlerin yanında sözleşmeye taraf olmayan bir kişinin (çocuğun) kişilik değerlerinin korunması ve özellikle geliştirilmesi amaçlanmaktadır.

Taraflar arasındaki borç ilişkisinden doğan yükümlülükler incelenirken, doğrudan veya dolaylı olarak tarafların kişilik hakkının korunmasını veya teşvik edilmesini amaçlayan yükümlülükler ve doğrudan veya dolaylı olarak tarafların kişilik hakkının korunmasını veya teşvik edilmesini amaçlamayan yükümlülükler ayrımı yapılacak³⁸⁴ ve bu ayrıma göre kişilik hakkının ihlali açıklanacaktır.

³⁸² Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.76 vd.; Medicus, **Schuldrecht II**, § 98, N.351; Deutsch, **Schmerzensgeld**, s.237; Hinderling, **a.g.e.**, s.49 vd.; Thomas M. Mannsdorfer, “Haftung für perinatale Schaedigung im Medizinischen Bereich”, **HAVE**, 2003, s.107; Ergun Özsunay, “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 12/13.Mart 1982, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s.31-60; Selim Kaneti, “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü”, **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 12/13.Mart 1982, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s.61-76.

³⁸³ Hochstrasser, **a.g.e.**, s.43.

³⁸⁴ Koller, **Genugtuung**, N. 145 vd.

b. Doğrudan veya Dolaylı Olarak Kişilik Değerlerinin Korunmasını veya Teşvik Edilmesini Amaçlayan Yükümlülükler

(1) Genel Olarak

Kişilik değerinin korunmasına ve teşvikine yönelik yükümlülüklerin kaynağı, tarafın anlaşması, kanun, dürüstlük kuralı³⁸⁵ (MK m.2) olabilir. Kişilik hakkını korumayı veya teşvik etmeyi amaçlayan yükümlülükler, hakimin sözleşmeyi tamamlaması ile de ortaya çıkabilir. Tarafların gereksinimlerine, sözleşmenin amacına göre çok sayıda örneği olabilecek bu yükümlülüklerin tek tek sayılması mümkün değildir. Aşağıda, edim veya koruma yükümlülüğünün kaynağına göre, bu tür yükümlülüklerle örnekler verilecektir.

(2). Tarafların Anlaşması Yolu İle Belirlenen Kişilik Değerleri İle İlgili Edim Yükümlülükleri

Taraflar, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, konusu tarafların kişilik değerlerinin korunmasını veya teşvik edilmesini amaçlayan sözleşmeler yapabilirler. Sözleşme ile elde edilmek istenen amaç, sözleşme tarafının özel olarak kişilik değerinin veya değerlerinin korunması veya teşvik edilmesidir. Örneğin, hekimlik sözleşmesi gereğince doktorun hastayı tedavi etme ve özen gösterme yükümlülükleri, somut olay bakımından, hastanın (alacaklının) beden bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkını korumayı amaçlamaktadır. Örneğin belirli bir ücret karşılığında bir gazinoda sahneye çıkmayı kabul eden sanatçı, bu sözleşme ile sadece maddi menfaatler elde etmeyi değil, aynı zamanda, sanatçı kişiliğinin gelişmesine yönelik manevi beklentilerinin gerçekleşmesini de amaçlayabilir. Bu nedenle, taraflar, borçlunun, sanatçının adının ilanlarda büyük puntolarla yazılmasını, sahneye çıkacağı günün

³⁸⁵ Koller, *Genugtuung*, N.140 vd.; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.39 vd.; Geiser, *a.g.e.*, N.1.38; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, s.22 vd.

televizyon vb. araçlarla ilan edilmesini sağlamakla yükümlü olduğunu kararlaştırabilir. Bu halde, kararlaştırılan yükümlülükler, sanatçının mesleki kişiliğinin geliştirilmesine yöneliktir³⁸⁶.

Kişiliğin korunmasına veya teşvik edilmesine ilişkin edimler, yapma borcunun konusu olabileceği gibi, borçlunun bir şeyi yapmaktan kaçınması veya katlanması şeklinde yapmama borcunun konusu da olabilir³⁸⁷. Örneğin, verem hastası olan kişinin özel bir sağlık kliniğinde belirli bir bedel karşılığında tedavi edilmesine yönelik sözleşmede, hastanın tedavi edilmesi; son günlerini huzurlu geçirmek amacıyla olan bir yaşlının belirli bir edim karşılığında özel huzur evinde kalmasına ilişkin sözleşmede, yaşlının bakımı, sağlık ihtiyaçlarının karşılanması vs. yapma borcuna örnek olarak verilebilir. Buna karşılık, kuaförün bayanın saçını tararken onun beden bütünlüğünü ihlal edecek, örneğin saçının yanmasına neden olacak davranışlardan kaçınmasına; psikiyatrisin ruhsal tedavi gören hastasından özel hayatı hakkında öğrendiği bilgileri başkalarına söylememesine yönelik borçları, yapmama borcuna örnek verilebilir.

Kişilik hakkının korunması veya geliştirilmesine ilişkin edim yükümlülükleri, borç ilişkisinin doğrudan doğruya meydana getirdiği, bu ilişkiye hukuki tipini veren asli edim yükümlülüğü³⁸⁸ veya borçlu tarafından yerine getirilmesi zorunlu olduğu belirlenen yan edim yükümlülüğü olabilir³⁸⁹. Diğer yandan, asli borcun ifasına yardımcı olan veya amacına ulaşmasına yardımcı olan yan yükümlülükler de tarafların kişilik değerlerinin korunmasına yönelik olabilir³⁹⁰. Manevi tazminat bakımından, borç ilişkisinden doğan yükümlülüğünü, asli veya yan edim yükümlülüğü veya yan yükümlülük olmasının önemi yoktur. Önemli olan, taraflar arasındaki borç ilişkisinden doğan yükümlülüğün ihlali sonucu alacaklının kişilik

³⁸⁶ Saymen, **Manevi Zarar**, s.142; Hochstrasser, **a.g.e.**, s.42.

³⁸⁷ Koller, **Genugtuung**, N.133; Hochstrasser, **a.g.e.**, s.44.

³⁸⁸ Oğuzman, **Öz, a.g.e.**, s.4; İnal, **Borca Aykırılık**, s.118 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.32; Koller, **Genugtuung**, N.135; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.17; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.18; Geiser, **a.g.e.**, N.1.37; Hochstrasser, **a.g.e.**, s.43 vd.

³⁸⁹ İnal, **Borca Aykırılık**, s.126 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.33 ; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.17; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.21; Geiser, **a.g.e.**, N.1.37; Hochstrasser, **a.g.e.**, s.43 vd.

³⁹⁰ Oğuzman, **Öz, a.g.e.**, s.4; İnal, **Borca Aykırılık**, s.177 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.37.

hakkının ihlal edilip edilmediğidir. Bu ihlal sonucunda manevi zarar doğarsa, -ihlal edilen yükümlülüğün türü dikkate alınmaksızın-manevi tazminat talep edilebilir³⁹¹.

Taraflar, belirli veya belirlenebilir bir kişilik değerinin korunmasını veya teşvik edilmesini sağlamak veya kişilik değerini bir tehlikeye karşı özel olarak korumak amacıyla asli edim yükümlülükleri kararlaştırabilir³⁹². Hekimlik sözleşmelerinde hastanın beden bütünlüğünün ve sağlığının korunmasını ve mevcut durumdan daha iyi bir hale getirilmesini amaçlayan tedavi etme yükümlülüğü, asli edim yükümlülüğüne örnek olarak verilebilir. Güvenlik şirketleri ile yapılan sözleşmelerde de, şirketin, alacaklının gerek mal gerekse de kişi varlığının korunmasına ilişkin yükümlülüğü, asli edim yükümlülüğü niteliğindedir.

Kişilik değerlerinin korunması veya teşvik edilmesine ilişkin yükümlülükler daha çok yan (edim) yükümlülüğü şeklinde ortaya çıkmaktadır³⁹³. Örneğin yolcu taşıma sözleşmesinde, taşıma asli edim yükümlülüğünün yanında yolcuların can güvenliğinin korunması bir yan (edim) yükümlülüğü olarak açıkça kararlaştırılabilir³⁹⁴. Kişilik değerlerinin korunmasına ilişkin edimlerin en tipik yan (edim) yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğüdür³⁹⁵. Bu edim aslında, asli edim yükümlülüğü olarak da kararlaştırılabilir. Ancak uygulamada genellikle yan (edim) yükümlülüğü şeklinde kararlaştırılmaktadır. Bunun dışında, rekabet yasağına ilişkin edim yükümlülükleri de taraflardan birinin ekonomik kişiliğinin korunmasına amaçlayan yan edim yükümlülüklerine örnek verilebilir³⁹⁶. Diğer bir örnek olarak, tamir edilmek üzere aile hatırası olan kolyenin verildiği kuyumcunun, kolyenin korunmasına özen gösterme yükümlülüğü bulunduğu taraflarca kararlaştırılabilir³⁹⁷.

Ancak kişilikle ilgili yükümlülüklerin tek kaynağı, tarafların anlaşması değildir. Yukarıda belirtilen yükümlülükler çoğu kez taraflarca kararlaştırılmaz. Aşağıda belirtileceği üzere, bu tür yükümlülükler, kanundan, dürüstlük kuralından veya hakimin sözleşmedeki boşluğu tamamlamasından da doğabilir.

³⁹¹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.37.

³⁹² Koller, **Genugtuung**, N.135; Geiser, **a.g.e.**, N.1.37; Hochstrasser, **a.g.e.**, s.44.

³⁹³ Koller, **Genugtuung**, N.136; Geiser, **a.g.e.**, N.1.38; Hochstrasser, **a.g.e.**, s.44.

³⁹⁴ BGE 113 II 246. TTK m.806 f.I'de de taşıyıcının yolcuları gidecekleri yere sağ ve salim ulaştırmakla yükümlü olduğu açıkça düzenlenmiştir. Deniz taşımacılığı bakımından da benzer bir düzenleme, TTK m.1130'da yer almaktadır.

³⁹⁵ Hochstrasser, **a.g.e.**, s.44.

³⁹⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.35.

³⁹⁷ Saymen, **Manevi Zarar**, s.144.

(3). Kişilik Değerleri İle İlgili Kanundan Doğan Edim Yükümlülükleri

Kanunun taraflar arasındaki sözleşme ile ilgili hükümleri arasında, tarafların kişilik değerlerini koruyan veya teşvik eden bir edim yükümlülüğü düzenlenmiş olabilir³⁹⁸.

Hizmet sözleşmesi çerçevesinde, işverenin, işçiyi gözetme borcu bulunmaktadır³⁹⁹. İşverenin işçiyi gözetme borcu ve esasları, BK m.332, İş Kanunu m. 77-89 gibi, bir çok hükümde düzenlenmiştir⁴⁰⁰. İşveren, çalıştırdığı işçisini korumak, onun gördüğü iş dolayısıyla uğrayabileceği zararlara karşı gerekli önlemleri almak, işçinin çıkarlarının zedelenmesine yol açabilecek zarar verici davranışlardan kaçınmak ile yükümlüdür. Örneğin, işletme tehlikesine karşı işçiyi korumak için gerekli tesisat ve donanımın yapılması, gerekli koruyucu araç ve gereçlerin sağlanması, güvenli bir iş ortamının oluşması için gerekli organizasyonun kurulması ve bu doğrultuda işçiye gerekli emir ve talimatların verilmesi, bunlara uyulup uyulmadığının denetlenmesi⁴⁰¹, işçinin sağlığına uygun çalışma koşulları ve ortamı sağlaması, yasal hak ve sorumlulukları konusunda bilgilendirilmesi ve gerekli iş sağlığı ve eğitimini verilmesi⁴⁰² gereklidir⁴⁰³. BK m.332, işverenin sadece işletme tehlikesine karşı işçiyi koruma, münasip ve sağlığa uygun çalışma yeri ve işçinin

³⁹⁸ Koller, **Genugtuung**, N.137; Geiser, **a.g.e.**, N.1.39

³⁹⁹ İlhan Ulsan, **Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1990, s.1; Emine Tuncay Kaplan, “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, **Kamu-İş**, C.7, S.2, 2003, s.4.

⁴⁰⁰ Doktrinde, genel eğilim, BK m.332’de düzenlenen yükümlülüğün kapsamının İş Kanunu hükümleri çerçevesinde yorumlanması gerektiğini ve her iki düzenlemenin karşılıklı bir etkileşim içinde bulunduğunu kabul etmektedir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Ulsan, **İşçiyi Gözetme Borcu**, s.53-54; Kaplan, **a.g.e.**, s.4. BK m.332 çerçevesinde işverenin yükümlülüğü sınırlanmıştır. Hükme göre, işveren, “*akdın hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede*” kendisinden beklenen önlemleri almakla yükümlü tutulmuştur. Bununla kast edilen, işletme tehlikesinin büyüklüğüne veya küçüklüğüne göre, işverenin alması gereken önlemlerin çerçevesinin hakkaniyete göre belirleneceğidir. Oysa İş Kanununun 77. f.1 maddesine göre, “*işverenler, işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlem almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdürler*”. Söz konusu hükümde, BK m.332’den farklı olarak, işverenin yükümlülüğü hakkaniyetle sınırlanmamıştır. Bu halde, İş Kanunu çerçevesinde alınacak önlemlerin sınırı, hakkaniyete göre değil, bilimin, teknolojinin ve deneyimin durumuna göre belirlenecektir. Bkz. Ulsan, **İşçiyi Gözetme Borcu**, s.48.

⁴⁰¹ Y.10.HD., 30.9.1986 T., 1986/4453 E., 1986/4793 K. (Tekstil İşveren Dergisi, Ocak 1987, s.19)

⁴⁰² Y.HGK., 16.6.2004 T., 2004/21-365 E., 2004/369 K. (İşveren Dergisi, Aralık 2004, s.28-30).

⁴⁰³ Ulsan, **İşçiyi Gözetme Borcu**, s.39.

sağlığına uygun bir yatacak yer sağlama yükümlülüğü bulunduğunu düzenlemektedir. Oysa Art.328 OR ise, daha net ve geniş bir şekilde, işverenin iş ilişkisinde, işçinin kişiliğini koruma ve onu saygı gösterme yükümlülüğü bulunduğunu düzenlemiştir⁴⁰⁴. İşveren özellikle, işçinin cinsel olarak rahatsız edilmesini ve cinsel taciz mağduru işçinin daha fazla bir zarara uğramasını engellemekle yükümlüdür (Art.328 Abs.I, 2). Hükmün ikinci fıkrasında ise, işverenin işçinin hayatı, sağlığı ve kişisel bütünlüğünün korunmasına ilişkin önlemleri almakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir⁴⁰⁵. Buna göre işverenin yükümlülüğü, işçinin fiziksel, psikolojik, cinsel bütünlüğünün korunmasının yanında onun sosyal değerlerinin (şeref ve haysiyet gibi), özgürlüklerinin (düşünceyi açıklama özgürlüğü gibi) ve özel hayatının korunmasını da kapsar⁴⁰⁶. Sonuç olarak, mehz Kanunun, işçinin fiziksel, psikolojik ve cinsel bütünlüğünü, sosyal itibarını, kişisel özgürlük alanlarını ve özel hayatının korunmasını düzenleyen kapsamlı bir koruma getirdiği görülmektedir⁴⁰⁷. Ancak Türk hukuku bakımından da BK m.332’de yer almasa bile, işverenin işçinin beden bütünlüğünü, özel ve gizli hayatını, şeref ve haysiyetini ve mesleki itibarını vs. korumakla yükümlü olduğu, kabul edilmektedir⁴⁰⁸. Bu sonucun kabulünün pratik önemi, özellikle cinsel taciz ve psikolojik taciz hallerinde, aktif

⁴⁰⁴ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.800 vd.; Manfred Rehbinder, Wolfgang Portmann, , **Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Obligationenrecht I., Art.1-529 OR, 3. Auf., Herausgeber: Heinrich Honsell, Peter Nedim Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel.Genf.München, Helbing &Lichtenbahn, 2003, Art.328, N.4 vd.; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar** Art.328, N.2; Frick, **a.g.e.**, s.248; Frank, **Persönlichkeitsschutz**, s.24; Manfred Rehbinder, **Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, 2. Auf. Obligationenrecht I, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wiegand, Wolfgang , 2. Auf., Basel, Helbing &Lichtenbahn, 1998, Art.328, N.2; Markus Beer, “Achtung und Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers Art.328 Abs.1 OR und die ‘Humanisierung der Arbeit’ grundsätzliche Überlegungen”, **SJZ**, 1993, s.226-228. Ayrıca Art.328a OR vd. hükümlerinde işçinin kişiliğinin korunması bakımından diğer yükümlülükler de ayrıntıları ile düzenlenmiştir. Bkz. Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar** Art.328a, N.1; Geiser, **a.g.e.**, N.1.39.

⁴⁰⁵ Art.328 Abs.II OR’deki bu yükümlülüklerin bir sınırı bulunmaktadır: Bu önlemin deneyim kurallarına göre alınması zorunlu olmalı ve önlemler hizmet sözleşmesi ve edimine göre hakkaniyet çerçevesinde kendisinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere teknik yönden uygulanabilir ve işletmenin veya ev yönetiminin gerekleriyle bağdaşabilir olmalıdır. Bkz. Rehbinder, Portmann, **Basler Kommentar OR**, Art.328, N.10; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.328, N.19; Rehbinder, **Basler Kommentar 2. Auf.**, Art.328, N.11; Ulsan, **İşçiyi Gözetme Borcu**, s.94; Kaplan,**a.g.e.**, s.4.

⁴⁰⁶ Kostkiewicz vd.,**OR Hand Kommentar** Art.328, N.2; Frank, **Persönlichkeitsschutz**, s.24; Frick, **a.g.e.**, s.248..

⁴⁰⁷ Beer, **a.g.e.**, s.227. BGE 102 II 18 vd.; 86 I 251 vd.; 80 II 256 vd.

⁴⁰⁸ Bu konudaki gerekçeler için bkz. Kenan Tunçoğlu, Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul, Beta 2005, s.10; Kaplan, **a.g.e.**, s.6.

veya pasif davranışlarda bulunan işverenin, sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumluluğunun kabul edilmesine yol açmaktır⁴⁰⁹.

Borçlar Kanunu Tasarısının 416 vd. hükümleri, “işçinin kişiliğinin korunması” üst kenar başlığı altında, işverenin yükümlülüklerini düzenlemektedir. Özellikle tasarının 416.maddesinde, İsviçre Borçlar Kanunu’na uygun olarak, genel bir şekilde işverenin, işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek, sağlığını gözetmek ve işyerinde ahlâka uygun bir düzenin gerçekleştirilmesini sağlamakla, özellikle kadın ve erkek işçilerin cinsel tacize uğramamaları ve cinsel tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla(f.I) ve işçinin yaşamının, sağlığının ve bedensel bütünlüğünü korumak için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu (f.II) düzenlenmiştir.

BK 249–250 gereğince, kiraya verenin kiralananı tahsis amacına uygun bir şekilde teslim etme ve sözleşme süresince tahsis amacına uygun durumda bulundurma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülük çerçevesinde, kiraya veren, kiracının kiralanan yerde tahsis amacına uygun olarak yararlanmasını sağlamalıdır. Bu, kiralananın eskimesi veya bozulması halinde tamir edilmesinin dışında, kiracının rahatsız edilmemesini⁴¹⁰, kiralanan yerin kiracının ve onunla beraber yaşanların sağlığını bozacak ayıplardan yoksunlaştırılmasını, kiracının tahliyesini sağlamak için hukuka aykırı bir şekilde zorlanmamasını (örneğin, tehdit edilmemesini) gerektirir⁴¹¹.

BK m.348–352 hükümleri çerçevesinde, işçi ile işveren, sözleşmenin sona ermesinden sonra, işçinin kendi namına işveren ile rekabet edeceği bir iş yapmamasını ve rakip işyerinde çalışmamasını ve buna ortak ve sair sıfatla ilgili olmamasını kararlaştıran bir “rekabet yasağı anlaşması” yapabilirler. Buna göre, rekabet yasağının kaynağı, kanun değil, tarafların buna ilişkin sözleşmesidir. Ancak rekabet yasağına ilişkin anlaşmaların, BK m.348 vd. nda düzenlenen geçerlilik

⁴⁰⁹ Bkz. Bölüm II, II, C, 4, c, (2), vi.

⁴¹⁰ Kirayaverenin kiracının evini gözetlemesine ilişkin bir karar için bkz. 25.02.1992 tarihli Cour de Cassation du canton de Neuchatel kararı (Naklen: Koller, **Genugtuung**, s.67, dn.332.). Yargıtay kararına konu olan bir olayda, kiralanan bir evde bulunan ve kiracının yararlanmasına bırakılan bir telefonun, kira süresince kiracı adına rehberde kaydedilmesi konusunda sözleşme yapılmıştır. Ancak kiraya veren sonradan telefonu bir genelev kadınına devretmiş ve rehberde kiracı adına kayda rağmen telefon bu kişi tarafından kullanılmıştır. Yargıtay, telefonun genelevde yaşayan birisine devredilmesinin davacının kişilik hakkını ihlal eden sözleşmeye aykırı bir davranış olduğuna karar vermiştir. Bkz. Y.4.HD., 19.3.1968 T. (Son İçtihatlar, 1968, S.245, s.610).

⁴¹¹ Hatemi, Serozan, Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, s.163; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.1/2, Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, 3. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, Olgaç Matbası, 1985, s.112; Hochstrasser, **a.g.e.**, s.51, 67.

koşullarına uygun olarak yapılması gereklidir⁴¹². Rekabet yasağının kanundan doğduğu hallere örnek olarak, kollektif şirket ortağının (TTK m.172), komandite ortağın (TTK m.250), anonim şirkette yönetim kurulu üyelerinin (TTK m.335) şirketle rekabet etmeme yükümlülükleri verilebilir⁴¹³.

TTK m.358'de, anonim şirkette ortakların öğrenmiş oldukları şirkete ait sırları, gizli tutmaya mecbur olduğu düzenlenmektedir. Ayrıca 4491 sayılı Kanunla değişik Bankalar Kanununun 22.maddesinde de banka mensuplarının ve diğer görevlilerinin görev ve sıfatları dolayısıyla öğrendikleri bankalara ve müşterilere ait sırları bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan merciler dışındaki kişilere açıklayamayacakları belirtilmektedir.

Hekimin aydınlatma yükümlülüğü (Hasta Hakları Yön. m.31) de kanun dışında diğer mevzuat ile düzenlenen kişilik değerinin korunmasına ilişkin edim yükümlülüklerine örnek olarak verilebilir.

Kanunun zayıf konumda olan kişilerin kişilik değerlerinin korunmasına ilişkin hükümleri, gerek kamu düzeninin korunması amacı ile sevk edilmeleri gerekse zayıf konumda olan kişileri korumayı amaçlamaları bakımından emredici hükümlerdir⁴¹⁴. Bu nedenle, tarafların bu düzenlemelerdeki asgari koşulları ortadan kaldıran ve sınırlandıran sözleşmeleri, emredici düzenlemelere aykırı olması nedeni ile kesin hükümsüzdür. Taraflar, sözleşme yolu ile bu düzenlemelerdeki koruma sınırlarını güçlendirebilir, geliştirebilirler. Bu ihtimalde, sözleşmedeki edim yükümlülükleri, kanundan değil, tarafların anlaşmasından doğan kişilik ile ilgili edim yükümlülüğü niteliği taşıyacaktır.

⁴¹² Hatemi, Serozan, Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, s.340-341.

⁴¹³ Bu konuda bkz. M. Fatih Uşan, **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)**, Ankara, Seçkin, 2003, s.155-156.

⁴¹⁴ BK m.332 hükmü bakımından; Ulsan, **İşçiyi Gözetme Borcu**, s.37. Art.328 OR'nin işçinin yararına olmayacak bir şekilde aksinin kararlaştırılması, Art.362 OR ile yasaklanmıştır. Aksini düzenleyen anlaşma, kesin hükümsüzdür. (Art.362 Abs.II OR).

(4). Hakimin Sözleşmedeki Boşluğu Tamamlaması Yolu İle Doğan Kişilik Değerleri İle İlgili Edim Yükümlülükleri

Bazen taraflar açıkça veya zımnen kişilik değerinin korunması veya teşvik edilmesine ilişkin bir edim yükümlülüğü kararlaştırmamış olabilir. Taraflar, bu konu ile ilgili bir düzenleme getirmemiş olabileceği gibi, bu konuyu hiç düşünmemiş de olabilirler. Diğer yandan taraflar arasındaki sözleşme ile ilgili kanun hükümlerinde kişilik değerleri ile ilgili bir yükümlülük de düzenlenmemiştir⁴¹⁵. Ancak somut olayda, taraflar arasında, kişilik değerlerinin korunmasına ilişkin bir yükümlülüğün bulunup bulunmadığı konusunda bir uyuşmazlık ortaya çıkabilir ve taraflardan birisi, sözleşmedeki bu boşluğun doldurulması için hakime başvurabilir. İşte bu hallerde, hakim yorum yaparak, sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarından birinde bir boşluk bulunup bulunmadığını belirleyecektir⁴¹⁶. Boşluk bulunduğunu belirlediği hallerde, sözleşmedeki boşluk, hakim tarafından doldurulacak, tamamlanacaktır⁴¹⁷. Bu halde, hakim, özellikle sözleşmenin niteliğini ve taraflar arasındaki özel güven ilişkisini göz önüne alarak, sözleşmedeki boşluğu, sözleşmenin tamamlanması ilkelerine uygun olarak dolduracaktır⁴¹⁸.

Hakim taraflar arasındaki bu uyuşmazlığı, boşluk tamamlama yöntemlerine göre çözümlenecektir⁴¹⁹. Tez çalışmamızın kapsamını aşacağından bu konu üzerinde durulmayacaktır.

⁴¹⁵ Eğer sözleşme tipi ile ilgili hükümlerde kişilik hakkının korunmasına ilişkin bir yükümlülük bulunmakta ise (örneğin BK m.332 gibi), taraflar arasındaki sözleşme bakımından da ilgili hüküm uygulanacak ve sözleşmede boşluktan söz edilemeyecektir.

⁴¹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 33, N.1; Hans Merz, **Vertrag und Vertragsschluss**, 2. Aufl., Freiburg Schweiz, Universitaetsverlag, 1992, §4., N.184 ; Yeşim Atamer, “ Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler”, **İÜHFİM**, C.LXIII, S.1-2, 2005, s.171-191; Saibe Oktay, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Doldurulması”, **İHFİM**, C.LV, 1996, s.263-296.

⁴¹⁷ Oktay, “İsimsiz Sözleşmelerde Yorum”, s.284.

⁴¹⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.153 vd.; Schiemann, **Staudingers Kommentar**, § 253, N.10;

⁴¹⁹ Bu konuda bkz. Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2.Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s.55 vd.; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.153 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, § 33, N.1 vd.; Keller, Schöbi, **B.I**, s.137; Atamer, “Sözleşme Boşlukları”, s.177 vd.; Oktay, “İsimsiz Sözleşmelerde Yorum”, s.284 vd.

(5). Dürüstlük Kuralından Doğan Yükümlülükler: Koruma Yükümlülükleri

MK m.2'deki dürüstlük kuralının çeşitli işlevleri bulunmaktadır. Buna göre dürüstlük kuralı, edim yükümlülüklerinin yorumlanmasının yanında, sözleşmedeki boşluğun tamamlanmasında da rol oynar⁴²⁰. Ancak konumuz bakımından dürüstlük kuralı, koruma yükümlülüklerinin belirlenmesindeki işlevi açısından ele alınacaktır⁴²¹.

Sözleşmenin kurulması için hazırlık eylemlerine girilmesi ile birlikte, taraflar arasında, temelini dürüstlük kuralında bulan bir güven ilişkisi kurulur⁴²². Bu güven ilişkisinden doğan yükümlülükler, koruma yükümlülükleri denir⁴²³. Koruma yükümlülükleri, dürüstlük kuralında temelini bulan güven ilişkisi gereğince, tarafların kişilik değerlerinin – ve malvarlığının- bütünlüğünün korunmasına hizmet eden yükümlülüklerdir⁴²⁴. Örneğin, “dar anlamda koruma yükümlülüğü” olan karşı tarafın kişiliğini korumak için önlemler alma, onun kişiliğini ihlal edebilecek davranışlarından kaçınma⁴²⁵; edimin kişide yaratabileceği tehlikelere karşı diğer

⁴²⁰ Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.26 vd.

⁴²¹ Koller, **Genugtuung**, N.141; Rona Serozan, “Culpa in Contrahendo”, “Akadin Müspet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli : Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, **MHAD**, Y.2, S.3, 1968, s.108-129; Heinrich Stoll, “Abschied von der Lehre von den positiven Vertragsverletzung”, **AcP**, 136, s.298 vd.

⁴²² Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.46; Hatemi, **Fasiküller**, § 2. N.5; Bernhard Berger, **Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung**, dargestellt anhand der Informationspflicht des Effektenhändlers, Bern, Staempfli Verlag AG, 2000, s.21; Wolfgang Wiegand, “Von der Obligation zum Schuldverhältnis zur Entwicklung des schweizerischen Schuldrechts“, Teil 1, **Recht**, 1997/3, s.89; Wolfgang Thiele, “Leistungsstörung und Schutzpflichten”, **JZ** 1976, **a.g.e.**, s.650, 651. “Söz konusu sosyal temasın mutlaka “hukuki işlem kurma amacı”ni gütmesi gerekmeyp “hukuken korunmaya değer bir amaç”a yönelmesi yeterlidir.” Bkz. Rona Serozan, **Borçlar Hukuku**, Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), III. Cilt, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, § 19, N.1.

⁴²³ Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.45 vd.; Ernst A. Kramer, Bruno Schmidlin, **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, B.IV, Obligationenrecht, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, Teilb. 1, Allgemeine Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art.1-18 OR, Bern, 1986, s.56; Stoll, “Vertragsverletzung”, s.300; Claus-Wilhelm Canaris, **Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten**, **FS für Karl Larenz zum 80. Geburtstag**, München 1983, s.27-110; Thiele, **a.g.e.**, s.649-657.

⁴²⁴ Serozan, **İfa Engelleri**, § 18, N.5; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1008; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.97, N.34-35; Berger, **a.g.e.**, s.66-67; Hochstrasser, **a.g.e.**, s.47; Wiegand, “Obligation”, s.92; Thiele, **a.g.e.**, s.650; Canaris, “Schutzpflichten”, s.475 vd.

⁴²⁵ Berger, **a.g.e.**, s.67. Dağdaki pisti işletenin sorumluluğu, buz pistinin emniyetli olmasını da kapsayan sözleşmeye dayanan bir yükümlülüktür; çünkü kayakçı, güven ilişkisine dayanarak, hem

tarafı koruma ve özen gösterme yükümlülükleri⁴²⁶; diğer tarafı doğacak tehlikelere karşı uyarma ve onu aydınlatma yükümlülükleri⁴²⁷, başlıca koruma yükümlülükleridir⁴²⁸.

Doktrinde, dürüstlük kuralından doğan yükümlülükler, edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi teorisi altında toplanmaktadır⁴²⁹. Buna göre, güven ilişkisi, taraflar arasındaki borç ilişkisine paralel olarak, taraflar arasında doğan ikincil bir ilişkidir⁴³⁰. Bu ilişki, taraflar arasındaki sözleşme ile doğan borç ilişkisinden ayrı, kanundan doğan bir borç ilişkisidir⁴³¹. Bu teori, gerek sözleşme öncesinde gerek sözleşme sırasında gerekse sözleşme sonrasındaki koruma yükümlülüklerinin, edim yükümlülüklerinden bağımsız kanuni bir borç ilişkisinden doğduğunu kabul etmektedir⁴³². Böylece, haksız fiil hukukunun yetersiz kurallarının uygulanması yerine elverişli sözleşme hukuku kurallarını uygulamak ve haksız fiil zararı sayılamayacak saf malvarlığı zararları için sözleşme hukuku hükümlerini uygulamak mümkün olacaktır⁴³³. Buna karşılık, doktrinde bazı yazarlar ise, bu teori altındaki halleri, ayrı ayrı değerlendirerek, dürüstlük kuralına dayandırılan sözleşme benzeri borç ilişkileri olarak nitelendirir⁴³⁴. Tez konumuz çerçevesinde, üzerinde yoğun tartışmalar bulunan edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkileri ve bundan doğan sonuçlar ayrıca açıklanmayacak, sadece konumuz ile ilgili bölümlerde bu tartışmalar hakkında bilgi verilecektir.

taşıma hizmetinin gerçekleştirilmesini hem de pistin güvenliğinin ve ilk yardım hizmetinin sağlanmasını da talep edebilir. (BGE 121 III 358).

⁴²⁶ Berger, **a.g.e.**, s.67; Walter Fellmann, “Ist eine Integration der Haftung für positive Vertragsverletzung in das Deliktsrecht sachgerecht?”, **Recht**, 1997/3, s.95-107; Thiele, **a.g.e.**, s.650. “Piyasaya bozuk ilaç süren veya çıkaracağı ilacın tepkileri, kullanma biçimi ve tehlikeleri hakkında bilgi vermeyen ilaç üreticisi, hastanın bu yüzden sağlığına gelen zarardan ötürü sözleşme hukuku sorumluluğuna bağlanacaktır.” (Serozan, “Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, s.126).

⁴²⁷ Berger, **a.g.e.**, s.67. BGE 119 II 456; 113 II 246.

⁴²⁸ Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.52; Koller, **Genugtuung**, N.140; Neuenschwander, **a.g.e.**, s.7.

⁴²⁹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.41 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19, N.1; Hatemi, **Fasiküller**, § 2 N.5; Serozan, “Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, s.117 vd.

⁴³⁰ Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.46; Serozan, “Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, s.118-119.

⁴³¹ Canaris, “Schutzpflichten”, s.102.

⁴³² Eren, **Borçlar Hukuku**, s.41 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.22-23; Serozan, “Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, s.117 vd.

⁴³³ Serozan, **İfa Engelleri**, § 19, N.1.

⁴³⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.34 vd.

c. Doğrudan veya Dolaylı Olarak Kişilik Değerlerinin Korunmasını veya Teşvik Edilmesini Amaçlamayan Yükümlülükler

Taraflar arasındaki borç ilişkisinden veya güven ilişkisinden doğan her edim ve koruma yükümlülüğünün kişilik hakkını korumayı amaçladığı söylenemez. Edim ve koruma yükümlülükleri bazen ne doğrudan ne de dolaylı olarak tarafların kişilik değerinin korunmasını veya teşvik edilmesini amaçlar⁴³⁵. Örneğin, bir satım sözleşmesi gereğince satın alınan eşyanın bedelini ödeme yükümlülüğü, hizmet sözleşmesi gereğince işverenin işçinin ücretini ödeme yükümlülüğü alacaklı tarafın kişilik hakkının korunmasına veya teşvik edilmesine değil, alacaklının maddi menfaatlerinin sağlanmasına hizmet eder. Bu hallerde de bedelin veya ücretin alınmasının alacaklıya manevi bir menfaat sağlayacağı, dolayısıyla bu edimin geniş anlamıyla amacının alacaklının kişiliğine etkisi olacağı söylenebilir. Özellikle medeni hukuka ilişkin tüm haklar ve talepler sonuçta kişiyi korumayı amaçlar⁴³⁶. Ancak edim ve koruma yükümlülüğü, kişiliğin korunmasına veya teşvik edilmesine yönelik ise ve yükümlülük ile korunması amaçlanan değer arasında dolaylı veya doğrudan doğruya bağlantı bulunmakta ise, kişilikle ilgili bir yükümlülük söz konusudur; aksi halde, yükümlülük, kişilikle ilgili olmayan bir yükümlülüktür.

Kişilikle ilgili bir yükümlülüğün amacı, alacaklının kişiliğini korumaktır. Bu yükümlülüğün ihlali halinde, zarar görecektir veya görme tehlikesi olan, kişilik değerleridir. Oysa ki, kişilikle ilgili olmayan yükümlülüklerde amaç, alacaklının malvarlığına ilişkin menfaatlerinin korunması veya geliştirilmesidir. Bu tür yükümlülükler, maddi bir yararın elde edilmesini sağlamayı veya malvarlığının azaltılmasını önlemeyi amaçlamaktadır⁴³⁷. Kişilikle ilgili olmayan/malvarlığı ile ilgili yükümlülüklerin ihlali halinde, kural olarak, alacaklının maddi menfaatleri zarar görecektir⁴³⁸. Ancak bazı istisnai hallerde, borçlunun kişilikle ilgili olmayan

⁴³⁵ Koller, **Genugtuung**, N.143.

⁴³⁶ Koller, **Genugtuung**, N.144.

⁴³⁷ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.776.

⁴³⁸ Koller, **Genugtuung**, N.144.

yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde, alacaklının kişilik hakkı ihlal edilebilir. Aşağıda ayrı bir başlık altında bu sorun ele alınacaktır⁴³⁹.

3. Borç İlişkisinden Doğan Yükümlülüklerin İfa Edilmemesi

Borçlu, borç ilişkisi gereğince yerine getirmekle yükümlü olduğu edimi, hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş ise, sözleşmeye aykırı davranmıştır⁴⁴⁰.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat talebinin ileri sürülebilmesi için, borçlunun sözleşmeye aykırı davranması gereklidir⁴⁴¹. Eğer mağdurun kişilik hakkının ihlal edilmesine ve manevi zarara uğramasına neden olan davranış, sözleşmeye aykırı davranış değilse, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümleri uygulanamaz.

Sözleşmeye aykırı davranış, bir yapma fiili (Tun) veya yapmama fiili (Unterlassung) şeklinde olabilir; BK m.98 f.II hükmündeki, “akde muhalif hareketler” ile her iki davranış da ifade edilmektedir⁴⁴².

Sözleşmeye aykırılığın farklı halleri ve buna göre uygulanacak hukuki sonuçları⁴⁴³ bulunmaktadır. Sözleşmeye aykırılık halleri, genel olarak, borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığı, borçlu temerrüdü ve yerine getirilmiş ifanın kötü bir ifa olması (sözleşmenin kötü ifası veya müspet ihlali) halleridir⁴⁴⁴. Sözleşmeye

⁴³⁹ Bkz. Bölüm II, II, C, 5, a.

⁴⁴⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.293 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.985 vd.; Koller, **Genugtuung**, N.124, s.56. Sözleşmenin ihlali veya sözleşmeye aykırılık (Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1009) kavramı yerine ifa engeli kavramı da kullanılmaktadır. Serozan, **İfa Engelleri**, § 11, N.1. Ancak bu kavram, alacaklının temerrüdü, borçlunun elinde olmayan nedenle sonraki imkansızlık ve borçlunun aşırı ifa güçlüğüne düşmesi biçiminde işlem temelini çökmesi, baştan konuda imkansızlık gibi sözleşmeye aykırılık dışındaki tüm ifa aksiliklerini kapsamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, **a.e.**, § 11, N.1 vd.

⁴⁴¹ Brunner, **a.g.e.**, N.512.

⁴⁴² Brunner, **a.g.e.**, N.40.

⁴⁴³ Sözleşmeye aykırılıktan doğan hukuki sonuçlar genel olarak, aynen ifa ve cebri icra, tazminat ve sözleşmeden dönmedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.328 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.986 vd.

⁴⁴⁴ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.60.01 vd.; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.293 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, § 11, N.1 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.994 vd.; Hatemi, **Fasiküller**, § 26, N.22; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.97, N.1 vd.; Eugen Klunzinger, **Einführung in das Bürgerliche Recht**, Grundkurs für Studierende der Rechts-und Wirtschaftswissenschaften, 9. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2000, § 35 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.851; Larenz, **Schuldrecht, I**, s.332 vd.; Wolfgang, **a.g.e.**, s.205 vd.; Barth, **a.g.e.**, s.6 vd.; Peter Jaeggi, “Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung”, **Festschrift für**

aykırılığın türüne göre doğacak hukuki sonuçlar ve bu hukuki sonuçların doğması için gerçekleşmesi gereken koşullar tez konumuzun kapsamını aşacağından ayrıca incelenmeyecektir. Ancak belirtmelidir ki, manevi tazminat, her sözleşmeye aykırılık halinde söz konusu olabilecek bir yaptırımdır. Manevi tazminatın sözleşme hukukundaki kaynağı olan BK m.98 f.II'nin kanundaki sistematik yeri bu sonucu desteklemektedir. BK m.98, Borçlar Kanunu'nun "Umumi Hükümleri" nin, "Borçların Hükümü" başlıklı ikinci babının (BK m.67-112), "Borçların Ödenmemesinin Neticeleri" başlıklı ikinci faslında (BK m.96-108) yer almaktadır. Söz konusu hükümler, borçların ifa edilmemesinin genel sonuçlarını düzenlemektedir⁴⁴⁵. Buna göre, aksine bir düzenleme bulunmadıkça, bu bölümdeki tüm hükümler, bütün sözleşmeye aykırılık halleri için geçerlidir. Diğer yandan, BK m.98 f.II' de haksız fiile ilişkin hükümlerin, "*akde muhalif hareketlere*" uygulanacağı belirtilmektedir. Akde muhalif hareketler ile sözleşmeden doğan yükümlerin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine neden olan davranışlar ifade edilmektedir⁴⁴⁶. Dolayısıyla hükümde, kıyasen uygulanacak haksız fiil hükümlerinin, nerede uygulama alanı bulacağı da açıklığa kavuşturulmuştur⁴⁴⁷.

Sonuç olarak, BK m.98 f.II' nin yorumuna göre, manevi tazminat, her sözleşmeye aykırılık halinde talep edilebilir⁴⁴⁸. Bu açıdan, sözleşmeye aykırılık halinin borçlunun sorumlu olduğu ifa imkansızlığı, temerrüt veya kötü ifa olması, manevi tazminat talebi bakımından önem taşımaz⁴⁴⁹.

Wilhelm Schöenberger, Freiburg Schweiz, Universitaetsverlag, 1968, s.181-197. Bu türleri, "borçlunun borca aykırı davranacağıının önceden bilinmesi" hali de dahil edilmektedir. Ayıp ve zapt da sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi haline giren kanun tarafından düzenlenen özel sözleşmeye aykırılık halleridir. Bkz. Hatemi, **Fasiküller**, § 26, N.17 vd. Sözleşme görüşmelerinde kusurlu davranıştan doğan sorumluluk (Culpa in contrahendo sorumluluğu) ise, ayrı bir bölümde açıklanacaktır. Bkz. Bölüm II, VII.

⁴⁴⁵ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.986; Weber, **Berner Kommentar**, Art.99, N.150; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.852; Brunner, **a.g.e.**, N.12.

⁴⁴⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.293 vd.; Koller, **Genugtuung**, N.83; Weber, **Berner Kommentar**, Art.99, N.150; Brunner, **a.g.e.**, N.39 vd.

⁴⁴⁷ Brunner, **a.g.e.**, N.39.

⁴⁴⁸ Koller, **Genugtuung**, N.191.

⁴⁴⁹ Barth, **a.g.e.**, s.207.

4. Borç İlişkisinden Doğan Yükümlülüklerin İfa Edilmemesi Dolayısıyla Alacaklının Kişilik Hakkının İhlal Edilmesi

a. Genel Olarak

Sözleşmeye aykırı her davranış, alacaklının kişilik hakkının ihlal edilmesine neden olmaz. Manevi tazminat borcu, sadece sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle alacaklının kişilik hakkının ihlal edilmesi halinde doğabilir.⁴⁵⁰ Kişilik hakkı ihlal edilmeyen alacaklı, borcun ifa edilmemesi nedeniyle duygusal hoşnutsuzluklar yaşayabilir; sinirlenebilir, durumdan memnun olmayabilir. Ancak bu basit duygusal tepkiler, kişilik hakkı ihlali sonucunda ortaya çıkmadığı için manevi tazminat talep edilemez⁴⁵¹.

Manevi tazminat talep edebilmek için mağdurun kişilik hakkının ihlal edilmesi koşulunun dayanağı, BK m.98 f.II' nin, BK m.49 ve m.47'ye yaptığı atıftır⁴⁵². BK m.49 ve m.47'ye göre, manevi tazminat talep edebilmek için (hukuka aykırı) fiil nedeniyle mağdurun kişilik hakkının ihlal edilmesi gereklidir. Nitekim kişilik hakkının korunmasına ilişkin MK m.24 f.I'de de hak sahibinin (hukuka aykırı olarak) kişilik hakkının ihlal edilmesi halinde koruma talep edebileceği düzenlenmiştir. MK m.25 f.III'e göre, (kişilik hakkı ihlal edilen) “*davacının, maddi ve manevi tazminat istemleri ... saklıdır*”. Böylece, manevi tazminat davasının ancak

⁴⁵⁰ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.767; Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.310; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.344; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.757; Koller, **Genugtuung**, N.145; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.66; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.663; Brunner, **a.g.e.**, N.486, s.196; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, s.496. “*Borçlar Kanununun haksız eylem faslında düzenlenen 49.maddede, aynı kanunun 98.maddesinin ikinci fıkrası hükmü delaletiyle sözleşmeye aykırı davranışlarda da uygulanmaktadır. Ne var ki anılan hükme göre, manevi tazminat isteginin kabul edilebilmesi için diğer koşulların yanında kişilik haklarına bir saldırının varlığı şarttır.*” Y. 13. HD., 18.3.1999 T., 1999/1713 E., 1999/2080 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.455 = YKD, C.25, S.12, 1999, s.1674-1675). Ayrıca bkz. Y.13.HD., 15.4.2003 T., 2003/15009 E., 2003/4574 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.3.HD., 18.9.2001 T., 2001/8170 E., 2001/7791 K. (YKD, C.28, S.2 s.184-188); Y.4.HD., 15.2.2001 T., 2000/10596 E., 2001/1501 K. (YKD, C.27, S.8, s.1170-1171); Y.3.HD., 3.5.1999 T., 1999/3968 E., 1999/4509 K. (Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, C.1, s.296); Y.11. HD., 19.1.1998 T., 1997/9470 E., 1998/132 K. (ABD., 1998/3, s.148); Y.13.HD., 30.6.1986 T., 1986/3447 E., 1986/3793 K. (Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, C.1, s.294-295).

⁴⁵¹ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.767; Koller, **Genugtuung**, N.125.

⁴⁵² Koller, **Genugtuung**, N.123 vd.; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.18; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.12. YHGK. 12.12.2001 T., 2001/11-1161 E., 2001/1152 K.(YD., 2002, S.79, s.33).

hukuka aykırı olarak kişilik hakkının ihlal edilmesi nedeniyle açılacağı düzenlenmiştir.

Sözleşmeye aykırılık sonucunda alacaklının kişilik hakkı ihlal edilir ve alacaklı manevi zarara uğrar ise, diğer koşulların gerçekleşmesi kaydıyla, borçlunun manevi tazminat borcu doğar. Bu halde, taraflar arasındaki başlangıçtaki yükümlülük borç ilişkisi, tazminat borcu doğuran borç ilişkisine dönüşür. Tazminat borcu doğuran bu borç ilişkisine, sorumluluk borç ilişkisi denilir⁴⁵³.

Manevi tazminat talep eden, sözleşmeye aykırı davranışın kişilik hakkını ihlal ettiğini ispatla yükümlüdür⁴⁵⁴. Kişilik hakkının ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediğini somut olayda uyumsuzluğu çözmekle yükümlü olan hakim tespit edecektir. Hakim, somut olaydaki durumları kapsamlı bir şekilde değerlendirerek ihlalin varlığını ve kapsamını belirleyecektir⁴⁵⁵. Bunu belirlerken hakim, doktrin ve yargı kararları ile geliştirilen objektif ölçütlerden yararlanacaktır⁴⁵⁶.

Bu başlık altında, manevi tazminat borcunun doğması için gerçekleşmesi gereken, kişilik hakkının hukuka aykırı olarak ihlal edilmesi koşulu açıklanacaktır.

b. Hukuka Aykırı Olarak Kişilik Hakkının İhlal Edilmesi

(1). Genel Olarak

BK m.49 gereğince, manevi tazminat talep edebilmek için kişilik hakkını ihlal eden fiilin hukuka aykırı olması gereklidir. BK m.47’de ise açıkça hukuka aykırılık koşulundan söz edilmemiştir. Ancak hukuka uygunluk nedeni bulunmaksızın bir kimsenin beden bütünlüğünün ihlal edilmesi veya ölümüne neden

⁴⁵³ Hatemi, **Fasiküller**, § 2, N.2.

⁴⁵⁴ Koller, **Genugtuung**, N.335.

⁴⁵⁵ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.30; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.95; Koller, **Genugtuung**, N.200; Pedrazzini, Oberholzer, **a.g.e.**, s.143;

⁴⁵⁶ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.29; Meili, **Basler Kommentar ZGB I**, Art.28, N.42. BGE 105 II 163 vd.

olunması da hukuka aykırıdır⁴⁵⁷. MK m.24 de kişilik hakkı korumasını talep edebilmek için fiilin hukuka aykırı olması gerektiğini düzenlemiştir. Hükme göre,

“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması nedenlerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.”

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 49.maddesinde değişiklik yapılmadan önceki dönemde, hükümde fiilin hukuka aykırı olması gereği aranmamaktaydı. Doktrinde bir görüşe göre, sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat talep etmek için, sözleşmeye aykırı davranışın BK m.41 vd./Art.41 OR vd. gereğince haksız fiil niteliği taşıması zorunlu değildir⁴⁵⁸.

Art.49 OR'de yapılan değişiklikle⁴⁵⁹, hükümde açıkça, kişiliğin hukuka aykırı olarak ihlal edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁶⁰. Benzer bir değişiklik EMK m.24 ile BK m.49'da yapıldığı için aynı sorun Türk Hukuku bakımından da doğmaktadır⁴⁶¹.

Bazı yazarlara göre⁴⁶², sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat, ancak kişiliği ihlal eden fiilin hukuka aykırı olması halinde ileri sürülebilir. Bu görüşteki yazarlardan bir kısmına göre, Art.28 ZGB (MK m.24) anlamında kişilik hakkının ihlal edilmesi ve Art.41 OR /BK m.41 vd. gereğince haksız fiilin koşullarının gerçekleşmesi gereklidir. Bu görüşe göre, sözleşme aykırı davranış sonucu kişilik değerlerinin ihlalinde, hukuka aykırılık unsuru aranmaz ise, sözleşmeye aykırı davranış sonucunda diğer tarafın zamanının boşa harcanması veya huzursuzluk, memnuniyetsizlik yaşaması gibi hallerde manevi tazminat talebine olanak sağlanması tehlikesini doğacaktır⁴⁶³. Bunun yanında, tazminat sorumluluğu da aşırı bir biçimde genişletilmiş olacaktır. Bu sakıncalar dolayısıyla, hukuka aykırı olmayan

⁴⁵⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.697, 699.

⁴⁵⁸ Karl Spiro, **Die Haftung für Erfüllungsgehilfen**, Bern, Verlag Staempfli & Cie AG, 1984, s.264; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, § 68 II, s.103; Bruckhart, **a.g.e.**, s.490 vd. Ayrıca bkz. Sutter, **a.g.e.**, s.3, dn.8'de belirtilen yazarlar.

⁴⁵⁹ AS 1984 778 782.

⁴⁶⁰ Sutter, “Verletzung der Persönlichkeit nach Artikel 49”, s.3, dn.8.

⁴⁶¹ RG. 12.5.1988 T., 19812 S. 3444 sayılı Kanunun 24.maddeyi değiştiren 1.maddesinin gerekçesi için bkz. Tasarı Metni, ABD, 1988/3, s.370.

⁴⁶² Brehm, **Berner Kommentar**, Art.49, N.75; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.122.

⁴⁶³ Bu tehlikenin sadece manevi tazminat için değil, maddi tazminat için de geçerli olduğu hakkında bkz. Koller, **Genugtuung**, N.218.

sözleşme aykırı davranış sonucu kişilik değerlerinin ihlalinde, manevi tazminat talepleri kabul edilmemelidir. Kişilik hakkını ihlal eden fiil hukuka aykırı ise, mağdur haksız fiil sorumluluğu hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilir⁴⁶⁴.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilmek için Art.28 ZGB gereğince kişilik hakkının ihlal edilmesi gerektiğini belirten diğer yazarlar ise⁴⁶⁵, hukuka aykırılık unsurunun zaten kişilik hakkı ihlalinin bir unsuru olduğunu ve hukuka uygunluk nedeni bulunması halinde alacaklının manevi tazminat talep edemeyeceğini belirtmektedir.

Doktrinde bir görüş ise, Art.49 OR hükmündeki bu değişikliğin, sözleşmeye aykırı davranış ile kişilik değerlerinin ihlalinde manevi tazminat talep edilmesini engellemeyeceğini belirtmektedir⁴⁶⁶. Buna göre, haksız fiil olmayan sözleşmeye aykırı bir davranış söz konusu ise Art.97 OR ve Art.99 Abs. III OR'nin uygulanmasıyla manevi tazminat talep edilebilir.

Yargıtay, BK m.98 f.II'nin atfiyla haksız fiilden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin sözleşmeye aykırılık halinde de uygulanabileceğini, sözleşmeye aykırı davranışın "*BK m.49.maddesi anlamında şahsiyet hakları (nı) hukuka aykırı bir şekilde*" ihlal etmesi gerektiğini belirtmektedir⁴⁶⁷. İsviçre Federal Mahkemesi de sözleşmeye aykırı davranış sonucu mağdurun kişilik hakkı ihlal edilirse manevi tazminat talep edebileceğini, sözleşmeye aykırı davranışın aynı zamanda hukuka aykırı olması gerektiğini belirtmiştir⁴⁶⁸.

⁴⁶⁴ Bu görüş için bkz. Bölüm I, IV, C, 1.

⁴⁶⁵ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.774-775; Honsell, **Arztrecht**, s.186; Schmid, **a.g.e.**, s.653.

⁴⁶⁶ Tercier, **Contribution**, s.127. Ayrıca bkz. Bölüm I, IV, C, 2, a.

⁴⁶⁷ Y.13.HD., 10.4.2003 T., 2003/225 E., 2003/4308 K. (YKD., C.28, S. 12 Aralık 2003, s.1850-1851). "*Davalının bu eylemi, davacıya karşı oluşan şahsi kin ve garazına dayalı hukuka aykırı bir eylemdir. Şu durumda hukuka aykırı bir eylem mevcuttur. Borçlar Kanununun 98/2 maddesi yollamasıyla olayda aynı Kanunun 49 maddesinin de ileri sürülüşe göre uygulanması mümkündür. Ancak bu bağlamda, davalının hukuka aykırı eyleminin, davacının kişisel haklarına (kişilik hakkına) bir saldırı niteliğinde olup olmadığının da tartışılmasını gerektirir.*" Bkz. Y.13.HD., 4.4.2001 T., 2001/2256 E., 2001/3683 K. (Kazancı İçtihat Bankası). "*Sözleşmeye aykırı davranılmasında BK. 49. maddesindeki şartlar gerçekleştiğinde manevi tazminat istenebilir. Bunun için de davacının kişisel haklarına (kişilik hakkına) hukuka aykırı bir şekilde tecavüzün varlığından söz etmek gerekir.*" Bkz. Y.13.HD., 10.2.2005 T., 2004/14153 E., 2005/1952 K. (Kazancı İçtihat Bankası). "*BK m.98 .maddesi bulunması ile aynı Kanunun 49.maddesi uyarınca eser sahibinin manevi tazminat talebinde bulunabilmesi için, (...) davacının haklarının MK.nun 24.maddesi anlamında zedelenmesi ve bu nedenle de BK.nun 41.maddesi ile (...) değerlendirilmesi gerekir.*" Bkz. Y.15.HD., 16.1.2002 T., 2001/3771 E., 2002/135 K. (YKD., C.28, S.11, Kasım 2002, s.1682-1683).

⁴⁶⁸ BGE 116 II 519 vd. ; 87 II 143 vd.; 76 II 107.

Kanaatimizce, kişilik hakkının korunmasına ilişkin genel nitelikte bir hüküm olan MK m.24 /Art.28 ZGB, MK m.5 yoluyla, sözleşme hukukunda da uygulanabilecektir⁴⁶⁹. MK md.24/Art.28 ZGB, hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça, kişilik hakkını ihlal eden her davranışın hukuka aykırı olduğunu belirterek, hak sahibinin hangi koşulların bulunması halinde kişilik hakkının korunmasını talep edebileceğini düzenlemektedir. Buna göre, hukuka aykırılık, kişilik hakkının ihlali sebebiyle failin sorumluluğunun doğmasının bir koşuludur⁴⁷⁰. Eğer somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğu kanıtlanmışsa, kişilik hakkına müdahale eden davranış, hukuka aykırı olmadığından fail sorumlu tutulamayacaktır⁴⁷¹. Buna karşılık, bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadıkça, kişilik hakkına yapılan her müdahale hukuka aykırı sayılacak ve kişilik hakkını ihlal eden, bu davranışının sonuçlarından sorumlu tutulacaktır⁴⁷². Başka bir deyişle, kişilik hakkına müdahale eden sözleşmeye aykırı davranış aynı zamanda MK m.24 anlamında hukuka aykırı ise, kişilik hakkının ihlal edildiği söylenebilecektir. Bu halde, kişilik hakkını ihlal eden davranış, hem sözleşmeye hem de hukuka aykırı bir davranış olmalıdır. Manevi tazminat borcunun diğer koşulları da gerçekleşmiş ise, mağdur, hem haksız fiil hem de sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre tazminat talep edebilir, talepler yarışma halindedir⁴⁷³. Bu nedenlerle, sözleşmeye aykırı davranışın manevi tazminat talep edilebilmesi için yeterli olduğunu ve hukuka aykırılık koşuluna gerek olmadığını belirten görüş yerinde değildir.

Hukuka aykırılık koşulunun aranması halinde, zaten haksız fiil sorumluluğu doğduğu gerekçesiyle, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminata olanak sağlamamak, alacaklının menfaatlerine uygun düşmez⁴⁷⁴. Kişilik hakkının ihlal edilmesine neden olan hukuka aykırı davranış, sözleşmeye aykırı davranıştır. Hukuka aykırılık, BK m.49, MK m.24–25 gereğince manevi tazminat borcunun doğması için,

⁴⁶⁹ Schmid, **a.g.e.**, s.653.

⁴⁷⁰ Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s.108; Schmid, **a.g.e.**, s.653.

⁴⁷¹ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.775; Schmid, **a.g.e.**, s.653.

⁴⁷² Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s.108; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.141; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.143; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.103.

⁴⁷³ Alacaklının her iki talebi arasındaki ilişkiler ise, ayrı bir bölümde incelenecektir. Bkz. Bölüm III, III.

⁴⁷⁴ Bkz. Bölüm I, V, C, 3 ve 4.

sözleşmeye aykırılık ise, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun doğması için gerekli olan bir koşuldur. Eğer sözleşmeye aykırı davranış MK m.24 anlamında hukuka aykırı değilse, mağdur kişilik hakkı ihlal edilmediği için manevi tazminat talep edemeyecektir, ancak sözleşmeye aykırılık türüne göre doğacak diğer yaptırımların uygulanmasını talep edebilecektir. Bu nedenlerle, kişilik hakkını ihlal eden davranışın hukuka aykırı olması halinde, alacaklının sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edemeyeceğini belirten görüş yerinde değildir.

Sonuç olarak, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilmek için Art.28 ZGB gereğince kişilik hakkının ihlal edilmesi gerekmektedir. Hukuka aykırılık, zaten kişilik hakkı ihlalinin bir unsurudur. Dolayısıyla, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunması halinde alacaklı, manevi tazminat talep edemeyecektir.

(2). Genel Olarak Hukuka Aykırılık Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Sözleşme Hukukunda Uygulanması

MK m.24/Art.28 ZGB gereğince hukuka aykırılık, kişiliği korumaya yönelik her türlü hukuk kuralına aykırılıktır⁴⁷⁵. Ancak bir hukuka uygunluk nedeninin

⁴⁷⁵ Aebi-Müller, **a.g.e.**, s.63; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.143 ; Meili, **Basler Kommentar ZGB I**, Art.28, N.45; Hatemi, **Fasiküller**, § 15, N.1; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.97, 103; Tuor, Schnyder, Schmid, **a.g.e.**, s.95; Bucher, A., **a.g.e.**, § 15, N.515; Pedrazzini, Oberholzer, **a.g.e.**, s.144; Tandoğan, “Özel Hayatın Korunması”, s.17; İmre, “Şahsiyet Hakkı”, s.805. Hukuka aykırılık teorileri hakkında bkz. Selim Kaneti, **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret, 2007, s.77 vd.; Geiser, **a.g.e.**, s.113 vd.; Hatemi, **Hukuka ve Ahlakta Aykırılık**, s.16 vd. Y.HGK., 3.10.1990 T., 1990/4-275 E., 1990/459 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.421-425). Borçlar Kanununun önceki tasarısında hukuka aykırılık tanımlanmıştır (T.C. Adalet Bakanlığı, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara 2005). Buna göre, hukuk düzeninin malvarlığı veya kişi varlığı değerlerini zarardan korumak amacıyla koyduğu emir ve yasaklara uymayan davranışlar, hukuka aykırıdır. (m.56). Tasarının hukuka aykırılık kavramını tanımlaması, eleştirilmiştir. Çünkü kanun yapma tekniği açısından bu tip tanımlamaların madde metinlerinde yer almasından çok, bunların doktrine bırakılması ve bu şekilde gelişmelere açık tutulması daha doğru olacaktır. Bkz. Kuntalp, Nami Barlas, Ahu Ayanoğlu Moralı, Pelin Çavuşoğlu İşintan, Mert Yaşar, Sedef Koç: vd., **Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler**, Galatasaray Üniversitesi, Mayıs 2005, s.39, 42. Tasarının 57.maddesinde ise, hukuka uygunluk nedenleri açıklanmaktadır. Türk Borçlar Kanununun son tasarısında ise hukuka aykırılık tanımına ve hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin hükme yer verilmemiştir.

bulunması halinde yapılan davranış, hukuka aykırı olmaktan çıkar⁴⁷⁶ .. Buna göre, bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadıkça, kişilik hakkını ihlal eden her davranış, bir mutlak hakkı ihlal etmesi nedeniyle, hukuka aykırıdır⁴⁷⁷ .

Sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat talebinde hukuka uygunluk nedenleri, MK m.24 f.II/Art.28 II ZGB gereğince belirlenecektir⁴⁷⁸ . Hukuka uygunluk nedenleri, MK m.24 f.II gereğince mağdurun rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, kanunun verdiği yetkidir⁴⁷⁹ . Bu başlık altında hukuka uygunluk nedenlerinin sözleşme hukukunda uygulanmasına ilişkin örnekler verilecek, konumuzun sınırlarını aşmamak amacıyla diğer ayrıntılara girilmeyecektir.

Doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi, rızanın, kişi varlığı zararlarında bir hukuka uygunluk nedeni sayılması kural olarak mümkün değildir⁴⁸⁰ . Rıza, ancak mevzuatın üzerinde bir ölçüde tasarrufa izin verdiği kişilik değerlerine ilişkin olduğunda, bir hukuka uygunluk nedeni sayılabilecektir⁴⁸¹ .

Bu tasarinın hazirlanmasında İsviçre Hukukundaki Sorumluluk Hukukunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı göz önüne alınmıştır. Bu tasarinın 46.maddesinde de hukuka aykırılık tanımlanmıştır. Buna göre, hukukça korunan bir hakkı ihlal ederek zarar vermek (f.I); bir kişinin zarar veren davranışı, dürüstlük kuralına veya emredici ve yasaklayıcı hükümlere aykırı ise ya da sözleşmeyi ihlal ediyorsa, hukuka aykırıdır (f.II). Bu düzenleme, hukuka aykırılığın sorumluluğu sınırlayıcı işlevini kaldıracağı ve haksız fiil sorumluluğunu sınırsız hale getireceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. Heinrich Honsell, “İsviçre Sorumluluk Hukukunda Reform Çabaları”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C.XXII S.4’ten Ayrı Bası**, Çev: Zafer Zeytin, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.179-199. Tasarinın 46a maddesi ise, hukuka uygunluk nedenlerini düzenlemektedir.

⁴⁷⁶ Kaneti, **Hukuka Aykırılık**, s.231; Hausheer, Aebi-Müller, **a.g.e.**, N.12.12; Hatemi, **Gerçek Kişiler**, § 8, N.12, 33 vd.; Aebi-Müller, **a.g.e.**, s.63; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.116; Bucher, A., **a.g.e.**, § 15, N.516; Geiser, **a.g.e.**, s.95, 117. YGHK., 26.3.2003 T., 2003/4-161 E., 2003/201 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD.,14.5.1999 T., 1999/2626 E., 1999/4428 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.450-452); YHGK., 20.3.1991 T., 1990/4-617 E., 1991/317 K. (Kazancı İçtihat Bankası); YHGK., 9.4.1982 T., 1981/4-56 E., 1982/348 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁴⁷⁷ Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s.108-109; Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.28; Hausheer, Aebi-Müller, **a.g.e.**, N.12.13; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.47, 116; Tuor, Schnyder, Schmid, **a.g.e.**, s.95; Vuille-Dit-Bille, **a.g.e** s.8; Oğuzman, “Şahsiyetin Korunması”, s.10.

⁴⁷⁸ Hukuka uygunluk nedenleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.500 vd.; Dural, Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s.141 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.143 vd.; Meili, **Basler Kommentar ZGB I**, Art.28, N.46 vd.; Hatemi, **Fasiküller**, §15 N.26 vd.; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.103 vd. ; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 3, N.37 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.485 vd.; Tekinay, **Gerçek Kişiler**, s.258 vd.

⁴⁷⁹ Doktrinde bazı yazarlar, meşru müdafaa, ıztırar, kendi hakkını bizzat korumayı (BK m.52) bu başlıklar altında toplamakta iken, bazı yazarlar ayrı olarak açıklamayı tercih etmektedir. Bu konuda bkz. Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.103. BK m.52/Art.52 OR hükmünün BK m.98 f.II/Art. 99 f.III OR atfı ile kıyasen sözleşme hukukunda uygulanacağı kabul edilmektedir. Bkz. Koller, **Genugtuung**, N.243 vd.; Brunner, **a.g.e.**, N.349, 351.

⁴⁸⁰ Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 3, N.51; Tekinay, **Gerçek Kişiler**, s.259.

⁴⁸¹ Hatemi, **Fasiküller**, § 15 N.59 vd.; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 3, N.51.

Rızanın bir hukuka uygunluk nedeni sayılabilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi gereklidir⁴⁸². Buna göre kişilik hakkının kullanılması hakkında vazgeçmeye ilişkin irade açık olmalı; verilen rıza vazgeçmenin sonucunu öngörebilecek koşullarda bilinçli ve serbest bir irade ile verilmiş olmalı ve verilen rıza ahlâka aykırı olmamalıdır⁴⁸³. Bu hallerde belirtilen koşullara uyulmaması halinde rıza, MK m.23, BK m.19 f.II ve BK m.20 gereğince geçerli değildir⁴⁸⁴.

Rıza, özellikle tıbbi tedaviler bakımından önem taşımaktadır⁴⁸⁵. Hekimin, hastanın beden bütünlüğüne yaptığı müdahaleyi hukuka uygun kılan, beden bütünlüğüne müdahale edilen hastanın rızasıdır⁴⁸⁶. Hekimin bir hukuka uygunluk nedeni olmaksızın, hastanın rızasını almadan veya aldığı rızanın kapsamını aşarak yaptığı müdahaleleri hukuka aykırıdır⁴⁸⁷. Tıbbi müdahalelerde, rızanın geçerli

⁴⁸² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Hausheer, Aebi-Müller, **a.g.e.**, N.12.16 vd.; Aebi-Müller, **a.g.e.**, s.108 vd.; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.52; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.103 vd.; Geiser, **a.g.e.**, s.121 vd. Bazı yazarlar, MK m.24 f.II’de genel ve mutlak bir şekilde, mağdurun rızasının hukuka aykırılığı kaldıracağına belirtilmesini yerinde bulunmamaktadır. Bkz. Hatemi, **Gerçek Kişiler** § 8, N.11, 36; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.103; Arpacı, **a.g.e.**, s.142; Tekinay, **Gerçek Kişiler**, s.259. Yargıtay da bu görüştedir. Bkz. YGHK., 26.3.2003 T., 2003/4-161 E., 2003/201 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Buna karşılık, doktrinde diğer görüş, MK m.24 f.II’nin, hukuka ve ahlâka aykırı olarak kişilik hakkının sınırlandırılmayacağını belirten MK m.23 ile birlikte yorumlanması gerektiğini, MK m.24 f.II’de ayrıca bir sınırlama getirilmesine gerek olmadığını belirtmektedir. Bkz. Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.141-142.

⁴⁸³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kaneti, **Hukuka Aykırılık**, s.243 vd.; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.500 vd.; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.101 vd.; Hausheer, Aebi-Müller, **a.g.e.**, N.12.17; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.144; Koller, **Genugtuung**, N.237; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.52; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.104 vd.; Arpacı, **a.g.e.**, s.107 vd.; Geiser, **a.g.e.**, s.121. Ayrıca bkz. Organ Nakli Kanunu m.5, Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun m.70; Hasta Hakları Yönetmeliği m.24 vd., 34. YGHK., 26.3.2003 T., 2003/4-161 E., 2003/201 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁴⁸⁴ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.147; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 5, N.19; Bucher, A., **a.g.e.**, § 16, N.525; Pedrazzini, Oberholzer, **a.g.e.**, s.145. Rızanın hukuka uygun olmaması halinde BK m.44 anlamında tazminattan indirim nedeni olacağı hakkında bkz. Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.98; Hatemi, **Gerçek Kişiler**, § 8, N.18; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.52.

⁴⁸⁵ Bucher, A., **a.g.e.**, § 16, N.525; Hinderling, **a.g.e.**, s.33 vd.; Seza Reisoglu, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler, V. Sempozyum**, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara 12/13.Mart 1982, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s.1-18. Hastanın rızası olmaksızın HIV testi yapılması halinde, hastanın kendisi hakkında karar verme özgürlüğü ihlal edilmiştir. Bu testi uygulayan hekim, hastaya manevi tazminat ödemekle yükümlüdür. Bkz. LG Köln, NJW, 1995/24, s.1621-1622.

⁴⁸⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.145; Koller, **Genugtuung**, N.239; Deutsch, Ahrens, **a.g.e.**, s.93; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.52; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 5, N.22; Arpacı, **a.g.e.**, s.107; Frick, **a.g.e.**, s.215; Oğuzman, “Şahsiyetin Korunması”, s.11.

⁴⁸⁷ Koller, **Genugtuung**, N.239; Honsell, **Arztrecht**, s.24-25; Frank, **Persönlichkeitsschutz**, s.177. 21.8.1991 tarihli ve St. Gallen Kanton Mahkemesi kararı için bkz. Koller, **Genugtuung**, N.239. Bunun istisnası, ameliyat sırasında daha kapsamlı bir müdahale yapılması gereği ortaya çıkmış ancak narkozun etkisi nedeniyle hastanın rızasının alınmayacak olması halidir. Burada müdahaleyi hukuka uygun kılan hastanın üstün yararadır. Bkz. Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.53, 126. Ancak hangi hallerde

olabilmesi için, hastanın hekim tarafından aydınlatılmış olması da gereklidir⁴⁸⁸. Hastanın beden bütünlüğüne müdahaleye rıza göstermesi, yapılacak müdahaleyi, sınırlarını ve kapsamını bilmesi ile mümkün hale gelecektir. Hekim, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeden hastaya müdahale yaparsa, rıza verilmiş olsa da geçerli değildir⁴⁸⁹. Bu halde, yapılan müdahale, kişilik hakkını ihlal eden hukuka aykırı bir müdahaledir. İhlal edilen, hastanın hem beden bütünlüğü hem de beden bütünlüğü üzerinde bizzat karar verme hakkıdır⁴⁹⁰.

Tıbbi müdahalelere rıza dışında, örneğin, kişinin resminin, hayat hikayesinin yayınlanmasına izin vermesi de yapılan müdahaleyi hukuka uygun hale getirecektir. Spor oyununa bilerek katılan kişiler de bundan ileri gelebilecek tehlikelere katlanmayı kabul etmiş sayılmaktadırlar. Oyunun kurallarına uygun davranıldığında sürece, yapılan müdahaleler hukuka uygundur⁴⁹¹.

MK m.24 gereğince “daha üstün nitelikte bir özel yarar” da hukuka uygunluk nedenidir. Daha üstün nitelikte özel yarar, mağdura, faile veya üçüncü bir kişiye ait olabilir⁴⁹². Örneğin, hastanın hayatının kurtulması için ameliyat edilmesi zorunluluğu bulunmakla birlikte, kimseden rıza alınamıyorsa, yapılan ameliyatı hukuka uygun

ameliyatın genişletilmesinin hukuka uygun olacağını sınırlarını belirlemek gereklidir. Hastanın rızasının narkoz nedeniyle alınamamış olması, her halde, onun rızasından vazgeçmeyi gerektirmez. Bu konuda bkz. Reisoğlu, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, s.7.

⁴⁸⁸ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.299; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.90; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.102 vd.; Hausheer, Aebi-Müller, **a.g.e.**, N.12.52 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.146; Roberto, **Haftpflichtrecht**, N.93; Deutsch, Ahrens, **a.g.e.**, s.93; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.107; Arpacı, **a.g.e.**, s.108; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 5, N.22; Honsell, **Arztrecht**, s.25; Frick, **a.g.e.**, s.275; Hinderling, **a.g.e.**, s.33. Ayrıca bkz.Organ Nakli Kanunu m.7; Hasta Hakları Yönetmeliği m.7, m.15-20. (RG., 1.8.1998 T., 23420 S.).

⁴⁸⁹ Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 5 N.22; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.770; Bucher, A., **a.g.e.**, § 16, N.520; Riemer, **Personenrecht**, § 13, N.373; Kaneti, “Hekimin Hukuki Sorumluluğunda İspat Yükü”, s.70; Gottfried Schiemann, “Deliktische Arzthaftung und andere Berufsftungen”, **Entwicklung des Deliktsrechts in rechtsvergleichender Sicht**, Herausgegeben von Günther Weick, Alfred Metzner Verlag Frankfurt am Main, 1987, s.55-72 s.59.

⁴⁹⁰ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.299; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.91; Koller, **Genugtuung**, N.239; Bucher, A., **a.g.e.**, § 15, N.524; Honsell, **Arztrecht**, s.25, 188; Mannsdorfer, **a.g.e.**, s.108; Özsunay, “Alman ve Türk Hukukunda Hekimin Ödevi”, s.57. Alman Hukukunda aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde hastanın genel kişilik hakkının mı ihlal edildiği, yoksa sağlık ihlalinin mi söz konusu olduğu tartışmalıdır. Bkz. Deutsch, Ahrens, **a.g.e.**, s.225. Hastanın kendisi hakkında bizzat karar verme hakkının ihlal edildiği hakkında bkz. Schiemann, “Arzthaftung”, s.59.

⁴⁹¹ Kaneti, **Hukuka Aykırılık**, s.246; Roberto, **Haftpflichtrecht**, N.92; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.771.

⁴⁹² Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s.113; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.142; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.148; Aebi-Müller, **a.g.e.**, s.123 vd.; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.126 vd.; Geiser, **a.g.e.**, s. 139 vd.; Oğuzman, “Şahsiyetin Korunması”, s.13 vd.

kılan, hastanın özel yararadır⁴⁹³. Vekilin, vekaleti iyi bir şekilde ifa etmediği yolundaki bir iddiaya karşı kendini savunmak için, gördüğü işle ilgili bazı konuları mahkemede açıklamak zorunda kalması da haklı bir neden sayılmaktadır⁴⁹⁴. İşverenin işçinin giyimine ve dış görünümüne, mal veya hizmetin sağlığa uygun koşullarda üretilmesi için müdahale edebileceği kabul edilmektedir. Bu halde, işçinin bone ve maske takması veya sakalını kesmek zorunda kalmasını hukuka uygun kılan, üçüncü kişilerin sağlığının korunmasıdır⁴⁹⁵. Nitekim Yargıtay da bir kararında, aşçı olarak çalışan işçinin sakalını kesmesi gerektiğini, sağlık koşulları ve gördüğü işin niteliğinin bunu gerektirdiğini belirtmiştir⁴⁹⁶. Tüm bu hallerde doktrin, hukuka aykırılığı giderecek olan daha üstün nitelikte özel yararın da kişilik hakkı ile ilgili olması gerektiğini belirtmektedir. Çünkü hiçbir yarar, kişilik hakkından daha üstün olamaz. Böylece, daha üstün nitelikte özel yarar, kişilik hakkından kaynaklanan bir yarar değilse, müdahale hukuka aykırı olacaktır⁴⁹⁷.

Daha üstün nitelikte bir kamu yararının bulunması halinde de kişilik hakkına yapılan müdahale, hukuka uygundur⁴⁹⁸. Örneğin, sanatçılar, bilim adamları, politikacılar gibi topluma mal olmuş kişiler hakkında, tanınmamış kişilere oranla daha geniş bir serbesti bulunmaktadır⁴⁹⁹. Bu kişiler bakımından da kişilerin özel hayatına ve sırlarına ilişkin olaylar, üstün bir kamu yararının bulunması halinde açıklanabilecektir. Ancak, bu, onların özel alanları üzerinde kişilik hakkı olmadığı ve bu korumadan yararlanamayacakları sonucunu doğurmaz. Kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatına müdahale, hak sahibinin rızasının bulunması ve bu rızanın sınırlarının aşılması veya bir kamusal yararın veya üçüncü kişinin üstün yararının

⁴⁹³ Yasal temsilcinin rızası ile yapılan tıbbi müdahalelerde de ancak hastanın daha üstün yararı bulunmakta ise yapılan müdahale hukuka uygun olur. Bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.148; Oğuzman, “Şahsiyetin Korunması”, s.13 .

⁴⁹⁴ Brunner, **a.g.e.**, N.358; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C.2, s.454.

⁴⁹⁵ Ahmet K. Sevimli, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, İstanbul, Legal, 2006, s.232.

⁴⁹⁶ Y.9.HD., 21.9.1990 T., 1990/5978 E., 1990/9488 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁴⁹⁷ Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s 113; .Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.142-143. Daha üstün nitelikte özel yarar veya kamu yararı kavramının eleştirisi için ayrıca bkz. Hatemi, **Gerçek Kişiler**, § 8, N.37-38; Arpacı, **a.g.e.**, 141-142; Tekinay, **Gerçek Kişiler**, s.259.

⁴⁹⁸ Oğuzman, “Şahsiyetin Korunması”, s.14.

⁴⁹⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.153; Meili, **Basler Kommentar ZGB I**, Art.28, N.52; Oğuzman, “Şahsiyetin Korunması”, s.16; Tandoğan, “Özel Hayatın Korunması”, s.31.

bulunması veya açıklanan bilginin onların kamuya mal oldukları konular ile ilgili olması halinde, hukuka uygundur⁵⁰⁰.

Kanunun verdiği yetkinin kullanılması da bir hukuka uygunluk nedenidir⁵⁰¹. Örnek olarak, sır saklama yükümlülüğü bulunan hekimin, kural olarak, hastanın rızası dışında, tıbbi hizmetleri sırasında öğrendiği sırlar ile hastanın kimliğini açıklamaması gereklidir⁵⁰². Ancak hastanın suç teşkil eden bir fiile maruz kaldığını anlayan hekim, TCK m.280 gereği suçu ihbarla yükümlü tutulmuştur. Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 57.maddesinde belirtilen bulaşıcı hastalıkları, hekimin ihbar etmesi gereklidir. (Umumi Hıfzısıhha Kanunu m.58). Her iki halde de hekimin davranışını hukuka uygun kılan, kanunun verdiği yetkinin kullanılmasıdır.

Alacaklının borçlu aleyhine ihtiyati haciz veya icra takibi talebinde bulunması, kanuna uygun olarak ödememe veya kabul etmeme protestosu çekilmesi (TTK m.626), kanunun alacaklıya tanıdığı hak ve yetkilerin kullanılması olduğundan, muhatap borçlunun kişilik hakkını ihlal etmez⁵⁰³.

Doktrine göre, eğer kişiliğe müdahale eden, en azından mağdurun korunan menfaatleri ile aynı değerde bir menfaati olduğunu kanıtlarsa, müdahale hukuka uygundur⁵⁰⁴. Hakim, somut olaydaki hal ve koşulları değerlendirerek, ileri sürülen nedenin kişiliğe yapılan müdahaleyi hukuka uygun duruma getirip getirmediğini belirleyecektir. Hakim bir yandan mağdurun menfaatlerini, diğer yandan failin özgürce davranma hakkını terazinin kefelerine koyacak; menfaatlerin ağır basanına göre kararını verecektir⁵⁰⁵.

Borçlu, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğunu ispat etmedikçe, kişilik hakkını ihlal eden her davranışı hukuka aykırıdır. Buna göre, somut

⁵⁰⁰ Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.131.

⁵⁰¹ Örnekler için bkz. Oğuzman, "Şahsiyetin Korunması", s.17 vd.

⁵⁰² Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.112 vd; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C.2, s.450 vd. Ayrıca bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği m.23.

⁵⁰³ Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.100. Ancak kanun tarafından verilen yetkinin kişilik hakkını ihlal ettiği hallere örnek olarak bkz. Bölüm II, II, C, 4, c, (2), ii.

⁵⁰⁴ Meili, **Basler Kommentar ZGB I**, Art.28, N.49; Koller, **Genungtuung**, N:246; Frank, **Persönlichkeitsschutz**, s.82; Keller A., **Haftpflicht**, s.113. BGE 163 III 306.

⁵⁰⁵ Buna değerlerin tartılması ilkesine dayanan hukuka uygunluk nedeni denilmektedir. Bkz. Kaneti, **Hukuka Aykırılık**, s.263; Aebi-Müller, **a.g.e.**, s.127 vd.; Koller, **Genungtuung**, N:247; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.99; Geiser, **a.g.e.**, s.117, 149 vd.; Tandoğan, "Özel Hayatın Korunması", s.17 vd. (hakim, değerlendirme yaparken, failin mümkün olan davranış türlerinden mağdura en az zarar vereni seçip seçmediğini; ulaşılmak istenen amaçla verilen zarar arasında açık bir oransızlık bulunup bulunmadığını da araştıracaktır. Bkz., **a.e.**, s.18 vd.).

olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğunu ispat yükü, borçlunun üzerindedir⁵⁰⁶. MK m.24 f.II' deki “*haklı kılınmadıkça*” ifadesi, somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğunu iddia edenin bunu ispat etmesi gerektiğini belirtmektedir⁵⁰⁷.

Aşağıda taraflar arasındaki borç ilişkilerinden doğan yükümlülükler ve BK m.47 ve m.49'un uygulama alanları dikkate alınarak, kişilik hakkını ihlal eden sözleşmeye aykırı davranışlar hakkında açıklamalar yapılacaktır.

c. Kişilik Hakkını İhlal Eden Sözleşmeye Aykırı Davranışlar

(1). BK m.47 Kapsamında Korunan Kişilik Değerleri Bakımından

i. Genel Olarak

BK m.47'ye göre, “*Hakim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara duçar olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir.*”

Aşağıda sözleşmeye aykırılığın kişilik hakkının ihlaline neden olması koşulu bakımından, BK m.47'nin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta uygulama alanı ve özellikleri incelenecektir. BK m.47'ye kıyasen talep edilebilecek manevi tazminatın diğer koşulları ise, sistematığı bozmamak ve tekrardan kaçınmak için ileride ayrıca ele alınacaktır.

ii. Ölüm Halinde

⁵⁰⁶ Kaneti, **Hukuka Aykırılık**, s.231; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.144; Aebi-Müller, **a.g.e.**, s.93, 98; Meili, **Basler Kommentar ZGB I**, Art.28, N.56; Koller, **Genugtuung**, N.335; Pedrazzini, Oberholzer, **a.g.e.**, s129. BGE 127 III 481 vd.

⁵⁰⁷ MK m.24 f.II, MK m.6'daki ilkeyi tekrarlamaktadır.

Yaşama hakkı, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunması, devam ettirilmesi, varlığının çeşitli etkenlerle bozulmasına engel olunması şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁰⁸. Yaşama hakkı, diğer kişilik değerlerinin de varlığının bir şartıdır. Anayasanın 17.maddesine göre, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı bulunmaktadır. Kişinin öldürülmesi, buna teşebbüs edilmesi veya ölümle tehdit edilmesi gibi davranışlar, kişinin yaşama hakkını ihlal eder⁵⁰⁹.

BK m.47/Art.47 OR, hukuka aykırı olarak kişinin yaşamına son verilmesi halinde, ölenin yakınlarının⁵¹⁰ manevi tazminat talep edebileceğini düzenlemektedir⁵¹¹. Ölüm, hayatın sona ermesidir. Ölüm ile birlikte, kişilik de sona erecektir (MK m.28 f.I). Ölümün hangi anda gerçekleştiğinin tespiti ise, bilinçli

⁵⁰⁸ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.8; Roberto, **Haftpflichtrecht**, § 5, N.104; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.50

⁵⁰⁹ Geiser, **a.g.e.**, s.28.

⁵¹⁰ BK m.47'deki ölenin ailesi kavramı, mehz kanuna uygun olarak, ölenin yakınları şeklinde anlaşılmaktadır. Bkz. Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.223; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.699; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.764 ; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.660; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, s.503 ; Taman, **a.g.e.**, s.34; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.335; Saymen, **Manevi Zarar**, s.186-187. Y.4.HD., 16.11.1998 T., 1998/5648 E., 1998/8925 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.350 = YKD., C.25, S.6, Haziran 1999, s.772-773); Y.11.HD., 17.2.1983 T., 1983/592 E., 1983/699 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.353); Y.HGK., 25.11.1970 T., 1967/4-31 E., 1970/645 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.360); Y.11.HD., 17.2.1983 T., 1983/592 E., 1983/699 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.356-357). Borçlar Kanunu Tasarısının 55.maddesinde de “aile” yerine, “yakınları” kavramına yer verilmiştir.

⁵¹¹ Ölenin yakınlarının manevi tazminat talep edebileceği Fransız, İtalyan, Yunan hukuk düzenlerinde kabul edilmektedir. Bkz. Thomas K Grazioano, “Angehörigenschmerzensgeld im europaeischen Privatrecht –die Schere schliesst sic”, Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofs vom 16.Mai 2001, Anmerkung, **ZeUP**, 2002/10, s.834-859. Alman hukukunda ise, esas itibariyle, ölenin yakınlarının manevi tazminat talepleri kabul edilmez. (Medicus, **Schuldrecht I**, § 56, N.655; Saymen, **Manevi Zarar**, s.41). Ancak, yargı kararlarında, kazara meydana gelen ölümlerde, yakın akrabaların uğradıkları zararlar (Schocksschadens) nedeniyle manevi tazminat talep edebilecekleri, zira bunların sağlık zararı kavramına dahil oldukları kabul edilmiştir. (RGZ 133, 270; BGH, JZ 1972/4, s.122-125). Bkz. Medicus, **Schuldrecht I**, § 56, N.655; Hacks, Ring, Böhm, **a.g.e.**, s.9; Dörner vd., **a.g.e.**, § 847, N.7; Hein Kötz, Gerhard Wagner, **Deliktsrecht**, 9. Auflage, Kriffel Luchterhand, Neuwied, 2001, s.23; Slizyk, **a.g.e.**, s.57 vd.; Bar, **Deliktsrecht**, § 1, N.66; Deutsch, **Haftungsrecht**, s.577-578; Georg Bischoff, “Schmerzensgeld für Angehörige von Verbrechenopfern”, **MDR**, 2004/10, s.557-559; Hein Kötz, “Aktuelle Probleme der Reform des deutschen Haftungsrechts”, **Festschrift für Hyung-Bae Kim**, Arbeitsrecht und Zivilrecht in Entwicklung, Berlin, Duncker und Humblot, 1995, s.250. Ancak olması gereken hukuk açısından, Alman Hukukunda da yakınların manevi tazminat talep edebilmelerine olanak sağlayan bir hükme yer verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Stoll, **Gutachten**, s.145 vd.; Erika Scheffen, “Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes für Verletzungen aus Verkehrsunfaellen, aerztlichen Kunstfehlern und Produzentenhaftung”, **ZRP**, 1999/5, s.189-193 ; Kötz, “Aktuelle Probleme”, s.250; Susanne Hacks, “Schmerzensgeld bei schweren und tödlichen Verletzungen”, **NJW**, 1975/32, s.1450-1452; Wilhelm Vorndran, “Schmerzensgeld für Hinterbliebene bei Tötung naher Angehöriger”, ein Diskussionsvorschlag, **ZRP** 1988/8, s.293-295. Otomobilin kullanma olanağının kaybı halinde tazminat talep etme olanağı tanınırken, eşini kaybeden ve onsuz yaşaması gereken kişiden tazminat talebinin esirgenmesinin iğneleyici bir abartı olarak görünebileceği hakkında bkz. Daeubler, Wolfgang, “Sachen und Menschen im Schadensrecht”, **NJW**, 1999, s.1611-1612.

olarak Medeni Kanun'da düzenlenmemiştir. Ölümün tespiti görevi, tıp bilimine bırakılmıştır⁵¹².

Taraflar arasındaki borç ilişkisinden doğan, karşı tarafın hayatını tehlikeye sokabilecek davranışlardan kaçınma veya karşı tarafın hayatını koruma için gerekli önlemleri alma veya özen gösterme yükümlülüklerinin ihlal edilmesi, alacaklının ölümüne neden olunabilir. Söz konusu yükümlülükler, özellikle hekimlik sözleşmelerinde, hizmet sözleşmelerinde, alacaklının beden bütünlüğünü koruma ve gözetim borcu doğuran sözleşmelerde (örneğin güvenlik şirketiyle yapılan sözleşmelerde), yolcu taşıma sözleşmelerinde ve kullanımı insan sağlığı için tehlike yaratabilecek malların satımına veya kullanımına ilişkin sözleşmelerde⁵¹³ özel bir önem taşımaktadır.

Sözleşmeye aykırı davranış ile beden bütünlüğü ihlal edilen alacaklı manevi zarara uğramış ve ardından ölmüş olabilir. Bu ihtimalde, ölen alacaklının manevi tazminat talebi, MK m.25 f.IV çerçevesinde mirasçılara intikal edebilecektir. Bu halde, ölenin mirasçıları, külli halefiyet yolu ile intikal eden manevi tazminat talebini ileri sürebilecektir⁵¹⁴.

Bu ihtimal dışında, BK m.47, yakınların yansıma yolu ile doğan manevi zararlarının tazmin edilmesine imkan vermektedir⁵¹⁵. Yakınların, BK m.47'ye göre

⁵¹² Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanununun 11.maddesine göre, “*bu kanunun uygulanması ile ilgili olarak, tıbbi ölüm hali, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulamak suretiyle, biri kardiolog, biri nörolog, biri nöroşirurjiyen ve biri de reanimasyon uzmanından oluşan dört kişilik hekimler kurulunca oybirliği ile saptanır.*” Ölüm anının saptanmasına ilişkin iki yöntem vardır. Biyolojik ölüm yöntemi, bütün hayat fonksiyonları denilen dolaşım, solunum ve sindirim sistemlerinin durması halinde ölümün gerçekleştiğini kabul eder. Bu yöntem, bugün pek kabul görmemektedir. Beyinsel ölüm ise, beyin hücrelerinin spontan çalışma yeteneğini kaybetmesi ve bunun tekrar eski hale gelmesinin mümkün olmaması halinde gerçekleşmektedir. Bugünkü tıp bilimideki gelişmeler sayesinde tekrar geriye dönüşü sağlama yöntemlerinin ilerlemesi ile beyin ölümünü saptamak da güçleşmiştir. Doktrin, bu konuda tıp biliminin kurallarının esas alınması gerektiğini, ancak ölüme karar verebilmek için ölüme engel olmayı sağlayacak tüm çabaların denenmesi ve buna rağmen hastanın hiçbir zaman dönmeyeceğinin tıbben saptanması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Dural,Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s.22-23; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.19; Halil Akkanat, **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2004, s.31. İsviçre’de ise, ölüm anı, İsviçre Tıp Bilimi Akademisi’nin Ölümün Belirlenmesi ve Tanımı Hakkındaki Yönerge’sine göre belirlenmektedir. (13 Haziran 1996 tarihli Yönerge için bkz. Schweizerische Aerztezeitung, 1996, s.1773).

⁵¹³ Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.52-53.

⁵¹⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.699; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.14a.

⁵¹⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.699; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.15. BGE 112 II 220 vd.

manevi tazminat talep hakkı, ölenin miras ile intikal eden bir hak değil, yakınlarla doğrudan doğruya BK m.47 ile tanınan bağımsız bir haktır⁵¹⁶.

Yakınlar, ölenin yakın ilişki içinde bulunduğu eşi⁵¹⁷, annesi⁵¹⁸, babası⁵¹⁹, çocukları⁵²⁰, kardeşleri⁵²¹ gibi aile fertleri olabilir. Ama her aile üyesi “yakın” sayılmaz⁵²². Yakın, aile üyesinden daha dar bir kavramdır⁵²³. Yakınlar, ölen ile

⁵¹⁶ Reisoglu, **Borçlar Hukuku**, s.223; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.699; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.126; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.15; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47,N.132, s.376.

⁵¹⁷ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.47, N.410; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.138; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.458; Peter Stein, **Die Genugtuung**, 3. Auf., Genf, Juristische Schriften des Touring-Club der Schweiz, 1976, s.2; Klaus Hütte, **Die Genugtuung bei Tötung und Körperverletzung (OR 47)**, eine tabellarische Übersicht über Gerichtsentscheide vorwiegend aus den Jahren seit 1970, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1979, s.I/2; Hütte, “Genugtuungsrecht”, s.175. Y.11.HD., 1.4.1997 T., 1997/366 E., 1997/2371 K. (Kazancı İçtihat Bankası). BGE 129 II 145 vd.; 127 IV 215; 121 III 252; 119 II 361; 114 II 144; 88 II 455; 84 II 292.

⁵¹⁸ Yargıtay’a göre, kural olarak, üvey anne “yakın” olarak manevi tazminat isteyemez. Ölenle aralarında duygusal yakınlığın bulunduğu ispat edilmesi gereklidir. Bkz. Y. 10.HD., 6.11.1975 T., 1975/3780 E., 1975/5826 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.356).

⁵¹⁹ BGE 112 II 121 vd. Manevi tazminat talep eden kişinin anne veya baba olması (BGE 81 II 385/389 f); ölen çocuğun yaşı (BGE 117 II 50/57 vd.); cinsiyeti tazminat talebinde rol oynamaz. Bkz. Klaus Hütte, “Art.47 OR – Genugtuung?”, **SJZ**, 1974/18, s.277.

⁵²⁰ BGE 65 II 250/258. Yargıtay, babasının ölümünde çok küçük yaşta olan çocuğun ileride babasının yokluğunu hissetmesi sonucu yaşayacağı manevi zarar için manevi tazminata hükmetmektedir. Bkz. Y. 11.HD., 1.4.1997 T. 1997/366 E., 1997/2371 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.350-351); Y.4.HD., 19.3.1981 T., 1981/1989 E., 1981/3442 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.354). Yargıtay, olay anında ana karnında olan çocuk için manevi tazminata hükmetmiştir. Bkz.Y.15.HD., 18.6.1975 T., 1975/1483 E., 1975/3084 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.357); 15.HD., 22.10.1974 T., 1974/809 E., 1974/1207 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.358-359). Federal Mahkeme de anne veya babası ölen küçük çocuklar adına manevi tazminat talep edilebileceğini kabul etmektedir. Bkz. BGE 110 II 257 (üç yaşındaki çocuk); 104 II 259 (bir yaşındaki çocuk); 99 II 366 (2 yaşındaki çocuk). Çocuğun yaşının manevi tazminatın belirlenmesinde rol oynayacağı hakkında bkz. Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.47, N.421. Babası öldükten sonra doğmuş çocuk için de manevi tazminata hükmedilebileceği hakkında bkz. BGE 121 III 252.

⁵²¹ Y.10.HD., 26.4.1975 T., 1975/1836 E., 1975/4046 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.357). Yargıtay, ölüm gününden sonra doğan kardeşin manevi tazminat isteyemeyeceğine karar vermiştir. Bkz. 10.HD., 9.2.1978 T., 1978/7431 E.,1978/799 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.355). Eğer kardeşler aynı evde yaşamıyorsa, kural olarak, manevi tazminata hükmedilemeyeceği hakkında: BGE 118 II 404; 112 II 118; 66 II 206/222, 74 II 202/214. Aksi yönde: St. Galen, GVP 1983 82/86 N.35 (Naklen: Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.154).

⁵²² Kural olarak, amca, teyze (BGE 57 II 469/472); büyük baba ve büyük anneler (Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.156) BK m.47 çerçevesinde yakın sayılmazlar. Yargıtay’a göre, ölen büyükanne için torunların manevi tazminat davası açma hakları vardır. Bkz. Y.4.HD., 16.11.1998 T., 1998/5648 E., 1998/8925 K (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.350 = YKD., C.25, S.6, Haziran 1999, s.772-773). İsviçre Hukukunda ise torunların, kural olarak, ölen büyükanne veya büyükbabalarının yakını sayılamayacağı hakkında bkz. Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.47, N.423.

⁵²³ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.133; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.47, N.9. BK m.45 (Art.45 OR) gereğince destekten yoksun kalan kişi ile yakın kavramı da aynı değildir. Örneğin bir çocuğun ölümünde, anne ve babası, destekten yoksun kalma tazminatı talep edemez ama yakın olarak BK m.47 (Art.47 OR) hükmüne göre manevi tazminat talep edebilir. (Bkz. Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.135). Bkz. Y.11.HD., 17.2.1983 T., 1983/592 E., 1983/699 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.352-353).

duygusal ve samimi ilişkilerini sürdüren ve ölümden ağır biçimde etkilenen kişilerdir⁵²⁴. Bu nedenle, aile üyesi olmayan nişanlı⁵²⁵, ölenin çok yakın arkadaşı⁵²⁶, da yakın sayılabilmektedir.

Yakınlar, haksız fiil hükümlerine ve sonuçlarına göre manevi tazminatı talep edebilir. Yakınların manevi tazminatı sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre talep edip edemeyecekleri ve sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun sonuçlarından yararlanıp yararlanamayacaklarını ise ayrıca incelenmelidir. Bu sorun ileride ele alınacaktır⁵²⁷.

iii. Beden Bütünlüğünün İhlal Edilmesi Halinde

BK m.47'ye göre, beden bütünlüğü⁵²⁸ ihlal edilen, manevi tazminat talep edebilir. Anayasa 17 f.II' ye göre, “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller*

⁵²⁴ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.47, N.408; Schwenzer, **Obligationenrecht**, N.17.09; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.134; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.458; Taman, **a.g.e.**, s.34; Wildhaber, **a.g.e.**, s.58; Geiser, **a.g.e.**, s.32; Saymen, **Manevi Zarar**, s.188; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.21. Yargıtay, bu ilişkiyi, “ölenle aralarında eylemli ve gerçek bağın bulunması” şeklinde ifade etmektedir. Bkz. Y.4.HD., 30.3.1988 T., 1988/10916 E., 1988/3254 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.351). Yargıtay’a göre, “ölenin yakını sayılabilmek için, ölen ile eylemli aile ve sevgi bağlarının varlığı gereklidir. Burada önemli olan, aile hukuku çerçevesinde yakınlık değil, duygusal yakınlıktır. Böyle olunca da, uzak ya da yakın hısımlık bağları yerine ölenle çok yakın ve içtenlik taşıyan duygusal bir bağlılığın varlığı aranmalıdır.” Bkz. Y.4.HD., 10.1.1975 T., 1975/13490 E., 1975/333 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.358).

⁵²⁵ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.47, N.412; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.458; Hütte, **Körperverletzung**, s.1/3. BGE 114 II 144/149; 66 II 206/223; 57 II 53/57. Y.4.HD., 5261 E., 235 K., 16.1.1975 (Karahasan, **Manevi Tazminat** s.355). Evlilik dışı birliktelikler bakımından özel durumlar haklı göstermekte ise, taraflardan birinin ölümü halinde diğerinin yakın sıfatıyla manevi tazminat talep edebileceği yönünde; Hüseyin Hatemi, **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK.65 Kuralı)**, Doçentlik Tezi, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976, s.392-394 ; Taman, **a.g.e.**, s.39. Aksi görüş, Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.184; Saymen, **Manevi Zarar**, s.190-191. İsviçre doktrininde de tartışmalı olan bu konuda bazı yazarlara göre, ölen ile talepte bulunan yaşam partneri evliliğe benzer bir ortaklık içinde yaşamışlarsa, yakın sayılabilirler. Bkz. Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.47, N.415. Federal Mahkeme de 10.5.2002 tarihli kararında bu görüşe katılmıştır. Bkz. 6S.443/2001; 6S.444/2001. Aynı cinsiyette olan kişilerin birlikteliklerinin eşler arasındaki ilişkiye benzediğini ve bu nedenle, onlardan birinin ölümü halinde diğerinin de Art.47 OR’ye göre yakın sayılabileceği hakkında bkz. Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.47, N.411.

⁵²⁶ Yargıtay’a göre, ölenle tazminat isteyenler arasında bir akrabalık bulunması şart değildir. Bkz. Y.11.HD., 17.2.1983 T., 1983/592 E., 1983/699 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.352-353).

⁵²⁷ Bkz. Bölüm III, I, B, 4, b.

⁵²⁸ BK m.47’de beden bütünlüğü kavramı yerine “cismani zarar” kavramına yer verilmiştir. Cismani zarar, hükmün lafzi yorumuna göre, kişinin fiziki bütünlüğünün ihlalini ifade etmektedir. Ancak gerek doktrin gerekse de uygulama, bu kavramı, “beden bütünlüğü ihlali” olarak geniş yorumlamaktadır. Bkz. Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47 N.13; Koller, **Genugtuung**, N.289; Keller, **Schmied-Syz**, **a.g.e.**, s.80; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 4, N.27. YHGK., 2.12.1987 T., 1987/4.214 E., 1987/894 K

dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz”.

Beden bütünlüğü, kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün ve sağlığının korunmasını kapsamaktadır⁵²⁹. Fiziksel bütünlük, kişinin bedeni ve bedeni oluşturan organ ve dokularından oluşmaktadır⁵³⁰. Bir hukuka uygunluk nedeni bulunmaksızın, fiziksel bütünlüğe yönelik her müdahale, fiziksel bütünlük üzerindeki kişilik hakkını ihlal eder⁵³¹. Kişinin gözünü yitirmesi⁵³² veya görme yeteneğini kaybetmesi⁵³³, felç

(Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.82). Borçlar Kanunu tasarısında da “cismani zarar” yerine “beden bütünlüğü” kavramı kullanılarak, açıklık sağlanmıştır. (BK Tasarı m.55).

⁵²⁹ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.47, N.135; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.12; Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.20; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.47, N.5; Roberto, **Haftpflichtrecht**, § 5, N.103; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.80; Wildhaber, **a.g.e.**, s.57; Oftinger, Stark, **B.I**, § 8, N.74; Geiser, **a.g.e.**, s.29. Ruhsal bütünlüğün korunması hakkında bkz. Y.4.HD., 7.12.2000 T., 2000/8266 E., 2000/11217 K. (YKD, C.27, S.5, Mayıs 2001, s.669); Y.15 HD., 1975/2442 E, 1975/2499K., 9.5.1975 T. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.75); YHGK., 2.12.1987 T., 1987/4.214 E., 1987/894 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.82); Y.4.HD. 22.2.1988 T., 1988/9373 E., 1988/1269 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.82-83); YHGK, 26.4.1995 T., 1995/11-122 E., 1995/430 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.83-88); Y.3.HD., 9.6.1997 T., 1997/5127 E., 1997/5664 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.89 = YKD, C.23, S.9, Eylül 1997, s.1412-1413); Y.21.HD., 8.12.1997 T., 1997/8067 E., 1997/8106 K. (YKD., C.24, S.6, Haziran 1998, s.899-900); Y.21.HD., 15.6.2000 T., 2000/4733 E., 2000/4833 K. (YKD., C.27, S.2, Şubat 2001, s.248-250); Y.21.HD., 7.11.2000 T., 2000/7228 E., 2000/7652 K. (YKD., C.27, S.7, Temmuz 2001, s.1066-1067).

⁵³⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.711; Koller, **Genugtuung**, N.289; Wildhaber, **a.g.e.**, s.60; Tekinay, **Gerçek Kişiler**, s.250; Jochen Taupitz, “Der deliktische Schutz des menschlichen Körpers und seiner Teile”, **NJW**, 1995/12, s.745; Zevkliler, “Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, s.4. BGE 42 II 473 vd. Y.4.HD., 12.3.2001 T., 2001/11490 E., 2001/2313 K. (YKD, C.27, S.7, Temmuz 2001, s.996).

⁵³¹ BGB § 90 hükmüne göre, kanun gereğince eşya, sadece cismani (maddi) nesnelere dir. Buna göre cismani şeyler arasına insan bedeni girmemektedir. Bu nedenle, kişinin bedeni üzerinde mülkiyet hakkı söz konusu olamaz. Bkz. Palandt, **a.g.e.**, Art.90, N.1, 3; Jickeli, Stieper, **Staudinger’s Kommentar, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, Buch 1, Allgemeiner Teil §§ 90-133; §§ 1-54, 63 BeurkG, (Allgemeiner Teil 3 und Beurkundungsverfahren), Bearbeitung 2004 von Hertel, Jickeli, Knothe, Singer, Stieper, Redaktör: Norbert Habermann, Berlin, Sellier – de Gruyter 2004, § 90, N.18; Lutz Michalski, **Erman Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar**, 11. Auf., Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2004, § 90, N.5; K. Heinz Schwab, Hans Prütting, **Sachenrecht**, Juristische Kurz-Lehrbücher, 30. Auf., München, Verlag CH Beck, 2002, § 1, N.2; Klaus Müller, **Sachenrecht**, 4. Aufl., Köln Berlin Bonn München, Carl Heymanns Verlag KG, 1997, N.15. Türk –İsviçre Hukuk sisteminde de böyle bir açık hüküm olmamakla birlikte, aynı sonuç kabul edilmektedir. Bkz. M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, 11. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s.4 ; Wolfgang Wiegand, **Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, 2. Buch II, Art.457-977 ZGB, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, 2. Auf., Basel, Helbing & Lichtenbahn, 1998, Vorbem. zu Art.641, N.17; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, **Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991, s.305; K. Tahir Gürsoy, Fikret Eren, Erol Cansel, **Türk Eşya Hukuku**, 2. bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1984, s. 21.

⁵³² Y.4.HD., 12.5.1978 T., 1978/1413 E., 1978/6476 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.83). OLG München, VersR 89, 1203.

⁵³³ BGE 81 II 159.

olması⁵³⁴, zehirlenmesi⁵³⁵, parmaklarından yaralanması⁵³⁶, dişlerinin kırılması⁵³⁷, beyin sarsıntısı geçirmesi⁵³⁸, koku ve duyu yetilerini yitirmesi⁵³⁹, bacağıının kesilmesi⁵⁴⁰, örnek olarak verilebilir.

Ruhsal bütünlüğün ihlalinde, kişinin bir davranış veya ruhsal bir müdahale ile zeka, duygu ve irade yeteneklerinde değişiklik ortaya çıkar⁵⁴¹. Örneğin ağır kazalardan sonra doğan psikolojik ihlaller, panik, güvensizlik hissi, iştahsızlık, melankoli, uykusuzluk, ölüm korkusu veya ölüm korkusu⁵⁴² ile karşılaştırılabilecek derecedeki korkular⁵⁴³, manevi zarara neden olduğu sürece, manevi tazminatı gerektirir⁵⁴⁴.

İsviçre-Türk Hukukunda, sağlık da, beden bütünlüğü kapsamı içinde ele alınmaktadır⁵⁴⁵. Fiziksel bütünlük, kişinin yaratılıştaki sahip olduğu doğal ve organik bütünlük iken; sağlık, bu bütünlüğün düzenli işleyişi ile ilgili bir kavramdır⁵⁴⁶. Sağlık kavramı, hem fiziksel sağlığı hem de ruhsal sağlığı kapsamaktadır⁵⁴⁷. Bu açıdan,

⁵³⁴ Y.21.HD., 8.12.1997 T., 1997/8067 E., 1997/8106 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.89-90= YKD., C.24, S.6, HAZIRAN 1998, s.899-900).

⁵³⁵ Y.9.HD., 10.2.1994 T., 1994/9360 E., 1994/1992 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.346-347).

⁵³⁶ Y.9.HD., 16.3.1989 T., 1989/12884 E., 1989/2409 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.347).

⁵³⁷ Y.4.HD., 16.4.1974 T.1974/530 E., 1974/1949 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.348).

⁵³⁸ OLG München, 19.11.1971, 10 U 2555/70 (Stein, **Die Genugtuung**,s.18).

⁵³⁹ Stein, **Die Genugtuung**, s.26. BGE 110 II 163.

⁵⁴⁰ Freiburg Kanton İstinaf Mahkemesi'nin 28.2.1972 T.li kararı (Stein, **Die Genugtuung**, s.42).

⁵⁴¹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.712; Gurzeler, **a.g.e.**, s.144; Koller, **Genugtuung**, N.289; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.80; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 4, N.5; Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", s.21.

⁵⁴² Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.47, N.140. BGE 125 III 412.

⁵⁴³ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.47, N.140. BGE 125 III 412.

⁵⁴⁴ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.47, N.139. BGE 4.7.2002 T. (1A.20/2002); 129 IV 22.

⁵⁴⁵ Roberto, **Haftpflichtrecht**, § 5, N.108; Gurzeler, **a.g.e.**, s.144; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 4, N.5; Geiser, **a.g.e.** s.29; Tekinay, **Gerçek Kişiler**, s.250; Hütte, **Körpervetletzung**, s.I/1. Oysa Alman Hukukunda, ihlal edildiğinde manevi tazminat talep edilebilecek değerler sayılırken, beden bütünlüğü ihlali (Verletzung des Körpers) ile sağlığın ihlali (Verletzung der Gesundheit) ayrı ayrı belirtmiştir. (BGB § 253 Abs.II). Haksız fiil sorumluluğunda tazminat yükümlülüğünü düzenleyen BGB § 823 Abs I'de de her iki değer ayrı ayrı sayılmıştır. Alman hukukuna göre, beden bütünlüğüne yönelik her dış saldırı, saçın kesilmesi, tokat atılması, beden bütünlüğünün ihlali iken, iç fonksiyonlara yönelik saldırı, örneğin cinsel hastalıkların bulaşması, zehir verilmesi ise sağlığın ihlali olarak değerlendirilir. Bkz. Palandt, **a.g.e.**, § 823, N.4; Hacks, Ring, Böhm, **a.g.e.**, s.9; Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.20 vd; Deutsch, **Schmerzensgeld**, s.236, N.484; Fuchs, **a.g.e.**, s.11; Kötz, Wagner, **a.g.e.**, s.23; v. Bar, **Gemeineuropäisches Deliktsrecht**, § 1, N.57; Ertaş, **Immaterieller Schadensersatz** s s.62. Her ikisi için de aynı hukuki sonuçlar uygulanacağı için bu sınırlamanın pratik bir önemi olmadığı hakkında bkz. Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.24.

⁵⁴⁶ Zevkliiler, "Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", s.9.

⁵⁴⁷ Gurzeler, **a.g.e.**, s.144; Bucher, A., **a.g.e.**, § 15, N.466. YHGK, 26.4.1995 T., 1995/11-122 E., 1995/430 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.83-88, YKD., C.21, S.10, EKİM 1995, s.1520-1524).

kişinin fiziksel veya ruhsal sağlığını bozan veya tehlikeye düşüren davranışlar⁵⁴⁸., kişilik hakkını ihlal eder⁵⁴⁹.

Beden bütünlüğünün ihlalinde manevi tazminatı talep yetkisi, beden bütünlüğü ihlal edilen mağdura tanınmıştır. Mağdur dışındaki kişilerin manevi tazminat talep edip edemeyecekleri sorunu ise ayrı bir bölümde ele alınacaktır⁵⁵⁰.

Manevi tazminat talep eden, sözleşmeye aykırı davranışın beden bütünlüğünü ihlal ettiğini ispat etmekle yükümlüdür⁵⁵¹.

iv. Beden Bütünlüğünü İhlal Eden Sözleşmeye Aykırı Davranışlardan Örnekler

Beden bütünlüğünün korunmasına ilişkin yükümlülükler içeren sözleşme tiplerini tek tek saymak tez çalışmasının kapsamını oldukça aşacaktır. Bu nedenle,

⁵⁴⁸ Hastanın kanser olduğu, hekimin sözleşmeye aykırı davranışı sebebiyle, erken teşhis edilememiş olabilir. Hekimin hastanın iyileşme şansını ortadan kaldırdığı, bu nedenle onun ölümüne neden olduğu ve hekim tarafından kusurlu davranış yapılmıyorsa hastanın kurtulma şansının istatistiksel verilere göre örneğin %40 olduğu hallerde sorunun nasıl çözümleneceği tartışmalıdır. Bu hallerde, tazminat talep eden yakınların ispat yükünün kolaylaştırılması, iyileşme olasılığının yok edildiği ve bunun bağımsız bir zarar olarak tazmin edilmesi gerektiği veya sorunun illiyet bağına ilişkin teoriler yardımıyla çözümlenebileceği belirtilmektedir. Züriç Kanton Mahkemesi (ZR 87 (1988), s.209 vd.), kanser erken teşhis edilseydi, yaşama şansının %60 olacağını varsayarak, bunun illiyet bağına kurmaya yeterli olacağına karar vermiş, erken teşhis ve özenli tedavi halinde bile, hastanın vefat edebileceği %40 ihtimalin, BK m.43 f.I gereğince tazminatın belirlenmesinde gözönüne alınması gerektiğini belirtmiştir. İsviçre doktrininde de hekimin, anne karnındaki çocuğun kötü sağlık durumu hakkında aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve bu sebeple çocuğun sağlıksız doğması (wrongful life) hallerinde sorunun illiyet bağı kuralları ile çözümlenebileceği ifade edilmektedir. Buna göre, sağlık durumunun kötüleşmesi veya iyileştirmenin ya da sağlık durumunu daha iyi hale getirmek için gerekli müdahalenin yapılmamış olması halinde mağdurun sağlığı ihlal edilmiştir. Eğer hekim sözleşmeye uygun olarak davransaydı, hastanın içinde bulunacağı varsayımsal durumdan daha kötü bir sağlık durumu ortaya çıkmış ise, hekim, kusurlu olmadığını ispatlamadıkça verdiği zarardan dolayı sorumludur. Ayrıca bu hallerde mağdur yararına ispat kolaylığı getirilmesi gerektiği de ifade edilmiştir. Bkz. Wolfgang Wiegand, "Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes", Sonderdruck aus Artz und Recht, **Berner Tage für die juristische Praxis**, Bern, Verlag Staempfli & Cie AG, 1985, s.110 vd. Bu sorunun karşılaştırmalı hukukta ele alınış biçimi ve değerlendirilmesi hakkında bkz. Erdem Büyüksağış, "Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı - Uygun İlliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım", **AÜHFD**, C.54, S.4, 2005, s.119 vd.; Yıldız Abik, "Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı : İyileşme Şansının Kaybı", **AÜHFD**, C.54, S.3, 2005, s.241 vd. Ayrıca bkz. Schwenzer, **Obligationenrecht**, N.21.08.

⁵⁴⁹ Gurzeler, **a.g.e.**, s.144; Roberto, **Haftpflichtrecht**, § 5, N. 108; Zevkliler, "Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", s.9.

⁵⁵⁰ Bkz. Bölüm III, I, B.

⁵⁵¹ Koller, **Genugtuung**, N.335.

uygulamada en çok karşılaşılan ihtimaller ve tartışmalı konular göz önüne alınarak, beden bütünlüğünü ihlal eden sözleşmeye aykırı davranışlar üzerinde durulacaktır.

Taşıma sözleşmesine aykırılık sebebiyle yolcu yaralanırsa⁵⁵²; kiraya verenin, merdiven dairesinin bozuk olan aydınlatma tesisatını yaptırmaması yüzünden kiracı düşüp yaralanırsa⁵⁵³; satıcının sattığı malın ayıplı olması nedeniyle alıcının sağlığı bozulursa veya alıcı yaralanırsa⁵⁵⁴, alacaklının beden bütünlüğü ihlal edilmiş olur. İşverenin işçiyi gözetim borcuna aykırı davranması sonucu iş kazası⁵⁵⁵ veya meslek hastalığına⁵⁵⁶ uğrayan işçi, fiziksel veya ruhsal bütünlüğünün ihlali sonucu manevi zarara uğrar ise, manevi tazminat talep edebilir⁵⁵⁷.

Beden bütünlüğü ihlalleri özellikle hekimlik sözleşmesine aykırılık halinde ortaya çıkmaktadır. Örnek olarak, sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle, ameliyat esnasında kırılan iğne ucunun hastanın burnunda bırakılması⁵⁵⁸, cerrahi müdahale sonucu hastanın bedeninde iz kalması⁵⁵⁹, sezaryen ameliyatı sırasında verilen kanın

⁵⁵² Y.11.HD., 21.12.2006 T., 2005/11630 E., 2006713721 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.11.HD., 13.7.2006 T., 2005/7645 E., 2006/8319 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.11.HD., 7.6.2005 T., 2004/8052 E., 2005/5861 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.11.HD., 21.4.2004 T., 2004/7149 E., 2005/4046 K. (Kazancı İçtihat Bankası)

⁵⁵³ Hermann Eichler, “Die Konkurrenz der vertraglichen und deliktischen Haftung im deutschen Recht”, *AcP*, 162 (1963), s.401-420. Alman Medeni Kanunu’nun § 536a BGB hükmü çerçevesinde, kirayaverenin ayıba karşı tekeffül yükümlülüğüne aykırı olarak kiracıya verdiği manevi zarardan sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Bkz. Huber, *Schadensersatzrecht*, § 2, N.67.

⁵⁵⁴ Ancak ayıplı eserin neden olduğu manevi zararların, ayıp nedeniyle doğan zarar sayılamayacağı ve bu nedenle manevi zararın BK m. 194 vd.hükümlerine göre değil, BK m.98 f.II’nin atfıyla BK m.49 veya BK m.47’ye kıyasen tazmin edileceği belirtilmektedir. Bkz. Peter Gauch, *Der Werkvertrag*, 4. Auf., Zürich, Schulthess, 1996, N.1868.

⁵⁵⁵ İş kazası, “işçinin işverenin otoritesi altında bulunduğu bir sırada ve onun için ifa ettiği bir işten dolayı veya iş dolayısıyla, dış bir nedenle ve birdenbire meydana gelen bir olay sonucu uğramış olduğu kazadır”. Bkz. Ulusan, *İşçiyi Gözetme Borcu*, s.71.

⁵⁵⁶ Meslek hastalığı, “işçinin işverenin emir ve talimatı altında çalışmakta iken, işin niteliğine ya da yürütme koşullarına göre tekrarlanan bir dış etkenle meydana çıkan ve genellikle meslekle ilintili olan bedensel ve ruhi arıza halidir”. Bkz. Ulusan, *İşçiyi Gözetme Borcu*, s.80-81.

⁵⁵⁷ Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, 19. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2006, s.166; Hatemi, Serozan, Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, s.322; Ulusan, *İşçiyi Gözetme Borcu*, s.181. Y.21.HD., 15.2.2005 T., 2005/125 E., 2005/1171 K. (Kazancı İçtihat Bankası); YHGK., 13.10.1999 T. 1999/21-684 E., 1999/818 K. (Kazancı İçtihat Bankası); YHGK., 28.6.1995 T., 1994/9-777 E., 1995/688 K. (Kazancı İçtihat Bankası); YHGK 1.11.1995 T., 1995/9-679 E., 1995/898 K (Kazancı İçtihat Bankası). BGE 125 III 70 vd.; 22.4.2005 T. Ve 2A.312/2004 sayılı Federal Mahkeme kararı.

⁵⁵⁸ Y.13.HD., 6.11.2000 T., 2000/8590 E., 2000/9569 K. (YKD., C.27., S.4, Nisan 2001, s.547-549.). Pamuk tamponunun operasyon sırasında unutulmasına ilişkin bir karar için bkz. OLG München, *Arztrecht*, 94., 309 (Naklen: Deutsch, Ahrens, a.g.e.,s.224).

⁵⁵⁹ Y.15.HD., 3.11.1999 T., 1999/4007 E., 1999/3868 K. (Karahasan , *Sorumluluk Hukuku*, C.1, s.295).

AİDS'Lİ olması nedeniyle hastanın AİDS'e yakalanması⁵⁶⁰, hastanın sağlam olan dişlerinin çekilmesi⁵⁶¹, beden bütünlüğünü; hastanın üreme yeteneğini kaybetmesi (kısırlaştırılması gibi⁵⁶²) veya cinsel ilişki kuramaz hale gelmesi ise hem beden bütünlüğünü hem de geniş anlamıyla cinsel yaşamla ilgili kişilik değerlerini⁵⁶³ ihlal eder⁵⁶⁴. Estetik amaçlı müdahalede⁵⁶⁵, sözleşmeye aykırı davranış ile hastada fiziksel⁵⁶⁶ ve ruhsal bozukluklar veya estetik güzelliği bozacak değişiklikler⁵⁶⁷ veya dış görünüşü bozan deformasyonlara neden olmak da mağdurun beden bütünlüğünü ihlal eder⁵⁶⁸. Ayrıca hekim, tıbbi müdahale ile ortaya çıkabilecek riskleri de hastasına

⁵⁶⁰ Y.4.HD., 23.10.2001 T., 2001/7908 E., 2001/10071 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵⁶¹ Y.4.HD., 12.11.2003 T., 2003/28399 E., 2003/11352 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵⁶² Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.148.

⁵⁶³ Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.56; Zevkliler, "Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", s.30 .

⁵⁶⁴ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.30 vd.

⁵⁶⁵ Yargıtay, güzellik amacıyla yapılan tıbbi müdahaleleri, eser sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. "Eser sözleşmesi uyarınca davalı hekimin tedavi niteliğinde olmayan tıbbi müdahalede bulunması ifa yönünden, yeterli değildir. Yaptığı işin, hangi yöntemi kullanırsa kullansın dövmeyle estetik amaçla silmek için müdahalede bulunan hekim, aynı zamanda, izi tamamen yok etmeyi de eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla taahhüt etmiştir. ... yapılan iş, BK.nun 360.maddesi gereğince, kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı bir iştir. Bu durumda, davacının hayatı boyunca taşıyacağı bu çirkin iz nedeniyle üzüntü duymuş olması, izahtan varestedir" gerekçesiyle manevi tazminatın kabulünün gerektiğine karar vermiştir. Bkz. Y.15.HD., 3.11.1999 T., 1999/4007 E., 1999/3868 K. (Karahasan , **Sorumluluk Hukuku**, C.1, s.295). Aynı yönde bkz. Y.15.HD., 8.6.2006 T., 2005/7988 E., 2006/3417 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD., 22.11.2001 T., 2001/765 E., 2001/11621 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.15.HD., 3.1.1999 T., 1999/4007 E., 1999/3868 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.13.HD., 5.4.1993 T., 1993/131 E., 1993/2741 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Doktrinde bazı yazarlar ise, yapılan müdahalenin yüksek kişisel karakteri ve taraflar arasındaki belirgin güven ilişkisi dolayısıyla vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.2, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, 3. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, Olgaç Matbası, 1987, s.21. Aksi görüş : Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.62 vd.

Estetik amaçlı müdahalelere ilişkin sözleşmenin eser sözleşmesi mi, yoksa vekalet sözleşmesi mi olduğunu belirlemenin pratik bir önemi bulunmaktadır. Eğer sözleşme, eser sözleşmesi olarak nitelendirilirse, estetik müdahaleyi yapan, bir şey imal etmeyi, "bir sonuç meydana getirmeyi" taahhüt ve tekeffül eder. Bu nedenle, o, taahhüt ettiği sonucu meydana getirmesi ve bu sonucun ayıpsız olması halinde borcunu yerine getirmiş olur. Bkz. Hatemi, Serozan, Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, s.351. Hekim, gerekli özeni göstermesine rağmen taahhüt ettiği sonucu gerçekleştiremezse, doğan zarardan sorumlu olur. Oysa bu sözleşme vekalet sözleşmesi olarak kabul edilir ise, hekim, belirli bir sonucun mutlaka elde edilmesi için değil, fakat belirli bir yönde çalışmak için borç altına girmektedir. Buna göre, bu çalışma sonucunda istenilen sonuç elde edilebileceği gibi, elde edilemeyebilir de. Önemli olan, hekimin işi özenle ve sadakat yükümlülüğüne uygun olarak görmesidir. Bkz.Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C.2, s.39. Buna göre, hastanın yüzündeki yara izinin ortadan kaldırılması için gerekli özeni gösteren hekim, izi tamamen kaldıramamış olsa bile sorumlu tutulamayacaktır.

⁵⁶⁶ 4.HD., 22.11.2001 T., 2001/765 E., 2001/11621 K. (Kazancı İçtihat Bankası); 13.HD., 4.7.2000 T., 2000/4271 E., 2000/6584 K. (Kazancı İçtihat Bankası)

⁵⁶⁷ Estetik ameliyat sonrası hastanın yüzünün çirkinleşmesi, gözünde kalıcı arazlar meydana gelmesine ilişkin bir örnek için bkz. 13.HD., 9.5.2000 T., 2000/1446 E., 2000/4438 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁵⁶⁸ Stein, **Die Genugtuung**, s.2; Hütte, **Körpverletzung**, s.I/10; Hütte, "Genugtuung", s.275.

açıklamaladır⁵⁶⁹. Aksi halde mağdur, kişilik hakkının ihlali nedeniyle uğradığı manevi zararın tazminini talep edebilir⁵⁷⁰.

Dondurulmuş üreme hücrelerini saklamakla yükümlü olan Üreme Merkezleri, sözleşmeye aykırı davranarak, dondurulmuş üreme hücrelerini yok edebilir⁵⁷¹. Alman Federal Mahkemesi, bu fiili, hak sahibinin üreme şeklindeki bedensel fonksiyonunun ihlali olarak nitelendirmiş ve beden bütünlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir⁵⁷². Mahkemeye göre⁵⁷³, BGB 823 Abs. 1 çerçevesinde, hak sahibinin beden bütünlüğü, kapsamlı bir biçimde korunmaktadır. Bedenin parçaları, bedenden ayrı oldukları esnada da normun koruma amacı çerçevesinde, beden ile fonksiyonel bir bağlantı içindedir. Bedenden bu şekilde ayrılmış beden parçalarının yok edilmesi veya zarar görmesi halinde, BGB §§ 823 ve 847⁵⁷⁴ ihlal edilmiş olur⁵⁷⁵. Doktrinde de üreme yeteneğinin kaybı veya üreme hücrelerinin yok edilmesi halinde mağdurun manevi tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir⁵⁷⁶. Ancak üreme hücrelerinin hukuka aykırı olarak yok edilmesi halinde ihlal edilen kişilik değerinin, beden bütünlüğü değil, genel kişilik hakkı olduğu belirtilmektedir⁵⁷⁷. Çünkü bedenden sürekli biçimde ayrılmış parçalar artık beden bütünlüğüne dahil değildir⁵⁷⁸.

⁵⁶⁹ Medicus, **Schuldrecht II**, § 98, N.351.

⁵⁷⁰ Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmemişse, hasta ameliyata rıza vermiş olsa da, rıza geçerli değildir. Bkz. Bölüm II, II, C, 4, b, (2).

⁵⁷¹ Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğinin 17.maddesine göre, embriyo, bazı koşulların bulunması halinde saklanabilir ve her iki eşin rızası alınarak aynı adayda kullanılabilir. Yönetmeliğin 17.maddesinin 3. fıkrasına göre üreme hücresi ve gonad dokularının saklanması yasak olmakla birlikte, tıbbi zorunluluk bulunması halinde bu mümkündür. Ancak saklanan üreme hücreleri ve gonad dokuları, evlilik dışında ve başka kişiler için kullanılamaz.

⁵⁷² BGHZ 124, 52 (55) = NJW 1994, s.127. Bu kararın değerlendirilmesi için bkz. Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeldes**, s.39 vd.

⁵⁷³ BGHZ 124, 52 (55).

⁵⁷⁴ BGB § 847 yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm I, III, B ve C.

⁵⁷⁵ Alman Hukukunda mahkemeler, genel kişilik hakkı kapsamında, aile planlaması hakkının, § 823 BGB ile § 847 BGB hükümlerinin koruma amacına girmediğini belirtmektedir. Bkz. BGHZ 86, 240 (249) = NJW 1983, 1371.

⁵⁷⁶ Deutsch, “Über die Zukunft des Schmerzensgeldes”, s.292.

⁵⁷⁷ Jickeli, Stieper, **Staudinger’s Kommentar**, § 90, N. 23; Roberto, **Haftpflichtrecht**, § 5, N.109; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 4, N.10; Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.38 vd.; Deutsch, Ahrens, **a.g.e.**, s.92; Mathias Rohe, Anmerkung, BGH, Urteil von 9.11.1993, **JZ**, 1994, s.465-468.

⁵⁷⁸ Deutsch, Ahrens, **a.g.e.**, s.92. Bedenden ayrılan parça, doku, kan vb.nin kişilik hakkı kapsamında bir değer olarak korunup korunamayacağı hakkında bkz. Jickeli, Stieper, **Staudinger’s Kommentar**, § 90, N.20; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s.5; Fuchs, **a.g.e.**, s.12; Schwab, Prütting, **Sachenrecht**, §1 N.5; Roberto, **Haftpflichtrecht**, § 5, N.109, § 15, N.485; Zeytin, **Zur Problematik des Schmerzensgeld**, s.20; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 4 N.10; Wiegand, **Basler Kommentar-ZGB II**, Vorbem. zu Art.641, N.18; Gürsoy, Eren, Cansel, **a.g.e.**, s.21; Suat Bertan,

Burada ihlal edilen değer, genel kişilik hakkı çerçevesine giren çocuk sahibi olup olmamaya bizzat karar verme hakkıdır⁵⁷⁹. Alman Federal Mahkemesinin bu kararını değerlendiren Taupitz⁵⁸⁰, BGB § 823 ve 847'deki beden bütünlüğü kavramının bu şekilde genişletilmesinin yerine, hukuki korumayı sağlayacak başka alternatiflerin bulunması ile aynı sonuca ulaşılabileceğini belirtmektedir. Yazar, kişinin çocuk sahibi olmasının spermlerin yok edilmesi ile önlenmesinin, bir sağlık ihlali olarak yorumlanabileceğini veya genel kişilik hakkının ihlali sayılabileceğini belirtmektedir. Ayrıca taraf iradelerinin yorumlanması ile bu gibi maddi olmayan menfaatlere ilişkin sözleşmelerde, söz konusu menfaatlerin ihlali halinde tarafların manevi tazminat isteneceğini de kabul ettikleri sonucuna ulaşılabilir. Lauf ve Reiling ise⁵⁸¹, bedenden ayrılıp tekrar aynı bedene eklenecek parçalar arasında bir ayırım yapmaktadır. Buna göre, organ ve kan bedene tekrar eklenecekse amaç, tedavidir. Oysa sperm alınması ve saklanması ise, yeni bir insana var olma şansı açmak hedeflenir. Bu amaç farklılığı nedeniyle spermlerin yok edilmesi halinde, beden bütünlüğünün ihlali değil, genel kişilik hakkının ihlali söz konusudur.

Kanaatimizce, sperm veya organ, doku ve kan, sahibinin bedeninden kesin biçimde ayrılmış olsa bile alıcıya nakledilinceye kadar, vericinin kişilik hakkı koruması altında bulunmaktadır⁵⁸². Türk Hukukunun manevi tazminat ile ilgili düzenlemelerinde manevi tazminatın koşulları arasında paralellik olması, kişilik hakkının korunması bakımından ihlal edilen kişilik değerinin hangi değer olduğunun önemli olmaması, tüm kişilik değerlerinin hukuk sistemimizce MK m.23 vd., BK m.47, m.49 gibi hükümlerle korunması karşısında, bu tartışmanın pratik bir önemi yoktur. Ancak beden bütünlüğünü Federal Mahkeme gibi bu şekilde geniş yorumlamak yerine, dondurulmuş spermin yok edilmesi halinde vericinin çocuk sahibi olabilme, üreme⁵⁸³, çocuk sahibi olmaya karar verme gibi genel kişilik hakkı

Aynı Haklar, Medeni Kanunun 618-764 üncü Maddelerinin Şerhi, C. I, MK 618-764, Ankara, Banka Basım ve Ciltevi, 1976, s.16.

⁵⁷⁹ Roberto, **Haftpflichtrecht**, § 5, N.109; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 4, N.10.

⁵⁸⁰ Taupitz, **a.g.e.**, s.747 vd.

⁵⁸¹ Adolf Laufs, Emil Reiling, "Schmerzensgeld wegen schuldhafter Vernichtung deponierten Spermes?", **NJW**, 1994/12, s.775-776.

⁵⁸² Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s.5; Roberto, **Haftpflichtrecht**, § 5, N.109, § 15, N.485; Wiegand, **Basler Kommentar-ZGB II**, Vorbem. zu Art.641, N.18.

⁵⁸³ Üreme hakkı veya dölünü sürdürme hakkı da tıp ve biyoloji alanındaki gelişmeler sonucunda ortaya çıkan yeni bir hak türüdür. Bu hak, Anayasa m.17'de teminat altına alınan "kişiliğini özgürce

kapsamında değerlendirilebilecek kişilik değerlerinin ihlal edildiği kabul etmek daha doğru olacaktır⁵⁸⁴.

Eşlerin aile planlamasına ilişkin kararlarını hayata geçirmek amacıyla yaptıkları rahim tahliyesi müdahaleleri, hekimin hatası yüzünden başarılı olmayabilir⁵⁸⁵. Başarısız müdahale, kadının üreme yeteneğinin kaybedilmesine veya ölümüne de yol açabileceği gibi, kadının gebeliğinin önlenememesine de neden olabilir. İlk ihtimalde, sözleşmeye aykırı davranış ile kadının fiziksel bütünlüğü ve cinsel yaşamına ilişkin kişilik değerleri, ikinci ihtimalde ise, yaşama hakkı ihlal edilmiştir⁵⁸⁶. Kadının gebeliğinin önlenememesi, rahim tahliyesi dışında, hamilelik

geliştirme hakkı”nın bir görünümü olarak kabul edilmektedir. Bkz. Ergun Özsunay, “Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar”, **Prof. Dr. Bülent Davran’a Armağan**, İstanbul, 1998, s.6.

⁵⁸⁴ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.627; Roberto, **Haftpflichtrecht**, § 5, N.109; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 4, N.10.

⁵⁸⁵ Başarısız müdahale sonucu gebelik önlenememiş ve istenmeyen bir çocuk dünyaya gelmiştir. Sağlıklı olarak dünyaya gelen istenmeyen çocukların bakım masraflarının tazminatın konusu olup olamayacağı tartışmalıdır. Alman Hukukunda sağlıklı olarak dünyaya gelen istenmeyen çocukların bakım masraflarının tazminatın konusu olabileceği doktrinde bazı yazarlar ve Federal Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Bkz. Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 6 IX 7 h.; Erwin Deutsch, “Schadensrecht und Verfassungsrecht: Akt II, Unterhalt oder Kind als Schaden: Der BGH unterschiedet Fallgruppen und weicht vom BverfG ab”, **NJW**, 1994/12, s.777 vd. BGHZ 76, 249, 124, 128. Aksi yönde bkz. BverfG, NJW 1993, s.1751. İsviçre Federal Mahkemesi de istenmeden dünyaya gelen sağlıklı çocuk için maddi tazminat talep edilebileceğine karar vermiştir. Bkz. 4C 178/2005, 20 Aralık 2005 tarihli Federal Mahkeme kararı. İsviçre doktrininde baskın görüş, istenmeden dünyaya gelen sağlıklı çocuk için bakım masraflarının tazminine karar verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. Schwenger, **Obligationenrecht**, N.14.04; Roberto, **Haftpflichtrecht**, § 29, N.765 vd.; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.158; Aksi görüş bkz.; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.41 N.96a; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 1 N.35; Oftinger, Stark, **B.I.**, § 2, N.47 vd. Türk Hukukunda bakım masraflarının tazminatın konusu olmaması gerektiği hakkında bkz. Zafer Zeytin, “Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi II Maddi Zarar Olarak “Çocuk””, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.XXI Sayı 3’ten Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı, Ankara, s.44. Kanaatimizce, bir yandan istenmeden doğan çocuğun kendisinin bir zarar olmadığını ileri sürmek, diğer yandan da böyle bir çocuğun bakım masraflarının tazminat konusu olduğunu kabul etmek suni bir ayırmadır. Çocuğun ailesi tarafından istenmediğini ve bu nedenle dünyaya gelişinin ekonomik bir yük olarak nitelendirilip ailesi tarafından tazminat konusu yapıldığını ve bakım masraflarının üçüncü kişiler tarafından yapıldığını öğrenmesi, çocuğun ruhsal bütünlüğünü derinden sarsabilir. Diğer yandan bu sonuç, anayasa tarafından güvence altına alınan aile kurumunu da zedeler. Bu nedenlerle, sosyal ve ahlaki boyutu da olan bu sorunda, çocuğun bakım masraflarının sorumlu borçlu tarafından karşılanması gerektiğini savunmak doğru olmayacaktır.

Diğer tartışmalı sorun ise, istenmeyen çocuğun hekimin gebelik sürecinde aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi yüzünden sakat olarak dünyaya gelmesi halidir. Bu ihtimalde, hiç doğmaması ile karşılaştırıldığında sakat olarak dünyaya gelen çocuğun bir zarar olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ve bu sebeple çocuğun ve ailesinin sorumlu hekimden tazminat talep edip edemeyeceği tartışılmaktadır. Bkz. Schwenger, **Obligationenrecht**, N.14.04; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 6 IX 7 f.; Roberto, **Haftpflichtrecht**, N.112, 486, 773.

⁵⁸⁶ Medicus, **Schuldrecht II**, § 98, N.350; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.94; Özsunay, “Hayatın Başlangıcı”, s.33.

sürecinde hekimin yanlış bilgilendirmesi sonucu kadının yasal rahim tahliyesi hakkını kullanmasının engellenmesi veya erkek ya da kadına yönelik sterilizasyon amaçlı müdahalenin sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle başarısız olması ihtimalinde de ortaya çıkabilir⁵⁸⁷. Bazı yazarlara göre, eşlerin aile planlamasına karar verme hakkı, genel kişilik hakkının somutlaştığı hallerden birisidir⁵⁸⁸. Bu nedenle, başarısız sterilizasyon nedeniyle istenmeyen bir hamilelik doğması halinde, genel kişilik hakkının ihlali nedeniyle hekimden manevi tazminat talep edilebilir. Alman Federal Mahkemesi ise, kadının beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle manevi tazminat talep edebileceğini kabul etmektedir⁵⁸⁹. Kişilik hakkının ihlali sebebiyle manevi tazminata hükmetmek için, hamilelik sürecinde tıbbi bir sorunun doğmuş olup olmaması önem taşımaz. Tazminatın belirlenmesinde, doğum ve hamilelik sırasında yaşanan acılar, istenmeyen kararlar almak zorunda kalma, ek tıbbi sorunlar doğmuş olması gibi haller göz önüne alınır⁵⁹⁰.

(2). BK m.49 Kapsamında Korunan Değerler Bakımından

i. Genel Olarak

BK m.49'a göre, “*Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.*”

Hükme göre, manevi tazminat talebinin koşullarından birisi, şahsiyet hakkının (kişilik hakkının) hukuka aykırı bir şekilde ihlal edilmesidir. Özel

⁵⁸⁷ Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 6 IX 7 b.; Roberto, **Haftpflichtrecht**, § 15, N.486, § 29, N.772.

⁵⁸⁸ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.614; Roberto, **Haftpflichtrecht**, § 15, N.486; Lothar Jaeger, “Arzthaftung – Schmerzensgeld bei unerwünschter Schwangerschaft”, **MDR**, 2004/22, s.1281.

⁵⁸⁹ BGHZ 76, 259. Ayrıca bkz. Palandt, **a.g.e.**, Art.253, N.12; Slizyk, **a.g.e.**, s.61-62. Art.47 OR'ye göre değil Art.49 OR'ye göre manevi tazminat talep edilebileceği hakkında bkz. Arbon Bölgesel Mahkemesinin 6.10.1985 T.li kararı (SJZ 1986, s.46).

⁵⁹⁰ Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 6 IX 7 h. ; Jaeger, **a.g.e.**, s.1281-1282. Doktrinde usulüne uygun olarak hekim aileye bilgi vermiş olsaydı, anne, zaten gebeliğini sona erdirme niyetinde olmayacak idiyse, yine manevi tazminata hükmedilemeyeceği belirtilmektedir. Bkz. Roberto, **Haftpflichtrecht**, § 15, N.486. Aksi görüşte bkz. Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 6 IX 7 f.

hükümlerin kapsamı dışında kalan diğer tüm kişilik değerlerinin ihlalinde manevi tazminat, BK m.49'a göre talep edilebilecektir. Örnek olarak, şeref ve haysiyetin, özel ve gizli alanın, özgürlüklerin, cinsel hayatı hakkında bizzat karar verme hakkının, iç huzurun ihlalinde manevi tazminat BK m.49'a göre talep edilecektir. Kişilik değerleri arasında bir ayırım yapılmadığı için BK m.49 kapsamına giren kişilik değerlerini tek tek saymak mümkün değildir. Somut olayda uyuşmazlığı çözecek hakim, ihlal edilen değerın kişilik değeri olup olmadığını, uygulama ve doktrin tarafından geliştirilen ölçütlere göre belirleyecektir.

Bu başlık altında, genel özellikleri itibari ile BK m.49 kapsamındaki kişilik değerlerinin sözleşmeye aykırı davranış ile ihlaline ilişkin örnekler verilecek ve tartışmalı konular üzerinde durulacaktır.

ii. Şeref ve Haysiyetin İhlali

Kişilik değerlerinden biri olan şeref ve haysiyetin iki unsuru vardır. Birincisi, insanın insan olması dolayısıyla doğuştan sahip olduğu insanlık değeridir⁵⁹¹. Diğeri ise, insanın kendisini geliştirme ve olgunlaştırma çabaları sonucu elde ettiği değerlerle toplumda ulaştığı yerdir⁵⁹². Tüm bu unsurları kapsayacak şekilde şeref ve haysiyet, doktrinde, “*dahil olduğu toplumun gerekli saydığı ahlaki niteliklere sahip olduğu ya da böyle kabul edildiği için kişiye verilen değer*” olarak tanımlanmaktadır⁵⁹³.

Şeref ve haysiyetin nisbi bir kavram olduğu belirtilmektedir. Buna göre, bir toplumdaki ahlâki ve manevi değer yargıları değıştikçe, o davranışın şeref ve haysiyete tecavüz oluşturup oluşturmadığının belirlenmesi de değışecektir. Ancak

⁵⁹¹ Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.120. Buna kişinin insani-ahlaki değeri (şerefın asli alanı) da denmektedir. Bkz. Hausheer, Aebi-Müller, **a.g.e.**, N.12.87.

⁵⁹² Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.120; Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet**, s.68. Buna kişinin toplumsal değeri (şerefın ikinci derecede alanı) da denmektedir. Bkz. Hausheer, Aebi-Müller, **a.g.e.**, N.12.89.

⁵⁹³ Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.208; Egger, **a.g.e.**, Art.28, N.35. Şeref ve haysiyet, “*bir kimsenin toplum tarafından objektif olarak bir değer süzgecinden geçirilmesi sonucu elde ettiği bütün manevi değerlerin toplamı*” olarak da tanımlanmaktadır. Bkz. Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet**, s.61; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s.116. Yargıtay'a göre, şeref ve haysiyet, “*toplumun gerekli saydığı ahlaki nitelik ve kriterlere sahip olması nedeni ile kişiye verilen değer yargılarıdır.*” Bkz. YHGK., 28.3.2001 T., 2001/2-276 E., 2001/289 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

kişinin doğuştan kazandığı, kişinin insan olmak hasebiyle sahip olduğu insanlık şeref ve haysiyeti, nasıl bir değişme ve gelişme olursa olsun, değişmeyen en üstün değerlerdendir⁵⁹⁴. Şeref ve haysiyet bir kimseye toplum tarafından verilen objektif değer yargıları olduğu için bunların belirlenmesinde kişinin subjektif değer yargıları ölçü olamaz. Buna göre, toplumda bulunan orta derecedeki bir insanın değerlendirmesine göre, o davranış, söz vs. eğer kişinin şeref ve haysiyetine saldırı oluşturmuyorsa, kişinin subjektif değer yargısı ne olursa olsun, şeref ve haysiyete tecavüzden söz edilemez⁵⁹⁵.

Bir hukuka uygunluk nedeni olmaksızın şeref ve haysiyete tecavüz eden her fiil, hukuka aykırıdır (MK m.24 f.I). Kişinin insan olmak sıfatıyla sahip olduğu bütün özellik ve sahip olduğu diğer niteliklerin olmadığı veya eksik olduğu fikrini uyandıran ve toplumda küçük düşürmeyi hedefleyen tüm söz, yazı ve resimle yapılan beyanlar, şeref ve haysiyeti ihlal eder⁵⁹⁶.

Sözleşmeye aykırı davranış, alacaklının mesleki veya ekonomik şeref ve haysiyetini ihlal edebilir⁵⁹⁷. Borçlunun, alacaklının maddi gücüne dair toplumda oluşturduğu güveni sarsan⁵⁹⁸, onun mesleki yeterliliği konusunda toplum tarafından beklenen niteliklere sahip olmadığı inancını uyandıracak davranışları, alacaklının mesleki veya ekonomik şeref ve haysiyetini ihlal eder⁵⁹⁹. Örneğin, diş hekiminin hastanın tedavisi için gerekli önlemleri almadığı⁶⁰⁰ veya hekimin tanımadığı bir hastayı gerekli tıbbi gerekçe olmaksızın bir kamu kuruluşuna gönderdiği⁶⁰¹ veya ön

⁵⁹⁴ Dural,Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s.121; Arpacı,**a.g.e.**, s.127.

⁵⁹⁵ Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s.92; Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.112; Dural,Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s.121; Hausheer, Aebi-Müller, **a.g.e.**, N.12.95; Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.125; Arpacı, **a.g.e.**, s.127; Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet**, s.62.

⁵⁹⁶ Dural,Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s.121; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.133.

⁵⁹⁷ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.110; Dural,Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s.120; Meili, **Basler Kommentar ZGB I**, Art.28, N.28.; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.68; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s.118; Ataay, **Şahıslar Hukuku**, s.141. TTK m.58 f.I'e göre, haksız rekabet yüzünden müşterileri, kredileri, mesleki itibari, ticari işletmesi veya diğer iktisadi menfaatleri bakımından zarar gören veya böyle bir tehlikeye maruz bulunan kimse, aynı hükmün (e) bendine göre Borçlar Kanunu'nun 49.maddesinde gösterilen koşullar bulunmaktaysa manevi tazminat talep edebilir.

⁵⁹⁸ Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet**, s.70.

⁵⁹⁹ Kaneti, **Hukuka Aykırılık**, s.207; Gürsel Öngören,**Televizyon ve Radyoda Kişilik Haklarına Saldırılara Karşı Hukuki Başvuru Yolları**, İstanbul, Der Yayınları, 1996, s.76-77; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s.118; Ataay, **Şahıslar Hukuku**, s.141; Egger, **a.g.e.**, Art.28, N.36. Y.9.HD., 31.3.1998 T., 1998/3213 E., 1998/6233 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶⁰⁰ BGE 105 IV 111.

⁶⁰¹ BGE 126 III 209

yargılı ve hatalı rapor yazdığı yönünde ithamda bulunmak⁶⁰², mesleki şeref ve haysiyeti ihlal eden davranışlardır. Yargıtay'a göre⁶⁰³, “vekalet yetkisi kötüye kullanılmış veya bu yetki ile bir çok zararlandırıcı işlemler yapılmış olsa bile yetkiye son verenin bu yolla yetkisine son verileni kamu önünde teşhir etmeye, onu küçük düşürmeye, onun kişisel haklarını (kişilik hakkını) zarara uğratmaya hakkı yoktur.” Yargıtay, somut olayda, davalıların, gazete ile yaptıkları duyuruda kullandıkları sözlerin, davacının iktisadi kişiliğini ve şeref ve haysiyetini ihlal ettiğine karar vermiştir.

İsviçre Federal Mahkemesine konu olan bir olayda⁶⁰⁴, davalı müteahhidi, davacı ile yaptığı sözleşmeye göre, davacının meslek sicilinden kaydının silinmesi ve yerine davalının kaydedilmesine karşılık, davacı az bir ücretle çalışacak ve ayrıca davacı ona ayrı ücret karşılığında işler temin edecektir. Fakat davalı, davacıya ufak kapsamlı işler vermiş ve bir süre sonra davacının her iş edimlerini reddetmiştir. Mahkeme, davacının meslek sicilinden silinmesinin, üçüncü kişilerin kendisine vereceği işleri azaltacağını tespit etmiştir. Federal Mahkeme'ye göre, davalının bu davranışları, dürüstlük kuralı ile bağdaşmayan, davacıyı iktisadi yönden fiilen yok eden, onun insani ve mesleki şeref ve haysiyetini ihlal eden davranışlardır. Bu nedenlerle Federal Mahkeme, olayda manevi tazminata hükmetmiştir

Doğruluğu olmamasına karşın, tacirin iflas ettiğinin, mallarının haczedildiğinin, kendisine ihtarname veya protesto keşide edildiğinin veya tacirin kazancını meşru yollardan elde etmediğinin açıklanması da ticari şeref ve haysiyeti ihlal eden davranışlardır⁶⁰⁵. Alacaklının borçlu aleyhine ihtiyati haciz talebinde veya icra takibinde bulunması, kanunun alacaklıya tanıdığı hak ve yetkinin kullanılması olduğundan şeref ve haysiyeti ihlal etmez⁶⁰⁶. Buna karşılık, sahte olarak düzenlenmiş

⁶⁰² BGE 5.8.2004 T. (2A.350/2003).

⁶⁰³ Y.4.HD., 25.5.1972 T., 1972/5285 E., 1972/4944 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.573-574).

⁶⁰⁴ BGE 87 II 143.

⁶⁰⁵ Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet**, s.71. Yargıtay'a göre, “haksız yere bir kimsenin mallarının haczettirilmesi, o kimsenin şeref ve haysiyetini ihlal eden, kişilik haklarına saldırı teşkil eden ve Borçlar Kanunu'nun 49.maddesi gereğince manevi tazminatla sorumlu tutulmayı gerektiren bir davranıştır. Haczin haksızlığı nedeniyle kişilik hakları zarar gören davacı yararına manevi tazminat takdiri gerekir.” Y.4.HD., 7.2.2005 T., 2005/306 E., 2005/918 K., (YKD., C.31, S.12, Aralık 2005, s.1862-1863).

Bu hallerde haksız rekabet (TTK m.56 vd) de söz konusu olabilir ve koşulları gerçekleştiğinde TTK m.58 hükmünün e bendi gereği manevi tazminat talep edilebilir.

⁶⁰⁶ Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.99.

senedin icraya konulması, alacaklının aslında tahsil etmediği borcu sanki tahsil etmiş bir duruma düşürülmesi veya borçlunun borcunu inkar etmiş duruma düşürülmesi ise, kişinin dürüst ve şerefli bir insan olmadığı imajını yarattığından şeref ve haysiyeti ihlal eder⁶⁰⁷. Ticari yaşamda, borçluya protesto veya ihtarname keşide edilmesi de kural olarak borçlunun kişilik hakkını ihlal etmez⁶⁰⁸. Ancak haksız yere protesto keşide edilmesi⁶⁰⁹ veya ihtarnamede kullanılan ifadelerin hakaret unsuru taşıması⁶¹⁰ halinde, borçlunun ticari veya mesleki şeref ve haysiyeti sarsılabilir⁶¹¹. Bunun gibi haksız yere kabul etmeme protestosu veya ödememe protestosu çekilmesi de borçlunun mesleki veya ticari şeref ve haysiyetini ihlal eden davranışlardır⁶¹².

Karşı tarafın mesleki, sanatsal veya ticari şeref ve haysiyetini ihlal eden davranışlar, aynı zamanda kişinin mesleki, sanatsal veya ticari kişiliğini de ihlal etmektedir. Kişiliğin korunması, sadece beden bütünlüğünün, özel hayatın değil, ayrıca mesleki, sanatsal ve ticari kişiliğin de korunması ile tamamlanırsa, amacına ulaşabilir⁶¹³. Söz konusu davranışlar, kişinin toplum içinde yeteneklerini kullanarak elde ettiği değerlere saldırmakta, Anayasa tarafından güvence altına alınan kişinin maddi varlığını geliştirme özgürlüğünü (AY. m.17 f.I) ihlal etmektedir.

Şeref ve haysiyetin diğer bir yönü de cinsel şereftir⁶¹⁴. Cinsel şerefi ihlal eden hukuka aykırı fiil, tecavüz, tecavüze yeltenme gibi davranışlar ise⁶¹⁵, tacize uğrayanın sadece şeref ve haysiyetinin değil ruhsal ve fiziksel bütünlüğünün de ihlali söz konusu olabilir⁶¹⁶. Diğer yandan, cinsel hayatta aranılan özelliklerin kişide bulunmadığının ileri sürülmesi de şeref ve haysiyeti ihlal eden bir davranıştır. Mağdur, koşulları gerçekleştiğinde manevi tazminat talep edebilir. Cinsel taciz

⁶⁰⁷ Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.100. Y.4.HD., 7.2.2005 T., 2005/306 E., 2005/918 K. (YKD. C.31, S.12, 2005, s.1862-1863).

⁶⁰⁸ Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.97.

⁶⁰⁹ İhtiyati tedbir kararına rağmen, bonoların protesto edilmesi, durumun Merkez Bankasına bildirilmesi, ve tacirin Merkez Bankası tarafından hazırlanan bültende protesto edilen kişiler arasında gösterilmesi, tacir için manevi tazminatı gerektiren bir durumdur. Bkz. Y.11.HD., 28.6.2005 T., 2004/9468 E., 2005/6981 K (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶¹⁰ Y.11.HD., 16.1.2001 T., 2000/10716 E., 2001/148 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶¹¹ Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.97.

⁶¹² Reha Poroy, Ünal Tekinalp, **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, 17. Bası, Ankara, Arıkan Yayınevi, 2005, s.205; Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.97-98.

⁶¹³ Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.133; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.132.

⁶¹⁴ Aebi-Müller, **a.g.e.**, s.42; Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.51.

⁶¹⁵ Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.7.

⁶¹⁶ Meili, **Basler Kommentar ZGB I**, Art.28, N.18.

konusu aşağıda ayrıca ele alınacaktır⁶¹⁷. Cinsel şerefi ihlal eden davranış, kişinin aynı zamanda özel ve hatta gizli alanı üzerindeki kişilik hakkını da ihlal eder⁶¹⁸.

Sözleşmenin haksız feshi de muhatabın şeref ve haysiyetinin ihlal edilmesine neden olabilir. Aşağıda sözleşmenin feshinin hangi hallerde kişilik hakkının ihlal edilmesine neden olabileceği sorunu, sözleşme hukukundaki önemi dolayısıyla ayrı bir başlıkta ele alınacaktır.

iii. Sözleşmenin Feshinde Kişilik Hakkının İhlali

Sürekli borç ilişkisi niteliği taşıyan sözleşmelerde, fesih hakkının kullanılması da bazı hallerde tarafın(muhatabın) kişilik hakkının ihlal edilmesine neden olabilir. Fesih hakkı, hukuka uygun olarak doğmuş ve hak sahibi hukuka uygun olarak bu hakkını kullanmış ise, karşı taraf fesih nedeniyle kişilik hakkının ihlal edildiğini ileri süremez⁶¹⁹. Feshin haksız olması veya hukuka uygun olarak doğan fesih hakkının hukuka aykırı bir şekilde kullanılması sebebiyle kişilik hakkı ihlal edilebilir⁶²⁰. Ayrıca sürekli borç ilişkilerinde bir tarafın diğerinin kişilik hakkını ihlal etmesi veya böyle bir tehlikenin olması, diğer tarafın sözleşmeyi fesh etmesi için bir haklı neden sayılabilir. Örneğin, BK m.249'a göre, kiralanandaki ayıp, kiracının veya onunla birlikte yaşayan kişilerin veya işçilerin sağlığı için ciddi bir tehlike teşkil etmekte ise, kiralayan, (...) kira sözleşmesini fesh edebilir. İşveren, işçinin veya ailesinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler söylerse (İş K. m.24 b.II f.b.), işçiye cinsel tacizde bulunursa (İş K. m.24 b.II f.b.) veya cinsel tacize uğrayan işçi için gerekli önlemleri almazsa (İş K. b.II f.d.) işçi, sözleşmeyi haklı nedenle fesh edebilir ve genel hükümlere göre manevi tazminat talep edebilir⁶²¹.

⁶¹⁷ Bkz. Bölüm II, II, C, 4, c, (2), vi.

⁶¹⁸ Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.51. Bkz. Bölüm II, II, C, 4, c, (2),iv.

⁶¹⁹ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.865. Y.9.HD., 19.12.1995 T., 1995/30176 E., 1995/35836 K. (YKD., C.22, S.4, NISAN 1996, s.554-555).

⁶²⁰ Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.94. Bu halde özellikle, fesih hakkının muhataba iletişim tarzı, beyanda kullanılan ifadeler de önemlidir. BGE 125 III 70. Bkz. Y.13.HD., 4.4.2001 T., 2001/2256 E., 2001/3683 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.9.HD., 22.5.2002 T., 2002/910 E., 2002/8792 K. (YKD., C.29, S.3, 2003, s.376).

⁶²¹ Tunçomağ, Centel, **a.g.e.**, s.216.

Federal Mahkeme kararına konu olan bir olayda⁶²², ünlü bir piyanist Radyo İdaresi ile konser vermek için anlaşmış, ancak konser hiçbir neden gösterilmeksizin programdan kaldırılmıştır. Federal Mahkeme, davalı Radyo İdaresinin bu davranışını, sanatçının şeref ve haysiyetini ihlal eden bir davranış olarak değerlendirmiştir. Mahkemeye göre, konserin nedensiz programdan kaldırılması, o derece ünlü bir sanatçının halk nazarında kendisine itibar edilmeyen bir sanatçı olduğu imajını yaratmıştır, bu da sanatçının şeref ve haysiyetini ağır bir şekilde inciten bir davranıştır. Bu örnekte ihlal edilen kişilik değeri, tarafın mesleki itibarıdır⁶²³. Aslı olmadığı halde, zimmet veya hırsızlıkla suçlanan ve bu sebeple sözleşmesi feshedilen kişi, şeref ve haysiyetinin ihlali sebebiyle manevi tazminat talep edebilir⁶²⁴. Ayrıca ayrımcılık yasağına aykırı olarak, yaşı, vatandaşlığı, cinsel tercihi, AIDS hastası olması⁶²⁵ veya dinsel aidiyeti⁶²⁶ nedeniyle sözleşmesi feshedilen kişi, kişilik hakkının ihlali sebebiyle manevi tazminat talep edebilir⁶²⁷.

Sözleşmenin haksız feshi, özellikle hizmet sözleşmeleri bakımından önem taşımaktadır. Art.336a.OR, hizmet sözleşmesinde, sözleşmeyi haksız feshetmesi halinde, Art.337c Abs. III OR ise, haklı bir neden olmaksızın işçinin ihbarsız işten çıkarılması halinde işverenin işçiye tazminat ödeyeceğini düzenlemektedir⁶²⁸. Söz konusu tazminat, doktrinde özel bir yaptırım olarak kabul edilmektedir⁶²⁹. Öyle ki, bu yaptırım bir yandan özel hukuka ilişkin bir ceza, diğer yandan, doğan manevi zararın tazmini için ödenen bir tazminat niteliği taşır⁶³⁰.

⁶²² Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.95. dn.286'daki karar.

⁶²³ Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet**, s.67, 63; Franko, **Şeref ve Haysiyet** s.5 vd.

⁶²⁴ Y.4.HD., 23.12.2002 T., 2002/9934 E., 2002/14408 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶²⁵ BGE 127 III 86.

⁶²⁶ BGE 130 III 690.

⁶²⁷ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.866.

⁶²⁸ İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan değişiklik ile hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler düzenlenmiştir. 18 Mart 1988 tarihli bu değişiklikler 1 Ocak 1989'dan itibaren yürürlüğe girmiştir. AS 1988 1472, 1479 ; BBI 1984 II 551. Art.336a OR'ye üçüncü fıkra eklenmiştir. Bkz. AS 1994 804, 807 ; BBI 1993 I 805.

⁶²⁹ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.871; Gurzeler, **a.g.e.**, s.101-102; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar** Art.336a, N.2, Art.337c, N.9; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.447; Brunner, **a.g.e.**, N.461. Bu yaptırımı, İngiliz Hukukundaki "punitive damages" olarak nitelendirenler de bulunmaktadır. Bkz. Brunner, **a.g.e.**, N.461; Lenz, **a.g.e.**, s.104. Federal Mahkeme ise bu tazminatı, kendine özgü bir yaptırım olarak nitelendirmektedir. Bkz. BGE 5.5.2003 T ve 4C.67/2003 kararı; BGE 123 III 391; 123 V 5; 121 III 64; 116 II 300.

⁶³⁰ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.871; Koller, **Genugtuung**, N.39; Roberto, **Haftpflichtrecht**, § 34, N.911; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar** Art.337c, N.1; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.450; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.462. BGE 5.5.2003 T. ve

Kendine özgü bu tazminat ile manevi tazminat arasında farklılıklar bulunmaktadır. Öncelikle, Art.336a ve 337c Abs. III OR çerçevesinde tazminata hükmetmek için, işçinin kişilik hakkının ihlal edilmesine gerek yoktur; bu nedenle, manevi tazminatın koşullarının gerçekleşmesi gerekli değildir⁶³¹. Diğer farklılık hukuki sonuçlar açısındandır. Şöyle ki, tazminat daima nakdi tazminat şeklindedir ve kanun ödenecek tazminatın miktarını sınırlamaktadır⁶³². Örneğin, Art.336a Abs. 2'ye göre hükmedilecek tazminat işçinin altı aylık ücreti; Abs.3'e göre hükmedilecek tazminat işçinin iki aylık ücreti; Art. 337c Abs. III'e göre işçinin altı aylık ücreti ile sınırlandırılmıştır. Oysa ki, manevi tazminat bakımından tazminatın türü ve miktarı bakımından bu yönde bir sınırlama bulunmamaktadır⁶³³. Hizmet sözleşmesi hükümleri çerçevesinde hükmedilecek bu tazminat ile manevi tazminat arasında bazı benzerlikler de bulunmaktadır. Bunlardan ilki, tazminatın, kişilik hakkı ihlali sonucunda doğan manevi zararın giderilmesi amacını da taşımasıdır⁶³⁴. Diğer ortak yön, her iki tazminata da somut olaydaki durumların değerlendirilmesi sonucunda karar verilir⁶³⁵. Ayrıca her iki tazminatın hesaplanmasında ve değerlendirilmesinde doğan maddi zarar dikkate alınmaz⁶³⁶.

Art.336a ve Art.337c III OR çerçevesinde hükmedilen yaptırıma ek olarak ayrıca manevi tazminata karar verilemeyeceği, kural olarak, kabul edilmektedir⁶³⁷. Çünkü hükmedilen yaptırım, hizmet sözleşmesinin işveren tarafından haksız bir şekilde feshedilmesinden doğan tüm kişilik hakkı ihlallerini içmektedir. Dolayısıyla bu yaptırım, Art.49 Abs.1 OR'ye göre kişilik hakkının ihlal edilmesi sebebiyle doğan manevi zararın ortadan kalkmasını da sağlayacaktır⁶³⁸. Ancak istisnai olarak, hizmet sözleşmesinin haksız feshi dışında başka bir nedenle işçinin kişilik hakkı ihlal edilmişse, örneğin, işyerinde cinsel ve psikolojik tacize uğramışsa veya şeref ve haysiyeti ihlal edilmişse, bu hallerde hükmedilecek (kendine özgü) tazminat, ortaya çıkan manevi zararı tam olarak gidermeye yetmeyecektir. İşte böyle istisnai

4C.67/2003 kararı; BGE 28.03.2002 T. ve 4C.86/2001 kararı; BGE 123 III 394; 120 II 245; 120 II 214; 121 III 64; 116 II 300.

⁶³¹ Gurzeler, **a.g.e.**, s.102; Koller, **Genugtuung**, N.36; Brunner, **a.g.e.**, N.460.

⁶³² Koller, **Genugtuung**, N.36; Kostkiewivz vd., **OR Hand Kommentar** Art.336a, N.3; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.462; Rehbindler, **Basler Kommentar 2. Auf.**, Art.328, N.3; Brunner, **a.g.e.**, N.360.

⁶³³ Bkz. Bölüm I, VI, D.

⁶³⁴ Koller, **Genugtuung**, N.37.

⁶³⁵ Koller, **Genugtuung**, N.37; Kostkiewivz vd., **OR Hand Kommentar** Art.336a, N.3

⁶³⁶ Koller, **Genugtuung**, N.37.

⁶³⁷ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.878; Gurzeler, **a.g.e.**, s.103; Koller, **Genugtuung**, N.37; Brunner, **a.g.e.**, N.460. BGE 123 III 394. Aksi görüş için bkz. Lenz, **a.g.e.**, s.104. Federal Mahkeme'ye göre, her iki talebin birlikte ileri sürülebilmesi için kişilik hakkı ihlalinin fesihten önce ortaya çıkıp çıkmadığının ve bundan bağımsız olarak bir sağlık zararının doğup doğmadığının belirlenmesi gereklidir. Bkz. BGE 126 III 395.

⁶³⁸ Koller, **Genugtuung**, N.37; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar** Art.336a, N.6; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.462; Brunner, **a.g.e.**, N.460.

durumların varlığı halinde, Art.49 OR'nin koşulları gerçekleşirse, (kendine özgü) tazminatın yanında manevi tazminata da hükmedilebileceği kabul edilmektedir⁶³⁹.

Alman Hukukunda ise, iş sözleşmesinin sosyal ölçütlere aykırı bir şekilde fesh edilmesi halinde veya iş ilişkisinin devamı işçi veya işveren bakımından uygunsuz olduğunda, uygun bir nakdi tazminat talep edilebileceği düzenlenmiştir (§ 9 KSchG-⁶⁴⁰). Söz konusu tazminat, işçinin işyerinin kaybı dolayısıyla uğrayacağı maddi ve manevi kayıpların giderilmesini amaçlar. Örnek olarak doğacak ücret kaybı ve diğer tüm ekonomik kayıpların yanında, işçinin işsizlik veya yer değişikliği nedeniyle uğrayacağı kişisel sorunlardan ve hoşnutsuzluğundan kaynaklanan zararlar kapsar⁶⁴¹. Hakim somut olaydaki durumları dikkate alarak tazminat miktarını belirleyecektir. Ancak hükmedilecek tazminat işçinin on iki aylık ücretini aşamayacaktır. Ne var ki, iş ilişkisi on beş yıldan daha uzun süreli ve işçi elli yaşını aşmış ise, en fazla işçinin on sekiz aylık ücreti tutarında tazminata hükmedilebilecektir (§ 10 KSchG). Alman doktrinine göre, söz konusu hükümler, kanunda manevi tazminatı düzenleyen hükümlerden birisidir⁶⁴². Doktrinde bu tazminatı, sosyal manevi tazminat olarak nitelendirenler de bulunmaktadır⁶⁴³.

Türk Hukukunda ise, BK m.344, haklı nedenle gerek işçinin gerekse işverenin hizmet sözleşmesini feshedebileceğini, BK m.345 ise, haklı neden bir tarafın sözleşmeye aykırı davranmasından kaynaklandığında, diğer tarafın tazminat talep edebileceğini düzenlemektedir. İş K. m.26.f.II'ye göre, sözleşmeyi haklı nedenle ve bu Kanundaki şekle uyarak fesheden tarafın genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkı saklıdır. Gerek İş K. m.26 f.II gerekse BK m.345, sözleşmeyi haklı nedenle fesheden tarafın, sözleşmeyi feshetmek için haklı nedeni yaratan taraftan tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir. Ancak sözleşmenin haksız

⁶³⁹ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.878; Gurzeler, **a.g.e.**, s.103.

⁶⁴⁰ 25.8.1969 T. BGBl I s.1317 (31.10.2006 T. Değişik BGBl, I s.2407).

⁶⁴¹ Schmitz, **a.g.e.**, s.205-206. BAG, 24.4.2006 T., 3A2B 12/05 (<http://dejure.org/dienste/lex/KSchG/9/2.html>).

⁶⁴² Torsten Fritz, **Punitive/exemplary damages in den USA und ihre Qualifikation als Zivilsache**, Inauguraldissertation, Hamburg, Münster, 2004, s.199; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 7 IV 1; Laghzaoui, **a.g.e.**, s.64; Schmitz, **a.g.e.**, s.206.

⁶⁴³ Laghzaoui, **a.g.e.**, s.65; Schmitz, **a.g.e.**, s.206.

olarak feshedilmesi veya feshin kullanılması tarzı dolayısıyla kişilik hakkı ihlal edilen muhatap da genel hükümlere göre manevi tazminat talep edebilir⁶⁴⁴.

Sözleşmeye aykırı davranış sonucu manevi tazminat talepleri, uygulamada azil hakkının hukuka aykırı olarak kullanılmasında da ileri sürülmektedir. Yargıtay kararına konu olan bir başka olayda⁶⁴⁵, vekil davalılar tarafından azledilmiştir. Yargıtay, gazete ile yapılan duyuruda kullanılan sözlerin davacının iktisadi kişiliğini, şeref ve haysiyetini ihlal ettiğine karar verilmiştir. Yargıtay'a göre, "*vekalet yetkisi kötüye kullanılmış veya bu yetki ile bir çok zararlandırıcı işlemler yapılmış olsa bile yetkiye son verenin bu yolla yetkisine son verileni kamu önünde teşhir etmeye, onu küçük düşürmeye, onun kişisel haklarını (kişilik hakkını) zarara uğratmaya hakkı yoktur.*" BK m.396 gereğince vekili azil hakkını kullanan müvekkil, azil iradesini ortaya koyduğu beyanında kullandığı sözlerle veya davranışlarla vekilin şeref ve haysiyetini, iktisadi kişiliğini ihlal etmekten kaçınmalıdır⁶⁴⁶. Aksi halde, BK m.49'a kıyasen manevi tazminata hükmedilebilir.

iv. Özel ve Gizli Alanın İhlali

Kişinin yaşam alanları doktrin tarafından üç ana başlık altında sınıflandırılmaktadır⁶⁴⁷. Bunlar, gizli alan, özel alan ve ortak alan (kamuya açık alan)dır. Kişinin başkalarının bilmesinden rahatsız olmadığı olayları ve hareketleri

⁶⁴⁴ Çelik, a.g.e., s.264; Hatemi, Serozan, Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, s.337-338. Y.4.HD., 27.2.1978 T., 1978/5223 E., 1978/2443 K. (Turgut Uygur, **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C.III, Ankara, Seçkin, 2003, s.3207). Aynı yönde bir başka karar için bkz. YHGK., 10.11.1982 T., 1981/4-68 E., 1982/878 K. (Yasa Dergisi, Kasım 1982, s.1477-1478).

⁶⁴⁵ Y.4.HD., 25.5.1972 T., 1972/5285 E., 1972/4944 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.573-574).

⁶⁴⁶ Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C.2, s.634.

⁶⁴⁷ Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.127 vd.; Meili, **Basler Kommentar ZGB I**, Art.28, N.23; Ulrich Amelung, **Der Schutz der Privatheit im Zivilrecht : Schadensersatz und Gewinnabschöpfung bei Verletzung des Recht auf Selbstbestimmung über personenbezogene Informationen im deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, s. 10 vd.; Riemer, **Personenrecht**, § 13, N.352; Hotz, a.g.e., s.20; Jaeggi, **Persönlichkeit**, s.226a-227a; Tandoğan, "Özel Hayatın Korunması", s.26 vd.; Zahit İmre, "Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler", **İÜHFİM**, C.39, S.1-4, 1974, s.147-168. Kişinin ortak alanı ile özel alanı arasındaki sınırın zamanla değişebileceği, örneğin, kişinin ortak alanına ilişkin bir olayın zamanın geçmesi ile özel alana dahil olabileceği hakkında bkz. Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s.90; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.137.

içeren herkese açık yaşam görünümü, ortak alandır⁶⁴⁸. Kişinin sinemaya, tiyatroya veya maça gitmesi, dernek üyesi olarak faaliyetlere katılması gibi olayları, herkes tarafından görülen ve bilinen olaylar olduğu için, bunların başkalarına açıklanmasında hiçbir sakınca yoktur⁶⁴⁹. Bu nedenle, kişinin ortak alanı, kişiliğin bir yansıması olan ve kişilik hakkına dahil bir kişilik değeri olarak kabul edilmemekte ve korunmamaktadır⁶⁵⁰. Kişinin gizli alanı ve özel alanı, ortak alandan farklı olarak, herkesin bilmesine açık olmayan alanlardır. Özel alan, kişinin sıkı ilişkiler içinde bulunduğu sınırlı sayıdaki kişilerle paylaşmak istediği olay ve hareketleri içeren alandır⁶⁵¹. Gizli alan ise, kişinin sadece kendisine saklı tuttuğu ve başkaları tarafından bilinmesini istemediği alandır⁶⁵². Bu alana, sadece kişinin izni ile girilebilir. Bu ayırmada, gizli alan ile özel alan, kişiliğin bir yansıması olarak kişilik hakkına dahil ve bu nedenle korunmaya değer kişilik değeri olarak kabul edilmektedir⁶⁵³.

Kişinin özel alanı ve gizli alanına dahil olan çevresine, kişinin bilgisi olmadan girilemediği gibi, kişinin bilgisi ile bu alanlara girenlerin öğrendiklerini başkalarına açıklamaması da gerekmektedir⁶⁵⁴. Kişinin gizli ve özel alanına, hukuka uygunluk nedeni olmaksızın girilmesi halinde, kişilik hakkı ihlal edilmiş olur⁶⁵⁵.

Aile yaşamı⁶⁵⁶ ve konut da özel yaşam alanına dahildir⁶⁵⁷. Örnek olarak, kiraya verenin, kiracının evini bir dürbünle sürekli gözetlemesi, kiracının aile yaşamını ve konut dokunulmazlığını ihlal eder. Mektup, telefon veya elektronik

⁶⁴⁸ Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s.86; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.127-128; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.62; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s.126; Tandoğan, “Özel Hayatın Korunması”, s.26; İmre, “Özel Hayat”, s.149.

⁶⁴⁹ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.137; Arpacı, **a.g.e.**, s.133; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s.128.

⁶⁵⁰ Ancak kişinin ortak alanına ilişkin bilgilerin, kişinin şeref ve haysiyetini ihlal edecek bir biçimde açıklanması halinde, kişilik hakkı ihlal edilmiştir. Bkz. Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.128.

⁶⁵¹ Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s.86; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.128; Meili, **Basler Kommentar ZGB I**, Art.28, N.26; Amelung, **a.g.e.**, s.11; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.62; Tandoğan, “Özel Hayatın Korunması”, s.26; İmre, “Özel Hayat”, s.149.

⁶⁵² Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s.86; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.128; Meili, **Basler Kommentar ZGB I**, Art.28, N.24; Amelung, **a.g.e.**, s.11; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.62; Tandoğan, “Özel Hayatın Korunması”, s.26; İmre, “Özel Hayat”, s.149.

⁶⁵³ Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.129; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.137; Bucher, A., **a.g.e.**, § 15, N.480.

⁶⁵⁴ İmre, “Özel Hayat”, s.157.

⁶⁵⁵ Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.130.

⁶⁵⁶ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.570.

⁶⁵⁷ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.570; Meili, **Basler Kommentar ZGB I**, Art.28, N.26. Aile hayatının özel hayat alanından bağımsız olduğu görüşü için bkz. Ersan Şen, **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1996, s.224 vd.

posta vb. ile yapılan haberleşme de kişinin özel veya gizli yaşam alanına dahildir⁶⁵⁸. Bu nedenle, hukuka uygunluk nedeni olmaksızın, kişinin telefonlarının dinlenmesi⁶⁵⁹; resim veya filmlerin çekilmesi⁶⁶⁰; mektup veya hatıra defterinin okunması; kişinin sağlık durumu ile bilgilerin gizlice ele geçirilip, gerçeğe aykırı bir biçimde açıklanması⁶⁶¹ kişilik hakkını ihlal eder.

Sırlar da gizli alana dahildir⁶⁶². Kişinin izni olmaksızın sırlarının öğrenilmesi ve bunun yayılması veya kişinin rızası ile öğrenilen sırların onun rızasına aykırı olarak başkalarına bildirilmesi de kişilik hakkını ihlal eder⁶⁶³. Sözleşme hukuku bakımından, çeşitli sözleşmelerde borçlunun sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır. Sır saklama yükümlülüğü bulunan borçlunun, öğrendiği sırları, bir hukuka uygunluk nedeni bulunmaksızın açıklaması, sözleşmeye aykırı bir davranış ile kişinin gizli alanı üzerindeki kişilik hakkının ihlalidir. Örneğin, hekimlik sözleşmesinde hekimin; vekalet sözleşmesinde vekilin sır saklama yükümlülüğü bulunmaktadır⁶⁶⁴. Müvekkilin herkes tarafından bilinmeyen ve başkalarına açıklanmamasında menfaati olan her şey, sırdır⁶⁶⁵. Örneğin, hekimlik sözleşmelerinde, hastalığın teşhisi ve tedavisi için hastanın rahatça açıklamalarda bulunması, hatta gerekirse, gizli alanının en mahrem bilgilerini, sırlarını, hekime anlatması gereklidir. Hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisi, hekimin tedaviden beklenen amaca ulaşılabilmesi için, tedavi ve teşhis sırasında öğrendiği sırları

⁶⁵⁸ Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.129; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.137

⁶⁵⁹ “... Telefon konuşmasında yer alan sözler iki kişi arasında gizli kalması ve o kişilerin özel yaşam alanı ile ilgili bulunan sözler olduğu görülmektedir. Sözler bu içerikte olmasa dahi, bir kişinin telefonunun dinlenmesi veya dinlenen görüşmelerin yayınlanması, başlı başına özel yaşama .. saldırı teşkil eder.” Bkz. Y.4.HD., 31.10.2000 T., 2000/6487 E., 2000/9467 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶⁶⁰ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.592; Meili, **Basler Kommentar ZGB I**, Art.28, N.19.

⁶⁶¹ Y.4.HD., 28.3.1977 T., 1977/2430 E., 1977/3602 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.558-560).

⁶⁶² Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.126; İmre, “Özel Hayat”, s.156.

⁶⁶³ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.136.

⁶⁶⁴ Hekimlik Mesleği Etik Kurallarının m.9 /I c hükmüne göre, “hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz.” Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’nün m.4 f.I hükmüne göre, “ tabip ... meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça ifşa edemez.” Vekalet sözleşmesinde vekilin sırları saklama yükümlülüğü açıkça düzenlenmemişse de sadakat yükümlülüğünün içinde sır saklama yükümlülüğünün de bulunduğu kabul edilmektedir. Bkz. Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler**, 7. Baskı, 7. Baskıyı Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Burak Özen, Faruk Acar, İstanbul, Beta, 2007, s.651; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.113; Hatemi, Serozan, Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, s. 417; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C.2, s.408. Bu sonuç, vekalet sözleşmesinin bir örneği olarak kabul edilen hekimlik sözleşmesi için de geçerlidir. Bkz. Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.112.

⁶⁶⁵ Şen, **a.g.e.**, s.221. Ayrıca bkz. Hausheer, Aebi-Müller, **a.g.e.**, N.13.01 (Sırrın, herkes tarafından bilinebilir veya görülebilir olmaması; sırrı bilicek kişilerin sınırlı olması arzusu; sırrın saklanmasında korunmaya değer bir menfaatin olması gereklidir.).

başkalarına anlatmamasını gerektirir. Hekimin hastanın bedensel anormallikleri, cinsel hayatı, duygusal yaşamı vs. ile ilgili öğrendiklerini başkalarına açıklaması halinde, hekim, sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmiştir⁶⁶⁶. Sır saklama yükümlülüğünün ihlali, hastanın özel hayatı üzerindeki kişilik hakkını da ihlal etmektedir. Hasta, gizli alanı üzerindeki kişilik hakkının ihlali nedeniyle, diğer koşulları da gerçekleşmiş ise, sözleşmeye aykırı davranan hekimden manevi tazminat talep edebilir⁶⁶⁷.

Sır saklama yükümlülüğü, kişinin sadece bedensel özellikleri, cinsel ve duygusal yaşamıyla ilgili bilgilerin saklanması ile sınırlı değildir. Bu yükümlülük, alacaklının gizli alanına dahil diğer bilgi ve belgelerin de saklanmasını ve başkalarına açıklanmamasını gerektirebilir⁶⁶⁸. Örneğin, kişinin mesleki yaşamı ile ilgili belge ve bilgilerin de özel yaşam alanına ait olduğu kabul edilmektedir⁶⁶⁹. Bu açıdan, mesleki⁶⁷⁰ veya ticari sırlar⁶⁷¹ önem taşımaktadır. İş sahibi ile ilgili özel bilgilerin veya bir formülün, icadın, metodun, programın veya kâr marjının, ticari veya mesleki sır niteliği taşıdığı kabul edilmektedir⁶⁷². Mesleki sırları başkalarına açıklamama yükümlülüğü bulunan tarafın⁶⁷³, alacaklının kredi kaynaklarını, müşteri

⁶⁶⁶ Kaneti, **Hukuka Aykırılık**, s.209; Medicus, **Schuldrecht II**, § 98, N.351; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.129; Oğuzman, Seliçi, Oktay- Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.136; Meili, **Basler Kommentar ZGB I**, Art.28, N.25; Honsell, **Arztrecht**, s.30. Hastanın kişisel bilgilerinin yer aldığı hastakartları, hastanın gizli alanına aittir. BGE 119 II 225. Ayrıca bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği m.23.

⁶⁶⁷ Ancak bazı hallerde, hak sahibinin rızası olup olmadığına bakılmaksızın, sırrın açıklanması gerekli olabilir. Örnek olarak, Türk Ceza Kanunu m.530 gereğince, hekim, tedavi ettiği hastanın bir suça maruz kaldığını anlamış ise, bunu ihbar etmekle yükümlüdür. Örneğin, tedavi sırasında hastaya tecavüz edildiğini anlayan hekim, bu durumu derhal gerekli mercilere bildirmekle yükümlü olduğundan, hekimin bu davranışı, sözleşmeye aykırılık teşkil etmediği gibi, hastanın kişilik hakkının da ihlal edildiğinden söz edilemez. Bu konuda bkz. Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.113 vd.; Yavuz, **a.g.e.**, s.652-653.

⁶⁶⁸ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.453 vd.; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.136.

⁶⁶⁹ Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.128; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.138; Bucher, A., **a.g.e.**, § 15, N.480; Öngören, **a.g.e.**, s.77; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s.144.

⁶⁷⁰ Mesleki sır, bir meslek sahibinin mesleğini icra ettiği esnada öğrendiği mahrem bilgiler, olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Uşan, **a.g.e.**, s.25; Şen, **a.g.e.**, s.222-223; Egger, **a.g.e.**, Art.28, N.43.

⁶⁷¹ Ticari sır, herhangi bir yasal belirleme olmamasına karşın, herkes tarafında bilinmeyen ve araştırılmayan bağımsız bir ekonomik değeri olan her türlü bilgi olabilir. Bkz. Uşan, **a.g.e.**, s.25. Ticari sır kavramı için bkz. Y.11.HD., 2.6.2005 T., 2004/7827 E., 2005/5755 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁶⁷² Uşan, **a.g.e.**, s.25-26.

⁶⁷³ İş K. m.25 f.II e bendine göre, işçinin (...) işverenin meslek sırlarını ortaya atmak için doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması, sözleşmenin işveren tarafından haklı nedenle feshine olanak sağlayan bir haldir. İsviçre Borçlar Kanunu Art.321a'ya göre, işçi, iş ilişkisi devam ettiği sürece işverenin işinde çalışma dolayısıyla elde ettiği imalat ve iş sırlarını çıkar sağlayacak şekilde

bilgilerini⁶⁷⁴, örgütsel yapısını, teknik sırlarını, üretilen bir malın teknik formülünü, lisans sözleşmesinin koşullarını herhangi bir hukuka uygunluk nedeni bulunmaksızın açıklaması veya üçüncü kişilere sızdırması, alacaklının mesleki ve ticari sırları üzerindeki kişilik hakkını ihlal eder⁶⁷⁵. Bu nedenle, diğer koşulları da oluşmuşsa alacaklı, sözleşmeye aykırı davranan borçludan manevi tazminat talep edebilir. Sözleşme ilişkisi çerçevesinde elde edilen sırları başkalarına açıklamama yükümlülüğü, sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra da devam edebilir⁶⁷⁶. Bu yükümlülüğün ihlali halinde kişilik hakkı ihlal edilen manevi tazminat talep edebilir.

Bu halde, doktrinde bazı yazarlara göre⁶⁷⁷, taraflar arasında edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisi bulunmaktadır. Sözleşme sonrasındaki koruma yükümlülüklerine aykırılık (culpa post contrahendum), sözleşme temeline dayalı tazminat sorumluluğuna yol açacaktır. Ancak doktrinde bazı yazarlara göre ise⁶⁷⁸, bu teoriye başvurmaya gerek yoktur. Bu halde, taraflar arasındaki borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerin bazıları, sona eren sözleşmeden doğan ve bu sözleşmenin sona ermesine rağmen varlığı devam eden borçlar olarak kabul edilmektedir. Örneğin, vekalet sözleşmesi sona erdikten sonra da vekilin sır saklama yükümlülüğü, bu tür bir borçtur.

Borçlunun rekabet yasağına aykırı davranması da alacaklının ticari itibarının sarsılmasına veya özel hayat alanına dahil olduğu kabul edilen iş alanı üzerindeki kişilik hakkının ihlal edilmesine neden olabilir. Rekabet anlaşmasına aykırı olarak, işçinin rakip bir iş yerinde çalışması veya işyerine ortak olması ve önceki işyerindeki ticari sırları burada kullanması, rekabet etmeme yükümlülüğünü ihlal eder⁶⁷⁹. Bu

kullanamaz, başkalarına açıklayamaz. (Art.321a Abs.IV OR). Ayrıca Bankalar Kanunu m.22 b.9 da banka personelinin banka ve müşteriler ile ilgili sırları başkalarına açıklayamayacaklarını düzenlemektedir.

⁶⁷⁴ BGE 130 II 193; 126 II 405.

⁶⁷⁵ Uşan, **a.g.e.**, s.178-179; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.138; Öngören, **a.g.e.**, s.77; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s.144.

⁶⁷⁶ Nitekim Bankalar Kanunu m.22 b.9'da, Art.321a Abs.IV OR'de, borçlunun sır saklama yükümlülüğünün iş ilişkisi sona erdikten sonra da devam edeceği belirtilmektedir. Hizmet sözleşmesi bakımından da Türk Hukukunda açık bir düzenleme bulunmasa da doktrin, dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlarda iş ilişkisinin sona ermesinden sonraya etkili bir sır saklama yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmektedir. Bkz. Uşan, **a.g.e.**, s.214. Vekalet sözleşmesinde sır saklama borcunun, iş bittikten sonra da devam edeceği kabul edilmektedir. Bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, § 20 N.4; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C.2, s.409.

⁶⁷⁷ Serozan, **İfa Engelleri**, § 20 N.4.

⁶⁷⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.36.

⁶⁷⁹ Uşan, **a.g.e.**, s.142 vd. TTK m.58 b.8'ye göre, iyiniyet kurallarına aykırı bir şekilde elde ettiği veya öğrendiği imalat veya ticaret sırlarından haksız yere faydalanmak veya onları başkalarına yaymak, haksız rekabet oluşturur. TTK m.58 f.I b.e uyarınca, BK m.49'daki koşulların gerçekleşmesi halinde manevi tazminat talep edilebilir.

nedenle kişilik hakkı ihlal edilen ve manevi zarara uğrayan alacaklı, manevi tazminat talep edebilir⁶⁸⁰.

Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi, kullanılması da kişinin özel hayatına tecavüz oluşturur⁶⁸¹. Kişisel veriler, bir kişi hakkında olan ve onu belirlenebilir kılan her türlü bilgidir⁶⁸². Buna göre, psişik, psikolojik, fiziksel, ekonomik ve sosyal kimliğini belirten özel içeriği dolayısıyla kişinin belirlenmesini sağlayan telefon numarası, pasaport numarası, sosyal güvenlik numarası, özgeçmiş, resim ve sesi, parmak izi, genetik bilgileri, medeni durumu, cinsel yaşamı, sağlık durumu gibi bilgiler, kişisel verilere örnek olarak verilebilir⁶⁸³. Hak sahibi, kişisel verilerinin ne zaman ve ne kapsamda açıklayacağına karar verme, elde edilen kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kullanılmasını engelleme yetkilerine sahiptir. Günümüzde özellikle telekomünikasyon alanındaki gelişmeler ile birlikte, kişiler çoğu işlemlerini internet aracılığıyla yürütmekte ve kişisel veriler çeşitli amaçlarla hizmet sunan kişiler tarafından işlenmektedir. Örneğin, bankacılık faaliyetleri veya İnternette gerçekleştirilen sözleşmelerde, kişisel veriler, hizmet sunanlar tarafından işlenmektedir. Kişinin rızası olmaksızın kişisel verilerin işlenmesi hukuka aykırıdır⁶⁸⁴. Hukuka uygun olarak verilen kişisel verilerin, hukuka uygun olarak da kullanılması gereklidir. Türk Hukukunda, “Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğini Korunması Hakkındaki Yönetmelik”⁶⁸⁵, telekomünikasyon şebekelerinde hizmetlerin yürütülmesi için işlenen bilgilerin gizliliğinin korunmasını amaçlamaktadır (m.1). Yönetmeliğe göre, hizmet sunan

⁶⁸⁰ Uşan, **a.g.e.**, s.177.

⁶⁸¹ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.572; Ahmet **a.g.e.**, s.113 vd.; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.108 vd.; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.130; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.138; Bucher, A., **a.g.e.**, § 15, N.479. BGE 127 III 481. Türk Ceza Kanunu’nun kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi (TCK m.130); verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi veya verilmesine (TCK m.131) ilişkin hükümleri, Kanunun, Özel Hayata ve Hayatın Gizliliğien Karşı İşlenen Suçlar ile ilgili dokuzuncu bölümünde düzenlenmiştir.

⁶⁸² Avrupa Topluluğu Veri Korunması Yönergesi (Richtlinie 95/46/EG des europaeischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, Abl. EG L vom 23.11.1995. Bkz. ‘çevirimiçi’ http://europa.eu.int/sMartapi/cgi/sga_doc?sMartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=31995L0046&model=guichett. (29.9.2007). Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı m.3a. Ayrıca bkz. Sevimli, **a.g.e.**, 119; Nilgün Başalp, **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s.22.

⁶⁸³ Başalp, **a.g.e.**, s.34.

⁶⁸⁴ Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.130.

⁶⁸⁵ RG., 6.2.2004 T., 25365 S.

iletişim gizliliğinin sağlanması konusunda teknik önlemler almakla; olağanüstü bir risk söz konusu olduğunda, riskleri ve riskin giderilme yolları konusunda derhal abonelerini uarmakla yükümlüdür (m.6,7). Bu yükümlülükler aykırılık halinde kişilik hakkı ihlal edilen taraf, diğer koşullar da gerçekleşmişse, manevi tazminat talep edebilir.

Özellikle işçi-işveren ilişkilerinde de kişisel verilerin kullanılması önem taşımaktadır. İşe alınırken, çoğu kez işveren tarafından işçinin kişisel verileri öğrenilmekte ve iş ilişkisi devamında da bu veriler toplanmaktadır. İş Kanunu'nun 75.maddesine göre, işveren işçi hakkında özlük dosyası düzenleyebilir, işveren bunları saklamak ve gerektiğinde yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır (İş K. m.75 f.1). Hükmün 2.fıkrasında ise, işverenin işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kurallarına ve hukuka uygun olarak kullanma ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir⁶⁸⁶. Bu hükmün işverenin işçiyi gözetme borcu göz önüne alınarak yorumlanması ve işverenin sadece kişisel bilgileri açıklamamasının yanında korumasını da kapsadığı doktrinde ifade edilmektedir⁶⁸⁷. Diğer yandan, işverenin hangi kişisel verileri elde edebileceğini belirlemek de önemlidir. Doktrinde, işverenin İş Kanunu ve diğer kanunlar gereğince düzenlemek zorunda olmadıkça, işçinin alışkanlıkları, kişisel özellikleri (fiziksel yapısı, sosyal ve ekonomik yapısı) ile ilgili bilgileri gereklilik olmadığı halde kaydetmesinin hukuka aykırı olduğu belirtilmektedir⁶⁸⁸. Örneğin, aksini belirten bir yasal düzenleme olmadıkça, işçinin sağlık bilgilerinin işverence işlenemeyeceği belirtilmektedir⁶⁸⁹.

Borçlar Kanun'unda, kişisel verilerin kullanımını ve sınırlarını düzenleyen özel bir hüküm bulunmamaktadır. Borçlar Kanunu Tasarısının 418.maddesine göre ise, *"işveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. Özel kanun hükümleri saklıdır."* Türk Hukukunda⁶⁹⁰, Kişisel Verilerin Korunması Hakkında özel bir kanun bulunmamakla birlikte, bu konuya ilişkin Kanun Tasarısı da Meclise

⁶⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Sevimli, **a.g.e.**, s.122 vd.; Başalp, **a.g.e.**, s.105-106.

⁶⁸⁷ Sevimli, **a.g.e.**, s.141.

⁶⁸⁸ Başalp, **a.g.e.**, s.106.

⁶⁸⁹ Sevimli, **a.g.e.**, s.129.

⁶⁹⁰ Kişisel verilerin korunmasına ilişkin uluslararası belgeler ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler hakkında bilgi için bkz. Sevimli, **a.g.e.**, s.114 vd.; Başalp, **a.g.e.**, s.24 vd. Ayrıca İsviçre Hukukunda da konuyla ilgili özel kanunlar bulunmaktadır. Örnek olarak, Bundesgesetz über Datenschutz (DSG, SR 235.1). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bucher, A., **a.g.e.**, § 15, N.485 vd.

sunulmuştur⁶⁹¹. Kişisel verileri işleyenlerin, ilgili kişilerin kişilik haklarını hukuka aykırı olarak ihlal edemeyeceği (m.13); kişilik hakkının korunmasına ilişkin olarak MK m.24 ve 25.maddelerinin aynen uygulanacağı (m.39 f.I) düzenlenmiştir. Bu konu tez konumuzun kapsamını aşacağından ayrıca incelenmeyecektir. Belirtmek gereklidir ki, yürürlükteki hukuk bakımından, koruma MK m.24–25 çerçevesinde mümkündür⁶⁹². Sözleşmeye aykırı olarak kişisel verilerin kullanılması, işlenmesi vb. sonucunda hak sahibi manevi zarara uğrar ise, BK m.49'a kıyasen manevi tazminat talep edilebilir.

v. Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Sorunu

Ölüm ile birlikte kişilik sona erer (MK m.28). Ceset⁶⁹³, kamu düzeninin korunması amacıyla çeşitli hükümler yolu ile korunur⁶⁹⁴.

Ceset üzerinde hakkın niteliği ve ölenin kişilik değerlerinin korumasının hangi suretle sağlanacağı ise tartışmalıdır⁶⁹⁵. Cesede kötü davranılması, ölen kişiye hakaret edilmesi, ölenin hatırasına karşı saldırı yapılması gibi hallerde, kim, nasıl bir koruma talep edebilecektir? Örneğin, ünlü bir politikacı olan merhum E'nin oğlu A,

⁶⁹¹ 'çevirimiçi', <http://www.adalet.gov.tr/kanun/newfolder/kisiselveri.htm> 29.9.2007. Tasarının kanunlaşması ile birlikte, kişisel verilerin korunmasına ilişkin faaliyetler yürüten kişilerin, kişisel verileri işlemelerinin hangi halde hukuka uygun olduğu daha net bir biçimde belirlenmiş olacaktır. Çünkü Tasarıda, Avrupa Birliği Yönergelerine uygun olarak, kişisel verileri işleyenlerin yükümlülükleri ve hak sahiplerinin hakları düzenlenmiştir. Bu açıdan Tasarı, kişisel verilerin korunmasına ilişkin sorunlara yanıt veren özel bir kanun niteliği taşıyacak, özellikle bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde kişisel verilerin hangi hallerde işlenmesinin hukuka uygun olacağını ve kişisel verileri işleyenlerin yükümlülüklerinin neler olduğunu düzenlemesi bakımından, pek çok soruna yanıt verecektir. Örneğin, iş ilişkisinin kurulması sırasında işverenin hangi kişisel verileri işlemesi hukuka uygundur? Kişinin cinsel yaşamı hakkındaki kişisel veriler, iş sahibi tarafından işlenebilir mi? Tasarının 5 III c hükmüne göre, ilgili kişinin taraf olduğu bir sözleşmenin kurulması, ifa edilmesi veya devamı için gerekli olan kişisel veriler işveren tarafından işlenebilir. Tasarının 6 II hükmüne göre, kişinin açık rızası veya işleme için bir hukuki talebin doğması veya kullanılması veya savunulması gerektiği hallerde kişisel veriler işlenebilir. Doktrine göre, işyerinde cinsel taciz iddiası varsa, bunun araştırılması için gerekli olan ve iddiaya özgü veriler, Tasarının 6 II hükmüne göre işlenebilecektir. Sevimli, **a.g.e.**, s.129. Tasarı hükümlerinin değerlendirilmesi bakımından bkz. Başalp, **a.g.e.**, s.107 vd.

⁶⁹² Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.130.

⁶⁹³ Bugün genel olarak, cesedin "eşya" niteliği taşımadığı kabul edilmektedir. Bkz. Palandt, **a.g.e.**, Art.90; N.2, Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.26; Jickeli, Stieper, **Staudinger's Kommentar**, § 90, N.28; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s.5; Müller K., **Sachenrecht**, N.16; Wiegand, **Basler Kommentar- ZGB II**, Vorbem. zu Art.641, N.19; Bertan, **a.g.e.**, s.18; Arthur Meier-Hayoz, **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, B.IV, Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641-654, 4. Auf., Bern, Verlag Staempfli & Cie, 1966, N.71; Zevkliler, "Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", s.6.

⁶⁹⁴ Bkz. TCK m.130, Organ Nakli Kanunu m.14.

⁶⁹⁵ Andrea Büchler, "Die Kommerzialisierung Verstorbenen, ein Plaedoyer für die Vererblichkeit vermögenswerter Persönlichkeitsaspekte", **AJP**, 2003/1, s.7 vd.

Y yayınevi ile E'nin politik hayatının anlatılacağı bir belgesel hazırlanması için sözleşme yapmış, ancak belgeselde E'nin siyasi hayatı ve kişiliği hakkında gerçeğe aykırı beyanlarda bulunmuş olabilir.

Bazılarına göre⁶⁹⁶, ölüm ile birlikte kişilik sona erdiği için kişilik hakkı da sona erer. Cesetlere kötü muameleler yapılması, ölen kişinin yakınlarının kişilik hakkını ihlal eder. Bu görüşün dayanağı, ölenin yakınlarının ölüye duydukları saygı ve sevgi dolayısıyla onların ceset üzerinde kişilik hakkının korunmaya değer görülmesidir. Bu nedenle, ölenin yakınları, cesede yapılan kötü muameleler veya ölenin şeref ve haysiyetine veya hatırasına yönelik saldırılar dolayısıyla kendi adlarına MK m.24 ve BK m.49 gereğince manevi tazminat talep edebilir⁶⁹⁷. Ölenin yakınları, ölen ile aralarındaki ilişkinin yakınlığına göre belirlenir; mirastaki sıra dikkate alınmaz⁶⁹⁸.

Diğer görüşe göre, kişiliğin son bulması, kişilik korumasının tamamen kalktığı anlamına gelmez. Özellikle Alman hukukunda savunulan⁶⁹⁹ ve Türk

⁶⁹⁶ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.575, 675 vd.; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.26; Akkanat, **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, s.82; Hausheer, Aebi-Müller, **a.g.e.**, N.12.73-74; Jean Nicolas Druet, **Grundriss des Erbrechts**, 5. Auf., Bern, Staempli Verlag AG, 2002, § 3, N.11; Arpacı, **a.g.e.**, s.119; Bucher, A., **a.g.e.**, § 15, N.473; Riemer, **Personenrecht**, § 13, N.362; Pedrazzini, Oberholzer, **a.g.e.**, s.35; Tekinay, **Gerçek Kişiler**, s.260; Ataay, **Şahıslar Hukuku**, s.129; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s.100, dn.8; Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.62 vd.; Riklin, **Persönlichkeit**, s.303; Egger, **a.g.e.**, Art.28, N.49; Jaeggi, **Persönlichkeit**, s. 168a N. 52; Karl Specker, **Die Persönlichkeitsrechte mit besonderer Berücksichtigung des Recht auf die Ehre im schweizerischen Privatrecht**, Aarau, H.R. Sauerlaender & Cie, 1911, s.141 vd.; İmre, "Özel Hayat", s.166. BGE 129 I 173; 127 II 115; 104 II 234; 101 II 190. İsviçre Federal Mahkemesinin post mortal kişilik korumasını reddetmesinin gerekçeleri için bkz. BGE 129 I 302 vd. Bu kararı yerinde bulan görüş için bkz. Aebi-Müller, "Bundesgericht", s.255. Yargıtay da bu görüştedir. Bkz. Y.4.HD., 30.12.1975 T. 1975/3206 E., 1974/12932 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.138-139); Y.4.HD., 10.3.1977 T., 1977/3455 E., 1977/2751 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.560). "Ölünün anısına saldırı, kardeşleri yönünden kişilik haklarına yönelik ayrı bir saldırı oluşturur ve manevi tazminatı gerektirir". Bkz. Y.4.HD., 6.7.1988 T., 1988/2991 E., 1988/6936 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.491).

⁶⁹⁷ Akkanat, **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, s.87; Saymen, **Manevi Zarar**, s.142.

⁶⁹⁸ Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.27.

⁶⁹⁹ Jickeli, Stieper, **Staudinger's Kommentar**, § 90, N.30; Fuchs, **a.g.e.**, s.56 vd.; Heisig, **a.g.e.**, s.19-20; Mol, **a.g.e.**, s.54 vd; Klippel, **a.g.e.**, s.23 vd; Horst-Peter Götting, "Sanktionen bei Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrecht", **GRUR**, 2004/10, s.801 vd.; Fedor Seifert, "Postmortaler Schutz des Persönlichkeitsrechts und Schadensersatz – Zugleich ein Streifzug durch die Geschichte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts", **NJW**, 1999/27, s.1893 vd. İlk kez, "Mephisto kararı" ile, kişilik hakkının ölümden sonra da devam ettiği kabul edilmiştir. (BGHZ 50, 133). Ayrıca Alman Anayasa Mahkemesi de Alman Anayasası'nın 1.maddesindeki insan onurunun dokunulmazlığı ilkesine dayanarak, postmortal kişilik korumasını kabul etmiştir. Bkz. BVerfGE 30, 173, 194; BVerfG, VersR 2001, 1252, 1254. Ayrıca bkz.17 Mayıs 1984 tarihli karar: GRUR 1984, 907-908; 22 Nisan 2005 tarihli karar: NJW 2005, 1876-1878.

hukukunda⁷⁰⁰ da taraftarı bulunan bu görüş, kişiliğin postmortal korunması olarak, ölenin çıkarlarını ve kişilik hakkını dikkate alarak, onun açık veya varsayımlı iradesine uygun bir hukuksal korunma sağlanabileceğini belirtmektedir. Bu görüşe göre, ölenin kişilik değerlerine hukuka aykırı olarak bir müdahalede bulunulduğunda, ölen kişilik hakkının korunmasını talep edemeyeceğine göre, mirasçılara veya yakınlarına onun yerine başvurma imkanı tanınmalıdır. Bu görüş taraftarları, bazı hallerde kişilik hakkının kişinin ölümünden sonra da devam ettiğini ve bu değerlerin ihlali halinde, haklı menfaati olan kişilerin kişiliğin korunması ile ilgili koruma taleplerinde bulunabileceğini kabul etmektedir⁷⁰¹. Sadece koruma taleplerine imkân verilmesinin nedeni, hak sahibi öldüğü için alınacak manevi tazminatın amacının gerçekleşmeyeceği, zira manevi tazminatın verilmesi ile tatmin edilecek bir kişinin hayatta olmadığı, bu nedenle bu talepleri kabul etmenin bir anlamı olmadığıdır⁷⁰².

⁷⁰⁰ Rona Serozan, Baki İlkay Engin, **Miras Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2004, § 1, N.20 vd.; Yeşim Atamer, “Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar”, **MHB**, Y.19-20, S.1-2, 1999-2000, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, İstanbul, Beta, 2001, s.142; Serozan, “Kişilik Hakkının Korunması”, s.109-110.

⁷⁰¹ Serozan, Engin, **Miras Hukuku**, § 1, N.120; Fuchs, **a.g.e.**, s.57; Mol, **a.g.e.**, s.55; Büchler, **a.g.e.**, s.8.

⁷⁰² Götting, “Postmortal”, s.802. 5 Mart 1974 tarihli karar : VersR 1974, 758, 759 ; 4. Temmuz 1974 tarih karar: VersR 1974, 1080) ; BGH, BGHZ 143, 214, 223 f., 228 (Marlene Dietrich kararı) ; 1.Aralık 1999 tarihli karar : VersR 2000, 1160, 1161 –Blaue Engel kararı). Aynı yorum için bkz; Götting, “Postmortal”, s.801, 802; Körner, **a.g.e.**, s., 241, 244; Seifert, **a.g.e.**, s.1893 vd.. Alman hukukunda kişilik değerleri bakımından, “manevi değer taşıyan kişilik değerleri- maddi değeri olan kişilik değerleri” ayrımı yapılmaktadır. Bu ayrıma göre, maddi değeri olan kişilik değerleri, hak sahibinin ölümü ile birlikte mirasçılara geçer ve mirasçılar, bu değerlerin ihlali nedeniyle haksız fiil ika edenden tazminat talep edebilir. Oysa ki, manevi değeri olan kişilik hakları, kişiye sıkı surette bağlı olması nedeniyle devredilemeyeceği gibi, miras yolu ile de intikal etmez. Bu nedenle, mirasçılar, bu değerlerin hak sahibi olarak tazminat taleplerinde bulunamaz. Ancak kişiliğin ölümden sonra da süren ve ölüm sonrasına etkili korunması yolu ile bu değerler de korunabilir. Bkz. BGH BGHZ 20, 345, 350 vd (Paul Dahlke kararı); BHGZ 143, 214, 219 vd (Marlene Dietrich kararı). Ayrıca Hans Forkel, “BGH : Ansprüche der Erben bei Eintragung der Persönlichkeitsrechts durch ein Double (“Der Blaue Engel), ‘çevirimiçi’, <http://rsw.beck.de/resw/sop>. (19.11.2006). Federal Mahkemeye konu olan olayda, ünlü bir sanatçının ölümünden sonra onun hayatını konu alan müzikali hazırlayan organizatör, sanatçının resmini ve adının bulunduğu kartpostal, kol saati gibi nesnelere satmış ve aynı zamanda, otomobil üreticisine özel bir model arabada, sanatçının resim ve adının kullanılacağı marka için lisans vermiştir. Mahkeme, yukarıdaki ayrımı yaparak, kişinin resmi, adı gibi çeşitli özel kişilik değerlerinin ilk planda kişilik hakkının manevi değerleri arasında görünmesine karşın, bu değerlerin hatırı sayılır ekonomik bir değer taşıdıkları için kişiliğin ekonomik değerleri arasında yer aldığını, bu değerlerin hak sahibinin ölümünden sonra da gerek koruma talepleri ile gerekse de tazminat talepleri ile korunabileceğini belirtmiştir. Marlene Dietrich kararı – 1.12.1999 tarihli karar: BHGZ 143, 214, 219 vd = NJW 2000, 2195 vd. Götting, “Postmortal”, s.802. Alman Federal Mahkemesine göre, yakınlar, ölenin kişilik hakkının ihlali ile aynı zamanda yakının kişilik hakkı da doğrudan doğruya ve kesin olarak ilgili olduğunda, onlara yönelik bir tecavüz nedeniyle hak sahibi sıfatı taşıyabilirler ve manevi tazminatı ancak, ağır bir tecavüz söz konusu olduğunda ve bu tecavüzün diğer bir yol ile tatmininin mümkün olamaması halinde talep edebilirler. Bkz. 5 Mart 1974 tarihli karar: VersR 1974, 758, 759; 4. Temmuz 1974 tarihli karar : VersR 1974, 1080.

Zira bu görüş, ilk görüşü, ölü ile ticaret yapılmasına imkân verdiği gerekçesi ile eleştirmektedir⁷⁰³.

Doktrinde diğer görüş ise⁷⁰⁴, ceset üzerinde yakınların, ikinci derecede ise mirasçılarının mülkiyet benzeri kendine özgü bir mutlak haklarının bulunduğunu savunmaktadır.

Doktrindeki diğer görüş ise⁷⁰⁵, olması gereken hukuk açısından, kişilik hakkının ölümden sonra da ilke olarak korunması ve bir Devlet makamına bu konularda temsil yetkisinin verilmesi gerektiğini ve hatta mirasçılar yararına değil, bir hayır kurumu yararına bir çeşit özel para cezası niteliği taşıyan manevi tazminatın da düzenlenebileceğini belirtmektedir.

Uygulamada karşılaşılan bir diğer ihtimal de, yakınların ölene karşı son görevlerini yerine getirecekleri cenaze töreninin ve aşamalarının sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle aksatılması halleridir. Yakının ölümü halinde geride kalanlar, toplumsal, ahlaki ve dini gereklerin yerine getirilmesini sağlamak için çeşitli organizasyonlar yapmaktadır. Bu organizasyonların sözleşmeye aykırı davranışlar ile aksatılması, örneğin ölüm duyurusunun zamanında yapılmaması veya cenazenin zamanında teslim edilmemesi, ölene karşı son ahlaki, sosyal ve dini görevlerin yapılmasını engellemedikçe veya ölüye saygısızlık olarak değerlendirilmedikçe, manevi tazminatı gerektirmez. Ancak sözleşmeye aykırı davranışlar, kişinin duygusal kişilik değerleri arasındaki iç huzurlarının ihlal edilmesine neden olabilir⁷⁰⁶. Bu organizasyonları üstlenenlerin görevlerini gereği gibi yerine getirmemeleri halinde geride kalanların yaşayacağı ruhsal sıkıntı, acı ve elem, onları derinden sarsacak, ölüm acısı bu organizasyon bozuklukları nedeniyle katlanacaktır. Bu halde, davacıların iç huzurlarının ihlali nedeniyle manevi tazminata hükmedilmelidir⁷⁰⁷.

Yargıtay, ölüm duyurusunu yapmayı taahhüt eden yayın organının sözleşmeye aykırı davranarak yayını zamanında yapmaması nedeniyle açılan davada, sözleşmeye aykırı bu davranış sonucunda alacaklıların ruhunda bir manevi eza meydana geldiği gerekçesiyle manevi tazminat

⁷⁰³ Serozan, "Kişilik Hakkının Korunması", s.110. Ayrıca bkz. BGH BGHZ 143, 214, 220.

⁷⁰⁴ Zevkliler, "Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", s.7.

⁷⁰⁵ Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.97; Hatemi, **Kişiler Hukuku (2001)**, § 9, N.34.

⁷⁰⁶ Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.108-111.

⁷⁰⁷ Tekinay, **Gerçek Kişiler**, s.260.

talebini haklı bulmuştur⁷⁰⁸. Söz konusu kararda, ölüm duyurusunun ölenin dost ve yakınlarına olayı duyurarak ona karşı son dini, ahlâki ve sosyal görevlerini yerine getirmeyi ve ölenin yakınlarının bu olaydan doğan acılarını paylaşmayı, onları teselli ve bu yolla manevi üzüntüyü azaltmayı sağladığı belirtilmiştir. Başka bir kararda ise, Yargıtay, davacıların miras bırakanının cenazesini teslim alıp kararlaştırılan saatte uçakla İstanbul'a getirmekte geciken davalıların bu sözleşmeye aykırı davranışlarının, davacıların kişilik hakkını ihlal ettiğini belirtmiş ve manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini kabul etmiştir⁷⁰⁹.

vi. İşyerinde Cinsel Taciz ve Psikolojik Taciz (Mobbing)

Kişinin cinsel yaşamına ilişkin kişilik değerleri, bir yandan cinsel hayata ve üreme fonksiyonuna yapılan müdahaleler veya tecavüzler açısından beden bütünlüğü⁷¹⁰, diğer yandan kişinin gizli alanının, şeref ve haysiyetinin korunması ile ilgilidir. Ayrıca, Anayasa⁷¹¹ ve uluslararası belgeler⁷¹² tarafından güvence altına alınan cinsel yönden ayrımcılık yapılmaması yasağı da temel hak ve özgürlüklerden birisi olarak, kişinin cinsel yaşamına ilişkin kişilik değerleri arasında yer almaktadır⁷¹³. Kişinin cinsel yaşamı hakkında bizzat karar verme özgürlüğü de cinsel yaşamına yönelik her türlü saldırıya karşı korunmayı kapsar⁷¹⁴. Cinsel yaşama yönelik saldırı, beden bütünlüğünün ihlaline neden olmadıkça, BK m.49

⁷⁰⁸ Y.4.HD., 7.3.1967 T., 1967/1912 E., 1967/2070 K (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.581-582).

⁷⁰⁹ Y.11.HD., 22.4.1999 T., 1999/8309 E., 1999/3090 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.657-658).

⁷¹⁰ Gurzeler, **a.g.e.**, s.153. BGE 125 III 269.

⁷¹¹ AY m.10 f.1, 12, 17, 19 ve 20.

⁷¹² Evrensel İnsan Hakları Bildirisi m.1, f.2 ve 23 f.I; BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi m.3 ve 6 f.I; Avrupa Sosyal Şartı m.1 f.2; UÇÖ'nün Hedef ve Amaçlarına İlişkin Bildiri m.2 f.1; BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.14; Çalışma ve Meslek Bakımından Ayrımcılığa İlişkin 111 Sayılı UÇÖ Sözleşmesi; 122 Sayılı UÇÖ Sözleşmesi, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'nin İstihdam ve İş Yaşamında Kadınlar ve Erkekler Arasında Fırsat Eşitliği ve Eşit Davranma İlkesi başlıklı 5.7.2006 tarihli Yönergesi (2006/54/CE), bu konudaki düzenlemelere örnek verilebilir.

⁷¹³ ABD'de ve Kanada'da işyerinde taciz, cinsiyet ayrımcılığı olarak, Fransa'da ise, yetkinin kötüye kullanılması olarak kabul edilmektedir. Almanya'da ve İtalya'da ise cinsel taciz, kişilik hakkının ihlali olarak kabul edilmektedir. Bkz. Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 7 V 1; Kadriye Bakırcı, "İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk İş Hukukuna İlişkin Çözüm Önerileri", "çevirimiçi", www.turkhukuksitesi.com/makale_25.htm. (18.4.2007). BGB § 253 Abs II'ye göre, cinsel açıdan kendisi hakkında karar verme özgürlüğü ihlal edilen kişi, manevi tazminat talep edebilir. Bkz. Schiemann, **Staudingers Kommentar**, § 253, N.22. Buna göre, §§ 174 vd. StGB hükümlerinde yer alan cürümlerde (ırza tecavüz gibi) mağdur, manevi tazminat talep edilebilecektir. Ayrıca § 825 BGB de cinsel yaşam üzerindeki kişilik değerini korumaktadır. Bkz. Kuckuk, **Erman Kommentar**, § 253 N.10; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 7 II 1, s.432; Hacks, Ring, Böhm, **a.g.e.**, s.10; Deutsch, **Schmerzensgeld**, s.228, N.469.

⁷¹⁴ Gurzeler, **a.g.e.**, s.151.

çerçevesinde manevi tazminatı gerektirir⁷¹⁵. Bu başlık altında, cinsel kimliğe yönelik ayrımcılık ve uygulamada çok sık örnekleri görülen cinsel taciz ve mobbing üzerinde durulacaktır.

Cinsiyete dayalı ayrımcılık ve cinsel taciz, özellikle hizmet sözleşmesi çerçevesinde iş görmeyi vaat eden kişinin, işveren veya diğer işçiler tarafından taciz edilmesi halinde ortaya çıkmaktadır. İşyerindeki cinsel taciz, kanunlarda tanımlanmamıştır⁷¹⁶. Doktrine göre, cinsel taciz, mağdurun veya ailesi üyelerinden birinin Türk Hukuk mevzuatıyla korunan kişilik haklarını ihlal eden ya da belli bir kişiye yönelik olmamakla beraber rahatsız edici bir çalışma ortamı yaratan veya işyeri düzenini bozan hapsi gerektiren suç veya ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırı cinsel nitelikli, cinsiyet ya da cinsel tercih temeline dayalı davranışlardır⁷¹⁷. Bunlar da cinsel içerikli fiziksel davranışlar (örnek olarak ırza geçme, fiziksel sarkıntılık, gereksiz dokunma ve vurmalar vs.); cinsel içerikli sözlü davranışlar (söz atma, sarkıntılık ile İş Kanunu m.16 f.II ve 17 f.II' ye aykırı olan cinsel yaklaşımlar, teklifler, cinsel ilişki için baskı, müstehcen sözler, imalar vs.) ; cinsel içerikli fiziksel ve sözlü olmayan davranışlar (pornografik veya müstehcen resim veya fotoğrafların sergilenmesi, gözetleme, şehvetli bakışlar vs.); cinsiyet ya da cinsel tercih temelli davranışlar (işçiye cinsiyetinden veya cinsel tercihinden ötürü yapılan aşağılamalar, istismar edici davranışlar vs.) olarak sınıflandırılmaktadır⁷¹⁸.

BK m.332, daha önce de belirtildiği gibi⁷¹⁹, işverenin işçiye karşı gözetme borcunun kapsamını tam olarak ifade etmekte yetersiz kalmaktadır. Ancak doktrin, hizmet sözleşmesinin kişisel ağırlık taşıyan niteliği ile AY m. 17, 19, 50, İş K m.16 II b ve c, 17 II ç, Deniz İş K. 14 II c'ye dayanarak, işverenin gözetme borcu çerçevesinde işçinin kişiliğini koruma ve ona saygı gösterme ve ahlak ve iyiniyet

⁷¹⁵ Gurzeler, **a.g.e.**, s.151.

⁷¹⁶ Avrupa Birliğinin 2002/73 sayılı direktifinde cinsel taciz, "*insan onurunu ihlal etme amacına yönelik veya bu sonucu doğuran, istenilmeyen, her türlü cinsel içerikli sözlü, sözlü olmayan veya cinsel nitelikte fiziksel ve özel olarak düşmanca, aşağılayıcı, utandırıcı ve saldırgan bir ortam yaratan davranış*" olarak tanımlanmıştır. (m.2 /2). Direktif hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem Özdemir, "İşyerinde Cinsel Taciz", **Çalışma ve Toplum**, 2006/4, s.83 vd.

⁷¹⁷ Bakırcı, **a.g.e.**, s.4. Başka bir tanım için bkz. Özdemir, **a.g.e.**, s.90-91.

⁷¹⁸ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.230 vd.; Bakırcı, **a.g.e.**, s.7. Türk Ceza Kanunu'nun 102 vd. hükümlerinde, Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar düzenlenmiştir.(Değişik 2. fıkra: 5377 - 29.6.2005 / m.13). Son fıkraya göre, bu fiil nedeniyle mağdur; işi bırakmak, (...) zorunda kalmış ise, verilecek ceza bir yıldan az olamaz.

⁷¹⁹ Bkz. Bölüm II, II, C, 2, b, (3).

kurallarına uygunluğu sağlama yükümlülüğü olduğunu kabul etmektedir⁷²⁰. Örneğin, işçiyi taciz etmesi, tacize olan tepkisinden ötürü işçinin kişilik hakkını ihlal eden davranışlarda bulunması, bu nedenden dolayı sözleşmeyi fesh etmesi⁷²¹, tacize uğrayan işçi için gerekli önlemleri almaması⁷²², bu yükümlülüğe aykırılık oluşturmaktadır. Tacize uğrayan işçi, İş Kanunu'ndan doğan hakları ile birlikte⁷²³, uğradığı manevi zararın tazminini talep edebilir⁷²⁴.

Ayrıca iş sözleşmesinin yapılmasında, şartların oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona erdirilmesinde, cinsiyete ve gebeliğe dayalı ayrımcılık yapılamaz; ücretler arası farklılık yaratılmaz (İş K. m.5 f.III, IV)⁷²⁵. İş ilişkisinde veya sona ermesinde buna aykırı davranılırsa, işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir (İş K. m.5 f.son). Bu hüküm, genel itibari ile eşit davranma ilkesini düzenlemektedir⁷²⁶. Cinsel ayrımcılık yasağını ve işverenin eşit davranma borcunu somutlaştıran İş K.m.5'e aykırılık sebebiyle kişilik hakkı ihlal edilen kişi, manevi tazminat da talep edebilir.

İsviçre Hukukunda ise, işveren özellikle, işçinin cinsel olarak rahatsız edilmesini ve cinsel taciz mağdurunun daha fazla bir zarara uğramasını engellemekle yükümlüdür (Art.328 Abs. I, 2). Art.328 OR'nin dışında, işyerinde cinsel tacize ve cinsiyete dayalı ayrımcılığa yönelik yasak ve yaptırımları düzenleyen 24.3.1995 tarihli Kadın ve Erkeklerin Eşitliği Hakkında Federal Kanun (GIG) bulunmaktadır⁷²⁷.

⁷²⁰ Bakırcı, **a.g.e.**, s.8

⁷²¹ İşyerinde işçilerden birinin bayan işçiyi cinsel taciz etmesi halinde, işveren, taciz eden işçinin sözleşmesini feshedebilir. Bu haklı nedenle fesihdir ve işçi, tazminat talep edemez. Bkz. Y.9.HD., 10.11.2005 T., 2005/6471 E., 2005/34643 K (Kazancı İçtihat Bankası); Y.9.HD., 16.12.2004 T., 2004/18435 E., 2004/28069 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.9.HD., 10.4.2001 T., 2001/412 E., 2001/5944 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Buna karşılık cinsel taciz iddiası kanıtlanmadan sözleşmenin feshi, haksız fesihdir. Bkz. Y.9.HD., 8.3.2005 T., 2004/13826 E., 2005/7706 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁷²² Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.815; Karine Lempfen, "Überblick über die Rechtsprechung zur sexuellen Belaestigung am Arbeitsplatz", **AJP**, 2006/11, s.1417.

⁷²³ Tacize uğrayan işçi, çalışmayı reddedebilir (BK m.90, 325); hizmet sözleşmesini fesh edebilir (İş K. m.16, Deniz İş K. m.14 II c, BK m.344 f.I); kişiliğin korunmasına ilişkin davaları açabilir (MK m.25) ve uğradığı maddi zararın tazminini talep edebilir.

⁷²⁴ Kaplan, **a.g.e.**,s.11.

⁷²⁵ Türk Ceza Kanunu'nun 122.maddesine göre, kişiler arasında cinsiyet ayrımı yaparak kişinin olağan bir ekonomik faaliyette bulunmasını engelleyen, kişinin işe alınmasını veya alınmamasını cinsiyet ayrımına bağlayan kişi altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (Değişik: 53277 S. ve 29.6.2005 T. Kanun m.41- RG., 8.7.2005 T., 25869 S).

⁷²⁶ Çelik, **a.g.e.**, s.170 vd.

⁷²⁷ AS 1996 1498. Alman Hukukunda ise, BGB § 611a işverenin iş ilişkisinin kurulmasında, mesleki ilerlemede, iş ilişkisinin sona erdirilmesinde cinsiyet nedeniyle ayrımcılık yapamayacağını, aksi halde,

Kanunun 3.maddesi, işyerinde kişinin medeni durumu, aile statüsü, kadının hamile olması gibi nedenlerden dolayı cinsiyeti nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak mağdur edilemeyeceği, özellikle işe alınmada, terfide, görev alanlarının belirlenmesinde, iş koşullarının düzenlenmesinde, mesleki eğitimde ve işten çıkarmada aynı yasağın geçerli olduğu belirtilmiştir⁷²⁸. Kanunun 4.maddesi, işyerindeki kadın ve erkek işçilerin onurunu ihlal edecek şekilde, cinsiyet aidiyeti veya cinsel yapısı nedeniyle taciz edici her davranışı, ayrımcılık olarak tanımlamaktadır. İşyerinde cinsiyet ayrımcılığı veya cinsel taciz dolayısıyla işçilerin talepleri Kanunun 5.maddesinde düzenlenmiştir. İşe alınmada ve işten çıkarmada cinsiyet ayrımcılığına veya cinsel tacize maruz kalan işçiye, bir tazminat talep etme imkânı verilmiş, ayrıca işçinin sözleşmesel diğer talepleri ve maddi ve manevi tazminat talepleri saklı tutulmuştur. Art.5 II-IV'te düzenlenen bu özel tazminat talebi, doktrin tarafından kendine özgü bir tazminat talebi olarak nitelendirilmiştir⁷²⁹. Cinsel tacize maruz kalan işçinin sözleşmeye aykırılık nedeniyle işverenden, haksız fiil nedeniyle tacizde bulunandan manevi tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir⁷³⁰.

İşyerinde gerçekleşen tacizlerden biri de psikolojik şiddet, taciz, rahatsız etme olarak Türkçeye çevrilebilecek “*mobbing*” tir. Mobbing, doktrinde, işyerinde duygusal taciz veya kişiyi işyerinden ihraç etme amacıyla uygulanan psikolojik

işçiye tazminat ödemekle yükümlü olacağını düzenlemekteydi. BGB § 611a, manevi tazminatın talep edilebileceğini düzenleyen istisnai hükümlerden biri olarak kabul edilmekteydi. Bkz. Fritz, **a.g.e.**, s.195 vd.; Jauernig vd., **a.g.e.**, Art.611a, N.1 vd.; Laghzaoui, **a.g.e.**, s.62-63; Körner, **a.g.e.**, s.245-246; Henssler, **Staudingers Kommentar**, § 611a, N.61; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 7 IV 1, Huber, **Schadensersatz**, § 2, N.14. Ancak hüküm, yürürlükten kaldırılmıştır (BGBl I 1897). 18.8.2006'da yürürlüğe giren Genel Eşit Davranma Kanunu'nun (BGBl I 1897) 1.maddesinde, cinsiyet veya cinsel kimlik temeline dayalı her türlü ayrımcılığın da ortadan kaldırılmasının amaçlandığı belirtilmekte, bu yasağa aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar arasında manevi tazminat da düzenlenmektedir (m.15 Abs.II). Psikolojik tacizin de bu Kanun kapsamında olduğu kabul edilmektedir. LAG Thüringen 15.2.2001 tarihli kararı ve BAG 16.5.2007 tarihli kararı için bkz. ‘çevirimici’, [www.landesarbeitsgericht.thueringen.de/urteile \(U5_102.htm\)](http://www.landesarbeitsgericht.thueringen.de/urteile/U5_102.htm).

⁷²⁸ Peter Gauch, “Die Regeln über die Anstellungsdiskriminierung und die Beförderungsdiskriminierung im Gleichstellungsgesetz”, **Recht**, 1996, B.132, s.555 vd.

⁷²⁹ Gurzeler, **a.g.e.**, s.107.

⁷³⁰ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.246; Gurzeler, **a.g.e.**, s.107; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.328, N.12; Lempen, **a.g.e.**, s.1420. Ancak Gurzeler, Art.5 II-IV GIG çerçevesinde hükmedilecek tazminatın mağduru cezalandırma yanında tatmin etme amacının da bulunduğunu, bu nedenle her halde söz konusu tazminat ile birlikte manevi tazminatın manevi zararını gidermeye yeterli olamayacağı veya cinsel tacizden başka bir kişilik hakkı ihlali olduğunda söz konusu olabilir. Bkz. Gurzeler, **a.g.e.**, s.107 vd. Uygulamada mahkemeler bu yönde farklı kararlar vermektedir. Bu konuda bkz. Lempen, **a.g.e.**, s.1421.

baskılar olarak tanımlanmaktadır⁷³¹. Buna göre, işverenin işçiye kaba bir şekilde davranması, küfür etmesi, dinlenme molası alma olanağı vermemesi, yüksek derecede olan kişinin amirinin sindirme politikası nedeniyle alt görevlere verilmesi, gerçekleştiremeyeceği görevler yüklenmesi, ona aylarca yeni iş verilmemesi, sürekli kameralar ile takip ettirilmesi, onun işinin başkalarına yaptırılması, nitelikleri hakkında aşağılayıcı yorumlarda bulunulması, diğer işçiler tarafında yapılan psikolojik tacize karşı önlemler alınmaması⁷³² örnek verilebilir⁷³³. Hukuk düzenimizde psikolojik tacizi düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır⁷³⁴. Ancak psikolojik tacizin yapılış şekli ve ortaya çıkardığı sonuçlar, çoğu kez işçinin kişilik hakkının ihlali edilmesine neden olacaktır. İşçi, özellikle çalışma özgürlüğünün engellenmesi, şeref ve haysiyetinin ve özel hayatının ihlal edilmesi halinde BK m.49'a kıyasen; eğer psikolojik taciz işçinin sağlığının bozulmasına neden olmuşsa BK m.47'ye kıyasen, manevi tazminat talep edebilmelidir⁷³⁵. Bu halde, işveren, işçiyi gözetme borcunun ihlali nedeniyle sorumlu tutulmaktadır⁷³⁶.

İsviçre Hukukunda psikolojik taciz bakımından ayrı bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak psikolojik tacizlere yönelik koruma, kişilik hakkının korunması ile sağlanmaktadır⁷³⁷. Federal Mahkemeye göre⁷³⁸, işyerinde psikolojik

⁷³¹ Ali Güzel, Emre Ertan, "İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış : Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuku", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S.14, C.4, Y.2007, s.512.

⁷³² Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.814.

⁷³³ Psikolojik taciz ile ilgili örnekler için bkz. B. Menckhut, M. Stackelbeck, G. Langenhovd, "Der Mobbing-Report Eine Repraesentativstudie für die Bundesrepublik Deutschland", Dortmund/Berlin 2002, 'çevirimiçi' www.baua.de/nn_28474/de/Publikationen/Forschungsberichte/202/Fb951,xv=vt.pdf. (16.8.2006). İşveren, psikolojik tacizi bizzat yapmışsa, başkalarının yaptığı psikolojik tacize aktif olarak katılmışsa veya bunu önlemek için gerekli önlemleri almamışsa, doğan manevi zararı tazminle sorumludur. Bkz.4.4.2003 tarihli BGE kararı (2C.2/2000).

⁷³⁴ Psikolojik taciz ile ilgili uluslararası belgeler ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler için bkz. Güzel, Ertan, **a.g.e.**, s.512 vd. İsviçre Fedeal Mahkemesine göre, sistematik, düşmanca, uzun süredir devam eden ve kişinin işyerinden izole edilmesini, o işyerinden tamamen veya sınırlandırılmış bir şekilde uzaklaştırılmasını amaçlayan davranışlar, psikolojik tacizdir. Bkz. 22.4.2005 tarihli karar (2A.312/2004).

⁷³⁵ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.847. Bkz. 16.6.2005 tarihli BGE kararı (4C.8472005). Ayrıca bkz. 13.10.2004 tarihli BGE kararı (4C.343/2003); 5.9.2006 tarihli BGE kararı (4C.186/2006); 4.4.2003 tarihli BGE kararı (2C.2/2000); BGE 130 III 699.

⁷³⁶ İşverenin gözetme borcunun dayanağı doktrinde tartışmalıdır. Bazılarına göre, bu, işverenin sadakat borcundan; bazılarına göre, hizmet sözleşmesinin kişisel niteliklerinden; bazılarına göre, koruma yükümlülüğünden doğmaktadır. Bu konudaki tartışmalar ve sonucun pratik önemi hakkında bkz. Ulsan, **İşçiyi Gözetme Borcu**, s.4 vd.

⁷³⁷ Gurzeler, **a.g.e.**, s.103; Reh binder, Portmann, **Basler Kommentar OR**, Art.328, N.11; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.328, N.13.

taciz, fesih hakkının kötüye kullanılmasının nedenlerindedir ve koşulları gerçekleştiğinde işçi, manevi tazminat talep edebilir. İşverenin sorumluluğunun dayanağı, Art.328 OR' de düzenlenen işçinin kişiliğine saygı ve onu koruma yükümlülüğünün ihlalidir⁷³⁹.

Borçlar Kanunu tasarısının 416.maddesi, işverenin işçinin kişiliğine korumak ve saygı göstermekle yükümlü olduğunu belirttikten sonra, işverenin, "işyerinde ahlâka uygun bir düzenin gerçekleştirilmesini sağlamakla, özellikle kadın ve erkek işçilerin cinsel tacize uğramamaları ve cinsel tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu"nu düzenlemiştir.

5. Manevi Tazminat Talep Edilip Edilemeyeceği Tartışmalı Olan Bazı Haller

a. Doğrudan veya Dolaylı Olarak Kişiliğin Korunmasını veya Teşvik Edilmesini Amaçlamayan Yükümlülüklerin İhlali Halinde

Sözleşmeye aykırı davranışın alacaklının kişilik hakkını ihlal ettiği en yaygın haller, kişilik hakkını korumayı veya teşvik etmeyi amaçlayan bir edim veya koruma yükümlülüğünün ihlali halleridir⁷⁴⁰. Doğrudan veya dolaylı olarak kişilikle ilgili olmayan yükümlülüklerinin ihlali halinde ise, kural olarak, alacaklı manevi tazminat talep edemez⁷⁴¹. Bu yükümlülüklerin amacı, alacaklının maddi menfaatlerinin korunması veya geliştirilmesi olduğundan, bu yükümlülüğe aykırılık halinde, alacaklının maddi menfaatleri zarar görebilecektir. Başka bir deyişle, bu tür yükümlülüklerin ihlali halinde, alacaklı, kural olarak maddi zarara uğrayabilecektir. Alacaklı, sözleşmeye aykırılık sebebiyle doğan fiili zararların veya yoksun kaldığı

⁷³⁸ BGE 125 III 70. Ancak Federal Mahkeme, somut olayda, sözleşmenin feshi ile kişilik hakkı ihlali arasında uygun illiyet bağı bulunmadığı gerekçesiyle manevi tazminata hükmedilemeyeceğine karar vermiştir. Ayrıca bkz. BGE, 6.4.2005 T. ve 4C.473/2004, E.8.

⁷³⁹ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.823; Rehbinder, Portmann, **Basler Kommentar OR**, Art.328, N.11.

⁷⁴⁰ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.49, N.75; Koller, **Genugtuung**, N. 130; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.18; Geiser, **a.g.e.**, N.1.34 s.20; Tercier, **Contribution**, s.126..

⁷⁴¹ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.776; Koller, **Genugtuung**, N.160.

kârın, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre tazminini talep edebilecektir.

Doğrudan veya dolaylı olarak kişilikle ilgili olmayan yükümlülüklerle aykırılık halinde kural olarak, alacaklının kişilik hakkı ihlal edilmez. Kişinin maddi menfaatlerinin zarar görmesi sonucu acı, sıkıntı, elem yaşaması mümkündür. Ancak bunların şiddetinin az olması, geçici bir sınırdan öteye geçmemesi ve bu duyguların bir kişilik hakkı ihlali sonucu ortaya çıkmaması nedenleriyle, yaşanan sıkıntı ve acılar manevi zarar değildir.⁷⁴² Bu sebeple kişilikle ilgili olmayan yükümlülüklerin ihlali halinde, kural olarak, manevi tazminata hükmedilemez⁷⁴³.

Yargıtay'a göre⁷⁴⁴, "*Sözleşme hükümlerine aykırılık hallerinde, bu aykırı davranış, eğer kişilik haklarını ihlal etmişse ve Borçlar Kanununun 49.maddesinde öngörülen koşulların varlığı sabit olursa, o takdirde manevi tazminata hükmedilebilir*". Yargıtay, kiraya verenin kiracının suyunu kesmesi⁷⁴⁵, davalı kiracının kalorifer tesisatı yapılmasına ve kömürlüğe kalorifer kazanı konulmasına engel olması⁷⁴⁶, kiralanan evin anahtarının verilmemesi nedeniyle kiracının eşyalarını kamyonunda bırakıp otele yerleşmek zorunda kalması⁷⁴⁷, davalı tarafından inşası taahhüt edilen evin geç tamamlanması nedeniyle davacıların misafir kabul edememesi ve mahrumiyete katlanması⁷⁴⁸, tatil için gidilen yerde, para çekmek isteyen davacının kredi limitinin banka tarafından sözleşmeye aykırı olarak sıfır olarak gösterilmesi⁷⁴⁹, kiracısı olduğu büfenin sözleşmeye aykırı olarak yıkılması nedeniyle kiracının maddi gelirden yoksun kalması⁷⁵⁰, kiralanan taşınmazdaki terasın önüne beton bariyer yerleştirilerek terasın kullanılmasının engellenmesi⁷⁵¹, alışveriş

⁷⁴² Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.788. Y.13.HD., 30.6.1986 T., 1986/3447 E., 1986/3793 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.629-630).

⁷⁴³ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.776; Koller, **Genugtuung**, N.160.

⁷⁴⁴ Y.4.HD., 27.2.1978 T., 1978/5223 E., 1978/2443 K. (Uygur, **a.g.e.**, C.III, s.3207).

⁷⁴⁵ Y.13.HD., 24.9.1981 T.,1981/4832 E., 1981/6005 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.434-435). Oysa ki, davacının suyunun kesilmesi, bir evi oturulamaz hale getirmesi nedeniyle, konut dokunulmazlığının ve yerleşme özgürlüğünün ihlalidir. Bkz Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.860-861. Bu yönde bir karar için bkz. Y.3.HD., 20.9.1963 T., 1963/8119 E., 1963/6633 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.590).

⁷⁴⁶ Y.4.HD., 23.5.1967 T., 1967/3189 E., 1967/4396 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.581).

⁷⁴⁷ Y.4.HD., 1.12.1976 T., 1976/1911 E., 1976/10554 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.647).

⁷⁴⁸ Y.15.HD., 17.2.1977 T., 1977/247 E., 1977/353 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁷⁴⁹ Y.11.HD., 19.1.1998 T., 1997/9470 E., 1998/132 K. (ABD., 1998/3, s.148).

⁷⁵⁰ Y.13.HD., 15.4.2003 T., 2003/15009 E., 2003/4574 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁷⁵¹ Y.4.HD., 17.3.2005 T., 2004/78628 E., 2005/2700 K. (Yargı Dünyası, S.119, Kasım 2005, s.94 vd.)

yaptığı sırada kişinin çantasının çalınması⁷⁵² hallerinde manevi tazminata hükmedilemeyeceğine karar vermiştir.

Ancak kişilikle ilgili olmayan bu yükümlülüklerin ihlali bazen alacaklının kişilik hakkının ihlal edilmesine neden olabilir⁷⁵³. Bu istisnai hallerden birisi, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı sonucu alacaklının beden bütünlüğünün ihlal edildiği hallerdir⁷⁵⁴. Sözleşmeye aykırı davranıldığı için kalp krizi veya felç geçiren, sinirsel bir hastalığa yakalanan alacaklı, “uygun illiyet bağının” bulunması koşuluyla, beden bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkı ihlali sonucu uğradığı manevi zararın tazmin edilmesini talep edebilir⁷⁵⁵.

Diğer istisnai hal, borçlunun borcunu gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle alacaklının ticari itibarının sarsıldığı hallerdir⁷⁵⁶. Ticari itibarın sarsıldığına kabul edilebilmesi için, tacirin ödeme gücüne veya ticari yeteneğine ilişkin toplum tarafından verilen değeri azaltacak davranışların bulunduğu tespit edilmelidir. Tacirin, kendisi hakkındaki subjektif değerlendirmelerinin objektif bir kavram olarak nitelendirilen ticari itibar bakımından önem taşımadığı da kabul edilmektedir⁷⁵⁷. Ticari itibarın sarsıldığına kabul edilmesinde, tacirin toplumun genelindeki saygınlığını yitirmesi değil, iş yaptığı sektör veya çevre bakımından ona duyulan güvenin ve saygının yitirilmesi önemlidir ve yeterlidir⁷⁵⁸.

Borçlunun borcunu zamanında yerine getirmemesi nedeniyle, alacaklının sırf bazı kişilere olan borcunu ifa edemez duruma düşmesi, ticari yaşamın rizikoları değerlendirildiğinde, ticari itibarının sarsıldığı anlamına gelmeyebilir⁷⁵⁹. Ancak mesleki ve ticari kişiliğini ihlal ederek, kişinin maddi varlığını geliştirme özgürlüğünü engelleyen davranışlar, ticari yaşamın katlanılması gereken

⁷⁵² 13.HD., 15.3.2005 T., 2004/17302 E., 2005/4053 K (Kazancı İçtihat Bankası).

⁷⁵³ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.779; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.49, N.75; Koller, **Genugtuung**, N.160, 130; Kılıçoğlu, M., **Sorumluluk Hukuku**, C.1, s.291; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.18; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.861; Geiser, **a.g.e.**, N.1.34 s.20.

⁷⁵⁴ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.779.

⁷⁵⁵ Serozan, **İfa Engelleri**, § 16, N.4, s.203; Koller, **Genugtuung**, N.162.

⁷⁵⁶ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.779. Ticari itibar hakkında bkz. Bölüm II, II, C, 4, c, (2), ii.

⁷⁵⁷ Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet**, s.62.

⁷⁵⁸ Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.121; Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet**, s.63.

⁷⁵⁹ Ancak tacir, bu nedenle üçüncü kişilere tazminat veya cezai şart ödemiş ise bu zararlar için tazminat talep edebilecektir. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.337.

rizikolarından değildir⁷⁶⁰. Örneğin, davalının sözleşmeye aykırı davranması yüzünden (örneğin ayıplı mal satması veya edimini zamanında yerine getirmemesi yüzünden) üçüncü kişilerle olan sözleşmelerden doğan borçlarını hiç veya gereği gibi ifa edemeyen davacının ticari itibarı sarsılabilir⁷⁶¹. Bu hallerde, ticari itibarının sarsıldığını (sözüne güvenilirliğini ve saygınlığını yitirdiğini) kanıtlayan davacı, diğer koşulları da gerçekleşmişse, manevi tazminat talep edebilir.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda⁷⁶², davalının, davacıya olan borcunu ödemediği kesinleşmiş ilamla sabit olmuş ve davacı bu borcun ifa edilmemesi nedeniyle, bankalara ve diğer kişilere olan borçlarını ödeyemez hale gelmiş, bu yüzden iflas yoluyla takibe maruz kalmış ve bankalardaki kredileri kesilmiş, Devlete olan vergi borçlarını ödeyemez hale geldiği için hapisle tazyik edilmiş, ayrıca davalı Cumhuriyet Savcılığına yaptığı tebligatta davacıyı suistimale itham etmiş ancak sonradan davacının en küçük suistimalinin bile olmadığını beyan etmiştir. Yargıtay, davalının bu davranışları yüzünden davacının kişilik hakkının ihlal edildiğini ve bu yüzden manevi zarara uğradığını dikkate alarak, manevi tazminata hükmedilmesini yerinde bulmuştur.

İbraz edilen çekin haklı bir neden olmaksızın ve karşılığı bulunduğu halde banka tarafından ödenmemesi de keşidecinin ticari itibarını sarsar⁷⁶³. Çünkü karşılıksız çekin keşide edildiği Banka tarafından Merkez Bankasına bildirilecek, Merkez Bankası da durumu diğer bankalara duyuracaktır (Çek Kanunu m.9). Ayrıca keşideciye çek karnesi verilemeyecek (Çek K. m.7, 13), keşideci cezai yaptırımlara (Çek K. m.16) maruz kalacaktır⁷⁶⁴. Bu sonuçlar ise, yaptığı iş çevresinde keşideciye

⁷⁶⁰ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.779; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.135.

⁷⁶¹ Y.11.HD., 12.11.2001 T., 2001/5879 E., 2001/8933 (Kazancı İçtihat Bankası).

⁷⁶² Y.TD., 10.5.1958 T., 1958/4015 E., 1958/1298 K. (Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.858-859).

⁷⁶³ Keşideci ile Banka arasındaki çek sözleşmesi, genel hükümlere tabi bir sözleşmedir. Bkz. Hüseyin Ülgen, Mehmet Helvacı, Abuzer Kendigelen, Aslan Kaya, **Kıymetli Evrak Hukuku**, (Ders Kitabı), 2. Tıpkı Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005, s.187, N.14; Abuzer Kendigelen, **Çek Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, Arıkan 2005, s.57. 3167 sayılı Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun (Çek Kanunu) ile çek hamillerinin korunmasına dair tedbirler ve uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir. (RG., 3.4.1985 T., 18714 S). Çek Kanunu'nun 4.maddesine göre (26.2.2003 T ve 4814 S. Kanunun 3.mad. ile değişik), Banka, koşullarına uygun ve karşılığı olan çeki, muhatap bankanın bir şubesine ibraz edildiğinde hamilin vergi kimlik numarası saptandıktan sonra öder (m.4 f.II c.2).

⁷⁶⁴ Çek K.m.16c'ye göre (26.2.2003 T ve 4814 S. K m.17 ile değişik), 8.maddeye göre düzeltme hakkını kullandığında veya dava açılmadan 17.f.I b.2'deki tutarı ödendiğinde ceza davası açılmaz. Dava açıldıktan sonra hüküm verilinceye kadar veya hüküm verilmiş ise kesinleşinceye kadar ödeme

duyulan güvenin sarsılmasına neden olacaktır. Bu nedenle, keşideci, çek sözleşmesi gereği, karşılığı bulunduğu halde çek bedelini ödemeyen Bankadan⁷⁶⁵ kişilik hakkı ihlali nedeniyle manevi tazminat talep edebilir⁷⁶⁶. Bankanın ayrıca Çek Kanunu gereğince doğan diğer yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde de müşterilerinin ticari itibarı sarsılabilir. Yargıtay kararına konu olan olayda⁷⁶⁷, banka, Çek Kn.m.8 gereğince düzeltme hakkını kullanan ancak çek karnelerini henüz ibraz etmeyen müşterisi için, yasal süre dolmadan, suç duyurusunda bulunmuştur. Yargıtay, bir güven kurumu olan bankanın işlemlerini yaparken özen yükümlülüğünü yerine getirmesi ve müşterilerinin yasal haklarını kullanmasını beklemesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, bankanın yasal süreyi beklemeden müşterisinin yargılanmasına neden olmasını, özen yükümlülüğüne aykırı ve müşterinin ticari itibarını sarsan bir davranış olarak nitelendirmiştir.

Kişilik değerlerinin korunmasını veya teşvik edilmesini amaçlayamayan yükümlülüklerin ihlali, alacaklının iç huzurunun, manevi bütünlük değerinin ihlal edilmesine de neden olabilir. Özellikle kişilik değeri olmadığı için kişilik hakkı kapsamında korunmayan manevi değerlerin ihlali halinde, alacaklı, iç huzurunun ihlal edildiğini, bundan dolayı derin bir acı ve üzüntü duyduğunu, manevi zarar ile sözleşmeye aykırılık halinde uygun illiyet bağı bulunduğunu ispatladığında, manevi tazminata hükmedilebilir⁷⁶⁸. Sırf maddi tazminat ile telafi edilebilecek sözleşmeye aykırılık hallerinde ise, manevi tazminata hükmetmeye gerek yoktur⁷⁶⁹. Yargıtay düğün fotoğraflarının çekmeyi taahhüt eden fotoğrafçının kararlaştırılan şekilde fotoğraf çekmemesi ve bir kısım fotoğrafların yanmasına neden olması halinde, davacıların manevi tazminat taleplerini, “(..) *Eyleminin ne şekilde davacıların kişisel haklarını (kişilik hakkını) haleldar ettiği açıklanmadığı gibi, anılan eylemlerin,*

yapılırsa ceza davası düşer (m.17 f.II, III). Hüküm kesinleştikten sonra ödeme yapılırsa, bütün cezai sonuçları ile birlikte hüküm ortadan kalkar. (m.17 f.IV)

⁷⁶⁵ Banka ayrıca Çek K.m.15 gereğince, bu Kanundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmeyen Banka hakkında adli para cezasına hükmolunur.

⁷⁶⁶ Kendigelen, **a.g.e.**, s.66. Y.11.HD.,2.5.2005 T., 2004/7754 E., 2005/4462 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.11.HD., 12.7.2005 T., 2004/19759 E., 2005/7554 K. (Kazancı İçtihat Bankası); YHGK., 18.10.1995 T., 1995/11-666 E., 1995/836 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.11.HD., 27.6.1995 T., 1995/4049 E., 1995/5477K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.11.HD., 29.4.1993 T., 1992/1551 T., 1993/2925 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁷⁶⁷ Y.11.HD., 6.5.2003 T., 2002/12921 E., 2003/4531 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁷⁶⁸ Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.110. Ayrıca bkz. Bölüm II, III, C.

⁷⁶⁹ Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.111.

kişisel haklara saldırı niteliğinde bulunduğu da kabulüne olanak yoktur” gerekçesi⁷⁷⁰ ile reddetmiştir. Bu gerekçeye katılmamız mümkün değildir. Özellikle düğün törenlerinde, bu anın bir daha yaşanmasının olanaksızlığı ve aynı pozların elde edilemeyeceği karşısında, bu tür olaylarda, davacıların iç huzurlarının bozulduğu kabul edilmelidir⁷⁷¹. Elde edilecek fotoğraflar aynı zamanda özel bir anı somutlaştırması ve geleceğe taşınması nedenleri ile anı niteliği de taşıyacaktır. Davalının sözleşme gereğince özen yükümlülüğüne aykırı bir şekilde davranışı, davacıların iç huzurlarının bozulmasına neden olacaktır. Yargıtay, daha sonraki kararlarında ise içtihadını değiştirmiştir: “(...) davacının nikâh töreni öncesi stüdyoda çekilen resimlerinin kaybı ya da savunmaya göre yanması söz konusudur. Her iki halde de nikâhın insan yaşamında özel önem taşıyan, tekrarlanması ve telafisi mümkün olmayan anlardan olması karşısında kişide yaratacağı üzüntü hayatın olağan akışına uygun olduğu gibi, edimini yerine getirmeyen davalının bu üzüntüyü hafife alması ve kayıtsız davranışlar göstermesi de davacının kişilik haklarını zedeleyici nitelikte görülmüştür.” gerekçesiyle manevi tazminata karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁷⁷². Aynı yönde bir kararda ise, “Kişilerin yaşamlarında çok özel bazı gün ve anılar bulunmaktadır. Bir ömür boyu bu gün ve anılar yaşamın parçası olarak kişileri çeşitli yönlerde etkiler. Örneğin, doğum, ölüm, nişanlanma, evlenme ve benzeri gibi günler ve bunların yarattığı anılar, kişiliğe bağlı olup, kişisel hak, maddi ve manevi çıkarlar sağlarlar.” gerekçesiyle, “evlenme günlerindeki görüntüleri belgeleyen ve ilerde kendileri ve yakınları için büyük bir hatıra olan fotoğrafların ellerine geçmemesinin davacılar da yaratacağı üzüntü küçümsenemeyeceği gibi, yaşamları boyunca üzülmelerine neden olacağı” tespit edilmiş ve manevi tazminata hükmedilmiştir⁷⁷³. Yargıtay, başka bir kararında da, düğün görüntülerinin çekimlerini yapma edimini üstlenen ancak düğün kasetini boş olarak teslim eden kişiye karşı açılan manevi tazminat davasını kabul etmiştir⁷⁷⁴.

Sonuç olarak, kişilik değerlerinin korunmasını veya teşvik edilmesini amaçlayamayan yükümlülüklerin ihlali halinde, alacaklı, ancak söz konusu davranış

⁷⁷⁰ Y. 13.HD., 18.03.1999 T., 1713/2080 (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.455).

⁷⁷¹ Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.108-111.

⁷⁷² YHGK., 13.6.2001 T., 2001/15-498 E., 2001/508 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁷⁷³ Y.15.HD., 2.4.1992 T., 1991/4746 E., 1992/1740 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁷⁷⁴ Y.15.HD., 31.01.2005 T., 2004/3048 E., 2005/345 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

yüzünden kişilik hakkının ihlal edildiğini ispatlarsa, manevi tazminat talep edebilir. Başka bir deyişle, sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle alacaklının kişilik hakkı ihlal edilmemişse, manevi tazminat talep edilemez.

Aşağıda özellikle uygulamada ve doktrinde tartışmalı olan bazı özel sorunlarda manevi tazminat talep edilip edilemeyeceği incelenecektir.

b. Eşyaya Zarar Verilmesi Halinde ve Eşyayı Kullanma Olanığının Kaybı Halinde

(1). Eşyanın Zarar Görmesi Halinde

Bir eşyanın sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle zarara uğraması halinde, kural olarak manevi tazminat talep edilmez⁷⁷⁵. Çünkü eşya, hak sahibinin malvarlığı değerleri arasında yer almaktadır ve onun üzerindeki hak, kişilik hakkı değil, mülkiyet, sınırlı ayni hak veya alacak hakkı gibi malvarlığı haklarından. Manevi tazminat ise ancak hak sahibinin kişilik hakkı ihlal edildiğinde talep edilebilir. Diğer yandan, eşyanın zarar görmesi halinde, hak sahibinin sıkıntıya düşmesi, sinirlenmesi, kızması da mümkündür⁷⁷⁶. Ancak bu duygusal tepkiler, kişilik hakkının ihlal edilmesi nedeniyle ortaya çıkmadığı için manevi tazminat talep edilemez⁷⁷⁷. Kaldı ki, bu sıkıntılar, genelde, kişinin yaşam sevincini ortadan kaldıracak, onu derinden sarsacak boyutta da değildir. Bu nedenlerle, eşyanın zarar görmesi halinde, hak

⁷⁷⁵ Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.200; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, s.496; Becker, **Berner Kommentar**, Art.49, N.6; Nisim Franko, “Manevi Zararın Mahiyeti ve Ceza Kanununda Tazmini Sureti Hakkında Bir Tetkik”, **Dicle ÜHFD**, C.2, 1984, s.133-151; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.24. Y.4.HD, 5.11.1998 T, 1998/8323 E. 1998//8490 K.(Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.458); Y.4.HD, 20.12.1993 T., 1993/3625 E., 1993/14984 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.477-478); Y.4.HD., 16.3.1983 T, 1983/1365 E., 1983/2749 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.514); Y.4.HD, 28.5.1981 T., 1981/5229 E., 1981/7777 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.435-436); Y.4.HD, 19.03.1976 T., 1976/6441 E., 1976/3677 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.563).

⁷⁷⁶ Y.4.HD, 15.9.1983 T, 1983/6358 E., 1983//7408 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.512-513); Y:4.HD, 19.03.1976 T.,1976/ 6441 E., 1976/3677 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.563).

⁷⁷⁷ “Gerçi mal varlığına yönelen bir eylem kişiyi az veya çok manevi bir üzüntüye düşürebilir. Fakat böyle bir üzüntü Borçlar Kanununun 49 ve Medeni Kanunun 24.maddelerinde korunan kişisel hakların (kişilik hakkının) ihlalden doğmuş bir eylem niteliğinde değildir.” Bkz. Y.4.HD., 25.2.1988 T., 1988/10365 E., 1988/1820 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.428-430).

sahibi, koşulları gerçekleşmediği için kural olarak, manevi tazminat talep edilemeyecektir.

Ancak istisnai olarak, bazı eşyalar ile hak sahibi arasındaki duygusal bağlılık ilişkisi bulunabilir. Kişi ile eşya arasındaki para ile ölçülemeyen duygusal bağlılık dolayısıyla hak sahibinin eşyaya verdiği manevi bir değer (Affektionswert) bulunmaktadır⁷⁷⁸. İşte bu hallerde, eşyanın, hak sahibinin manevi kişilik değerleri arasında yer aldığı ve hak sahibinin bu değerlerin zarar görmemesi şeklinde korunmaya değer bir menfaatinin bulunduğu kabul edilmektedir⁷⁷⁹. Eğer hak sahibi için böyle bir manevi değeri olan eşya, sözleşmeye aykırı davranış sonucu zarar görürse, hak sahibi, diğer koşullar da gerçekleşmiş ise manevi tazminat talep edebilecektir. Bu ihtimalde, manevi tazminat BK m.49'a kıyasen talep edilebilecektir. Çünkü BK m.49, genel bir hükümdür; bu kişilik değerinin ihlali halinde manevi tazminat talep edilebileceğini düzenleyen başka bir hüküm bulunmadığından, BK m.49'un koşullarının gerçekleşmesi gerekmektedir.

Zarar gördüğünde manevi tazminat talep edilebilecek eşyalar, doktrinde şu alt başlıklar altında toplanmaktadır: Anı değeri olan eşyalar ve ev hayvanları. Ayrıca somut olayda, eşya niteliği taşıyabilecek resim, fotoğraf, mektup vb.⁷⁸⁰ de bu başlık altında incelenecektir.

i. Aile Hatırası Olan Eşyalar

⁷⁷⁸ “Manevi tazminat talebi yönünden ise davacının manevi değeri haiz eşyalarının çalınıp çalınmadığı değerlendirilerek hükme varılmalıdır.” Bkz. Y.15.HD., 19.10.2004.T, 2004/1204 E., 2004/5229 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁷⁷⁹ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.790; Aebi-Müller, **a.g.e.**, s.42; Christoph Thurnheer, Sanna Maas, **Haftpflichtrecht**, Kurz gefasste Darstellung (Repetitorium), Tafeln, Übungen mit Lösungen, Zürich, orell füssli Verlag AG, 2005, s.79; Weber, **Berner Kommentar**, Art.97, N.195; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 8 N.46; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.323; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, s.466.

⁷⁸⁰ Doktrinde yapılan tanıma göre, eşya, üzerinde ferdi hakimiyet sağlanabilecek, iktisadi bir değer taşıyan, kişi dışı cismani varlıklardır. Bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, s.6. Resim, fotoğraf ve mektuplar, iktisadi bir değer taşımayabilir ve bu nedenle eşya niteliği taşımayabilir.

Manevi kişilik değerleri arasında özellikle, kişinin ailesinden kalan hatıra değeri olan takılar, madalyalar, belgeler⁷⁸¹ yer almaktadır. Bu tür değerler üzerinde kişilik hakkı olduğu, bu değerlerin zarar görmesi, kaybolması, yok edilmesi nedeniyle hak sahibinin kişilik hakkının ihlal edildiği kabul edilmektedir⁷⁸². Korunan menfaat, hak sahibinin söz konusu ailesinden kalan hatıraları taşımak, bu sevinci ve gururu yaşamak, onu belki de gelecek kuşaklara taşımaktır. Aile hatırasının yok edilmesi ile artık onun yerine başka bir şey konulamayacak, telafisi imkânsız bir durumla karşılaşılacaktır⁷⁸³.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda, davacı, anneannesinden hatıra olarak kalan taşı, bir kolye yaptırmak için malzemeleriyle birlikte davalıya teslim etmiş, davalı ise, kolyeyi takside unutmuştur. Davacı, büyükannesinin hatırasını taşımak istemi, sevinci ve gururu içerisinde beklentisine ulaşamadığını ileri sürerek yaşadığı üzüntüden dolayı manevi tazminat talep etmiştir. Yargıtay, davalının ağır kusurlu olduğunu belirtmiş ve “*davacının yukarıda belirtilen ve üzüntüsüne dayanak yapılan beklentisi hayatın olağan akışına uygun olup korunması gerekli tabii hakkıdır. Gerçekten BK.nun 49.madde hükmü gereğince şahsi menfaatleri(kişilik hakkı) haleldar olan kimse, ... manevi tazminat talep edebilir.*” gerekçesiyle, manevi tazminat ödenmesi gerektiğine karar vermiştir⁷⁸⁴. Yargıtay’ın bir başka kararında⁷⁸⁵, hatıra değeri olan eşyaların yanmasının, kişinin eşya ile olan gönül bağlılığının oluşturduğu ruh bütünlüğü ve rahatlığının sonucundaki mutluluğunu olumsuz yönde etkilediğini belirtmiş ve BK m.49 gereğince manevi tazminatın kabul edilmesi gerektiğine karar verilmiştir.

⁷⁸¹ Davacı, davalı resmi kuruma tarihi değeri olan nadide koleksiyonları arasında bulunan üç belgeyi vermiştir. “*Bunlar davacının memlekete değerli kimseler yetiştirmiş bir yüksek okulun ilk kuruluşu tarihinde verdiği ilk mezunlardan birincisi olan babasına ait şahadetname ve tayin buyrultusunda ilk mezunlar listesi olup, Milli Eğitim tarihi bakımından gerçekten çok değerlidir. Bunların davacının babasına ait olması onlara ayrıca önemli bir aile hatırası mahiyetini de vermektedir.*” Yargıtay, somut olayda, bunları kaybeden davalının davranışının, davacının kişilik hakkını ağır bir biçimde ihlal ettiğini tespit etmiştir. Yargıtay’a göre, K m.98 f.II yoluyla BK m.49 kıyasen uygulanarak, manevi tazminata hükmedilmelidir. Bkz. Y.4.HD., 10.5.1958 T., 1958/1235 E., 1958/1321 K. (Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, s.291-292).

⁷⁸² Hatemi, **Fasiküller**, § 20. N.113; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.24.

⁷⁸³ Hatemi, **Fasiküller**, § 20. N.113; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.19.

⁷⁸⁴ Y.15.HD., 6.4.1988 T., 2698/1768 (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.625-626). Ayrıca bkz. Y.4.HD., 10.5.1958 T., 1235/3121 (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.604-605).

⁷⁸⁵ Bkz. Y.4.HD., 14.12.1998 T., 1998/7259 E., 1998/10232 K. (Kılıçoğlu, **Sorumluluk Hukuku**, C.1, s.143-144).

ii. Resim, Fotoğraf, Mektup vb.

Kişinin resimleri, fotoğrafları, mektupları da sözleşmeye aykırı davranış ile tahrip edilebilir, yırtılabilir, kaybedilebilir. Kişinin resmi üzerinde bir kişilik hakkı olduğu kabul edilmektedir⁷⁸⁶. Çünkü resim, kişiliği dışa yansıtan önemli bir araçtır. Resim üzerindeki hak, MK m.24–25 ve BK m.49 dışında Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu ile de korunur⁷⁸⁷.

Doktrinde, resim üzerinde bağımsız bir kişilik hakkının bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Bazı yazarlar⁷⁸⁸, ancak hak sahibinin şeref ve haysiyeti ihlal edildiğinde veya özel yaşam alanına saldırıda bulunulduğunda resim üzerindeki kişilik hakkının ihlal edildiğini kabul etmektedir. Yargıtay da kararlarında resmin yayınlanmasının ya şeref ve haysiyeti ihlal etmesini veya kazanç elde etme amacıyla resmin yayınlanmış olduğu kanısını uyandırmasını aramaktadır⁷⁸⁹. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre⁷⁹⁰, hak sahibinin, kişiliğini dış dünyaya yansıtan önemli araçlardan biri olan resim, diğer kişilik değerlerinden bağımsız kişilik değeridir. Bu nedenle, resim ve benzeri bir şekilde kişiyi tasvir eden şekillerin hak sahibinin izni olmaksızın veya izninin kapsamı dışında kullanılması, bozulması yeterlidir. Somut olayda, hak sahibinin aynı eylem ile hem resmi üzerindeki hakkı hem de şeref ve haysiyeti veya özel alanı ihlal edilmiş de olabilir.

Kişinin görüntüsünü nakle yarayan araçları resim ile sınırlamamak gereklidir; kişinin görüntüsünü dışa yansıtan her türlü görüntü aracı bakımından da bu sonuçlar geçerlidir. Bu nedenle, kişinin görüntüsünü dışa yansıtan fotoğraf, karikatür, heykel gibi sabit araçların dışında, sinema tekniği ile elde edilen CD, disket, kaset vb.

⁷⁸⁶ Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s.95-96; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.132; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.135; Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, BetaBasım yayım Dağıtım A.Ş., 2002, s.250, N.13; Meili, **Basler Kommentar ZGB I**, Art.28, N.19; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.72; Arpacı, **a.g.e.**, s.123 ; Geiser, **a.g.e.**, s.38 ; Riemer, **Personenrecht**, § 13, N.359; İmre, “Özel Hayat”, s.163. Hak sahibinin at üzerinde çekilmiş bir fotoğrafının iktidarsızlığa karşı kullanılan bir ilacın reklamında kullanılmasını Alman Federal Mahkemesi, şeref ve haysiyeti ihlal eden bir fiil olarak nitelendirmiştir. Bkz. BGHZ 26. 349.

⁷⁸⁷ Resim üzerindeki hak, MK m.24-25, BK m.49 dışında FSEK m.86 ile de korunmaktadır. Resim , FSEK m.2 vd. gereğince eser niteliğinde ise, hak sahibinin eser üzerindeki fikri hakkı, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun ilgili hükümleri çerçevesinde korunur. Bu konuda bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s.109 vd, 249 vd.; Halil Arslanlı, **Fikri Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1954, s.56 vd.

⁷⁸⁸ Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.43 ; Riemer, **Personenrecht**, § 13, N.359; İmre, “Özel Hayat”, s.163.

⁷⁸⁹ YHGK., 3.10.1990 T., 1990/4-275 E., 1990/459 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.421 vd.); Y.4.HD., 1.11.1988 T., 1988/6227 E., 1988/9120 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.425-426); Y.4.HD., 1.3.1988 T., 1988/89 E., 1988/1996 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.427); Y.2.HD., 29.1.1976 T., 1976/9403 E., 1976/625 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.437-438).

⁷⁹⁰ Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s.98; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.132; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.74; Egger, **a.g.e.**, Art.28, N.45.

üzerine kaydedilen görüntüler üzerinde de görüntüsü yansıtılanın hak sahipliği söz konusudur⁷⁹¹.

Mektuplar, günlükler ve anı yazıları da kişinin özel hayatının ve kişiliğinin parçasını oluşturur⁷⁹². FSEK m.85, eser niteliğinde olmasa bile mektup, anı yazısı ve benzerleri bakımından koruma getirmektedir⁷⁹³. Mektup vb.ni izin almadan yayımlayandan, BK m.49 gereğince manevi tazminat talep edebilir. Örnek olarak, saklaması için verilen kişinin, mektupları okunması, okunamaz hale getirmesi, yırtması gibi davranışları, mektup sahibinin kişilik hakkını ihlal eder. Zira vedia sözleşmesi niteliği olan bu sözleşme ilişkisinde, vedia alanın vediayi özenle koruma, vedia veren izin vermedikçe vediayi kullanmama borcu bulunmaktadır(BK m.463 f.I, 465 f.I). Bu borca aykırılık halinde, vedia alan, kullanmamış olsa bile zararın meydana geleceğini ispat etmedikçe, kazadan doğan zarardan da sorumludur (BK m.465 f.II).

iii. Hayvanların Öldürülmesi veya Yaralanması Halinde

Alman Medeni Kanunu⁷⁹⁴, Avusturya Medeni Kanunu⁷⁹⁵ ve İsviçre Medeni Kanunu'nun⁷⁹⁶ aksine, Türk hukukunda hayvanların eşya niteliği taşımadığını

⁷⁹¹ Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s.96; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.72-73.

⁷⁹² Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s.250, N.10.

⁷⁹³ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 85.maddesine göre, "eser mahiyetinde olmasa bile, mektup ve buna benzer yazılar yazarların ve bunlar ölmüş ise 19 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı kimselerin muvafakati olmadan yayımlanamaz. Meğer ki, yazarın ölümünden itibaren on yıl geçmiş bulunsun. (f.I) Mektuplar birinci fıkradaki şartlardan başka muhatap veya muhatap ölmüş ise 19 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı kimselerin muvafakati olmadan yayımlanamaz; meğer ki, muhatabın ölümünden itibaren 10 yıl geçmiş bulunsun.(f.II). Yukarıdaki hükümlere aykırı hareket edenler hakkında Borçlar Kanununun 49 uncu maddesi ve Ceza Kanununun 197 ve 199 uncu maddeleri hükümleri uygulanır (f.III). Birinci ve ikinci fıkraya hükümlerine göre yayımın caiz olduğu hallerde de Medeni Kanunun 24 üncü maddesi hükmü mahfuzdur. (son f.)". Mektup vb. FSEK gereğince eser niteliği taşımakta ise, eser sahibinin fikri hakkı, FSEK ilgili hükümlerince korunur. Bu konuda bkz. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, s.250, N.10 vd.; Arslanlı, **Fikri Haklar**, s.56 vd.

⁷⁹⁴ Alman Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklik ile hayvanların eşya olmadığı açıkça kabul edilmiştir. BGB § 90a hükmüne göre, hayvanlar eşya değildir; özel hükümlere göre korunur; bu hükümlerde bir düzenleme bulunmaması halinde, eşyaya ilişkin hükümler, kıyasen uygulanır. (BGBl I 1762). Bkz. Palandt, **a.g.e.**, Art.90a, N.1; Jickeli, Stieper, **Staudinger's Kommentar**, § 90a, N.2 vd.; Schwab, Prütting, **Sachenrecht**, §1 N.4; Wolf, **Sachenrecht**, § 1, N.12.

⁷⁹⁵ Avusturya Medeni Kanunu'nun § 285 a hükmüne göre, hayvanlar eşya niteliği taşımaz; onlar, özel hükümler yolu ile korunur. Ancak, bu özel hükümlerde bir düzenleme olmadığında eşyaya ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. Bkz. <http://www.admin.ch/ch/d/vd/2002/4164.pdf>.

düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Türk doktrini ve Yargıtay, hayvanları eşya olarak kabul etmektedir⁷⁹⁷. Hayvan üzerindeki haklar, malvarlığı haklarındandır⁷⁹⁸.

Hayvanın ölmesi veya yaralanması sonucunda hak sahibinin uğradığı maddi zarar, maddi tazminat hükümlerine göre talep edilebilecektir. Ancak hak sahibinin hayvana beslediği sevgi, bağlılık gibi özel manevi hisleri, tazminatın belirlenmesinde göz önüne alınmayacaktır⁷⁹⁹. Acaba hak sahibi, çok sevdiği ev hayvanını veya çiftlik hayvanını yanlış tedavi uygulayarak öldüren veya işkence uygulayan veterinerden, manevi tazminat talep edebilecek midir?

Yargıtay, bir malvarlığı değeri olan hayvanın ölmesi veya yaralanması halinde hak sahibinin kişilik hakkı ihlal edilmediğinden manevi tazminata hükmedilemeyeceğine karar vermiştir⁸⁰⁰.

Kural olarak hayvanların zarar görmesi halinde hak sahibi manevi tazminat talep edemez⁸⁰¹. Ancak haksız fiil veya sözleşmeye aykırı davranış sonucu, sahibi için duygusal değeri olan (ev) hayvanlarının zarar görmeleri halinde manevi tazminat talep edilebilir. Dolayısıyla, bir çiftlik hayvanının tedavi edilmesine ilişkin sözleşmeye aykırılık dolayısıyla hayvanın ölmesi halinde hak sahibi manevi tazminat talep edemeyecektir. Çünkü çiftlik hayvanı ile hak sahibi arasında, kişilik değeri sayılabilecek manevi duygusal bir bağlılık bulunamaz. Oysa ev hayvanları, toplumsal

⁷⁹⁶ İsviçre Medeni Kanunu'nda da 04.01.2002'de yapılan ve 1.04.2003'te yürürlüğe giren değişiklik ile hayvanların bir eşya olmadığı (Art. 641a Abs.I ZGB) ve özel bir hüküm olmadıkça eşyaya ilişkin uygun hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir (Art. 641a Abs.II ZGB) (AS 2003 463 466; BBI 2002 4164 5806). Ayrıca bu değişiklik ile hayvanlar bakımından çeşitli düzenlemeler de yapılmıştır. Bkz. Art.482 Abs.4, 651a, 720a, 722, 728 Abs.1, 934 Abs.1 ZGB; Art.42 Abs 3, 43 Abs 1bis OR. Böylece, İsviçre kanun koyucusu, hayvanlar ile ilişkilerin toplumlarında büyük bir anlam taşıdığından hareketle, hayvanların tipik bir eşya değil, özel bir kategori oluşturduğunu kabul etmiştir. BBI 2002, 4164 (<http://www.admin.ch/ch/d/sr/220/a43.html>). Bkz: "Tier, kein sache–Dokumentation für den Nationalrat", 'çevirimiçi', <http://www.tierimrecht.org/de/tierkeinesache/schweiz/uebersicht.php> (17.5.2007).

⁷⁹⁷ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, s.7, 8. Yargıtay da bu görüştedir. Bkz.Y.4.HD., 18.01.1988 T., 1988/8372 E., 1988/299 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.431).

⁷⁹⁸ Kanaatimizce, olması gereken hukuk açısından, hayvanların canlı ve hissedebilen varlıklar olduğu göz önüne alınarak, onların tipik eşya niteliği taşımadığı ve ayrı özellikleri bulunduğunu düzenleyen özel bir yasal düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır.

⁷⁹⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.571; Jauernig vd., **a.g.e.**, §§ 229-253 N.5. BGE 94 II 51. Ancak Art.43 Abs 1bis OR ile (ev) hayvanına verilen manevi değer, tazminatın hesabında göz önüne alınacaktır.

⁸⁰⁰ Y.4.HD., 18.01.1988 T., 8372/299 (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.431); Y.4.HD., 25.2.1988 T. 1988/10365 E., 1988/1820 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.429-430. Thurgau Obergericht de, bir köpeğin öldürülmesi nedeniyle sahibinin manevi tazminat talep edemeyeceğine karar vermiştir. Bkz. SJZ 1966, s.328329.

⁸⁰¹ Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.114; Aebi-Müller, **a.g.e.**, s.42; Thurnheer, Maas, **Haftpflichtrecht**, s.79, 88; Koller, **Genugtuung**, N.158; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.21; Oftinger, Stark, **B.I.**, § 8, N.40.

yaşamda bir çok örnekleri görüldüğü gibi, ailenin adeta bir üyesi gibi sevilmekte; onunla ilgilenilmekte ve ona bağlanılmaktadır⁸⁰². Burada hayvanın bakılmasının ve evde barındırılmasının nedeni, hayvandan kazanç elde etme değil, manevi gereksinimlerinin sağlanmasıdır. Ancak bir kimsenin çok bağlı olduğu bir ev hayvanının öldürülmesi, hak sahibinin manevi bütünlüğüne, iç huzuruna ciddi bir şekilde zarar verebilir. Bu gibi durumlarda, BK m.49 dolayısıyla manevi tazminat istenmesi mümkün görülmelidir⁸⁰³. Çünkü ihlal edilen, talepte bulunanın manevi kişilik değeri üzerindeki kişilik hakkıdır⁸⁰⁴. Bu nedenlerle, ev hayvanlarının zarar görmesi halinde, hak sahibine manevi tazminat talep yetkisi verilmelidir⁸⁰⁵. Bu sonuç, kişilik hakkının konu olduğu değerleri tek tek saymayıp genel-çerçeve bir hükümle bu değerleri koruyan hukuk sistemimize de uygundur. Hakim, somut olaya göre değerlendirme yaparak, söz konusu hayvanın talepte bulunan için kişilik değeri olabilecek kadar güçlü ve yüksek bir manevi değeri olup olmadığını belirleyecektir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan değişiklik ile ev alanında ve maddi veya kazanç elde etme amacı olmaksızın beslenen ev hayvanlarının, değerlerini aşan tedavi masraflarının da zarar olarak talep edilebileceği (Art.42 Abs.3 OR)⁸⁰⁶; bu tür hayvanların ölümü ve yaralanması halinde ise, onun sahibi veya yakınının hayvana verdiği manevi değer (Affektionswert) de tazminatın hesabında göz önüne alınacağı (Art.43 Abs 1bis OR) düzenlenmiştir⁸⁰⁷. Gereğe göre⁸⁰⁸, hayvan ile insanlar arasındaki duygusal ilişkiler korunmaya değer bir hukuki değerdir. Hak sahibi, tamamen kişisel olan, maddi veya kazanç elde etmek amacı taşımaksızın barındırmakta olduğu ev hayvanına çok yüksek bir değer biçmektedir ve bunun

⁸⁰² Roland Brehm, “Les nouveaux du détenteur en cas de lésyon subie par son animal (Art.42.AL. 3 et 43 AL.1bis CO)”, **HAVE**, 2003, s.122.

⁸⁰³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.571; Aebi-Müller, **a.g.e.**, s.42; Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.114; Thurnheer, Maas, **Haftpflichtrecht**, s.79, 88; Koller, **Genugtuung**, N.158; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.21; Oftinger, Stark, **B.I.**, § 8, N.40.

⁸⁰⁴ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.49, N.72; Koller, **Genugtuung**, N.158; Roberto, **Haftpflichtrecht**, § 34, N.917; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.21; Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.114.

⁸⁰⁵ BBI 2002 4164 (<http://www.admin.ch/ch/d/sr/220/a43.html>).

⁸⁰⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Brehm, **Berner Kommentar**, Art.42, N.67 vd.; Roland Brehm, “animal”, s.119 vd.

⁸⁰⁷ 04.01.2002 tarihli değişiklik, 01.04.2003 tarihi itibari ile yürürlüğe girmiştir. AS 2003 463 466; BBI 2002 4172 (<http://www.admin.ch/ch/d/sr/220/a43.html>). Bkz. Brehm, “Animal”, s.119.

⁸⁰⁸ BBI 2002 4172, 4164.

manevi değer (Affektionswert) olarak korunması gerekmektedir. Gerekçeye göre⁸⁰⁹, Art.43 Abs.1bis OR ile Art.49 OR arasında bir benzerlik bulunmaktadır. Her iki düzenleme de manevi zararın bir miktar para ödenmesi yolu ile kısmen de olsa denkleştirilmesini sağlar. Art.47 OR’de ise, bir insanın ölmesi veya beden bütünlüğünün ihlal edilmesi halinde doğan manevi zararın giderimi düzenlenmiştir. Art.43 Abs.1bis OR ise, hayvana verilen manevi değer, (maddi) tazminatın (Schadensersatz) belirlenmesinde dikkate alınacağını düzenlemektedir. Bu düzenlemenin sistematik yeri göz önüne alındığında hayvana verilen manevi değer, maddi tazminatın belirlenmesinde dikkate alınacağı anlaşılmaktadır⁸¹⁰. Ancak doktrin, hayvana işkence yapılması halinde, bu davranışın aynı zamanda malikin kişilik hakkı ihlali olarak görülebileceğini ve onun manevi tazminat talep edebileceğini belirtmektedir⁸¹¹. Doktrinde bir görüşe göre ise⁸¹², Art.43 Abs.1bis OR’ye göre hükmedilecek tazminat, öncelikle ölen hayvanın maddi değerini veya yaralanması halindeki tedavi masraflarını karşılar. Ayrıca Art.43 Abs.1bis OR kapsamında olan hayvanların (ev alanında ve kazanç elde etme amacı olmaksızın beslenen, barındırılan hayvanların) ölümü veya yaralanması halinde hak sahibinin duyduğu acı ve üzüntüye karşılık ödenecek tazminat ise, manevi tazminattır. Burada göz önüne alınacak ölçütler, hayvanın ne şekilde, nasıl yaralandığı, kalıcı sakatlık olup olmadığı, sahibi tarafından ne kadar süreyle bakıldığıdır. Ancak bir insanın ölümüne veya yaralanması halinde alınacak manevi tazminat ile hayvanın ölümünde veya yaralanması halinde alınacak manevi tazminat asla aynı değerde olamaz. Tazminat elde edilme koşulları, hayvanlara göre insanlar için çok daha geniştir.

⁸⁰⁹ BBI 2002 4172, 4164.

⁸¹⁰ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. Zu Art.47/49, N.125, Art.49, N.784; Schwenger, **Obligationenrecht**, N.18.04; Gurzeler, **a.g.e.**, s.89 ve dipnot 373’te belirtilen kaynaklar. Fransız Hukukunda da, hayvanın öldürülmesi halinde, hak sahibinin duygusal menfaatinin tazminat miktarına yansıtılacağı kabul edilmektedir. Bkz. Soll, **Gutachten**, s.81-82. Alman Hukukunda ise, manevi tazminat ancak kanunda belirtilen hallerde talep edilebilecektir. Duygusal değeri olan hayvanın veya eşyanın zarar görmesi halinde hak sahibinin manevi tazminat talep edebileceğini düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrin, bu halde sahibinin bir eşyaya veya hayvana verdiği değer maddi tazminatın hesabında dikkate alınmayacağını belirtmektedir. Ancak mümkün ve caiz (BGB § 251 Abs.2) ise, aynen tazmin, örneğin, eşyanın tedariki, talep edilebilecektir Bkz. Deutsch, **Schmerzensgeld**, s.224.

⁸¹¹ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.790; Schwenger, **Obligationenrecht**, N.18.04 Eskimoköpeklerine haksız bir şekilde el konulması ve bazılarının kısırlaştırılması üzerine hayvan yetiştiricilerinin manevi zararı doğduğu hakkında bkz. BGE 17.5.2002 T., 2.P.25/2002.

⁸¹² Brehm, “Animal”, s.122.

Türk Hukukunda ise, ortaya çıkan sorunlar ancak manevi tazminat ile çözümlenebilecektir.

(2) Eşyayı Kullanma Olanasının Kaybı Halinde

Hak sahibinin malvarlığı değerleri arasında yer alan eşya, sözleşmeye aykırı davranış sonucunda tamamen telef olabileceği⁸¹³ gibi kısmen de hasara uğrayabilir⁸¹⁴. İlk halde zarar, eşyanın yerine yenisinin ikamesi için gerekli olan meblağ; ikinci halde ise, öncelikle tamir masraflarını ve tamir edilmekle birlikte değerinde düşme olmuş ise bu meblağ kadardır. Ayrıca zararın artmasını önlemek üzere yapılan masraflar, eşyanın yerine yenisi gelinceye veya eşya tamir edilinceye kadar başka bir eşyanın kullanılması için yapılan masraflar, bu süredeki kâr kaybı gibi uygun illiyet bağı çerçevesinde doğan diğer zararlar da tazmin edilebilecektir⁸¹⁵. Tüm bu hallerde, talep edilecek olan tazminat, maddi tazminattır. Çünkü zarar verici fiil sonucunda hak sahibinin malvarlığının rızası dışında azalması söz konusudur. Alman hukukunda taraftar bulan normatif zarar görüşü ise, malvarlığında bir azalma meydana gelmese bile, sırf bazı malları kullanma olanağından yoksun kalınmasının da bir zarar olduğunu belirtmektedir. Bu görüşe göre, ekonomik hayattaki gelişmeler bazı unsurların da malvarlığı unsuru sayılmasını ve bu unsurların zarar görmesi halinde maddi zararın doğacağını kabul edilmesini sağlar. Bu halde maddi zarar açısından yapılan değerlendirme hukuki bir değerlendirmedir⁸¹⁶. Alman Federal Mahkemesi de bir eşyanın kullanma olanağının kaybı dolayısıyla uğranılan

⁸¹³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.570 vd.; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.94; Merz, **Obligationenrecht**, s.194.

⁸¹⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.570 vd.; Merz, **Obligationenrecht**, s.195.

⁸¹⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.572; Merz, **Obligationenrecht**, s.195.

⁸¹⁶ Jauernig vd., **a.g.e.**, §§ 229-253 N.6; Gauch, Schlupe, Jaeggi, **a.g.e.**, N.2635; Zeytin, "Das Schmerzensgeld ohne Genugtuungsfunktion", s.72; Serozan, "Immateriellen Schadensersatz", s.57. Eşyayı kullanma olanağının kaybı halinde manevi zarar doğduğunu, bu hallerde BGB § 253'ün amaca uygun yorumlanması ile manevi tazminat talep edilebileceği hakkında bkz. Reiner Schulze, "Nutzungsausfallentschädigung zu Funktion und Grenzen des § 253 BGB", **NJW**, 1997/50, s.3340 vd.

yararlanma zararlarının normatif zarar olarak tazmin edilebileceğini kabul etmektedir⁸¹⁷.

İsviçre ve Türk hukukundaki baskın görüşe göre, bu haller, klasik zarar kavramı gereğince malvarlığının azalmasına yol açmamakta olduğundan, maddi tazminatın konusu olamazlar⁸¹⁸. Maddi zarar, zarar verici olay sonucunda mağdurun rızası dışında malvarlığında meydana gelen azalmadır⁸¹⁹. Bu tür zararların tazmin

⁸¹⁷ Bu konuda ileri sürülen teoriler ve Alman Federal Mahkemesinin kararları hakkında bkz. Brehm, **Berner Kommentar**, Art.41, N.83; Gurzeler, **a.g.e.**, s.65; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 2 I 2, s.54; Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.21; Gauch, Schlupe, Jaeggi, **a.g.e.**, N.2636 vd.; Oftinger, Stark, **B.I.**, § 2, N.56, dn.75; Rona Serozan, “Tendenzen zur Normativierung Individualisierung der Schadenszurechnung”, **Türkisch-Schweizerische Juristenwoche** in Zürich und Bern, Die Verantwortlichkeit im Recht, Band II, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1980, s.467 vd.; Dunz, **a.g.e.**, s.1010 vd. Horst Hagen, “Entgangene Gebrauchsvorteile als Vermögensschaden?”, **JZ**, 1983/21, s.833-840; Haluk Burcuoğlu, “Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanğından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, 1984, s.16; Walter Löwe, “Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbstaendiger Vermögenswert?”, **NJW**, 1964, s.701-705.

⁸¹⁸ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.789; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.345, 516; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.41, N.83, 84a, 95; Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.22-25; Weber, **Berner Kommentar**, Art.97, N.178; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.41, N.8; Wildhaber, **a.g.e.**, s.47; Oftinger, Stark, **B.I.**, § 2 N.2, N.56; Gauch, Schlupe, Jaeggi, **a.g.e.**, N.2655; Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989, s.290-292, dn.102; Keller, A., **Haftpflicht**, s.56-57; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.9; Merz, **Obligationenrecht**, s.197; Emil W. Stark, “Zur Frage der Schaedigungen ohne Vermögensnachteile”, **Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, s.316. İsviçre Federal Mahkemesi de somut olarak malvarlığında bir azalma ortaya çıkmadıkça, normatif zararın tazmin edilemeyeceğini kabul etmiştir. Bkz. BGE 115 II 481 (tatilin berbat olması dolayısıyla doğan zarar); 126 III 393 (eşyanın kullanım olanağının kaybı dolayısıyla uğranılan yararlanma zararı); 127 III 408 (işgöremezlik halinde, ücretin ödenmesine devam edilmesine rağmen devam eden zararlar). Ancak Federal Mahkeme, evli kadının ev işlerini göremeyecek hale gelmesinden doğan zararlar için tazminat taleplerini kabul etmiştir. Bkz. BGE 129 III 151; 117 II 624; 99 II 224. Doktrinde azınlıkta kalan görüş: İsviçre Hukukunda; normatif zararın kabulünün sözleşme dışı sorumluluk hukukunun aşırı bir biçimde genişletilmesine yol açmayacağı ancak boş yere yapılan masrafların ve eşyayı kullanma olanağını kaybetmekten kaynaklanan normatif zararların sınırlanması gerektiği ve dolayısıyla ekonomik bir anlam taşıyan ve günlük yaşamı sürdürmekte kullanılan özel mülkiyete tabi malvarlığı değerlerini kullanma olanağının kaybında veya bunlar için yapılan masrafların boşuna yapılmış hale gelmesi hallerinde normatif zararın kabul edilebileceğini belirtmektedir. Bkz. Gurzeler, **a.g.e.**, s.68. Türk Hukukunda Serozan, **İfa Engelleri**, § 16, N.7; Serozan, “Tendenzen zur Normativierung”, s.447 vd. (Ancak yazar, normatif zararın zenginleşme yasağına aykırı görülebileceğini de belirtmektedir, Serozan, “Tendenzen zur Normativierung”, s.476); “Kullanım olanağının malvarlıksal bir değer ve bu olanaktan yoksun kalmanın malvarlıksal bir zarar olarak kabulü hukuk sistemimize yabancı sayılmaz” görüşü için bkz.. Burcuoğlu, “Malvarlıksal Zarar”, s.170 ve devamı. Avusturya Hukukundaki tartışmalar için bkz. Wildhaber, **a.g.e.**, s.50.

⁸¹⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.338; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.41, N.70; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.41, N.4; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.473; Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.5; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 1, N.26; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 4, N.1; OR **Hand Kommentar**, Art.41, N.8; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, § 10, N.19; Gauch, Schlupe, Jaeggi, **a.g.e.**, N.1607, 2624; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.8; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, C.I, s.446; von Büren, **a.g.e.**, s.84; Roberto **Haftpflichtrecht**, N.253; Alexandra Rumo-Jungo, **Haftpflicht und Sozialversicherung**, Freiburg Schweiz, Universitaetsverlag, 1998, s.58; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, B.I, s.54; Merz, **Obligationenrecht**, s.223. Yargıtay kararlarında ise

edilebileceğini kabul etmek, mağdurun zenginleşmesine yol açacaktır⁸²⁰. Bunun gibi, neyin normatif zarar kavramının içine girip girmeyeceğinin önceden kesin olarak bilinmemesi ve ekonomik olarak malvarlığı değeri sayılan şeylere ne miktarda bir değer biçileceğinin tam olarak belirlenmemesi hukuki güvenliği sarsacaktır⁸²¹. Günlük yaşantıda karşılaşılan her olumsuzluğun, her kaybın tazmin edilmesi gerektiğinin kabulü, zarar kavramının aşırı bir biçimde genişletilmesi tehlikesine de yol açacaktır⁸²². Bunu önlemek için tazmin edilecek zararların sınırları belirlenmeli ve günlük yaşantıda karşılaşılan olumsuzlukların bir kısmına mağdurun katlanması gereklidir⁸²³. Örneğin, malikin beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle bir hastaneye yattığı dönemde o sadece evinden yararlanma olanağını kaybolmaz; ayrıca o bu dönemde maliki olduğu diğer eşyalardan da yararlanma olanağını kaybeder; arabasını kullanamaz, televizyonunu izleyemez.... Bu halde, eşyadan yararlanma olanağının kaybının bir zarar olarak tazminatın belirlenmesinde göz önüne alınması ancak, mağdurun malvarlığında zarar verici olay nedeniyle bir azalma söz konusu ise mümkün olabilecektir⁸²⁴. Yine normatif zarar kavramının Alman hukukunda, manevi tazminat sınırlı olarak kabul edildiği için ortaya atıldığı, ancak Türk hukuk sistemi bakımından normatif zarar kavramına ihtiyaç bulunmadığı, koşulları gerçekleşirse bu sorunların manevi tazminat kurumu ile çözümlenebileceği de ifade edilmiştir⁸²⁵.

şöyle denilmektedir: “... zarar, kişinin isteği dışında gerek malvarlığında, gerek mal varlığı dışındaki hukuksal değerlerde oluşan eksikliklerdir. Malvarlığındaki eksikliğin giderilmesi bir harcamayı gerektirecek nitelikte bulunduğu zaman maddi zarar oluşmuş olur; harcamanın yapılmış bulunması koşulu yoktur”. (Y. 4.HD., 2.10.1986 T., 1986/6103 E. 1986/6707 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.48, dn.6)). BGE 127 III 403, 126 III 393; 115 II 481; 104 II 199). Ancak azınlıkta kalan görüşe göre, istenilerek yapılan masrafların amaca ulaşmaması da zarar teşkil eder. Bkz. von Tuhr, **a.g.e.**, s.320; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s.84, dn.10.

⁸²⁰ Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.22. Bu eleştiriye katılmakla birlikte, normatif zarar görüşünü desteklemekte olan görüş için bkz. Serozan, “Tendenzen zur Normativierung”, s.476., 447 vd. Azınlıkta kalan diğer görüş ise, kullanma olanağından yoksun kalmanın maddi zarar olduğunu kabul etmeye gerek kalmadan haksız fiil nedeniyle bir alacak hakkının malvarlığından çıktığının kabulü ile çözümün sağlanacağını ifade etmektedir. Bkz. Burcuoğlu, “Malvarlıksal Zarar”, s.170 vd.

⁸²¹ Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.24; Oftinger, Stark, **B.I.**, § 2 N.57, dn.76; Gauch, Schlupe, Jaeggi, **a.g.e.**, N.2655 vd.; Öz, **a.g.e.**, s.290-292, dn.102;

⁸²² Gurzeler, **a.g.e.**, s.67; Wildhaber, **a.g.e.**, s.47; Oftinger, Stark, **B.I.**, § 2 N.59; Öz, **a.g.e.**, s.290-292, dn.102.

⁸²³ Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.23.

⁸²⁴ Normatif zarar görüşünü sınırlı olarak kabul eden yazar, beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle bir eşyadan yararlanma olanağının kaybının bir zarar niteliği taşımadığını, ancak o eşyanın zarar görmesi sonucu ortaya çıkan yararlanma olanağının kaybının (normatif) zarar niteliği taşıdığını savunmaktadır. Bkz. Gurzeler, **a.g.e.**, s.68.

⁸²⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.516; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.41, N.4; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.475; Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.17; Weber, **Berner Kommentar**,

Bu görüş kabul edildiğinde ise, eşyayı kullanma olanağının kaybının, ondan yoksunluğun manevi tazminatı gerektirip gerektirmeyeceği belirlenmelidir.

Doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi⁸²⁶, eşyayı kullanma olanağının kaybı dolayısıyla zevkten yoksun kalınması veya sıkıntıya düşülmesi tek başına manevi tazminat talep etmek için yeterli değildir. Zira manevi tazminat talep etmek için esas itibariyle kişilik hakkının ihlal edilmesi gereklidir. Diğer taraftan kısa süreli ve fazla rahatsızlık verici olmayan hallerde, içine düşülen sıkıntının manevi zarar derecesine ulaştığından da söz edilemez. Eşyayı kullanma olanağının kaybı hangi durumlarda kişilik hakkının ihlaline neden olabilir? Bu sorunun yanıtı, bu konudaki Yargıtay kararlarını değerlendirerek vermek gereklidir.

Yargıtay kararına konu olan olayda⁸²⁷, çeşitli kültürel aktivitelere katılmak ve dinlenmek için Prag'a gidecek yolcu, bir hava yolu şirketi tarafından Prag'a götürülmüş ancak yolcunun bavulu kaybedilmiştir⁸²⁸. Yolcu, Prag'da katılacağı sergi, balo gibi etkinliklerde giyeceği özel giysilerin içinde

Art.97, N.178; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.9; Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, s.292; Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", s.13. Normatif zarar sadece, kanun düzenlemelerine göre söz konusu olamayan ve mağdura gizli bir manevi tazminat talep etme olanağı sağlayan bir araç olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Peter Gauch, "Entgangener Feriengenuss – gedanken zu einer Mitteilung", **SJZ**, 79 (1983), s.276.

⁸²⁶ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.789; Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.23; Şeker Ögüz, **a.g.e.**, s.384; Stark, "Vermögensnachteile", s.321.

⁸²⁷ YHGK., 12.12.2001 T., 2001/11-1161 E., 2001/1152 K. (YD., 2002, S.79, s.33)

⁸²⁸ Yolcu ve eşya taşıma, demiryolu, hava yolu veya denizde taşıma ile gerçekleştirildiğinde, özel hükümler saklıdır (TTK m.764). Bu haller dışında eşya ve yolcu taşımacılığında TTK m.762 vd. hükümleri uygulanacaktır. Havayolu ile yolcu ve eşya taşıma bakımından, 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu (19.10.1983 T ve 18196 S. RG) ile 1929 tarihli Varşova Konvansiyonu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır. (12 Ekim 1929 Tarihli, Uluslararası Hava Taşımacılığına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkındaki Sözleşme – RG., 3.12.1977 T., 16128 S.). Taşıyıcının kazadan dolayı sorumluluğu bakımından gerek Sivil Havacılık Kanunu, gerekse de Varşova Konvansiyonu, taşıyıcının tazmin etmekle sorumlu olduğu zararları tek tek saymıştır. Bu zararlar arasında, yolcunun ölümü nedeniyle meydana gelen zararlar ile vücut bütünlüğünün bozulmasından ileri gelen zararların da olduğu belirtilmiştir. (TSK m.120; Varşova Konv. m.17). Doktrinde, taşıyıcının sorumlu olduğu zararlar arasında ayrıca manevi zarar belirtilmediği için, Sivil Havacılık Kanunu kapsamına giren hallerde, taşıyıcıdan manevi tazminat adı altında bir tazminatın talep edilemeyeceği ileri sürülmüştür. Gerek Kanundaki gerekse Konvansiyondaki sorumluluk olgularına dayanmayan sorumluluk ise genel hükümlere tabidir. Bkz. İnci Kaner, **Hava Hukuku (Hususi Kısım)**, 2.bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s.67-68. Eşyaların hava yolu şirketi tarafından kaybedilmesi üzerine doğan zararın değerlendirilmesinde, manevi tazminat hakkındaki genel hükümlere göre değerlendirme yapılması gerektiği hakkında bkz. Zehra Şeker Ögüz, "Besteht die Möglichkeit, wegen abhanden gekommenen Reisegepäck unter dem Personenbeförderungsvertrag auf Genugtuung zu klagen?", **Annales**, 37, N.54, 2005, s.380. Doktrindeki diğer görüşe ise, Varşova Konvansiyonunun 120.maddesindeki cismani zarar kavramı, TTK m.806. f.2 c.1 gözetilmek suretiyle manevi zararı da kapsar. Burada BK m.47 hükmünün tamamlayıcı hüküm olarak uygulanması söz konusudur. Bkz. Hüseyin Ülgen, **Hava Taşıma Sözleşmesi**, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, Bayrak Matbaacılık, 1987, s.168-169. Yargıtay da Borçlar Kanunu hükümleri çerçevesinde sorunu ele almış ve manevi tazminata hükmetmiştir. Bkz. YHGK., 12.12.2001 T., 2001/11-1161 E., 2001/1152 K. (YD., 2002, S.79, s.33). Yargıtay bir kararında, Varşova Konvansiyonunun 19. ve 20.maddeleri ve

bulunduğu bavulunun kaybı dolayısıyla, davalının sorumlu olduğunu, zira bu giysilerin ve özel gezi eşyalarının kaybı ve bulunamaması nedeniyle önceden programlanan sergilere ve diğer kültürel aktivitelere katılmasının engellendiğini, planlanan gezi ile elde edilecek zevkin önlendiğini ve bu nedenlerle acı ve psikolojik strese uğradığını ileri sürerek hava yolu şirketinden manevi tazminat talep etmiştir. Yargıtay⁸²⁹, öncelikle davalının davranışının sözleşmeye aykırı olduğunu, BK m.98 f.II hükmü atfı ile BK m.49'un uygulanabileceğini belirtmiştir. Sözleşmeye aykırılık sebebiyle manevi tazminat ancak kişilik hakkının da ihlal edilmesi halinde mümkündür. Yargıtay'a göre, "*davacıların dinlenme, gezi, kültürel etkinlik amacıyla gidilen yabancı bir ülkede daha ilk günden üzerlerindeki giysilerle kalmalarının onları ne nedenle moral çöküntüsüne uğratacağında kuşku bulunmamalıdır. Dahası geziden amaçladıkları faaliyetlere bakıldığında opera, bale gibi gösterilerin özel kıyafetler gerektirdiği de düşünüldüğünde bu çöküntünün giderek elem ve ızdıraba dönüşmesi hayatın olağan akışına uygundur. Bu bakımdan davacıların zararı malvarlığına ilişkin zarar olmaktan çıkmış, artık kişisel yararların haleldar olması olarak kendisini göstermiştir.*" Yargıtay'a göre, "*kişisel yararın haleldar olması ile malvarlığına ilişkin zarar kavramları arasındaki ince sınır yasal sınırlar içinde olmalıdır. Burada manevi tazminatı gerektiren (..) eşyaların kaybindan doğan üzüntünün ötesinde bu eşyaların kullanılmaması nedeniyle bir daha tekrarlanmayacak ve kişisel öneme sahip anların kaybıdır.*"

Doktrinde söz konusu kararı değerlendiren yazarlar, kişilik hakkının genişletilmesi yönündeki bu yaklaşımı yerinde bulmaktadır⁸³⁰. Diğer bir görüş de, eşyayı kullanma olanağının kaybı dolayısıyla kural olarak manevi tazminat talep edilemeyeceğini, ancak somut olayda kişilik hakkı ihlali gerçekleştiğinde ise manevi tazminat talep edilebileceğini belirtmektedir⁸³¹. Yolcular için kişisel önem taşıyan ve farklı gerekçelerden dolayı manevi değeri olan eşyaların kaybı dolayısıyla yaşanan acı, kişilik hakkının ihlal edildiğini göstermektedir⁸³².

Kanaatimizce, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, manevi tazminata hükmetmek için somut olayda, davacının kişilik hakkının ihlal edilip edilmediğini göz önüne alması yerindedir. Yargıtay, eşyayı kullanma olanağının kaybı veya salt bu kayıp dolayısıyla yaşanan üzüntünün ötesinde, bu eşyaların "kullanılmaması nedeniyle bir daha tekrarlanmayacak ve kişisel öneme sahip anların kaybının" manevi tazminatı gerektirdiğini belirtmiştir. Dolayısıyla Yargıtay, eşyayı kullanma

BK m.98 ve BK m.49'a dayanarak manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. YHGK., 28.6.2006 T., 2006/11-452 E., 2006/481 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁸²⁹ YHGK., 12.12.2001 T., 2001/11-1161 E., 2001/1152 K. (YD 2002, S.79, s.33).

⁸³⁰ Büyüksağış, "Tatilden Beklenen Yararın Elde Edilememiş Olması", s.234.

⁸³¹ Şeker Öğüz, a.g.e., s.384.

⁸³² Şeker Öğüz, a.g.e., s.384.

olanağının kaybı hangi hallerde manevi tazminatı gerektirdiğinin sınırlarını da belirlemiştir: *Eşyayı kullanma olanağının kaybı dolayısıyla bir daha tekrarlanmayacak ve kişisel öneme sahip anların kaybedilmesi gereklidir.* Aslında burada ifade edilmek istenen ve somut olayda ihlal edilen, davacının iç huzuru üzerindeki kişilik değeridir.

Yargıtay⁸³³, haç yolculuğundan dönüşte hava yolu şirketinin yolcunun bagajını teslim etmemesi sebebiyle manevi tazminat talebine ilişkin bir kararında, yakın dost ve akrabalarına vermek için getirdiği eşyaların kaybolmasından dolayı yaşadığı manevi huzursuzluk nedeniyle davacıların manevi tazminat talebini haklı bulmuştur. Yargıtay’a göre, bagaj kaybı nedeniyle, davacı, “*getirdiği hediyeleri yakın akraba ve arkadaşlarına armağan edememiş olup, davalı taşıyıcının akde aykırı davranışı sonucu*” davacı manevi tazminata hak kazanmıştır. Kanaatimizce, olayda kaybedilen eşyalar bakımından tespit edilmesi gereken, söz konusu eşyanın kaybolması nedeniyle davacının kişilik hakkının ihlal edilip edilmediğidir. Davacının ibadetlerini yapmış olmanın hazzı ile yakınlarına o bölgelerden getirdiği eşyaların manevi değeri olduğu kabul edilmekle birlikte, bu manevi değerın kişilik değeri olduğu söylenemez. Ayrıca eşyanın kaybolmasının hak sahibinin kişilik değerleri arasında yer alan dini inançlarının ihlal ettiği de olay bakımından söylenemez. Bu nedenlerle, “arkadaşlara hediye edilmek amacıyla kutsal yerlerden getirilen eşyaların kaybolması” davacının kişilik değerlerini ihlal eden bir fiil niteliği taşımadığından, eşyanın kaybolması davacıda acı ve elem oluştursa bile manevi tazminata hükmedilmesi yerinde değildir⁸³⁴. Somut olayda tartışılması gereken davacının iç huzurunun bu sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle bozulup bozulmadığı ve bunun ispatıdır⁸³⁵. Ancak Yargıtay bu kişilik değerinin ihlal edilip edilmediği sorunu üzerinde de durmamıştır.

Kullanma olanağının kaybı dolayısıyla manevi tazminat talep edilebilecek eşyalar, taşınır eşyalar ile sınırlı değildir. Bir taşınmazın kullanma olanağının kaybı da hak sahibinin kişilik hakkını ihlal edebilir. İsviçre Federal Mahkemesine konu olan bir olayda⁸³⁶, davacı, taşınmazının kamulaştırılmasına engel olmak için bir avukata vekâlet vermiş, avukat ise, sözleşmeye aykırı davranması nedeniyle kamulaştırmaya engel olamamıştır. Federal Mahkeme, taşınmaz eşya ile davacı arasındaki duygusal ilişkinin kişilik hakkının konusu olabileceğine karar vermiştir. Ancak Federal Mahkeme, somut olayda, Art.49 OR gereği, özel ağırlıkta bir kusurun

⁸³³ Y.11 HD., 2001/5985 E, 2001/8861 K, 12.11.2001 (YKD, C.29, S.1, Ocak 2003, s.43-46).

⁸³⁴ “Şeye gelen zararlardan dolayı manevi tazminat talep edilemez” gerekçesi ile bu kararın isabetli olmadığı yönünde bkz. Nomer, **Borçlar Hukuku**, s.121.

⁸³⁵ Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.108-111.

⁸³⁶ BGE 87 II 290.

ve özel ağırlıkta kişilik hakkı ihlalinin gerçekleşmediği gerekçesiyle manevi tazminata hükmetmemiştir⁸³⁷.

Sonuç olarak, eşyayı kullanma olanağının kaybı dolayısıyla hak sahibinin kişilik hakkını ihlal edilirse, manevi tazminat talep edilebilecektir. Aksi halde, manevi tazminata hükmedilmesi, hem kanuna aykırıdır, hem de tazminat sorumluluğunun ölçüsüz bir biçimde genişletilmesine neden olacaktır. Bu sonuçların önlenmesi için karşılaşılan her olumsuz durumu tazminat konusu yapmamak gereklidir⁸³⁸. Nitekim Federal Mahkeme, yukarıdaki kararında, tazminat taleplerinin aşırı bir biçimde genişletilmesi tehlikesini ve her önemsiz olayda dava açılmasını önlemek için ancak kanundaki koşulların gerçekleşmesi halinde manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmektedir⁸³⁹.

c. Gezi Sözleşmesinde Tatilden Beklenen Faydalanın Elde Edilememiş Olması Halinde

Gezi sözleşmesi, önceden yapılmış bir program çerçevesinde birden çok gezi hizmetinin toptan bir fiyat karşılığında hizmetlerin yerine getirilmesi ile ilgili sorumluluğun da üstlenilerek taahhüt edildiği bir sözleşmedir⁸⁴⁰. Gezinin hiç başlamamış olması veya başladıktan sonra kesilmiş olması veya tatil zamanının geziye ve tatile uygun olmayan şekilde geçirilmesi mümkündür. Bu durumda, sözleşmeye aykırılık hükümleri çerçevesinde uğranılan maddi zararın tazmini talep edilebilir⁸⁴¹. Gezi sözleşmesinin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tatilden beklenen faydanın elde edilememiş olması ve dinlenmemiş olunmasının bir zarar olup olmadığı ise ayrı bir problemdir. Konunun ele alınmasının nedeni, bu hallerde manevi tazminatın mümkün olup olmadığını sorgulamaktır.

⁸³⁷ Art.49 OR, 16 Aralık 1983 tarihinde yapılan ve 1 Haziran 1984 tarihinde yürürlüğe giren Kanun ile değiştirilmiştir. (AS 1984 778 782; BBI 1982 II 636). Kusurun ağırlığına ilişkin koşul, hükümden çıkarılmıştır.

⁸³⁸ Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.23.

⁸³⁹ BGE 87 II 290.

⁸⁴⁰ Oktay, **Gezi Sözleşmesi**, s.12; Bartl, **a.g.e.**, s.505 vd.

⁸⁴¹ Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.515; Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.31.

§ 651f Abs. II BGB' ye göre⁸⁴², tatil imkânının yitirilmesi veya tatilin önemli ölçüde sekteye uğraması halinde, boşa geçmiş tatil zamanına karşılık uygun bir nakdi tazminat talep edilebilir. Tatil imkânının yitirilmesi, sözleşmeye aykırı olarak edimin ifa edilmesine başlanmaması veya tatil yerine vardıktan sonra tatilin yarıda kalması sebepleriyle yolcunun eve geri dönmek zorunda bırakılmasını⁸⁴³; tatilin önemli ölçüde sekteye uğraması ise, teknik olarak yolculuk başlamakla birlikte, edimin kısmen yerine getirilmemesi veya sunulan hizmetin ayıplı olmasını ifade etmektedir⁸⁴⁴.

Doktrinde baskın olan görüşe göre⁸⁴⁵, § 651f Abs. II BGB, manevi tazminatın ancak kanunda düzenlenen hallerde tazmin edilebileceğini kabul eden BGB § 253 f.II hükmünün işaret ettiği hükümlerden biridir ve dolayısıyla BGB § 651f. II hükmü de manevi tazminatı düzenlemektedir. Çünkü tatil zamanı veya boş zaman, malvarlığı değeri değildir. Hükümde tazmini öngörülen hal, sözleşme gereği yerine

⁸⁴² 4.5.1979 tarihli Gezi Sözleşmeleri Hakkında Kanun ile gezi sözleşmeleri Alman Medeni Kanunu'nun 651a-651l maddelerinde düzenlenmiştir. (BGBl 1979 I, 509). Söz konusu hükümler, 29.06.1994 tarihinde de değişikliğe uğramıştır. Bkz. BGBl 1994 I, 1322. Ayrıntılı bilgi için bkz. Henssler, **Staudingers Kommentar**, § 651f, N.47 vd. § 651f BGB yürürlüğe girmeden önceki dönemde ise, Alman Federal Mahkemesi, gezi sözleşmesinin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde tatilden beklenen faydanın elde edilememiş olmasının maddi zarar olduğuna karar vermiştir. Federal Mahkeme, aslında malvarlığında bir azalma olmasa bile, para ile satın alınabilen her değer malvarlığı değeri olduğunu ve bu değer kullanımının azalması veya değerinin yitirilmesi halinde maddi zararın doğacağını kabul etmiştir. Zira tatil zamanı da malvarlığının bir unsurunu oluşturur. Çünkü, bu süre, bir işte çalışarak veya başka yoldan masraf yapılarak kazanılmıştır. Bu sürenin, amaca uygun olmayan bir şekilde geçirilmesi maddi zarar teşkil eder. Böylece tatil için yapılan harcamalardan başka, ayrıca kaybedilen tatil zamanının da maddi değerinin tazmin edilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Bkz. NJW 1975, s.40 = JZ 1975, s.249 vd; NJW 1956, 1234 vd (Bu kararın eleştirisi için bkz. Medicus, **Schuldverhältnisse**, s.95); BGHZ 50, 304; BGHZ 59, 172.; BGHZ 63, 98; 77 116, 120. Doktrin de tatilden beklenen faydanın elde edilmemiş olmasının § 253 BGB'deki kıyas yasağı dolayısıyla manevi zarar olarak kabul edilmeyeceğini, ancak bu halde doğan adaletsizliklerin maddi zarar kavramının yorumlanması ile aşılabileceğini kabul etmiştir. Gurseler, **a.g.e.**, s.64 vd.; Jauernig vd., **a.g.e.**, §§ 229-253 N.6; Zeytin, "Das Schmerzensgeld ohne Genugtuungsfunktion", s.72; Serozan, "Tendenzen zur Normativierung", s.447 vd, 462; Larenz, **Schuldrecht, I**, s. 495; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 1 II 9 s.35 vd.; Gotthold Mammey, "Schadensersatz für entgangene Urlaubstage", **NJW**, 1969, s.1150 vd.

⁸⁴³ Eckhart, **a.g.e.**, Art.651 f., N.95-96.

⁸⁴⁴ Eckhart, **a.g.e.**, Art.651 f., N.100.

⁸⁴⁵ Medicus, **Schuldverhältnisse**, s.95-97; Henssler, **Staudingers Kommentar**, § 651f, N.61; Medicus, **Schuldrecht I**, § 56, N.671; Kuckuk, **Erman Kommentar**, § 249, N.55, § 253 N.7; Schiemann, **Staudingers Kommentar**, § 253, N.10; Medicus, **Schuldrecht II**, § 102, N.401; Huber, **Schadensersatz**, § 2, N.14; Kropholler, **a.g.e.**, vor § 651a, N.6; Jauernig vd., **a.g.e.**, §§ 229-253 N.15; Oetker, **Münchener Kommentar**, Art.253, N.1, 6; Esser, Schmidt, **a.g.e.**, § 1 V, s.25; Eckhart, **a.g.e.**, Art.651 f., N.7, 1136; Laghzaoui, **a.g.e.**, s.155; Schmitz, **a.g.e.**, s.223, 229 vd; Zeytin, "Boşa Geçen Tatil Zamanı", s.195 vd.; Jaeger, Luckey, **a.g.e.**, s.1170. Doktrin çoğunun bu fikirde olduğu, azınlıkta kalanların ise bu hükümde düzenlenen tatil zevkinin (Uralubsgenuss) bir malvarlığı değeri taşıdığını savunduğu hakkında bkz: Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 7 IV 1, s.429. Azınlıkta kalan görüş için bkz. Bartl, **a.g.e.**, s.609.

getirilmesi gereken tatil keyfine (Urlaubsfreude) ilişkin manevi menfaatlerin ihlal edilmesinden doğan manevi zarardır⁸⁴⁶.

Doktrine göre, tatil keyfine ilişkin olmayan diğer bir menfaatin (örneğin beden bütünlüğünün) sözleşmeye aykırı davranış yolu ile ihlalinden doğan zararların tazmininde BGB § 651f. II uygulanamaz⁸⁴⁷. Diğer yandan hüküm, gezi sözleşmelerinden biri olan gezi düzenleme sözleşmesinin ihlali halinde doğan zararı kapsadığı için, başka bir sözleşmenin ihlali nedeniyle ortaya çıkacak tatil zararları hükmün kapsamına girmemektedir⁸⁴⁸.

İsviçre Hukukunda ise, § 651f Abs. II BGB gibi, soruna açıklık getiren bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde bazı yazarlara göre⁸⁴⁹, sözleşme ile ulaşılmak istenen amaç gerçekleşmediğinde, bu amaç için yapılan harcamaların oluşturduğu zararlar, sözleşmenin öngörüldüğü şekilde yerine getirilmemesinden doğan zarar kavramına girmektedir. Dolayısıyla bu tür zararların da tazmin edilmesi gereklidir. İsviçre Zürih Kanton Mahkemesi de, davacının sözleşmeye aykırılık nedeniyle uğradığı malvarlığının aktifinde meydana gelen azalmanın yanı sıra, tatilin gürültülü bir yerde geçirilmesi nedeniyle dinlenme amacının gerçekleştirilememesinden doğan

⁸⁴⁶ Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 6 XIV 4; Schmitz, **a.g.e.**, s.229; Zeytin, “Boşa Geçen Tatil Zamanı”, s.195. Alman Federal Mahkemesi ise 23.9.1983 tarihli kararında, tazminat miktarının belirlenmesinde, sadece tarafların malvarlığı değerlerinin dikkate alınmayacağını, ayrıca tatildeki eksikliğin ne boyutta olduğunun, organizatörün kusurunun ağırlığının, tatilin fiyatının da dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. BGH, NJW 1983, s.35. Mahkemenin bu kararı, doktrinde içtihat değişikliği olarak yorumlanmıştır. Bkz. Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 6 XIV 4; Zeytin, “Boşa Geçen Tatil Zamanı”, s.192. Alt derece mahkemeleri, tatilden beklenen faydanın elde edilememiş olmasını manevi zarar olarak kabul etmiştir. Bkz.OLG Düsseldorf NJW-RR 1986, 1175; LG Frankfurt am Main NJW-RR 1988, 1451.

⁸⁴⁷ Medicus, **Schuldrecht I**, § 56, N.671; Schiemann, **Staudingers Kommentar**, § 253, N.10.

⁸⁴⁸ Henssler, **Staudingers Kommentar**, § 651f, N.45; Schmitz, **a.g.e.**, s.230. Alman Hukukundaki § 651f BGB düzenlemesinin gezi düzenleme sözleşmesi ile ilgili olduğu, buna karşılık gezi aracılığı sözleşmesinin hükmün kapsamına girmediği hakkında bkz. Oktay, **Gezi Sözleşmesi**, 5, dn.17. Ancak Stoll, yapılacak bir sözleşme ile tarafların bu tür manevi menfaatlerinin de korunmasını sağlayabileceğini, bu halde BGB § 253 sınırlamasının da etkisinin kalmayacağını belirtmektedir. Bkz. Heinrich Stoll, “Anmerkung zu BGH, Urteil 10.10.1974 VII ZR 231/73 (OLG Hamm.)” **JZ**, 1975/8, s.252, 255. Aynı şekilde Schmitz de, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tarafların bu tür anlaşmalar yapmalarının mümkün olduğunu belirtmektedir. Bkz. Schmitz, **a.g.e.**, s.232. § 651f BGB'nin diğer gezi sözleşmelerinde de manevi tazminat talebi bakımından da kıyasen uygulanacağı hakkında bkz. Henssler, **Staudingers Kommentar**, § 651f, N.45; Schiemann, **Staudingers Kommentar**, § 253, N.10. Lange, Schiemann'a göre, özel ve sınırlanmış sözleşme tipleri için kabul edilen özel kuralların genelleştirilememesi ilkesine aykırı bir şekilde bu düzenlemelerin kullanılmaması gerekir. Bkz. Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 6 XIV 4.

⁸⁴⁹ Schwenzler, **Obligationenrecht**, N.14.11; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s.84; Gauch, Schlupe, **a.g.e.**, N.1608g; von Tuhr, **a.g.e.**, s.77.

zararlarının da tazmini gerektiğine karar vermiştir⁸⁵⁰. Bu görüş çerçevesinde, gezi sözleşmesinin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı tatilden beklenen faydanın elde edilememesi, maddi zarar olarak nitelendirilmektedir

Gezi sözleşmesinin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı beklenen faydanın elde edilmemesi halinde, hak sahibinin manevi tazminat talep edebileceğini kabul eden görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşler, kendi içinde ikiye ayrılır.

İsviçre doktrininde baskın görüşe göre, zarar, zarar verici olay sonucunda bir kimsenin rızası dışında malvarlığında meydana gelen azalmadır⁸⁵¹. Tatilden beklenen faydanın sağlanamamış olması hali ise, maddi zarar değildir ve bu nedenle maddi tazminat talep edilemez⁸⁵². Ancak bu görüş, koşulları gerçekleştiğinde Art.49 OR' ye dayanılarak manevi tazminat talep edilebileceğini kabul etmektedir⁸⁵³. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüşe katılarak, kaçırılan tatil keyfinin maddi zarar olamayacağını belirtmiştir⁸⁵⁴. Federal Mahkeme'ye göre, zarar, hak sahibinin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen bir azalmadır; bu, aktifin azalması, pasifin artması veya kârdan yoksun kalmadan meydana gelebilir. Tatilden beklenen faydanın elde edilememiş olmasında ise, malvarlığı azalmamakta, aksine sadece beklenti hüsrana uğramaktadır⁸⁵⁵. Bu nedenlerle, tatilden beklenen faydanın elde edilememiş olması, maddi zarar olamaz ve maddi tazminata hükmedilemez. Ancak Mahkeme,

⁸⁵⁰ ZR 1980, N.131, s.282 = SJZ (77), s.79-80. Aynı yönde başka kararlar için bkz. SJZ 1983, s.341; SJZ 1990, s.218.; **SJZ 1997, 419 vd.**

⁸⁵¹ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.41, N.70; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.41, N.3; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 1, N.26; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, § 10, N.5; Oftinger, Stark, **B.I**, § 2, N5; Keller, A., **Haftpflicht**, s.52; Merz, **Obligationenrecht**, s.186; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.8; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.286; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.41, N.8; Gauch, Schlupe, Jaeggi, **a.g.e.**, N.1607, 2624. BGE 127 III 405; 126 III 394; 123 IV 145; 115 II 481; 87 II 290.

⁸⁵² Brehm, **Berner Kommentar**, Art.41, N.84a; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.41, N.4; Roberto, **Haftpflichtrecht**, N. 717, 725 vd; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 8 N.55 vd.; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.2670; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.191, 315, 394; Oftinger, Stark, **B.I**, § 2 N.56; Keller, A, **Haftpflicht**, s.69 vd.; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.9; Merz, **Obligationenrecht**, s.197; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.58; Emil W. Stark, "Zur Frage der Schädigungen ohne Vermögensnachteile", **FS für Max Keller zum 65. Geburtstag**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1989, s.319 vd.

⁸⁵³ Schmid, **a.g.e.**, s.654, dn.33; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, I s.58; Richard Frank, "Grundlagen des Reiseveranstaltungsvertrages", **SJZ**, 77 (1981), s.161.

⁸⁵⁴ BGE 115 II 474 vd. Aynı yönde bkz. BGE 26.9.2000 T. karar (4C.292/1999).

⁸⁵⁵ BGE 115 II 481, 3a.

somut olayda Art.49 OR'nin koşulları gerçekleşmiş ise manevi tazminata hükmedilebileceğini belirtmiştir⁸⁵⁶.

Gezi sözleşmesinin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı tatilden beklenen faydanın elde edilmemesi halinde manevi zarar doğduğunu kabul eden diğer görüş ise, sorunu Avrupa Birliği mevzuatı ve içtihatlarına göre değerlendirmektedir. Avrupa Birliğinin gezi sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklarını düzenleyen 90/314/EWG Yönergesinin 5.maddesine göre, üye ülkeler sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararların tazmin edilebilmesi için gerekli önlemleri alırlar. Hükme göre, “maddi olmayan zarar kapsamına girmeyen zararların” sözleşmeyle sınırlandırılabilirliğini kabul edebilirler. EuGH, önüne gelen bir uyuşmazlıkta Yönergenin 5.maddesini yorumlamıştır⁸⁵⁷. Buna göre, gezi sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesinden doğan ve maddi zarar olmayan diğer zararların tazmini de bu Yönerge hükümleri çerçevesinde mümkündür⁸⁵⁸. EuGH, verdiği bu karar ile tatilden beklenen faydalanın elde edilememiş olmasını manevi zarar olarak değerlendirmiştir. İsviçre doktrininde bazı yazarlara göre, AB Yönergesini ulusal hukuk sistemine dahil eden İsviçre'nin yargı organlarının, EuGH içtihatlarını göz önünde bulundurması gerekmektedir⁸⁵⁹. Bu nedenle, gezi sözleşmesinin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tatilden beklenen faydanın, zevkin, dinlenmenin elde edilememiş olması bir manevi zarar sayılarak, bu hallerde manevi tazminata hükmedilmelidir⁸⁶⁰. Bu halde, kişilik hakkının ağır bir biçimde ihlal edilmesi de gerekli değildir⁸⁶¹.

Türk Hukukunda da konuya çözüm getiren yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde baskın görüş, tatilden beklenen faydanın sağlanamamış

⁸⁵⁶ BGE 115 II 482, 3b. Federal Mahkeme somut olay, eski Art.49 OR döneminde gerçekleştiği için o zaman yürürlükte olan hükmü esas almış ve somut olayda kişisel ilişkilerin özel ağırlıkta ihlali koşulu gerçekleşmediği için manevi tazminata hükmedilemeyeceğine karar vermiştir.

⁸⁵⁷ EuGH, 12.3.2002, Simone Leitner/TUI Deutschland GmbH & Co. KG., Rechtssache C-168/00. (Naklen: Gurzeler, **a.g.e.**, s.77, dn.314).

⁸⁵⁸ Kararın değerlendirilmesi için bkz. Erdem Büyüksağış, “Tatilden Beklenen Yararın Elde Edilememiş Olmasının Hukuki Niteliği Manevi Zarar Kavramına Değişik Bir Yaklaşım”, **GS ÜHFD**, Y.3, S.1, 2004/I, s.203-239.

⁸⁵⁹ İsviçre, AB üyesi olmamasına rağmen, söz konusu Yönergeyi ulusal hukukuna dahil etmiştir. Bkz. Bundesgesetz über Pauschalreisen, BBl. 1993 I, s.805.

⁸⁶⁰ Gurzeler, **a.g.e.**, s.77; Büyüksağış, “Tatilden Beklenen Yararın Elde Edilememiş Olması”, s.218, dn.64 te belirtilen yazarlar.

⁸⁶¹ Büyüksağış, “Tatilden Beklenen Yararın Elde Edilememiş Olması”, s.219.

olması maddi zarar değildir ve bu sebeple maddi tazminat talep edilemez⁸⁶². Ancak bu görüşteki yazarlar, BK m.49'un koşullarının gerçekleşmesi halinde manevi tazminat talep edilebileceğini belirtmektedirler⁸⁶³. Doktrinde bir görüş, tatilden beklenen faydanın sağlanamamış olmasının çok istisnai hallerde kişilik hakkı ihlali sayılabileceğini belirtmektedir⁸⁶⁴. Diğer bir görüş de kısa süreli ve fazla rahatsızlık verici olmayan durumlarda, içine düşülen sıkıntının manevi zarar derecesine ulaştığından da söz edilemeyeceğini belirtmektedir⁸⁶⁵.

Doktrinde diğer görüş ise, tatilden beklenen faydanın sağlanamamış olmasının manevi zarar olduğunu kabul etmektedir⁸⁶⁶. Bu görüş, yukarıda savunulan görüşü, İsviçre uygulamasındaki bakış açısını ifade ettiği ve BK m.49'u dikkate almadığı gerekçesiyle eleştirmektedir. Buna göre, Art.49 OR, kişilik hakkı ihlalinin ağır olmasını gerektirirken, Türk BK m.49 için kişilik hakkının herhangi bir biçimde ihlali yeterlidir. Tatilden beklenen faydanın elde edilememiş olmasının manevi zarar olarak değerlendirilebilmesi için kişinin psikolojik varlığı üzerinde ağır bir etki yapması koşulu aranmamalıdır. *“Yoksun kalmanın kişilik üzerinde doğurduğu herhangi bir olumsuz etkilenmenin manevi zarar kapsamında değerlendirilmesi, Türk Hukukunda, doktrinde savunulduğunun aksine mümkündür. Tatilden beklenen faydanın elde edilememiş olmasının manevi zarar teşkil edip etmediği, yoksun kalmanın kişilik üzerinde ağır değil, herhangi bir olumsuz etki yaratmış olup olmadığına bağlıdır.”*⁸⁶⁷.

⁸⁶² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.516; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.475; Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.17, 31; Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, s.292; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.13. İşverimliliğinde bir azalma veya bu azalmaya bağlı gelir veya kazanç azalması gerçekleşmedikçe tazminat istenemeyeceği hakkında bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.558.

⁸⁶³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.516; Oktay, **Gezi Sözleşmesi**, s.182-183; Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.31.

⁸⁶⁴ Yazara göre, örnek olarak, balayı tatilinin, koşullarının uygun olmamasından dolayı uygunsuz geçirilmesinin veya hiç yapılamamış olmasının yarattığı üzüntü, kişilik hakkını ihlal edebilir. Bkz. Oktay, **Gezi Sözleşmesi**, s.182.

⁸⁶⁵ Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.23.

⁸⁶⁶ Büyüksağış, “Tatilden Beklenen Yararın Elde Edilememiş Olması”, s.232.

⁸⁶⁷ Büyüksağış, “Tatilden Beklenen Yararın Elde Edilememiş Olması”, s.232.

Doktrinde ileri sürülen diğer görüş⁸⁶⁸, tatilden beklenen faydanın elde edilememiş olmasının manevi bir kayıp olduğunu; sözleşmeye aykırılık nedeniyle tatilden beklenen faydanın sağlanamaması halinde BK m.96 ve 98 f.II gereği manevi tazminata hükmedileceğini belirtmektedir. Ayrıca Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 4.maddesine yapılacak bir ek ile telafi olmayacak şekilde boşa geçen tatil zamanının tazmini için uygun bir tazminata hükmedebilme olanağı tanınabilir. Ancak hali hazırdaki BK m.49 ile MK m.24 vd. hükümlerine dayanılarak manevi tazminat talep edilemeyecektir. Çünkü ilgili hükümlerin koruma amacı ve kişilik hakkı birlikte değerlendirildiğinde, sözleşmeden doğan nisbi hakkın üçüncü bir kişi tarafından ihlal edilmesi halinde manevi tazminata hükmedilmesi, sorumluluk hukukunun sınırlarının kanun koyucunun amacına aşacak şekilde genişletilmesine neden olacaktır.

Kanaatimizce, tatilden beklenen faydanın sağlanamamış olması halinde manevi tazminat, ancak kişilik hakkının ihlal edilmesi ve bu ihlal sonucunda manevi zararın doğmuş olması halinde talep edilebilecektir (BK m.49). Kural olarak, tatilden beklenen faydanın sağlanamamış olması, kişilik değerinin ihlaline neden olmaz. Tatilden beklenen faydanın sağlanamaması nedeniyle yaşanan sıkıntılar, huzursuzluk da kişilik hakkı ihlali sonucu ortaya çıkmadığı için manevi tazminata hükmedilemez. BK m.49'a göre, ne zararın ne de ihlalin ağır olması gereklidir. Gerekli olan, manevi zararın kişilik hakkı ihlali sonucu doğmasıdır⁸⁶⁹. Bu nedenle, tatilden beklenen faydanın sağlanamamış olması nedeniyle yaşanan her psikolojik olumsuz duyguyu manevi zarar olarak nitelendiren görüş isabetli değildir. Hak sahibinin tatilden beklenen faydayı sağlayamamış olması yüzünden pek çok kişisel menfaati zedelenebilir; ancak önemli olan kişilik değerinin ihlal edilip edilmediğidir. Nitekim eski Medeni Kanun'da yapılan değişiklikle manevi tazminat yoluyla korunan değerler kişisel menfaatler değil, kişilik değeri ve bu değer üzerinde hak olduğu da belirtilmiştir⁸⁷⁰. Doktrinde baskın görüş, tatilden beklenen faydanın sağlanamamış

⁸⁶⁸ Zafer Zeytin, "Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi III –Manevi Zarar Olarak "Boşa Geçen Tatil Zamanı", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C.XXII S.1'den Ayrı Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı – Hukuk Fakültesi, Ankara,, s.197-198.

⁸⁶⁹ Bkz. Bölüm I, VI, C ve Bölüm II, II, C, 4.

⁸⁷⁰ RG. 12.5.1988 T., 19812 S. Ayrıca bkz. YHGK., 26.3.2003 T., 2003/4-161 E., 2001/201 K. (Kazancı İçtihat Bankası). 3444 sayılı Kanun değişikliğinden önce de doktrin MK m.23 ve BK

olması halinde manevi tazminatın ancak “ağır kişilik hakkı ihlallerinde” söz konusu olduğunu değil; tatilden beklenen faydanın sağlanamamış olması halinde kişilik hakkı ihlalinin istisnaen gerçekleşeceğini ve bu nedenle ancak bu istisnai hallerde manevi tazminat talep edilebileceğini belirtmektedir⁸⁷¹. Bu nedenle, baskın görüşe yönelik bu eleştiri de kanaatimizce yerinde değildir.

Sorumluluk kaynağı açısından ayırım yaparak, sözleşmeye taraf olmayan bir kişinin boşa geçen tatil zamanını ihlal etmesi halinde manevi tazminat talep edemeyeceğini belirten görüş ise, kişilik hakkına ve BK m.49 ile MK m.24’ün koruma amacına dayanarak bu sonuca varmaktadır. Oysa ki, sözleşmeye taraf olmayan kişiyi sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumlu tutmamak, sözleşmenin nisbiliği ilkesinin sonucudur. O, bu sözleşmeye taraf olmadığı için sözleşmeden doğan yükümlülüklerin borçlusu olamaz. Üçüncü kişi, bu nedenle, gezi sözleşmesine aykırılık nedeniyle tatil zamanının boşa geçirilmesinden doğan zararlardan sorumlu tutulamaz. Ancak o, hukuka aykırı fiili ile kişilik hakkını ihlal ettiğinde doğan manevi zararı haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine göre tazmin etmekle sorumlu tutulabilir. Bu görüş, kişilik hakkı ihlali gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmadan tatilden beklenen faydanın sağlanamamış olmasını manevi zarar olarak nitelendirmektedir⁸⁷². Buna göre, sorumluluğun doğması için sözleşmeden doğan yükümlülüğün ihlal edilmesi, bu nedenle tatilin mümkün olmaması veya önemli ölçüde kötü geçmesi ve tatil zamanının boşa geçmesi yeterli görülmektedir⁸⁷³. Oysa ki, daha önce de belirttiğimiz gibi, manevi tazminat talep edebilmek için davacının kişilik hakkının ihlal edilmesi gerekir. Kişilik hakkı ihlali taraflar arasındaki sözleşmeye aykırılık sonucu doğmuş ise, BK m.98 f.II’nin atfıyla kıyasen BK m.49’a; haksız fiil sonucu doğmuş ise BK m.49’a göre manevi tazminat talep edilebilir.

m.49’daki şahsi menfaatler kavramının doğru olmadığını, kişilik hakkının konusunu kişisel menfaatlerin değil, kişilik değerlerinin oluşturduğunu kabul etmekteydi. Bkz. Specker, **a.g.e.**, s.38-39; Oğuzman, “Şahsiyetin Korunması”, s.7; Zevkliler, “Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, s.5; Tandoğan, “Özel Hayatın Korunması”, s.6-7.

⁸⁷¹ Oktay, **Gezi Sözleşmesi**, s.182-183; Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.31; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.18.

⁸⁷² Yargıtay bir kararında, çalıştığı iş yerinden izin talep eden ve yıllık izin ve tatil programı alt üst olan davacının tatile gönderilmemiş olması nedeniyle doğan manevi zararın tazmin edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bkz.Y.11.HD., 23.10.2001 T., 2001/6520 E., 2001/8212 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁸⁷³ Zeytin, “Boşa Geçen Tatil Zamanı”, s.192 vd.

Örnek olarak, yılbaşı tatilini yurt dışında geçirmek için A, organizatör O ile gezi sözleşmesi yapmıştır. Bu sözleşmeye göre, O, yılbaşı gecesinden bir gün önce A'yı X ülkesine götürmeyi, bunun için X ülkesinden vize almayı, X ülkesine gidince orada A'nın barınmasını sağlamayı taahhüt etmiştir. Ancak O, A'nın vizesini almadığı için A, yılbaşı gecesini planlandığı şekilde geçirememiş, üstelik havaalanından dışarı çıkması engellenmiş ve geceyi burada geçirmek zorunda bırakılmıştır. O'nun sözleşmeye aykırı davranışı yüzünden A'nın, hukuka aykırı olarak bir yere gitmek özgürlüğü zedelenmiştir⁸⁷⁴. Yılbaşı gecesine buna maruz kalmak, hayatın olağan akışına göre, A'da manevi zarar doğuracaktır. Bu nedenlerle, somut olayda, sözleşmeye aykırı davranış alacaklının kişilik hakkını ihlal ettiği ve bu nedenle manevi zarar doğduğu için, diğer koşullar da gerçekleşmiş ise, manevi tazminat talep edilebilir.

Sözleşmeye aykırı davranış sonucunda beden bütünlüğü (kazada yaralanan) veya şeref ve haysiyeti veya özel hayatı ihlal edilen (örneğin otel çalışanlarınca tacize uğrayan), diğer koşulları gerçekleştiğinde manevi tazminat talep edebilir⁸⁷⁵. Tatilden beklenen faydanın sağlanamamış olması, alacaklının iç huzurunu ihlal etmiş ise, alacaklı manevi zarara uğradığını kanıtlarsa manevi tazminat talep edebilir⁸⁷⁶. Örneğin, balayı tatilinin sözleşmeye aykırı davranış yüzünden çok kötü koşullarda geçirilmesi, yeni evlilerin iç huzurunun bozulmasına sebep olabilir. Çünkü onlar yaşamlarının bu özel anlarını bir daha yaşayamayacak ve tatilin izlerini yaşamları boyunca hatırlayacaktır.

Sonuç olarak, gezi sözleşmesine aykırılık sebebiyle tatilden beklenen faydanın sağlanamamış olması halinde, ancak kişilik hakkının ihlali sebebiyle manevi zarar doğduğunda manevi tazminata hükmedilebilir.

III. MANEVİ ZARAR

⁸⁷⁴ Türk Ceza Kanunu'nun 109.maddesi, kişi hürriyetinden yoksun kılma kenar başlığı altında, bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yerde kalmak hürriyetinden veya bir yere gitmek hürriyetinden yoksun bırakmayı suç olarak düzenlemiştir.

⁸⁷⁵ Henssler, **Staudingers Kommentar**, § 651f, N.60.

⁸⁷⁶ Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.108-111.

A. Genel Olarak

Sözleşmeye aykırı davranış ile zarar veren, verdiği zararı tazminle sorumludur⁸⁷⁷. Manevi tazminat borcunun doğması için sözleşmeye aykırı davranış sonucunda kişilik hakkı ihlal edilen alacaklının manevi zarara uğraması gereklidir⁸⁷⁸. BK m.49'a göre, “Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini talep edebilir.”⁸⁷⁹.

Diğer yandan, borçlu ancak sözleşmeye aykırı ve kişilik hakkını ihlal eden davranışının neden olduğu zararlardan sorumlu tutulabilir⁸⁸⁰. Bu nedenle, kişilik hakkı ihlali ile manevi zarar arasında uygun illiyet bağının da bulunması gerekmektedir⁸⁸¹. Bu konuda illiyet bağına ilişkin açıklamalarımıza atıf yaparak, manevi zarar kavramını açıklayan teoriler üzerinde durmak istiyoruz⁸⁸².

B. Manevi Zarar Kavramını Açıklayan Teorilerin Değerlendirilmesi

⁸⁷⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.335; Hatemi, **Fasiküller**, § 16, N.1 ; Wildhaber, **a.g.e.**, s.44; Keller, A. **Haftpflicht**, s.52; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, C.I, s.446; Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.139; Gauch, “Haftpflichtrecht”, s.225.

⁸⁷⁸ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.767, 788; Koller, **Genugtuung**, N.194; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.18; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.1603b; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.12.

⁸⁷⁹ BK m.47'de ise, “Hakim, ... manevi zarar namıyla adalete muvafik tazminat verilmesine karar verilebilir”, denilmektedir. Mehaz Kanununa uygun olarak yorumlandığında, hükmün, “manevi zarar namıyla” değil, “manevi tazminat adıyla” olarak yorumlanması gereklidir. Art.47 OR ve Art.49 OR'de açıkça manevi zarar koşulundan söz edilmemektedir. Ancak manevi tazminat, doğan manevi zarara karşılık verilen bir tazminat olduğundan, manevi tazminat talep edebilmek için manevi zararın doğması gerektiği kabul edilmektedir. Manevi tazminat (Genugtuung), manevi zararın varlığını gerektirir. Bkz. Koller, **Genugtuung**, N.47, 194; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.443; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.21; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.116; Geiser, **a.g.e.** s.101; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.47, N.13. BGE 118 II 409; BBI 1982 II 681.

⁸⁸⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.337.

⁸⁸¹ Koller, **Genugtuung**, N.197; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.116; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.1603b; Y.3.HD 9.6.1997 T., 1997/5127 E., 1997/5664 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.365 vd.); Y.4.HD., 13.6.1989 T., 1989/4317 E., 1989/5371 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.369-370); YHGK., 2.12.1987 T., 1987/4-121 E., 1987/894 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.371-372); YHGK., 2.12.1986 T., 1986/4-214 E., 1986/894 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.373-374); TD., 2.4.1971 T., 1971/4667 E., 1971/2673 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.388).

⁸⁸² Bkz. Bölüm II, IV.

1. Genel Olarak

İsviçre ve Türk Borçlar Kanunlarında manevi zarar tanımlanmamıştır. Doktrine göre manevi zarar, kişilik hakkının ihlali sonucu zarar görenin kişiliği üzerindeki etkidir⁸⁸³. Ancak kişilik hakkı ihlal edilenin kişiliği üzerindeki bu etkiden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır.

Bazılarına göre, manevi zarar, kişilikte meydana gelen eksilmedir. Bu tanım, mağdurda psikolojik olarak ortaya çıkan acı, elem gibi tepkileri dikkate almadığı için “objektif teori” olarak adlandırılır. Bazı yazarlar ise manevi zararı, zarar verici fiil sonucunda mağdurun yaşadığı acı, elem, yaşam sevincinin kaybı olarak tanımlamaktadır. Bu teori ise, “subjektif teori” olarak adlandırılmaktadır⁸⁸⁴. “karma teori” ise manevi zararı, kişilikte meydana gelen objektif eksilme sonucu uğranılan psikolojik kayıplar olarak tanımlamaktadır. Aşağıda bu teoriler incelenecek ve Türk Hukuku bakımından vardığımız sonuç belirtilecektir.

2. Subjektif Teoriye Göre

Doktrinde baskın olan subjektif teoriye göre, kişilik hakkının ihlal edilmesi sonucu, fiziki ve manevi acılar duyan, ruhsal dengesi bozulan, yaşama sevincini kaybeden, manevi zarara uğramış sayılır⁸⁸⁵. Subjektif teori taraftarları, kişilik

⁸⁸³ Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.144; Rötlemann, **a.g.e.**, s.375.

⁸⁸⁴ Arpacı, **a.g.e.**, s.147; Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.145; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.8.

⁸⁸⁵ Türk Hukukunda; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.679; Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.204; Dural, Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s.149; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.167; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.177; Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.56; Hatemi, **Kişiler Hukuku (2001)**, § 8, N.39, s.95; Arpacı, **a.g.e.**, s.147; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.1 vd.; Nomer, **Borçlar Hukuku**, s.123; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.655; Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet**, s.244; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, C.I, s.447; Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.123; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.63, 330 vd.; Saymen, **Manevi Zarar**, s.16; Ertaş, “Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği”, s.65, 90 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.145; Franko, “Manevi Zararın Mahiyeti”, s.134; Ünal, “Manevi Tazminat ve Kusur”, s.399.

İsviçre Hukukunda; Schwenzler, **Obligationenrecht**, N.17.02; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.6, 14; Thurnheer, Maas, **a.g.e.**, s.86; Koller, **Genugtuung**, N.48; Roberto, **Haftpflichtrecht**, N.909; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.47, N.13; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.49, N.2; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.114; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 10 N.2; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, § 10, N.7; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.442; Oftinger, Stark, **B.I**, s.423; Honsell,

hakkının ihlal edilmesi (tecavüz aşaması) ile kişilik hakkının ihlali sonucunda doğan olumsuzlukları ayırt etmektedir. Buna göre, ilk aşama, hukuka aykırı fiilin doğrudan doğruya gerçekleştirdiği sonuç olan tecavüz aşamasıdır⁸⁸⁶. Sonraki aşamada ise, bu tecavüz durumu, mağdurun malvarlığına veya kişiliğine yansiyarak, maddi veya manevi zararlara yol açmaktadır. Zarar, tecavüz aşamasının dolaylı bir sonucudur⁸⁸⁷. Kişilik hakkının ihlali (tecavüz aşaması) ile birlikte veya daha sonra, bu fiilin sonucunda mağdur, fiziki veya manevi acılar duymuş, yaşama sevincini kaybetmiş, onun ruhsal dengesi bozulmuş ise, o, manevi bir zarara uğramıştır⁸⁸⁸.

Yargıtay da çeşitli kararlarında bu teoriye katıldığını belirtmektedir⁸⁸⁹. Yargıtay'a göre⁸⁹⁰, “*manevi zarar malvarlığında bir azalmayı değil ve fakat kişilik haklarına vaki tecavüz nedeniyle bir kimsenin duyduğu cismani ve manevi acı ve ızdırabı, elem ve böylece yaşama zevkinde bir azalmayı ifade eder.*” İsviçre Federal Mahkemesi manevi zararı, kişinin fiziksel veya ruhsal acı çekmesi veya derinden ve

Arztrecht, s.186; Geiser, **a.g.e.**, s.220; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.119, 120; Emil W. Stark, **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Skriptum, 2. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988, N.174; Merz, **Obligationenrecht**, s.242; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.286-287; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s.125; von Büren, **a.g.e.**, s.84; Riklin, **Persönlichkeit** s.39, 384-385; Jaeggi, **Persönlichkeit**, s.185a vd; Schumacher, **a.g.e.**, s.201; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art.47, N.4; Rötelmann, **a.g.e.**, s.375, Winter, **a.g.e.**, s.34.

Alman Hukukunda ; Palandt, **a.g.e.**, Art.253, N.15; Medicus, **Schuldrecht I**, § 56, N.1; Deutsch, **Haftungsrecht**, s.565; Larenz, **Schuldrecht, I**, s.474.

⁸⁸⁶ Koller, **Genugtuung**, N.48; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.180; Jaeggi, **Persönlichkeit**, s.186a; Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.143.

⁸⁸⁷ Koller, **Genugtuung**, N.48; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.180; Jaeggi, **Persönlichkeit**, s.186a; Saymen, **Manevi Zarar**, s.15; Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.144.

⁸⁸⁸ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.14; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.167; Hatemi, **Kişiler Hukuku (2001)**, § 8, N.39, s.95; OR **Hand Kommentar**, Art.49, N.2; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.177; Oftinger, Stark, **B.I**, s.423; Nomer, **Borçlar Hukuku**, s.123; Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet**, s.244; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.119; Köndgen, **Gefährdungsafutung**, s.79; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.330; Jaeggi, **Persönlichkeit**, s.186a; Saymen, **Manevi Zarar**, s.15; Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.145; Ünal, “Manevi Tazminat ve Kusur”, s.399; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.8. Y.13. HD., 6.1.2000 T., 2000/8590 E., 2000/9569 K. (YKD c.27, S.4, Nisan 2001, s.547-548).

⁸⁸⁹ Örnek olarak; “acı ve üzüntü duyulmuş olması” (Y.10.HD., 14.4.1977 T., 1977/7476 E., 1977/2863 K. – Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.347-348); “üzüntü ve onulmaz manevi acılar” (Y.11.HD., 1.4.1997 T., 1997/366 E., 1997/2371 K. - Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.350-351); “acı ve ızdırıp” (Y.15.HD., 22.10.1974 T., 1974/809 E., 1974/1207 K. - Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.359); “acı ve üzüntü” (Y.21.HD., 28.1.1997 T., 1996/6807 E., 1997/375 K. - YKD., C.23, S.7, Temmuz 1997, s.1133 vd.). Anayasa Mahkemesi de bu görüştedir. Bkz. AYMK, 11.2.1969 T., 968/33 E., 12 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.417-419). Aksi görüşte bkz. Y.1.HD., 8.4.1996 T., 1996/3713 E., 1996/4111 K.: “*Manevi tazminata hükmedilebilmesi için; davaya konu olan olayın, özellikle manevi zararın esaslı unsurunu teşkil eden kişilik değerlerindeki objektif eksilme noktasına ulaştığının saptanması gerekir*”. (YKD, C.22, S.10, Ekim 1996, s.1548-1549). Benzer bir karar için bkz. Y.4.HD., 18.12.1986 T., 1986/7598 E., 1986/8412 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.432).

⁸⁹⁰ Y.3.HD., 3.5.1999 T., 1999/3968 E., 1999/4509 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Benzer bir tanım için bkz. Y.3.HD., 18.09.2001 T., 2001/8170 E., 2001/7791 K. (YKD, C.28, S.2 s.184-188).

doğrudan doğruya yaşama zevkinin veya yaşama sevincinin ortadan kaldırılması şeklinde tanımlamaktadır⁸⁹¹.

3. Objektif Teoriye Göre

Manevi zararda, kişinin psikolojik yapısının değerlendirilmesi, manevi tazminat talep eden kişinin gerçekten bir zarara uğrayıp uğramadığının kesin olarak belirlenmemesine neden olacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁸⁹². Manevi zararın objektifleştirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁸⁹³. “Objektif teori” olarak adlandırılan bu teoriye göre, kişilik hakkının ihlal edilmesi sonucunda duyulan acının, üzüntünün, sıkıntının, tam ve kesin olarak belirlenmesi bilimsel açıdan mümkün değildir. Bunun gibi, yaşanan acı, elem ve üzüntü, somut olayda kişiden kişiye farklı olarak ortaya çıkabilir. Hal böyle iken, dozunun asla kesin olarak ölçülemeyeceği ve kişiden kişiye değişebilen acı, üzüntü ve sıkıntıların, manevi tazminatın dayanağı ve ölçüsü sayılması akıl dışıdır⁸⁹⁴. Bunun dışında, kişilik hakkının ihlal edilmesi sonucunda kişinin nasıl ve ne denli bir acı yaşadığının belirlenmeye çalışılması, mağdurun kişilik hakkının belki de ilk olaydan daha da ağır bir biçimde zarar görmesine yol açacaktır veya mağdur, ruh dünyasının açığa çıkmasını engellemek için manevi tazminat talep etmekten kaçınacaktır⁸⁹⁵.

⁸⁹¹ BGE 123 III 13; 123 III 209; 121 III 255; 118 II 408; 117 II 50; 115 II 158; 102 II 22. Ancak Federal Mahkeme ayırt etme gücü olmayanların manevi tazminat talep edebileceklerini açıklarken, manevi zararın objektif unsurunun (kişilik hakkının ihlali sonucu olma), subjektif unsurundan (ihlal sonucunda his zararı doğması) daha üstün geldiğini, bu olaylar bakımından objektif unsurun subjektif unsura ağır bastığını belirtmiştir. Bkz. BGE 108 II 422. Bu kararın değerlendirilmesi için bkz. Zen-Ruffinen, **a.g.e.**, s.367 vd. Benzer şekilde BGE 116 II 519.

⁸⁹² Stoll, **Gutachten**, s.143.

⁸⁹³ Gurzeler, **a.g.e.**, s.88; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.483 vd.; Egon Lorenz, **Immaterieller Schaden und “billige Entschädigung in Geld”**, Eine Untersuchung auf der Grundlage des § 847 BGB, Berlin, Duncker & Humblot, 1981, s.34 vd., 51; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, B.I, s.290; Stoll, **Gutachten**, s.127 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s.253; Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, s.82; Eren, “immaterieller Schaden”, s.35.

⁸⁹⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.484; Lorenz, E., **a.g.e.**, s.52; Stoll, **Gutachten**, s.143 ; Kırca, **a.g.e.**, s.253, 258; Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, s.82.

⁸⁹⁵ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.484; Lorenz, E., **a.g.e.**, s.51, 53 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s 258; Serozan, “Immaterieller Schadensersatz”, s.50. Yazar benzer şekilde; “(...) düşünülün ki bir kimsenin

Bu teoriye göre, subjektif teori kabul edilirse, kişilik hakkının ihlali sonucunda acıyı, üzüntüyü hissedemeyecek olan ayırt etme gücünden yoksun kişiler ile tüzel kişiler, manevi tazminat talebinden yoksun bırakılmış olacaktır⁸⁹⁶. Manevi zarar bakımından objektif teoriye katılanlar, bu konuda tereddüt etmeden tüzel kişilerin ve ayırt etme gücü olmayanların manevi tazminat talep edebileceklerini kabul etmektedir⁸⁹⁷.

“Objektif teori” taraftarlarına göre⁸⁹⁸, manevi zarar, kişilik hakkının ihlali sonucunda kişilikte meydana gelen “objektif” eksilme ve kayıptır⁸⁹⁹. Örnek olarak, beden bütünlüğünün ihlali, fiziksel ve psikolojik acılardan bağımsız bir zarardır. Bu nedenle bu tür ihlallerde, özel olarak bir zararın doğduğunun kanıtlanması gereksizdir⁹⁰⁰. Aynı sonuç, diğer manevi yaşam değerlerinin ihlalinde de geçerlidir. Örnek olarak, iftira edilen kişinin uğradığı zarar, mağdurun sosyal itibarının eksilmesidir. Mağdurun iftirayı bilmesi, buna nasıl psikolojik tepki göstereceği önemli değildir⁹⁰¹.

Acaba, mağdur, kişilik hakkının ihlali sonucunda acı, elem duymuş ise bu görüşe göre bu psikolojik sonuçların hiç mi değeri yoktur? Lorenz’e göre, kişilik

kaybından ötürü duyulan acının saptanmasında ister istemez manevi tazminat isteyen kişiyle yitirilen kişi arasındaki duygusal bağlılığın ve sevginin yoğunluğu (hatta tutarlı olunursa aralarındaki cinsel ilişkilerin sıklığı bile) araştırılacaktır”. (Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, s.83.).

⁸⁹⁶ Gurzeler, **a.g.e.**, s.86; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.484; Lorenz, E., **a.g.e.**, s.66 vd.; Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, s.95; Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.149.

⁸⁹⁷ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.752 ; Kırca, **a.g.e.**, s.259-260; Rona Serozan, “Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali”, **Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan**, İstanbul, Bayrak Matbaacılık, 1990, s.279 vd.; Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, s.97; Serozan, “Immateriellen Schadensersatz”, s.74; Eren, “immaterieller Schaden”, s.37. Tüzel kişilerin ve ayırt etme gücü olmayanların manevi tazminat talep edemeyecekleri konusunda bkz. Bölüm II, III, D.

⁸⁹⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.485-486; Lorenz, E., **a.g.e.**, s.34 vd.; Stoll, **Gutachten**, s.127 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s.253; Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, s.83; Serozan, “Immateriellen Schadensersatz” s.53-54; Eren, “immaterieller Schaden”, s.38-39.

⁸⁹⁹ Gurzeler, **a.g.e.**, s.83; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.483; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.290; Stoll, **Gutachten**, s.127; Kırca, **a.g.e.**, s.253; Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, s.83 vd. Yargıtay da Y.1.HD, 3713/4111, 8.4.1996 T. kararında objektif teoriye uygun karar vermiştir: “*Manevi tazminata hükmedilebilmesi için; davaya konu olan olayın, özellikle manevi zararın esaslı unsurunu teşkil eden kişilik değerlerindeki objektif eksilme noktasına ulaştığının saptanması gerekir*” (YKD, C.22, S.10, Ekim 1996, s.1548-1549). İsviçre Federal Mahkemesi, ayırt etme gücü olmayanların manevi zarara uğrayabileceklerini açıklar iken objektif teoriye ağırlık vermektedir. BGE 108 II 422; BGE 116 II 519.

⁹⁰⁰ Stoll, **Gutachten**, s.128. Yazar, bu yönde uygulamadan örnekler vermektedir: RG, 21.02.07, JW 1907, 202; RG 22.10.14, JW 1915, 89. (**a.e.**, s.128, dn.622).

⁹⁰¹ Stoll, **Gutachten**, s.128.

değerleri ihlal edilenlerin bu ihlal dolayısıyla duydukları (acı, elem, yaşam sevincinin kaybolması gibi) psikolojik sonuçlar “duygusal zarar (Gefühlschaden)” olarak tanımlanabilir⁹⁰². Manevi zarar, ya tecavüzün mağdurun kişilik değerlerinde meydana getirdiği objektif eksilmeler, örneğin mağdurun beden bütünlüğünün ihlal edilmesi -kolunun kırılması-⁹⁰³ ya da bedensel veya ruhsal hastalığa yakalanmaya neden olacak kadar ağır ve yoğun olan ilk zarar eşlik eden zararlar, örneğin kolun kırılması sonucunda tam veya geçici bir süre hareket kabiliyetinin yitirilmesi⁹⁰⁴ şeklinde ortaya çıkabilir. Buna göre, duygusal zararlar da ancak bir hastalığa neden olursa, manevi zarar kabul edilebilecektir⁹⁰⁵.

Objektif görüş taraftarlarından bazıları ise bu sert yorumu yumuşatmaktadır. Bu görüşe göre⁹⁰⁶, kişilik hakkının ihlali sonucunda mağdur, ayrıca acı, elem ve üzüntü duymuş ve bu duygusal zararlar, kişinin ruhsal bütünlüğü içinde bir eksiklik meydana getirecek ölçüde ise bu tür duygusal zararlar da “manevi zarar kalemi” olarak kabul edilmelidir. Bu görüşün dayanağı, kişinin beden bütünlüğü üzerindeki hakkının, sadece fiziksel bütünlüğü değil, aynı zamanda ruhsal bütünlüğü de kapsamı, ihlal sonucunda duyulan acı ve elemi ruhsal bütünlüğü eksiltmesidir⁹⁰⁷. Böylece, kişilik hakkının ihlali ile mağdur birden çok manevi zarara uğrayabilir; her bir zarar kalemi, tüm manevi zararı meydana getirir⁹⁰⁸. Hakim, manevi tazminatı belirlerken, nasıl BK m.46 gereği beden bütünlüğünün ihlalinde maddi zarar kalemlerini tek tek dikkate alarak maddi tazminatı bir bütün olarak hesaplamakta ise, manevi zarar kalemlerini de ayrı ayrı hesaplayıp manevi zararı bir bütün olarak tespit edecektir.

4. Karma (Uzlaştırıcı) Teoriye Göre

⁹⁰² Lorenz,E., **a.g.e.**, s.33.

⁹⁰³ Lorenz, E., **a.g.e.**, s.62.

⁹⁰⁴ Lorenz,E., **a.g.e.**, s.64.

⁹⁰⁵ Lorenz,E., **a.g.e.**, s.65.

⁹⁰⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.485; Stoll, **Gutachten**, s.128 vd.

⁹⁰⁷ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.485.

⁹⁰⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.486; Stoll, **Gutachten**, s.129 vd.

Manevi zarar konusundaki yukarıda açıklanan görüşleri uzlaştırmaya çalışan teori⁹⁰⁹, Tercier tarafından ortaya atılmıştır⁹¹⁰. Tercier'ye göre, manevi zararın iki unsuru bulunmaktadır. İlki, “kişilikte objektif olarak gerçekleşen azalma” unsurudur. Bu unsur objektif niteliktedir. Manevi zararın meydana gelmesi için bu unsura subjektif nitelikte olan ikinci bir unsur daha eklenmelidir. Subjektif nitelikte olan bu unsur ise, hukuka aykırı fiil sonucu kişilikte objektif olarak meydana gelen azalmanın kişinin bilincine yansması ve kişinin kişiliğindeki objektif azalma nedeniyle ruhsal huzurunu kaybetmesi, acı çekmesidir⁹¹¹. Acı kavramının tanımlamalarına dayanan Tercier'ye göre, acı, fizik veya manevi anlamda, bir şeyden yoksun kalmanın manevi olarak bilincine varılmasıdır. Manevi zarar da mağdurun kişilikte objektif olarak gerçekleşen azalmanın bilincine varması ile çektiği acıdır⁹¹². Görüldüğü gibi, bu teori, objektif teorinin tanımını subjektif teori ile tamamlamaktadır⁹¹³.

Bu teoriyi değerlendiren Kocayusufpaşaoğlu'na göre, karma teori, manevi zararın meydana gelmesinde mağdurun psikolojik durumunu da dikkate aldığından, daha doğrusu bu unsuru manevi zararın zorunlu bir unsuru saydığından subjektif teoriden farklı değildir⁹¹⁴. Kocayusufpaşaoğlu'na göre, karma teorinin, objektif unsuru olarak gösterilen “kişilikte objektif azalma”nın, manevi zararın bir unsuru mu olduğu yoksa “kişiliğe haksız tecavüz” unsuru içinde mi yer aldığı da tartışılabilir⁹¹⁵.

5. Değerlendirme

Hukuka aykırı fiil sonucunda kişilik hakkının ihlali (tecavüz) ile manevi zarar aynı anda ortaya çıksa bile farklı unsurlardır. Tecavüz, kişilik hakkının ihlal

⁹⁰⁹ Tercier, **Contribution**, s.56vd. Arpacı da hem objektif hem de subjektif teorinin birlikte ele alınması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Arpacı, **a.g.e.**, s.149.

⁹¹⁰ Tercier, **Contribution**, s.56 vd.

⁹¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.147.

⁹¹² Tercier, **Contribution**, s.57; Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.147.

⁹¹³ Gurzeler, **a.g.e.**, s.79 vd.; Arpacı, **a.g.e.**, s.149; Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.147.

⁹¹⁴ Haluk Burcuoğlu, “Basın Yoluyla Kişiliğe Saldırı ve Sonuçları Hakkında Son Uygulamalar Işığında Bazı Düşünceler”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, Özel Hukuk Basın Hukuku C.3, Ankara, 12-16 Ocak 2000, s.491-523; Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.147.

⁹¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.148; Riklin, *Persönlichkeit* s.39, 384.

edilmesi; manevi zarar ise, kişilik hakkı ihlalinin mağdurun psikolojik varlığına yansması sonucunda ortaya çıkan bir sonuçtur, tecavüz fiilinin sonucudur⁹¹⁶. Aksi görüşün kabulü halinde her kişilik ihlalinin manevi zarara neden olduğu da kabul edilmiş olur. Oysa ki her kişilik ihlali manevi zarara neden olmayabilir⁹¹⁷. Örneğin, A gazetesinde Bay B'nin rızası olmadan resimleri yayımlanmıştır. Bu resimlerin yayımlanması ile hukuka aykırı kişilik hakkı ihlali (tecavüz aşaması) gerçekleşmiştir. Ancak B haberi ertesi gün okuyup, resimlerinin yayımlanması nedeniyle, acı ve elem duyar, hayat sevinci azalırsa manevi zarar doğmuş olur.

Mağdurun duyduğu acı ve elem, manevi zarar olarak sayılmaz, bu acı ve elem, ancak mağdurun ruh sağlığının bozulması halinde manevi zarar olarak kabul edilirse, kişinin ihlal sonucunda yaşadığı ve fakat ruhsal rahatsızlık seviyesine çıkamayan, o derece ağır olmayan psikolojik kayıpları yaptırimsız kalır. Aynı kişilik ihlali sonucunda, mağdur C, acı ve elem duymamış, objektif görüşe göre X lira manevi tazminat elde etmiş; mağdur B ise bu ihlal sonucunda ayrıca acı ve elem duymuş, yaşam sevinci kaybolmuş olduğundan ona da X lira manevi tazminat verilecek olması, adaletli olmayacaktır. Aynı ihlalin kişilerde farklı sonuçlara yol açabilecek olmasının gözetilmemesi, eşitsizliğe yol açabilecek, hukukun adaleti sağlama işlevine zarar verecektir. Manevi tazminat davası sürecinde, mağdurun ne kadar acı ve elem yaşadığının bir kez daha gözler önüne serilmesinin mağdurun acı ve elemine arttıracığı, bunun mağdurun kişilik hakkının belki de ilk olaydan daha da ağır bir biçimde zarar görmesine yol açacağı söylenemez. Çünkü kişinin uğradığı zararın tazminini talep etmesi, kanun tarafından kendisine tanınan bir haktır; bu hakkın kullanılması kişilik hakkının ihlal edilmesine yol açamaz. Ayrıca mağdurun dava sürecinde özel hayatının gözler önüne serilmesi, onun rızasına dayandığından hukuka aykırı olarak nitelendirilemez; o uğradığı acı ve elemi tazminat verilmesi yolu ile giderilmesini talep etmektedir. Ancak dava sürecinde davacı, kişilik hakkının ihlal edilmesi sonucunda yaşadığı acı ve elemi bir kez daha gözler önüne sereceğinden, onun acısı daha da katlanabilecektir. Fakat objektif teori benimsendiğinde bile bu sonuç doğabilecektir. Mağdur kişilik hakkının ihlal

⁹¹⁶ Koller, **Genugtuung**, N.48; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.94, 178, 180; Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.144.

⁹¹⁷ Koller, **Genugtuung**, N.48; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.114.

edildiğini kanıtlamak zorunda olduğundan, olayı tekrar yaşayacak, olanları tekrar hatırlayacak ve dolayısıyla acı ve elemi yine artabilecektir. Bu sebeplerle, subjektif teorinin, manevi zararı dava sürecindeki zorluklar dolayısıyla arttıracacağı ve daha ağır kişilik hakkı ihlaline yol açacağı endişesi, objektif teori için de geçerli olabilecektir.

Manevi zararın kişiden kişiye göre değişebilir olması, onun varlığının ve büyüklüğünün, şiddetinin belirlenmesini güçleştirir. Ancak manevi zararı objektif ölçülere göre takdir edecek olan hakim, somut olaydaki durumlara göre değerlendirme yapacağından somut olay adaletini de gözetmiş olacaktır. Manevi zararın varlığı ve büyüklüğünün takdirinde, benzer olaylarda çok farklı kararlar verilerek hukuki güvenliğin ve eşitliğin sarsılmasının önüne, hakimin takdir yetkisini kullanırken objektif ölçülere göre karar vermesi ile geçilebilecektir⁹¹⁸. Diğer yandan, hakim, manevi zararı objektif ölçülere göre takdir ederken, manevi zarara uğrayan kişinin kişisel kaprislerini, komplekslerini ve zaaflarını dikkate almadan bir değerlendirme yapacaktır. Bu nedenle subjektif teori benimsendiğinde mağdurun bu subjektif nitelikleri dolayısıyla daha yüksek bir manevi tazminata hükmedilebileceği endişesi de giderilmiş olacaktır⁹¹⁹.

Yukarıda belirtilen gerekçelerle, biz, subjektif teoriye katılmayı uygun görmekteyiz. Kişilik hakkının ihlal edilmesi sonucunda doğan acı ve elem, illa ki kişiyi ruhsal açıdan derinden sarsan, akıl hastalığına yakalanmasına neden olan bir acı ve elem değildir; ancak mağduru ruhsal açıdan sarsan, üzen, onun huzurunu kaçıran, onu mutsuz eden bir acı ve elemidir.

Sonuç olarak manevi zararı şu şekilde tanımlayabiliriz: Manevi zarar, kişinin duygusal dengesini bozan⁹²⁰, yaşama sevincini, yaşama keyfini azaltan, panik, korku, dehşet, yas, öfke, iğrenme, elem, küçük düşme, utanç duyma, moralsizlik, tedirginlik,

⁹¹⁸ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.49, N.21; Koller, **Genugtuung**, N.49; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.444; Arpacı, **a.g.e.**, s.147; Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.148.

⁹¹⁹ Arpacı, **a.g.e.**, s.149.

⁹²⁰ Yargıtay kararına göre, davacının telefonunun sık sık, gereksiz yere sabah erkenden veya gece geç vakitlere kadar aranması ve tanımadığı kişilere ve ilgisiz sözlere muhatap olması onun duygu hayatının bir parçası olan “ruhi ahengine” bir saldırı niteliğindedir ve bununla davacının “evinde huzurlu yaşama ortamı ve hakkı” önemli ölçüde etkilerle bozulmuştur. Y.4.HD., 23.12.1991 T., 1990/11596 E., 1991/11230 K. (YKD, C.18, S.2, Şubat 1992, s.199-200).

ümitsizlik, yalnızlık hissi, aşağılık hissi, hayal kırıklığı gibi olumsuz duygusal sarsıntılar ve/veya fiziksel acılardır⁹²¹.

Borçlar Kanununun önceki tasarısında⁹²² manevi zarar kavramı tanımlanmıştır. Buna göre, manevi zarar, bir kişinin kişiliğinde zarar verici fiille meydana gelen olumsuz etkilenmedir (m.50 f.IV). Hükmün gerekçesinde neden böyle bir tanıma yer verildiği ise açıklanmamıştır. Bu tanım, objektif teoriye daha yakın görülmektedir. Çünkü kişilik hakkının ihlali sonucunda “kişiliğinde (...) olumsuz etkilenme” den söz edilmekte, mağdurun psikolojik tepkilerinden, doktrindeki genel eğilimin aksine, söz edilmemektedir. Ancak “olumsuz etkilenme” ifadesi, kişilik hakkının ihlalinde mağdurun yaşayacağı psikolojik tepkileri de kapsayacak şekilde yorumlanabilir. Diğer yandan, kanun yapma tekniği açısından, kanunların kavramları tanımlaması yerine, bu konuyu doktrine bırakması ve gelişmelere açık bırakması daha isabetli olacaktır. Nitekim Borçlar Kanunu’nun en son tasarısında manevi zarar kavramı tanımlanmamış, bu görev doktrine bırakılmıştır.

C. Manevi Zararın İspatı

Manevi zararın varlığını ispat etmek kolay değildir. Hak sahibinin kişilik hakkını ihlal eden davranışın, onun ruhsal durumu üzerindeki etkilerini ortaya koyabilmesi, çektiği acılar hakkında hakime kanaat vermesi, çoğu kez, onun iç dünyasının yargılama sırasında açığa vurulmasını gerektirir. Bu açıdan hem mağdurun iç dünyasının hakime tam olarak aktarılamaması ihtimaline karşı, hem de onun iç dünyasının bu şekilde açığa çıkmasının önlenmesine karşı bazı yazarlar, talepte bulunanın, kişilik hakkının ihlal edildiğini ispatlamasını yeterli bulurlar⁹²³. Bu görüşe göre, iç dünyanın dava sırasında açıklanması kişiye ek bir yükümlülük getirir ve bu nedenle manevi zarar ağırlaşır. Bu durumda, mağdur ayrıca manevi zarara uğradığını da ispat yükünden kurtarılmalı, ona ispat kolaylığı sağlanmalıdır⁹²⁴.

⁹²¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.679; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.167; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.14; Gurzeler, **a.g.e.**, s.76; Hatemi, **Kişiler Hukuku (2001)**, § 8, N.39, s.95; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.49, N.2; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 10 N.2; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.114; Arpacı, **a.g.e.**, s.147; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.119; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, C.I, s.447; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.330 .

⁹²² T.C. Adalet Bakanlığı, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara 2005.

⁹²³ Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.109-110; Geiser, **a.g.e.**, s.101; Ivo Schwander, “Verletzung der Persönlichkeit durch Aeusserungen in der Presse, Genugtuung, Beweis der erlittenen Unbill durch Erfahrungssätze?”, **AJP**, 1994, s.381.

⁹²⁴ Schwander, **a.g.e.**, s.381.

Doktrindeki diğerk görüşe göre, mağdur maddi zararda olduğu gibi, manevi zararın doğduğunu da ispat etmekle yükümlüdür⁹²⁵. BK m.42 f.I gereğince, zararı ispat yükü, tazminat talep eden taraf üzerindedir. Bu hüküm, BK m.98 f.II atfıyla, sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat için de kıyasen uygulanacaktır⁹²⁶. Sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatta da manevi zarara uğradığını iddia eden, bu iddiasını ispatlamalıdır. Ancak manevi zarar bakımından asıl güçlük, manevi zararın varlığı ve büyüklüğünün belirlenmesinde ortaya çıkmaktadır. Doktrinde, BK m.42 f.II'nin manevi tazminat bakımından da kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir⁹²⁷. Bu görüşteki yazarlara göre, manevi zararın ispatı, maddi zararlar kadar kolay değildir; ispatı tam olarak mümkün olmayan zararlar da hakime takdir yetkisi veren BK m.42 f.II hükmünü kıyasen uygulamak manevi tazminatın bünyesine de uygun olacaktır. BK m.42 f.II gereğince, *“Zararın gerçek miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hakim, halin mutad cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazarı itibara alarak onu adalete tevfikân tayin eder.”* Doktrine göre, BK m.42 f.II, hem zararın miktarının hem de varlığının tam olarak ispat edilemediği hallerde uygulanabilir⁹²⁸. Bu halde, hakime, manevi zararın varlığı ve büyüklüğü hususunda kanaat oluşturacak delillerin sunulması gereklidir⁹²⁹. Sonuç olarak, manevi zararın varlığı ve büyüklüğünün tam olarak ispatının mümkün olmadığı hallerde hakim, *“halin mutad cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri”* dikkate alarak manevi zararın doğduğunu ve mağdurun uğradığı manevi zararın büyüklüğünü takdir edecektir. Hakim, manevi zararı, doktrin ve yargı kararları ile geliştirilen objektif ölçülere göre tespit edecektir⁹³⁰. Manevi tazminat, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk temeline dayandırıldığında da aynı sonuçlar geçerli

⁹²⁵ Gurzeler, **a.g.e.**, s.232; Schmid, **a.g.e.**, s.655. Bkz. BGE 120 II 97.

⁹²⁶ Brunner, **a.g.e.**, N. 196; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 345.

⁹²⁷ Gurzeler, **a.g.e.**, s.229; Ertaş, “Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği”, s.87; Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.148.

⁹²⁸ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.42, N.48; Koller, **Genugtuung**, N.336; Brunner, **a.g.e.**, N.190; Weber, **Berner Kommentar**, Art.99, N.219; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.** s.80; Lemp, **a.g.e.**, s.161. BGE 123 III 336; ; 122 II 221; 113 II 86 vd.

⁹²⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.691-692; Oğuzman, “Şahsiyetin Korunması”, s.48.

⁹³⁰ Werro, **a.g.e.**, N.1271; Koller, **Genugtuung**, N.336; Arpacı, **a.g.e.**, s.147; Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.148.

olacaktır. Çünkü BK m.98 f.II'nin atfıyla, BK m.42 f.II, sözleşmeye aykırılıktan doğan maddi ve manevi tazminat için de kıyasen uygulanabilir⁹³¹.

BK m.49 f.II hükmü de manevi tazminatın miktarını belirlerken, hakimin, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alacağını belirtmektedir⁹³². Söz konusu hükmün, manevi tazminatın belirlenmesinin dışında, bu tazminatın belirlenmesinde önemli etkisi olan manevi zararın varlığının ve büyüklüğünün belirlenmesi bakımından da uygulanacağı belirtilmektedir⁹³³. Buna göre, somut olayda, taraflar arasındaki samimiyet derecesi, arkadaşlık ilişkisi, kişinin içinde bulunduğu sosyal statü gereği, mağdur hiç manevi zarara uğramayacağı gibi, uğradığı kabul edilen manevi zararın şiddeti de (az veya çok) farklı olabilir. Böyle bir durumda alacaklı, manevi zararın varlığını ve şiddetinin çok olduğunu; davalı borçlu ise manevi zararın hiç doğmadığını veya manevi zararın şiddetinin iddia edildiği kadar olmadığını ispat etmekle yükümlüdür⁹³⁴.

Doktrindeki diğer görüşe göre ise⁹³⁵, BK md.49'da 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra artık zararın ve zararın ağırlığının ispatına gerek kalmamıştır⁹³⁶. Aynı şekilde, manevi tazminatı düzenleyen nişanın bozulmasında (MK m.121), ölüm ve beden bütünlüğü ihlalinde (BK m.47), boşanma (MK m.174 f.II) ve butlanda (MK md.160) da kanun koyucu zararın ispatını aramamaktadır⁹³⁷. Kanun koyucu, bu hallerde, kişilik hakkının ihlal edilmesi halinde mağdurun manevi zarara uğradığını karine olarak kabul etmiştir⁹³⁸. Sadece tecavüz eyleminin ispat edilmesi, manevi zarar karinesinin doğması için yeterlidir. *“Ancak eylem sadece akit ihlali teşkil eden bir eylem veya eylemsizlik (ifa etmeme) ise, bu akit ihlali ile manevi bütünlük ve iç huzuru değerinin ihlal edildiği ve derin bir elem duyulduğu ve bu “manevi zarar” ile akit ihlali arasındaki illiyet bağı, davacı tarafından (alacaklı) kanıtlanmalıdır. Alacaklı ispat yükünü yerine getirdiği takdirde, somut olayda da Hakkaniyet ilkesi haklı gösteriyorsa, hakim “haksız fiilden müteallik mes’uliyete*

⁹³¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.345; Brunner, **a.g.e.**, N.196.

⁹³² Bu konuda bkz. Bölüm I, VI, D, 2.

⁹³³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.692; Oğuzman, “Şahsiyetin Korunması”, s.48.

⁹³⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 692; Oğuzman, “Şahsiyetin Korunması”, s.48.

⁹³⁵ Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.108-111.

⁹³⁶ Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.68.

⁹³⁷ Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.69-71.

⁹³⁸ Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.73.

müteallik hükümler kıyasen akde muhalif hareketlere de tatbik olunur” diyen BK.98/2 ve MK.4’e dayanarak bir “manevi tazminat” a da hükmedebilmelidir.⁹³⁹”. Kanaatimizce de manevi zararın ispatının güçlüğü, mağdurun iç dünyasının hakime tam olarak aktarılamaması ihtimali, onun iç dünyasının bu şekilde açığa çıkmasını önleyerek manevi zararının daha da artmasına engel olunması karşısında, manevi zarara uğrayan kişi lehine ispat kolaylığı sağlanması ve ispat yükünün karşı tarafa yüklenmesi gereklidir. Davacı, sözleşmeye aykırı davranış yüzünden kişilik hakkının ihlal edildiğini ispat ettiğinde, manevi zararın da doğduğu karine olarak kabul edilmeli; davalı, somut olayda davacının manevi zarara uğramadığını ispat ederek bu karineyi çürütmelidir.

D. Tüzel Kişiler ve Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Manevi Zarara Uğrayabilir mi?

1. Tüzel Kişiler Bakımından

Tüzel kişiler de gerçek kişiler gibi kişilik korumasından yararlanabilir. Çünkü tüzel kişilerin de şeref ve haysiyeti, özellikle ticari veya mesleki itibarı, gizlilik alanı bulunmaktadır ve bu değerler, kişilik hakkı kapsamında korunmaktadır⁹⁴⁰. Tüzel

⁹³⁹ Yazara göre, belirtilen koşullar gerçekleştiğinde, “Özel hukuk cezası” niteliğinde de olsa manevi tazminata hükmedilmesine imkan veren bir kuralın kanunda yer alması uygun olacaktır. Yazar, aynı sonuca “sözleşme cezası= cezai şart”a ilişkin hükümler arasına “somut olayın haklı gösterdiği hallerde ve özellikle telafisi imkansız akdi zarar bulunması halinde hakim hakkaniyete uygun bir sözleşme cezasına hükmedebilir” şeklinde bir kural konması ile varmanın daha doğru olacağını da belirtmektedir. Bkz. Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.112.

⁹⁴⁰ BK m.49 ile Eski Medeni Kanunun kişilik hakkı ile ilgili hükümlerinde değişiklik yapan 3444 sayılı Kanun tasarısının gerekçesinde, tüzel kişilerin de kişilik hakkının korunmasını talep edebileceği açıkça belirtilmektedir. Bkz. Tasarı Metni, ABD, 1988/3, s.370. Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.15; Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s.69; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.232; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.199; Meili, **Basler Kommentar ZGB I**, Art.28, N.32; Hausheer, Aebi-Müller, **a.g.e.**, N.12.01; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.42, 90; Hatemi, **Kişiler Hukuku (2001)**, s.141; Tuor, Schnyder, Schmid, **a.g.e.**, s.87; Bucher, A., **a.g.e.**, § 15, N.420; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.9 ; Pedrazzini, Oberholzer, **a.g.e.**, s.151; Geiser, **a.g.e.**,s.93; Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet**, s.270; Frank, **Persönlichkeitsschutz**, s.41; Ergun Özsunay, **Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler**, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler, Vakıflar, 5.bası, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982, s.68-69 ; Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.9; Riklin, **Persönlichkeit**, s.12; Hinderling, **a.g.e.**, s.28; Jaeggi, **Persönlichkeit**, s.217a, 227a; Ahmet Kılıçoğlu, “Tüzel Kişi Manevi

kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler (MK m.48). Buna göre, tüzel kişilerin şeref ve haysiyetinin, özellikle ticari veya mesleki itibarının, gizlilik alanının, fikri ve ekonomik bütünlüğünün ihlali söz konusu olabilirken, onun öldürülmesinden veya beden bütünlüğünün ihlalden söz edilemez⁹⁴¹.

Sözleşmeye aykırı davranış sonucu kişilik hakkı ihlal edilen tüzel kişi, manevi tazminat talep edebilir mi? Bazı yazarlara göre, tüzel kişiler, gerçek kişiler gibi, fiziksel veya duygusal acı duyamaz, onların yaşam sevincinin azaldığından söz edilemez. Bu nedenle, tüzel kişilerin manevi zarara uğradığından söz edilemez ve tüzel kişiler manevi tazminat talep edemez⁹⁴². Ayrıca tüzel kişiler, onları oluşturan bireylerden bağımsız bir kişiliktir. Nasıl tüzel kişinin malvarlığının onu oluşturan bireylerin malvarlığından bağımsız, ayrı bir değer olduğu kabul ediliyorsa, kişilik bakımından da tüzel kişinin kişiliği, onu oluşturanların kişiliğinden bağımsızdır⁹⁴³. Bu nedenle, tüzel kişinin bünyesi içindeki kişilerin yaşadığı acı ve elemi tüzel kişinin acı ve elemi olarak kabul etmek mümkün değildir. Bu görüşe göre, kişilik hakkı ihlal edilen tüzel kişi, kişilik hakkını, MK m.25 f.I ve II' de düzenlenen davalar ile koruyabilecektir⁹⁴⁴.

Tazminat İsteyebilir mi?”, **Dicle ÜHFD**, S.1, 1983, s.287 vd.; İmre, “Özel Hayat”, s.157; İmre, “Şahsiyetin Korunması”, s.804; Rötelmann, **a.g.e.**, s.383-384. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir. Bkz. BGE 97 II 97. Bu kararın çevirisi için bkz. İlhan Ulusan, “Bir Derneğin Kişilik Haklarının Zedelenmesi İle İlgili 3 Haziran 1971 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararı”, **MHAD**, 1973/10, s.209-218.

⁹⁴¹ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.16; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.232; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.199; Helvacı, **Kişilik Hakkı**, s.91; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.9; Riemer, **Personenrecht**, § 18, N.521; Geiser, **a.g.e.**, s.94-94; Teoman Akunal, **Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988, s.29.

⁹⁴² Rey, **Haftpflichtrecht**, N.484; Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet**, s.271-272; Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.190; Riklin, **Persönlichkeit** s.298, 385; Vuille-Dit-Bille, **a.g.e.**, s.51-52; Kılıçoğlu, “Tüzel Kişiler”, s.292-294; Rötelmann, **a.g.e.**, s.393, 402. Serozan, “Kişilik Hakkının Korunması”, s.93'te bu görüşe katılmıştı. Ancak yazar, daha sonra görüşünü değiştirerek, tüzel kişilerin de manevi tazminat talep edebileceklerini kabul etmiştir. Bkz. Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, s.33.

⁹⁴³ Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.191.

⁹⁴⁴ Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet**, s.272; Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.191; Kılıçoğlu, “Tüzel Kişiler”, s.293. Bu çözümün tüzel kişiler için kayda değer bir sakıncası olmadığı hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu, “Manevi Tazminat Davası”, s.150, dn.25. Bu görüşün koruma davaları ile manevi tazminat davasının koşullarının aynı olmadığı; eşitlik ve hakkaniyet düşüncelerine aykırı olduğu gerekçeleriyle eleştirisi için bkz. Kırca, **a.g.e.**, s.260.

Doktrinde baskın olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre ise, tüzel kişiler manevi tazminat talep edebilir⁹⁴⁵. Tüzel kişilerin manevi tazminat talep edebileceğini, tüzel kişilerin niteliği bakımından ileri sürülen görüşlere göre açıklamak mümkündür. Tüzel kişilerin niteliği bakımından gerçek kişilik teorisini kabul edenlere göre, organları oluşturan bireylerin duyduğu acı ve elem, tüzel kişinin acı ve elemi olarak kabul edilebilir⁹⁴⁶. Tüzel kişilerin niteliğini farazi kişilik teorisine göre açıklayanlara göre ise, organları oluşturan bireylerin duyduğu acı ve elem, farazi olarak tüzel kişinin acı ve elemi olarak varsayılabilir⁹⁴⁷. Bu nedenle, hangi teori benimsenirse benimsensin, tüzel kişinin manevi zarara uğrayabileceğini açıklamak teorik olarak mümkündür.

Diğer yandan, tüzel kişilerin manevi tazminat talep edebileceklerini kabul etmek, tüzel kişinin organlarındaki kişilerin sayısı kadar dava açılmasını önleyerek, usul ekonomisi sağlar⁹⁴⁸. Böylece kişilik hakkı ihlal edilen kişinin tüzel kişi mi, yoksa organlarını oluşturan kişi mi olduğu tartışması da sona erdirilir⁹⁴⁹.

Ayrıca BK m.49'da 1988 yılında yapılan kanun değişikliği ile hükümde manevi tazminat talep etmeye yetkili olan bakımından, "kişi" kavramının

⁹⁴⁵ M. Tufan Ögüz, **Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları**, İstanbul, Beşir Kitabevi, 2007, s.66 vd.; Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.104; Schwenger, **Obligationenrecht**, N.17.10; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.685; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.232; Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.198; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.199; Thurnheer, Maas, **a.g.e.**, s.87; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.49, N.40 vd.; Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.82 vd.; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.49, N.7; Hatemi, **Kişiler Hukuku (2001)**, s.142; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.9; Riemer, **Personenrecht**, § 18, N.526; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.667; Akünal, **a.g.e.**, s.40; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.293; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s.130; von Büren, **a.g.e.**, s.86; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.333; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art.49, N.11; Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", s.12, 32. Yargıtay da tüzel kişilerin manevi tazminat talep edebileceğini kabul etmektedir. Bkz. Y.4.HD., 16.6.2003T., 2003/3293 E., 2003//7775 K. (Yargı Dünyası, S.93 Eylül 2003, s.94 vd.); Y.4.HD., 9.12.1993 T., 1993/607 E., 1993/14351 K. (YKD., C.20, S.5, Mayıs 1993, s.726 vd.); YHGK., 23.1.1985 T., 1984/4-58 E., 1985/36 K. (Kazancı İçtihat Bankası); 4.HD., 13.12.1979 T., 1979/10088 E., 1979/14000 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.637-639); 4.HD., 22.6.1973 T., 1973/7879 E., 1979/6928 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.649).

Manevi zarar bakımından objektif teoriye katılanlar ise, bu konuda tereddüt etmeden tüzel kişilerin manevi tazminat talep edebileceklerini kabul etmektedirler Bkz. Eren, **Borçlar Hukuku**, s.752, 764-765; Kırca, **a.g.e.**, s.259-260; Serozan, "İntikal", s.285; Serozan, "Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım", s.97.

⁹⁴⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.685.

⁹⁴⁷ Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.82; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.9.

⁹⁴⁸ Ögüz, **Vakıf**, s.68; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.232.

⁹⁴⁹ Ögüz, **Vakıf**, s.68; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.232; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.667.

kullanılması da bu yorumu destekleyen diğerk bir gerekçedir. Kişii, gerçek kişilerin yanında tüzel kişileri de kapsayan bir kavramdır⁹⁵⁰.

Diğerk yandan, kişilik hakkının korunması imkânlarından tıpkı gerçek kişiler gibi yararlanabilecekleri kabul edilen tüzel kişilerin, manevi tazminat talep edemeyeceklerini kabul etmek, hukukun adalet ve eşitlik ilkeleri ile bağdaşmayan bir sonuçtur⁹⁵¹. Kişilik hakkı ihlal edildiğinde, yukarıda belirtilen teoriler yardımıyla manevi zarara uğrayabilecekleri kabul edilen tüzel kişilerin, manevi tazminat talep edebileceğini kabul etmek, kişilik hakkının en geniş seviyede korunmak istendiğı hukuk sistemimizin amaç ve düzenlemeleri ile uyumlu olan bir sonuçtur.

Bu nedenlerle, gerek haksız fiil gerekse sözleşmeye aykırı davranış sonucu kişilik hakkı ihlal edilen tüzel kişi, manevi tazminat talep edebilecektir. Ancak, tüzel kişiler sadece BK m.49 hükmüne dayanarak manevi tazminat talep edebilir. Yukarıda belirtildiğı gibi, tüzel kişiler, gerçek kişilere özgü kişilik değerlerine sahip değildir; onların beden bütünlüğünün ihlal edildiğinden veya ölümünden söz edilemez. Bu nedenle, tüzel kişiler bakımından BK m.47 hükmü uyarınca manevi tazminat talep etmek mümkün değildir⁹⁵². Tüzel kişi, manevi tazminat talebini, organları aracılığıyla ileri sürebilecektir (MK m.50)⁹⁵³.

2. Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Bakımından

Ayırt etme gücü olmayanlar, fiil ehliyetleri bulunmadığından sözleşme ehliyetine sahip değildirler. Bu nedenle, ayırt etme gücü bulunmadığı sırada bir kişi sözleşme yaparsa, sözleşme kesin hükümsüzdür⁹⁵⁴. Ancak yasal temsilcileri, ayırt etme gücü olmayanlar adına sözleşme yapabilirler. Bu ihtimalde, ayırt etme gücü olmayan, onun adına davranan yasal temsilcisi aracılığı ile hak kazanır ve borç altına

⁹⁵⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.752; Kırca, **a.g.e.**, s.260.

⁹⁵¹ Kırca, **a.g.e.**, s.260.

⁹⁵² Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.103; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.199; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.765; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.9, dn.5; Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", s.12.

⁹⁵³ Y.4.HD., 16.6.2003 T., 2003/3293 E., 2003//7775 K. (Yargı Dünyası, S.93 Eylül 2003, s.94 vd.).

⁹⁵⁴ Dural, Öğüz, **Kişiler Hukuku**, s.66; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.63-64; Tekinay, **Gerçek Kişiler**, s.230.

girer⁹⁵⁵. Sözleşme kurulduğu sırada ayırt etme gücü bulunan taraf, ayırt etme gücünü daha sonra yitirebilir. Özellikle sözleşmeye aykırı davranıldığı sırada, alacaklının ayırt etme gücü olmayabilir. Bu halde, o, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ve benzeri nedenlerden dolayı (MK m.15), bu davranışın nedenlerini ve sonuçlarını doğru olarak kavrayamayacak ve böyle bir doğru bir kavrayışa uygun davranamayacak bir haldedir⁹⁵⁶. Gerek bu ihtimalde gerekse sözleşmenin ayırt etme gücü olmayan kişi adına yasal temsilci tarafından yapıldığı ihtimalde, borçlu, sözleşmeye aykırı davranarak, ayırt etme gücü bulunmayan alacaklının kişilik hakkını ihlal ettiğinde, acaba alacaklı manevi tazminat talep edebilir mi? Belirtelim ki, ayırt etme gücü olmayan kişilerin⁹⁵⁷ manevi tazminat talep edip edemeyecekleri doktrinde tartışmalıdır.

Bazı yazarlara göre, ayırt etme gücü bulunmayanlar adına yasal temsilcileri manevi tazminat talep edebilir. Manevi zararı objektif teoriye göre açıklayanlar⁹⁵⁸, kişilikte meydana gelen eksilmeyi manevi zarar olarak kabul ettikleri ve mağdurun psikolojik tepkilerini dikkate almadıkları için ayırt etme gücü bulunmayanların manevi tazminat talep edebileceklerini daha kolaylıkla açıklamaktadır. Buna göre, ayırt etme gücü bulunmayanların hukuka aykırı olarak kişiliklerinde eksilme meydana geldiğinde manevi zarar doğmuştur. Mağdurun bu eksilme nedeniyle acı ve elem duyup duymadığını ayrıca araştırmaya gerek yoktur. Ayırt etme gücü bulunmayan kişi adına yasal temsilcileri manevi tazminat talep edebilir⁹⁵⁹.

Manevi zararı subjektif teoriye göre açıklayan yazarlardan bir kısmına göre, ayırt etme gücü bulunmayanlar adına manevi tazminat talep edilebilir. Bu görüşe

⁹⁵⁵ Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.73; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.67.

⁹⁵⁶ Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.43.

⁹⁵⁷ Ayırt etme gücü bulunan küçük ve kısıtlı kişiler ise manevi tazminat talep edebilir. Manevi tazminat talep etme hakkı, kişiye sıkı surette bağlı hak olduğu için, bu talebi bizzat sınırlı ehliyetsiz ileri sürebilir. Yasal temsilci onun adına manevi tazminat talep edemeyeceği gibi, sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcisinin izni veya icazetini almasına gerek yoktur. Bkz. Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s.56-57; Meili, **Basler Kommentar ZGB I**, Art.28, N.9; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.115; Tekinay, **Gerçek Kişiler**, s.245; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s.62; Ataay, **Şahıslar Hukuku**, s.155. Bkz. Y.4.HD., 21.9.1995 T., 1995/5439 E., 1995/6448 K. (YKD., C.22, S.11, Kasım 1995, s.1766 vd.).

⁹⁵⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.485-486; Lorenz, E., **a.g.e.**, s.34 vd.; Stoll, **Gutachten**, s.127 vd. ; Kırca, **a.g.e.**, s.253; Serozan, "Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım", s.83; Serozan, "Immateriellen Schadensersatz", s.53-54; Eren, "immaterieller Schaden", s .38-39; Ayrıca Bkz. Bölüm II, III, B, 3.

⁹⁵⁹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.752,765 ; Kırca, **a.g.e.**, s.259-260; Serozan, "İntikal", s.285; Serozan, "Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım", s.97; Serozan, "Immateriellen Schadensersatz", s.74; Eren, "immaterieller Schaden", s.37.

göre⁹⁶⁰, ayırt etme gücü bulunmayanların manevi tazminat talep edip edemeyecekleri konusunda kanunda bir hüküm bulunmamaktadır. Manevi tazminat talebi kişiye sıkı surette bağlı haklardan olduğu için mağdurdan başka bir kimse tarafından bu talepleri sürülemez⁹⁶¹. Bu halde ise, adalete göre karar vermek gereklidir. Buna göre, ayırt etme gücü bulunmayanlar adına yasal temsilcisi tarafından manevi tazminat davasının açılabilceğini kabul etmek gereklidir. Landolt'a göre⁹⁶², örneğin, koma halinde olan kişinin ne dereceye kadar hissetme yeteneğine sahip olduğu açık değildir. Manevi zararın iki yönü bulunmaktadır. Subjektif manevi zararda, kişilik hakkı ihlali sonucunda mağdur acı ve elem duymuş, yaşama sevinci azalmıştır. Objektif manevi zararda ise, ölüm veya beden bütünlüğünün ihlali sonucunda mağdurun yaşam düzeyinin etkili bir biçimde ihlal edilmesi söz konusudur. Ayırt etme gücü olmayan kişiler, objektif manevi zarara uğramışlardır. Ayrıca onların yakınlarının, manevi tazminatı aldıktan sonra ayırt etme gücü olmayanlara bakıp bakmayacakları veya bunu isteyip istemedikleri de bilinemez. Bu sebeple, ayırt etme gücü olmayanlar için manevi tazminata hükmedilemeyeceğini veya onların yakınlarına manevi tazminat verileceği için onlar adına manevi tazminat talep edilemeyeceğini belirten görüşler yerinde değildir.

Diğer yandan, kanun, ayırt etme gücü bulunmayanları da kişi olarak kabul etmekte ve onlara bir kişilik tanımaktadır. Ayırt etme gücü bulunmayanlar adına manevi tazminat talep edilemeyeceğini kabul etmek, onların kişilik hakkından yararlanamayacağı sonucunu doğurur. Oysa ki bu sonuç, kanuna aykırıdır. Bir kimsenin ayırt etme gücü bulunmaması onun bir insan olması özelliğine zarar vermez ve ona verilen herhangi bir manevi zarar yok sayılamaz. Ayırt etme gücü bulunmayanın “*şahsına takayyüt ile mükellef olan kimse, bunun şahsi menfaatlerini haleldar eden herhangi bir tecavülden mütevellid zararın tazminini dava etmek*

⁹⁶⁰ Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.225; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s.62; Ataay, **Şahıslar Hukuku**, s.121; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.292 ; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.333-334; Saymen, **Manevi Zarar**, s.215; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.32; Ertaş, “Manev, Tazminatın Hukuki Niteliği”, s.89-90. Ayırt etme gücü olmayanlar için manevi tazminatın genel olarak reddedilemeyeceğini ve fakat her halde de onlara böyle bir hak tanınamayacağı hakkında bkz. Brehm, **Berner Kommentar**, Art.49 N.44.

Avusturya Hukukunda da ayırt etme gücü olmayanların uğradıkları beden bütünlüğü ihlalleri için manevi tazminat talep edilebileceği kabul edilmektedir. Bkz. Wildhaber, **a.g.e.**, s.62.

⁹⁶¹ Bucher, A., **a.g.e.**, § 16, N.513.

⁹⁶² Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.88 vd.

salahiyetini haiz olmak lazım gelir."⁹⁶³. Bu görüş, manevi tazminat talebinin kişiye sıkı surette bağlı hak olma özelliğine, ayırt etme gücü bulunmayanları korumak adına istisna tanımaktadır. Sonuç olarak, hukukun adalet ilkesi gereği, ayırt etme gücü bulunmayanlar adına manevi tazminat talep edilebileceği, bu talebin onlar adına yasal temsilcileri tarafından ileri sürülebileceği kabul edilmektedir.

Doktrinde diğer bir görüş ise⁹⁶⁴, hakimin manevi zararın kabulünde objektif ölçülere göre değerlendirme yapması gerektiğini, bu halde ayırt etme gücü olmayanların da manevi tazminat talep edebileceğini belirtmektedir. Buna göre, hakim, aynı saldırıya hedef olan ayırt etme gücü olan bir gerçek kişinin duyacağı acıyı esas alarak manevi zararın varlığını belirleyecektir.

Doktrinde bazı yazarlara göre⁹⁶⁵, uğradıkları tecavüzdü elem ve acı duyamayacak şekilde ayırt etme gücü bulunmayanlar için manevi zarardan söz etmek ve manevi tazminat davasının açılabilmesini kabul etmek güçtür. Bu hallerde, manevi zarar doğmadığı için manevi tazminat talep edilemez. Ancak kişilik hakkının korunmasına yönelik diğer davaları (MK m.25) açmak mümkündür.

Diğer taraftan, ayırt etme gücünden yoksun iken, tecavüze uğrayanın durumu ile tecavüze uğradıktan sonra ayırt etme gücünü kaybedenler arasında da ayırım yapmak gereklidir. Eğer kişi, kişilik hakkının ihlali nedeniyle ruhsal bir sarsıntı geçirir ve bu nedenle, akıl hastalığına yakalanırsa, o, manevi zarara uğradıktan sonra ayırt etme gücü kaybetmiştir. Bu ihtimalde ise, manevi zarar doğduğu için ayırt etme gücü bulunmayan kişi adına yasal temsilci tarafından manevi tazminat talep edilecektir. Fakat doktrinde, kişilik hakkı ihlali sonucu manevi zarara uğrayan, ancak sonra ayırt etme gücünü kaybeden kişilere manevi tazminat verilmesi halinde, onların manevi zararının giderildiğini hissedemeyeceği de belirtilmiştir⁹⁶⁶.

İsviçre Federal Mahkemesi ise ayırt etme gücü bulunmayanlar adına manevi tazminat talep edebileceğini kabul etmektedir⁹⁶⁷. Federal Mahkemeye göre, kanun

⁹⁶³ Saymen, **Manevi Zarar**, s.215.

⁹⁶⁴ Arpacı, **a.g.e.**, s.149.

⁹⁶⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.685; Vuille-Dit-Bille, **a.g.e.**, s.51; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.668; Stark, **Haftpflichtrecht**, N.191; Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.177-178; Riklin, **Persönlichkeit**, s.385.

⁹⁶⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.685.

⁹⁶⁷ BGE 108 II 422. Benzer şekilde BGE 116 II 519. Federal Mahkemenin 108 II 422 kararının eleştirisi için bkz. Zen-Ruffinen, **a.g.e.**, s.368.

koyucu daha hafif ihlallerde manevi tazminatı kabul ederken en ağır ihlallerde manevi tazminatı reddetmeyi asla arzu etmeyecektir. Mağdurun zarar verici fiil ile sürekli ve kesin olarak bilincini kaybetmesi halinde manevi tazminat talep edebilecektir. Doktrinde bazı yazarlar ise⁹⁶⁸, ayırt etme gücü olmayan mağdurun manevi zarara uğrayamayacağı gerekçesiyle bu kararı eleştirmişlerdir. Ayrıca mağdurun yakınları, mağurdan bağımsız olarak manevi tazminat talep edebilecektir. Zira Federal Mahkeme de Art.49 OR' ye göre beden bütünlüğü ihlal edilen mağdurun yakınlarının manevi tazminat talep edebileceğini kabul etmektedir. Bu nedenlerle ayırt etme gücü olmayanlar adına manevi tazminat talep edilememelidir.

Kanaatimizce özellikle beden bütünlüğü ihlallerinde manevi zarar, fiziksel acı şeklinde doğabilir; bu ihtimalde ayırt etme gücü bulunmayan da bu acıyı hissedebilir. Örneğin, beden bütünlüğü ihlal edilen (kolu kırılan) kişi, akıl hastası da olsa fiziksel acı duyabilir. Bu ihtimalde, manevi tazminat talebini fiil ehliyeti bulunmayan kişi adına yasal temsilcisi ileri sürecektir. Böylece kişiye sıkı surette bağlı haklarda temsil yasağına, manevi tazminat talebi bakımından bir istisna getirilmiş olacaktır. Bu sonuç, temsil yasağının amacına aykırı değildir; zira yasal temsilciye bu hakkın tanınmasının nedeni, ayırt etme gücü olmayan kişinin menfaatlerinin zedelenmesine engel olmak, onu korumaktır⁹⁶⁹. Ancak somut olayda ihlali ve sonuçlarını kavrayamayacak durumda olan kişinin, kişilik hakkı ihlali sonucu yaşama sevincinin azaldığı, iç huzurunun bozulduğu ileri sürülemez. Örneğin, ayırt etme gücü olmayan kişinin şeref ve haysiyetinin ihlali sebebiyle acı ve elem duyduğu, yaşama sevincini kaybettiği söylenemez. Bu ihtimalde, manevi zarar da doğmadığı için ayırt etme gücü olmayan kişi adına manevi tazminat talep edilemeyecektir. Yargıtay'a göre ise, kişilik hakkı ihlal edildiği sırada ayırt etme gücü bulunmayan kişinin ileride ayırt etme gücünü kazanacağı ve bu acıyı hissedebileceği söylenebiliyorsa, manevi

⁹⁶⁸ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.17.08; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.481 vd.; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.64; Gauch, "Haftpflichtrecht", s.225, 237 vd. Federal Mahkemenin bu kararında aslında ayırt etme gücü olmayan kişiye değil, ona bakacak olan yakınları için manevi tazminata hükmettiği, bu tazminatın yakınların acı ve elemine dindireceği hakkında bkz. Pierre Tercier, "L'évolution récente de la réparation tort moral dans la responsabilité civile et l'assurance-accidents", **SJZ**, 1984/4, s.54.

⁹⁶⁹ Bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.171-172; Serap Helvacı, "Kişilik İşlemi Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar)", **İÜSBE**, Yayınlanmamış Doktora tezi, İstanbul, 1993, s.125; Ataay, **Şahıslar Hukuku**, s.121.

tazminata hükmedilebilir⁹⁷⁰. Yargıtay, babası ölen çocuğun ileride büyüüp olayı kavrayınca duyacağı acının şimdiden göz önüne alınarak manevi tazminata hükmedilebileceğine karar vermiştir⁹⁷¹.

IV. İLLİYET BAĞI

A. Sözleşmeye Aykırı Davranış ile Zararlı Sonuç Arasında İlliyet Bağı Olması Gereği

Gerek haksız fiil işleyen gerekse sözleşmeye aykırı davranan kişi, ancak davranışının neden olduğu zararlardan sorumlu tutulabilir. Bu halde, gerçekleşen zararlar davranış arasında neden-sonuç ilişkisinin bulunduğunu belirlemek, sorumluluğun doğması bakımından önem taşımaktadır⁹⁷². Gerçekleşen zararlar sorumluluğu doğuran davranış arasındaki neden-sonuç ilişkisine illiyet bağı denilir⁹⁷³. Sorumluluğun bir koşulu olan illiyet bağı, haksız fiil sorumluluğu

⁹⁷⁰ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.88; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.685; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.661, 668. Bu görüşe katılmakla birlikte, şeref ve haysiyete yönelik ihlallerde, ihlalin çoğunlukla ani etkileri olacağı ve ihlalin etkilerinin ihlalin gerçekleştiği zaman doğacağı nedeniyle, bu hallerde manevi tazminata hükmedilmemesi gerektiği yönünde bkz. Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.178.

⁹⁷¹ Y.4.HD., 5.3.2003 T., 2002/11382 E., 2003/2256 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.11.HD., 1.4.1997 T., 1997/366 E., 1997/2371 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD., 23.10.1984 T., 1984/6447 E., 1984/2849 K. (Kazancı İçtihat Bankası), Y.4. HD. 25.6.1984 T., 1984/5455 E., 1984/ 5969 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.351-352); Y.4.HD., 12.10.1983 T., 1983/7784 E., 1983/8331 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD. 19.3.1981 T., 1981/1989 E., 1981/3442 K (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.354); Y.10. HD., 27.10.1977 T., 1977/1341 E., 1977/6711 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.356); Y.15.HD., 13.6.1975 T., 1975/2864 E., 1975/3019 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.356); Y.9 HD., 19.4.1973 T., 1973/39484 E., 1973/11645 K (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.360).

⁹⁷² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.337, 518; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.22; Keller, Gabi-Bollinger, **a.g.e.**, s.27; Larenz, **Schuldrecht, I**, s.431 vd. ; Fikret Eren, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975, s.2.

⁹⁷³ Schwenzler, **Obligationenrecht**, N.19.01; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.97, N.12; Dörner vd., **a.g.e.**, § 847, N.8; Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s.1.

bakımından BK m.41'de⁹⁷⁴, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk bakımından BK m.96'da öngörülmüştür. BK m.96'ya göre “alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe *bundan mütevellit zararı tazmine* mecburdur”. Hükümdeki “bundan mütevellit zararı” ifadesi, illiyet bağı koşuluna işaret etmektedir⁹⁷⁵. Sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat bakımından da borçlunun davranışı ile kişilik hakkının ihlali ve manevi zarar (zararlı sonuç) arasında illiyet bağının bulunması gereklidir⁹⁷⁶.

B. Uygun İlliyet Bağı Teorisi

Borçlar Kanunu, illiyet bağı kavramını tanımlamamış, bu görevi doktrine ve içtihatlarla vermiştir⁹⁷⁷.

İlliyet bağı mantık yönünden değerlendirildiğinde, illiyet, birbirini izleyen olaylar arasındaki neden ve sonuç ilişkisidir⁹⁷⁸. Mantıki illiyet bağı bulunan her sonucun faile yükletilmesinin adaletli olmadığını düşünen doktrin, “hukuki açıdan değerlendirme” yaparak⁹⁷⁹, illiyet bağı kavramını ele almışlardır. Tez konumuzun

⁹⁷⁴ BK m.41 f.I hükmüne göre, “Gerek kasten, gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye *bir zarar ika eden şahıs, o zararın tazminine* mecburdur”. BK m.41 f.II hükmündeki “ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek *nedeniyet veren şahıs, kezalik o zararı tazmine* mecburdur”. BK m.41 f.I'deki “ zarar ika eden”, BK m.41 f.II'deki “nedeniyet veren” ifadeleri ile illiyet bağı kastedilmektedir.

⁹⁷⁵ Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s.3.

⁹⁷⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.760; Koller, **Genugtuung**, N.170. BGE 115 II 440 vd.; 111 II 160. Y.3.HD. 3.5.1999 T., 1999/3968 E., 1999/4509 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

⁹⁷⁷ Borçlar Kanunu Tasarısının önceki halinde ise, illiyet bağı kavramı tanımlanmıştır. Buna göre, “*yaşam deneyimlerine ve olayların olağan akışına göre, bir zarar belli bir fiilin beklenen uygun sonucu ise, zarar ile fiil arasında nedensellik bağı vardır. Zararın ortaya çıkmasında mücbir nedenin veya zarar görenin ya da bir üçüncü kişinin fiilinin açık ve ağırlıklı etkisi bulunduğu hallerde, nedensellik bağı kesilir.*” (Tasarı m.58 f.I, II). Kanun metninde tanımlara yer verilmesi ise eleştirilmiştir. Bkz. Kuntalp, vd., **Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler**, s.43. Son Borçlar Kanunu tasarısında ise, illiyet bağı kavramının tanımına yer verilmemiştir. İsviçre'deki Sorumluluk Hukukunun Birleştirilmesine İlişkin Tasarıya göre, bir kimse sadece ona yükletilebilen bir olay ile zarar arasında hukuki anlamda önem arz eden bir illiyet bağının bulunması halinde tazminat ile yükümlüdür (m.47). Bu hükmün eleştirisi için bkz. Honsel, “İsviçre Hukunda Reform Çabaları”, s.189-190.

⁹⁷⁸ Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s.10 ; Gauch, “Haftpflichtrecht”, s.228.

⁹⁷⁹ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.19.02; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.522b; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.39; Larenz, **Schuldrecht, I**, s.435. BGE 123 III 110.

sınırlarını aşacak bu teoriler ele alınamayacaktır⁹⁸⁰. Ancak belirtmelidir ki, bugün İsviçre ve Türk Hukukunda baskın olan teori, uygun illiyet bağı teorisidir⁹⁸¹. Uygun illiyet bağı, “ *somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların hayatın akışına ve hayat tecrübelerine göre, mahiyeti ve ona temayülü itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak arttırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağ*” dır⁹⁸². Öncelikle, sorumluya yüklenen davranışın zararlı sonucun zorunlu koşulu olması gereklidir⁹⁸³. Eğer davranış, zararlı sonucun zorunlu koşulu değil ise, davranışın uygunluğunu araştırmaya gerek yoktur. Borçlunun davranışının zararlı sonucun zorunlu koşulu olduğunu belirledikten sonra, bu davranışın aynı zamanda, zararlı sonucun uygun nedeni olup olmadığı belirlenecektir⁹⁸⁴. Bu değerlendirilirken, uygun illiyet bağı, zarar vereni sadece, davranışının objektif ihtimali dahilindeki uygun ve tipik olan sonuçlarından sorumlu tutarken, ihtimal dışı olan, tesadüfi bir şekilde oluşan zararlardan sorumlu tutmaz. Bu nedenle, uygun illiyet bağı teorisi, sorumluluğu sınırlandıran bir teoridir⁹⁸⁵. Uygun illiyet bağı teorisi, bir yandan,

⁹⁸⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s.17 vd.

⁹⁸¹ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.19.03, Reisoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.207; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.519; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.41, N.120; Koller, **Genugtuung**, N.171 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.492 vd.; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.41, N.16 vd.; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.97, N.41; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 3 N.6 vd.; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.40, 116; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.474, 522 vd.; Weber, **Berner Kommentar**, Art.97, N.222; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.97, N.12; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.68; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.2715; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.573 vd.; Geiser, **a.g.e.**, s.105 vd.; Honsell, **Arztrecht**, s.41; Vuille-Dit-Bille, **a.g.e.**, s.49; Keller, Gabi-Bollinger, **a.g.e.**, s.27; Eren, **Uygun İlliyet Bağı** s.51vd.; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.72 vd.; Schumacher, **a.g.e.**, s.186; Gauch, “Haftpflichtrecht”, s.228; Walter Fellmann, “Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit im Schadenersatzrecht”, **SJZ**, 91 (1995), s.41 vd. BGE 123 III 110; 121 III 363; 107 II 266 vd.; 102 II 237; 101 II 69. Y.3.HD. 3.5.1999 T., 1999/3968 E., 1999/4509 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Uygun illiyet bağının sorumluluğun diğer koşulları ile illiyet bağının belirlenmesi koşulunun karıştırılmasına yol açabileceği, bu nedenle “gerçek illiyet bağı”nın var olup olmadığının araştırılması gerektiği hakkında bkz. Hatemi, **Fasiküller**, § 17, N.39; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 5, N.11 vd. Uygun illiyet bağı teorisinin yerini normun koruma amacı teorisinin aldığı yönünde bkz. Roberto, **Haftpflichtrecht**, N.199 vd.

⁹⁸² Schwenger, **Obligationenrecht**, N.19.03; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.2715; Larenz, **Schuldrecht, I**, s.436; Keller, Gabi-Bollinger, **a.g.e.**, s.27; Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s.52.

⁹⁸³ Rey, **Haftpflichtrecht**, N.530; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.568.

⁹⁸⁴ Rey, **Haftpflichtrecht**, N.532; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.573; Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s.59.

⁹⁸⁵ Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s.61; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.74; Gauch, “Haftpflichtrecht”, s.229.

mantıkî illiyetten hareket ederek sorumluluğu kurmakta; diğer yandan ise, mantıkî illiyet bağının eksik ve hatalarını düzelterek sorumluluğu sınırlandırmaktadır⁹⁸⁶.

Nedenin o sonucu meydana getirip getiremeyeceğini takdir edecek olan hakim, (hayat tecrübeleri, hayatın olağan akışı, aynı tip olayların tekrarlanma oranı gibi) objektif esaslardan hareket edecektir⁹⁸⁷.

C. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminatta Uygun İlliyet Bağı

Sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatta, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı ile doğan zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Sözleşmeye aykırı davranış, hayat tecrübelerine göre, kişilik hakkı ihlalini ve manevi zararı meydana getirmeye objektif olarak uygun değil ise, uygun illiyet bağının bulunmadığı kabul edilecektir⁹⁸⁸.

Örnek olarak, iş kazası sonucu hafif bir şekilde yaralanan hasta, tedavi edilmek üzere hastaneye getirilmiştir. Tedavi edilirken, yaralama ile ilgili olmayan başka bir hastalık ortaya çıkmış ve hasta bunun tedavisi yapılırken özensiz bir müdahale sonucu hayatını kaybetmiştir. Bu örnekte, iş kazası nedeniyle hastanın yaralanması ile ölüm sonucu arasında uygun illiyet bağı yoktur. Çünkü hastanın ölmesinin zorunlu koşulu, iş kazası sonucu basit bir şekilde yaralanması değil, hekimin yaptığı özensiz müdahaledir. Diğer yandan, basit bir yaralanmanın ölüm gibi bir sonucu doğurması hayatın olağan akışına da uygun değildir. Ancak ortaya çıkan rahatsızlığın tedavisi için yapılan tıbbi müdahale ile hastanın ölümü arasında,

⁹⁸⁶ Koller, **Genugtuung**, N.171; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.493; Roberto, **Haftpflichtrecht**, N.178 vd.; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.2715; Oftinger, Stark, **B.I**, s.114. BGE 123 III 112; 117 V 369; 115 V 133; 107 II 269; 96 II 392.

⁹⁸⁷ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.41, N.121; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.496; Koller, **Genugtuung**, N.171; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.41, N.16; Roberto, **Haftpflichtrecht**, N.179; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.97, N.12; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.40; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 3 N.6; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.68; Weber, **Berner Kommentar**, Art.97, N.22; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.2715; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.525; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.567; Oftinger, Stark, **B.I**, s.110; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.75; Gauch, "Haftpflichtrecht", s.229. BGE 123 III 110 vd.; 121 III 363; 113 II 178; 107 II 243.

⁹⁸⁸ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.791; Koller, **Genugtuung**, N.172. YHGK., 16.11.1994 T., 1994/9-489 E., 1994/688 K. (YKD. , C.21, S.8, Ağustos 1994, s.1189 vd.).

hayatın olağan akışına ve hayat tecrübelerine göre illiyet bağı bulunmaktadır; ölüm sonucunun doğmasının uygun nedeni, hekimin özensiz müdahalesidir. Bu nedenle, işveren ancak yaralamanın, hekim ise ölümün meydana getirdiği zararlar ile sorumlu olacaktır⁹⁸⁹.

Sözleşmeye aykırı davranış, borçlunun aktif bir davranışı olabileceği gibi, pasif bir davranışı da olabilir. Borçlunun pasif durumda kaldığı yapmama davranışlarında illiyet bağını belirlemek, yapma davranışından daha zordur. Sözleşme gereğince kişinin yapmakla yükümlü olduğu davranışı yapmaması “nedeninin”, karşı tarafın kişilik hakkının ihlal edilmesi “sonucunu” meydana getirip getiremeyeceği uygun illiyet bağı çerçevesinde belirlenecektir. Yapmama davranışlarında, bir kişi, hareketsiz kalacağı yerde, belirli bir harekette bulunsaydı, hukuken önem taşıyan sonuç meydana gelmeyecek idiyse, yapmama ile sonuç arasında illiyet bağının gerçekleştiği kabul edilmektedir⁹⁹⁰.

Zararlı sonucu doğurmaya elverişli birden çok neden bulunduğu, hangi neden veya nedenler ile zararlı sonuç arasında illiyet bağı bulunduğunu belirlemek gereklidir. İlk ihtimalde, birden çok neden bulunmaktadır ancak bu nedenlerden birisi, somut olayda gerçekleşen zararlı sonucu doğurmaya elverişli değildir⁹⁹¹. Bu halde illiyet bağının yokluğundan söz edilir. Örneğin, Antalya’da tatilini geçirmekte olan A, oteldeki görevlinin koluna kahve dökmesi sonucu yaralanmış ve hastaneye kaldırılmıştır. İyileşmekte olan A, hastane bahçesinde dolaşırken hasmı B tarafından vurularak öldürülmüştür. Bu örnekte sözleşmeye aykırı davranış ile ölüm sonucu arasında, illiyet bağı yoktur. Zira ölüme neden olan davranış B’nin fiilidir; otel idaresinin sözleşmeye aykırı davranışı, ölüm sonucunu doğuracak bir davranış değildir.

İkinci halde ise, ilk neden (farazi neden) sonucu gerçekleştirmeye elverişli olmakla birlikte ikinci neden (gerçek neden), ilk nedeni elverişsiz kılmaktadır. Bu halde ise, illiyet bağının kesildiği, daha doğru deyimle, illiyet bağının engellendiği

⁹⁸⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.521.

⁹⁹⁰ Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s.137. İsviçre Federal Mahkemesi’nin yapmama davranışları bakımından yorumları için bkz. BGE 115 II 440 vd.

⁹⁹¹ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.41, N.130; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.40 vd.; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.549; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.108; Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s.173.

söylenecektir⁹⁹². Eğer zararlı sonuç, bu davranış (farazi neden) dolayısıyla değil, başka bir davranış veya olay (gerçek neden) dolayısıyla ortaya çıkmış ise, zararlı sonuç ile farazi neden arasında illiyet bağının engellendiği söylenecektir⁹⁹³. Bu halde, zararı meydana getirmeye uygun olan başka bir olay veya davranış (gerçek neden), aslında zararlı sonucu doğurmak için uygun/elverişli olan davranışın (farazi neden) zararlı sonucu meydana getirmesine engel olmakta, onu geriye itmekte ve kendisi zararlı sonucun uygun nedeni olmaktadır⁹⁹⁴. İlliyet bağını kesen nedenler, üçüncü kişinin fiili, mağdurun fiili⁹⁹⁵ veya tabiat olayıdır⁹⁹⁶. Deprem veya kasırga sonucu işyerinin yıkılması nedeniyle işçinin yaralanması halinde, işveren, tabiat olayı nedeniyle binanın yıkıldığını ve kazanın meydana geldiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilecektir⁹⁹⁷. Tatilini geçirmekte olan A, otelde yediği gıdadan zehirlenmiş ve hastaneye kaldırılmıştır. A, hastanede yoğun bakım servisindeyken, hasmı B tarafından vurularak öldürülmüştür. A'nın bozuk gıdadan zehirlenmesi sonucu ölmesi, hayatın olağan akışına uygundur. Ancak üçüncü kişinin (B'nin) fiili, zararlı sonucun doğumunda o kadar etkilidir ki, otel idaresinin davranışı ile ölüm arasındaki uygun illiyet bağını kestiği kabul edilebilir. Ancak A, yapılan tüm müdahalelere rağmen kurtulamamış olsaydı ve B hâlâ A'nın yaşadığını zannederek onun kalbine bıçak saplasa idi, otel idaresi, B'nin fiilini öne sürerek sorumluluktan kurtulamazdı. Zira illiyet bağının kesilmesinde, sadece zararlı sonucun gerçekleşmesinden önce etkili olan nedenler dikkate alınır. Buna karşılık, birden çok neden bulunduğu, farazi nedenin, gerçek nedenden önce veya sonra gerçekleşmesi ise önemli değildir⁹⁹⁸.

⁹⁹² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.521 vd.; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.41, N.132; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.517 vd. ; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.41; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.109; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.569; Gauch, "Haftpflichtrecht", s.230.

⁹⁹³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.521 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.517 vd. ; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.41, N.21.

⁹⁹⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.522; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.516 ; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.552.

⁹⁹⁵ Bazı yazarlara göre, mağdurun kusurlu olup olmaması, illiyet bağının kesilmesi sorununda önem taşımaz. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.523. Bu, mağdurun kusursuz davranışının bulunması halinde failin sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağına ilişkin tartışma ile ilgili bir sorundur. Bu tartışmalar için bkz. Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s.193 vd.

⁹⁹⁶ Bazı yazarlara göre, illiyet bağını kesen nedenin mücbir neden olması gerekli değildir. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.523. Bazı yazarlar ise, illiyet bağını kesen nedenin mücbir neden niteliğinde olmasını savunmaktadır. Bkz. Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s.175 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.568.

⁹⁹⁷ Eren, **Uygun İlliyet Bağı**, s.185.

⁹⁹⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.522.

A kaldırıldığı hastanede tedavi edilirken, ameliyat korkusundan dolayı pencereden atlamış ve ölmüştür. Bu halde, A'nın fiilinin, ölüm bakımından uygun illiyet bağıni kestiği sonucuna varılabilecektir. Manevi tazminatın koşulları bakımından, mağdurun fiili uygun illiyet bağıni kesecek yoğunlukta ise tazminat talebinin koşulları meydana gelmediğinden talebin reddedilmesi gereklidir⁹⁹⁹. Ancak mağdurun fiilinin bu yoğunlukta olmadığı ve uygun illiyet bağıni kesmediği hallerde ise, diğer koşulların bulunması halinde manevi tazminat talepleri kabul edilmelidir. Aksine bir sonucun kabulü halinde ise, maddi zararın tazmini ile manevi zararın tazmini arasında sunî bir ayırım yapılmış olacaktır¹⁰⁰⁰. Ancak mağdurun fiili, özellikle de onun ağır kusurlu olması, tazminatın indirilmesine veya tazminat talebinin tamamen reddedilmesine neden olabilir¹⁰⁰¹.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat borcunun doğumu için, sözleşmeye aykırı davranış sonucu alacaklının kişilik hakkının ihlal edilmesi, alacaklının manevi zarara uğraması ve sözleşmeye aykırı davranışla zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağıinin bulunmasının yanında borçlunun borcun ifa edilmemesinden dolayı sorumlu olması da gereklidir. Aşağıda bu koşul üzerinde durulacaktır.

V. BORCUN İFA EDİLMEMESİNDEN SORUMLULUK

A. Genel Olarak

Daha önce de belirttiğimiz gibi, BK m.47 ve m.49, manevi tazminatın tüm koşullarını düzenleyen bağımsız sorumluluk hükümleri değillerdir¹⁰⁰². Kişilik hakkını ihlal eden kişinin kusurlu olması gerektiği ne BK m.47'de ne de BK m.49'da belirtilmiştir. Doktrinde baskın olan ve bizim de katıldığımız görüşe

⁹⁹⁹ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.259; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s. 43; Ertaş, "Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği", s.98.

¹⁰⁰⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.761; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.296.

¹⁰⁰¹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.761; Ertaş, "Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği", s.98-99. Bkz. YİBK, 22.6.1966 T., 1966/7 E., 1966/7 K. (RG.12360 S.) Ayrıca Bkz. Bölüm II, VI, A.

¹⁰⁰² Bkz. Bölüm I, VI, C.

göre¹⁰⁰³, sorumluluk için gerekli olan genel koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği, sorumluluğu düzenleyen hükümlere göre belirlenmelidir. Bu hükümler, sorumluluğu düzenleyen hükümler ile tamamlanarak, manevi tazminatın koşulları belirlenecektir. Bu nedenle failin kusurunun haksız fiil sorumluluğu için gerekli olup olmadığı haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen hükümlere¹⁰⁰⁴; borçlunun kusurunun sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk için gerekli olup olmadığı sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğu düzenleyen hükümlere göre belirlenecektir¹⁰⁰⁵. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun koşullarından birisi, borçlunun borcun ifa edilmemesinden dolayı sorumlu olmasıdır¹⁰⁰⁶. Aşağıda sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre talep edilecek olan manevi tazminatın bu koşulunun özellikleri incelenecektir.

B. Genel İlke: Borçlunun Kusurlu Sorumluluğu (BK m.96)

Borçlar Kanunu, genel ilke olarak, borçlunun sorumluluğu için, kusuru bulunmasını aramış ve borçlunun kusurlu olduğunu karine olarak kabul etmiştir¹⁰⁰⁷. BK m.96 hükmüne göre, “**Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen**

¹⁰⁰³ Schwenzler, **Obligationenrecht**, N.17.06; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.686 vd., 658-659; Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.150-151; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.18, Art.49, N.6; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.171; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.755, 760; Hatemi, **Fasiküller**, § 20, N.74, N.80; Koller, **Genugtuung**, N.183; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.47, N.15, Art.49, N.14; Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.188; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.49, N.3; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 10, N.6; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, § 10, N.10; Arpacı, **a.g.e.**, s.147; Riemer, **Personenrecht**, § 13, N.404; Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.125; Merz, **Obligationenrecht**, s. 239; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, § 8, s.291; Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, s.93; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.14-15. BGE 123 III 204; 115 II 156. Ayrıca bak Bölüm I VI, C.

¹⁰⁰⁴ Bkz. Bölüm I VI, C.

¹⁰⁰⁵ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.767; Koller, **Genugtuung**, N.181; Weber, **Berner Kommentar**, Art.99, N.270.

¹⁰⁰⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.354 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1017 vd.; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.97, N.42 vd.; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.97, N.13; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.874 vd.; Keller, Schöbi, **B.I**, s.234; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.414 vd.

¹⁰⁰⁷ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.767; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.354; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1017; Hatemi, **Fasiküller**, § 26, N.127; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.97, N.42; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.97, N.13; Rey, **Haftpflichtrecht**, s.11; Tekinay,

istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur.” Buna göre, borçlu, kusurlu olmadığını ispat ederek kusur karinesini çürütebilir ve sorumluluktan kurtulabilir. Diğer bir ifade ile borçlu kusur karinesini çürütmedikçe, kusurlu sayılacak ve dolayısıyla sorumlu tutulacaktır. Böyle bir düzenlemenin getirilmesinin nedeni, borcun ifasını engelleyen olay ve durumların borçlunun faaliyet alanında gerçekleşmesi ve bu nedenle borçlunun bunları daha iyi bilecek durumda olmasıdır¹⁰⁰⁸.

Bu ilke, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat bakımından da geçerlidir¹⁰⁰⁹. Borçlu, sözleşmeye aykırı davranarak kişilik hakkını ihlal ederken, kusurlu olmadığını ispatlayamazsa, manevi tazminat ile sorumlu olur.

BK m.96’da düzenlenen karene, alacaklıya ispat yükünden kurtulmak bakımından avantaj sağlar. Oysa ki, haksız fiil sorumluluğunda, failin kusurlu olduğunu ispat yükü, tazminat talep eden tarafa aittir. Somut olayda hem sözleşmeye aykırılık, hem de haksız fiil sorumluluğunun koşulları gerçekleşmiş ise, ispat yükünden kurtulmak için, ilkinde başvurmak, alacaklı için daha avantajlı olacaktır. Manevi tazminat bakımından alacaklının BK m.96’daki ispat yüküne ilişkin avantajdan yararlanması konusu ayrı bir bölümde inceleneceğinden, burada bu konu üzerinde durulmayacaktır¹⁰¹⁰. Kural olarak, borçlunun sorumluluğu için kusurun türünün ve derecesinin bir önemi yoktur¹⁰¹¹. BK m.98 f.I c.1/Art.99 Abs.I OR’e göre, “*borçlu, umumiyet itibarıyla her kusurdan mes’uldür*”. Manevi tazminat bakımından da kural olarak, borçlunun kusurun derecesinin ve türünün önemi bulunmamaktadır¹⁰¹². Ancak borçlunun kusurunun derecesi, manevi tazminatın belirlenmesi bakımından önem taşıyabilir¹⁰¹³.

Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.874; Keller, Schöbi, **B.I**, s.235; Fellmann, “Positive Vertragsverletzung”, s.101.

¹⁰⁰⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.354; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1022; Keller, Schöbi, **B.I**, s.235. Diğer nedenler için bkz. Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.422.

¹⁰⁰⁹ Bkz. Bölüm III, II, A.

¹⁰¹⁰ Bkz. Bölüm III, II, A.

¹⁰¹¹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1017; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.877; Keller, Schöbi, **B.I**, s.234; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s.115; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.417. Bu yönde bkz: YHGK, 24.10.2001 T., 2001/4-1016 E., 2001/757 K. (YKD., 2001, C.12, s.173).

¹⁰¹² Koller, **Genugtuung**, N.183.

¹⁰¹³ Y.4.HD., 31.5.2005 T., 2004/9021 E., 2005/5873 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD., 21.4.2005 T., 2004/10161 E., 2005/4230 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD., 8.7.2003 T.,

Borçlu, sözleşmeden doğan borcunun ifası için gerekli özeni göstermeli, bunun için her türlü önlemi almalı ve buna engel olacak hareketlerden kaçınmalıdır¹⁰¹⁴. Borçlunun göstermesi gerekli olan özenin derecesi ise, doktrine göre, borcun niteliğine, kapsamına, içeriğine, özellikle söz konusu sözleşme bakımından ilgili kanun ve sözleşme hükümlerine, dürüstlük kuralına ve her olayın özelliklerine göre belirlenecektir¹⁰¹⁵.

Bazen kanun veya sözleşme, borçlunun göstermesi gereken özen derecesi hakkında bir hüküm getirilebilir. Örneğin, hizmet sözleşmesine ilişkin BK m.321 f.II, işçinin göstermek zorunda olduğu özenin derecesinin, taraflar arasındaki sözleşmeye göre belirleneceğini ve işçinin o iş için gerekli olan ve iş sahibinin bildiği veya bilmesi gereken bilgi derecesinin, eğitim düzeyinin, yetenek ve niteliklerinin de göz önüne alınacağını belirtmiş ve kusurun belirlenmesinde borçlunun subjektif niteliklerinin de göz önüne alınacağını düzenlemiştir¹⁰¹⁶. Bu hüküm, BK m.356 f.I gereği eser sözleşmesinde müteahhit¹⁰¹⁷; BK m.390 f.I gereği vekâlet sözleşmesinde vekil için de uygulanır¹⁰¹⁸.

TTK m.20 f.II, borçlu tacirin özen ölçüsünü ağırlaştırarak, onun ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerektiğini düzenlemiştir¹⁰¹⁹.

BK m.98 f.I c.3/Art.99 Abs.2 OR'e göre, "*Hususiyle iş borçlu için bir faideyi mucip olmadığı surette, mes'uliyet daha az şiddetle takdir olunur*". Ayrıca kanun da borçlunun sorumluluğunu daraltmış olabilir. BK m.243/Art.248 Abs. I OR gereği, bağışlayan, bağışlanana karşı, ancak ağır kusuru bulunduğu hallerde sorumlu tutulabilecektir. Bu hüküm, BK m.98 f.I c.3'teki kuralın bir

2003/6919 E., 2003/9040 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.4.HD., 27.9.1969 T., 1969/10953 E., 1969/7042 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.600-601). 3444 sayılı Kanunla BK m.49'da değişiklik yapılmadan önce, manevi tazminata "kusurun hususi ağırlığı" halinde hükmedilmekteydi. Örnek Yargıtay kararı için bkz. Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.591 vd. Yapılan değişiklikle bu koşul hükümden çıkarılmıştır. Bkz. Bölüm I, VI, C.

¹⁰¹⁴ von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s.115; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.416.

¹⁰¹⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.356; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1020; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s.115; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.416.

¹⁰¹⁶ Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.418.

¹⁰¹⁷ Saymen, **Manevi Zarar**, s.148.

¹⁰¹⁸ Saymen, **Manevi Zarar**, s.148. Bkz. Y.13.HD., 6.11.2000 T., 2000/8590 E., 2000/9569 K. (YKD., C.27, S.4, Nisan 2001, s.547 vd.).

¹⁰¹⁹ "*Özel Hastahane işleteni (nin) , öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gere (kir)*". Bkz. YHGK., 23.6.2004 T., 2004/13-291 E., 2004/370 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Ayrıca bkz. Y.11.HD., 12.10.2004 T., 2003/13393 E., 2004/9680 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

yansımasıdır¹⁰²⁰. Bağışlayan, karşı bir edim sağlamadığı ve özgecilliği nedeniyle korunmakta ve sorumluluğu azaltılmaktadır¹⁰²¹. Bağışlama özgecil amaçlarla yapılmamışsa, örneğin reklâm amacıyla yapılmışsa veya eski bir eşya verilmişse, kanun hükmüne rağmen, borçlunun hafif kusuru ile verdiği manevi zararı tazmin ile sorumlu tutulması gerektiği belirtilmiştir¹⁰²². Kanaatimizce, borçlunun ancak ağır kusurlu olduğunda doğan zararı tazminle sorumlu olduğunu düzenleyen hükümler, manevi tazminatın koruduğu hakkın niteliği ile uyumlu olmadığı için manevi tazminat bakımından uygulanmamalıdır. Kişilik hakkını ihlal eden bağışlayan hafif kusuru olduğunda bile sorumlu olmalıdır. Ancak somut olaydaki sözleşmenin niteliği, özgecil yapısı, manevi tazminatın belirlenmesinde göz önüne alınmalı ve hakim MK m.4 çerçevesinde buna göre tazminat miktarını belirlemelidir.

Taraflar bir anlaşma yoluyla da borçlunun sorumluluğunu daraltabilirler. Bu anlaşmalara sorumsuzluk anlaşması denilir. Sorumsuzluk anlaşmalarının özellikleri ayrı bir başlıkta ele alınacaktır¹⁰²³.

C. İstisna: Kusuru Bulunmadığı Halde Borçlunun Sorumlu Olduğunun Kabul Edilmesi

Borçlunun kusurlu sorumluluğu, sözleşme hukukundaki genel ilkedir. Ancak bu ilkenin istisnaları bulunmaktadır. Buna göre, kanun hükmüne veya tarafların anlaşmasına dayanılarak, borçlu, kusuru bulunmasa bile sorumlu sayılabilir¹⁰²⁴.

Borçlunun kusuru bulunmasa bile sorumlu tutulduğu kanun hükümleri, manevi tazminat bakımından da uygulanabilir¹⁰²⁵. Yeter ki, borçluyu kusuru bulunmasa bile sorumlu tutan hükmün ve manevi tazminatın koşulları somut olayda gerçekleşmiş

¹⁰²⁰ Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, s.201.

¹⁰²¹ Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, s.201; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.248 N.3.

¹⁰²² Koller, **Genugtuung**, N.183.

¹⁰²³ Bkz. Bölüm II, V, D.

¹⁰²⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1023; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.97, N.15; Keller, Schöbi, **B.I.**, s.243; Neuenschwander, **a.g.e.**, s.98.

¹⁰²⁵ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.767.

olsun. Tez konumuzun kapsamını aşacağından, bu konu ile ilgili kanun hükümleri tek tek incelenemeyecektir, örnekler verilmekle yetinilecektir.

Borçlunun kusuru bulunmadan sorumlu tutulduğu kanun hükümlerinin bazıları, borçluyu sözleşmeye aykırı davranışın beklenmeyen sonuçlarından sorumlu tutmaktadır. Örnek olarak, vedia konusu şeyi, vedia verenin izni olmadan kullanan kimse, kazara meydana gelen zararlardan dahi sorumlu olur (BK m.465 f.II). A, annesinden kalan ve anı niteliği taşıyan mücevheri saklaması için B'ye vermiştir. B, A'nın haberi olmadan mücevheri kullanır ve kazara kaybederse, B, A'nın uğradığı maddi ve manevi zararı tazminle sorumludur. Meğer ki B, kullanmamış olsa dahi bu zararların meydana geleceğini ispat etsin (BK m.465 f.II c.2). Bu örnekte görüldüğü gibi, borçlunun sorumluluğunun genişletildiği BK m.465, manevi tazminatta borçlunun sorumluluğu için de uygulanacaktır. Çünkü somut olayda, kişilik hakkı ihlali, BK m.465'teki yükümlülüğe aykırılık sonucu gerçekleşmiş ve alacaklı bu yüzden manevi zarara uğramış ise, borçlunun sorumluluğu da bu hükme göre belirlenecektir.

Borçluyu sözleşmeye aykırı davranışın beklenmeyen sonuçlardan sorumlu tutan diğer bir hüküm, BK m.300'dür¹⁰²⁶. Ariyet alan, ariyeti, sözleşmede belirlenen şekilde veya sözleşmede nasıl kullanılacağı belirlenmemişse, işin mahiyetinden veya özgülendiği amaçtan anlaşılan şekilde kullanılmalıdır (BK m.300 f.I). Ariyet verilen, ariyeti başkasına kullandıramaz (BK m.300 f.II). Bu yükümlülükler aykırı hareket eden ariyet alan, malın kaza sonucunda hasara uğramasından da sorumlu tutulur (BK m.300 f.III). Örneğin, ünlü politikacı P ile eşi R, yaşadıkları aşkı anlatan bir belgesel program hazırlayan C'ye, resimlerini, aşk mektuplarını, P'nin R'ye yazdığı şiirleri ariyet vermiştir. C, P ve R'nin özel hayatına ait ve anı niteliği de taşıyan bu belgeleri, P ve R'nin haberi olmadan başka bir gazeteciye vermiştir. Gazeteci, işyerinde çıkan bir yangında P ve R'ye ait belgeleri kurtaramamış ve hepsi yanarak kül olmuştur. C, sözleşmeye aykırı davrandığı için kazara meydana gelen tüm zararlardan sorumludur; meğer ki, sözleşmeye aykırı davranmasaydı bile yine bu kazanın meydana geleceğini

¹⁰²⁶ Bkz. Yavuz, **a.g.e.**, s.385.

ispat etsin (BK m.300 f.IV). Bu nedenle, C, P ve R'nin doğan maddi ve manevi zararını tazmin etmekle yükümlüdür¹⁰²⁷.

BK m.100, yardımcı kişilerin fiilinden dolayı borçlunun kusura dayanmayan sorumluluğunu düzenlemektedir. Bu hüküm aşağıda ele alınacaktır¹⁰²⁸.

BK m.54 f.I, zarar verici fiili işleyen ayırt etme gücü olmayan kişinin sorumluluktan kurtulmasının hakkaniyet ile bağdaşmadığı hallerde, hakime faili tazminat ödemeye mahkûm etme yetkisi vermektedir¹⁰²⁹. BK m.54 f.I, manevi tazminat bakımından da uygulanabilir¹⁰³⁰. BK m.98 f.II' deki atf dolayısıyla, BK m.54 f.I'in sözleşme hukukunda da kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir¹⁰³¹. Çünkü her iki sorumluluk kaynağında da böyle bir sorumluluğun getirilmesine gerekçe olan hakkaniyet ihtiyacı aynıdır¹⁰³². BK m.54 f.I'in uygulanması bakımından doğan zararın türü önemli olmadığından, hakim, hakkaniyet gerektiriyorsa, manevi tazminata hükmedebilir¹⁰³³. BK m.54 f.II'nin de sözleşmeye aykırılık halinde kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir¹⁰³⁴.

¹⁰²⁷ Yargıtay, anı değeri olan belgeler verilen davalıyı “*zayi edilen vesikaların memleket tarihi bakımından olan değeri ve sayıları gözönünde tutulunca ve bu vesikaların onlarla kendi tarihi bakımından da özel olarak ilgilenmesi gerekli, resmi bir müessese tarafından, hem de bir maarif müessesesi tarafından ziyaa uğratılmış olduğunun ağır bir kusur teşkil ettiğini*” belirterek BK m.98 f.II atfıyla BK m.49'u kıyasen uygulayarak manevi tazminat ödemesine karar vermiştir. Bkz. Y.4.HD., 10.5.1958 T., 1958/1235 E., 1958/1321 K. (Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.858).

¹⁰²⁸ Bkz. Bölüm III, II, B.

¹⁰²⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.628; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.607 vd.; Roberto, **Haftpflichtrecht**, N.243 vd.; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.54, N.1 vd.; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.167; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 16, N.1 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.499 vd.; Kaneti, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, s.51.

¹⁰³⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.626; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.607; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.167; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.54, N.1; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.183. BK m.49'da “kusurun hususi ağırlığı” koşuluna yer verildiği dönemde bile Yargıtay, BK m.54'ün manevi tazminat bakımından da uygulanabileceğini kabul etmişti. Bkz. Y.4.HD., 14.4.1972 T., 1972/12194 E., 1972/3418 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.607 vd.).

¹⁰³¹ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.54 N.49; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.363, 626; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1023; Koller, **Genugtuung**, N.189; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.97, N.43, Art.99 N.23; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.54, N.1; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 16, N.7; Weber, **Berner Kommentar**, Art.99, N.52; Gauch, Schlupe, Jaeggi, **a.g.e.**, N.2778, 2798; Oftinger, Stark, **B.I**, s.692; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.502, 890; Brunner, **a.g.e.**, N.370 vd.; Bucher, **Obligationenrecht**, s.349; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.441; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.420; Ataay, **Şahıslar Hukuku**, s.114-115. BGE 102 II 230; 74 II 212 vd.; 55 II 37.

¹⁰³² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.626.

¹⁰³³ Koller, **Genugtuung**, N.189; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.54 N.49; Brunner, **a.g.e.**, N.526.

¹⁰³⁴ Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.420.

BK m.96, emredici bir hüküm değildir. Bu nedenle, taraflar, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, borçlunun sözleşmeye aykırılık halinde, kusuru bulunmasa bile sorumlu olacağını kararlaştırabilirler¹⁰³⁵. Ancak tarafların anlaşmalarının hukuka, genel ahlâka veya kişilik haklarına aykırı olmaması gereklidir (BK m.19/20, MK m.23)¹⁰³⁶. Sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat bakımından da taraflar, borçlunun sözleşmeye aykırı davranarak alacaklının kişilik hakkını ihlal etmesi halinde, kusuru bulunmasa bile sorumlu olacağını kararlaştırabilirler¹⁰³⁷.

İşverenin işçiyi gözetme yükümlülüğüne aykırı davranması halinde, sigorta tarafından karşılanmayan zararlardan işverenin sorumluluğunun hukuki niteliği tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, Borçlar Kanunu'nun kusurlu sorumluluğa dayanan sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk (BK m.96, 332) veya haksız fiil sorumluluğu (BK m.41 vd.) söz konusudur¹⁰³⁸. Bazı yazarlar ise, İş Kanunu'ndaki zararın tazmin edilmesi hakkında boşluk, kusursuz sorumluluğa dayanan bir anlayış çerçevesinde çözümlenebilir¹⁰³⁹. Yargıtay ise, işçinin veya işverenin kusurunun bulunmadığı hallerde veya tarafların belirli oranlarda kusurları bulunduğu hallerde, işverenin kusursuz sorumlu olduğunu kabul etmektedir¹⁰⁴⁰. Buna göre, kaçınılmazlık durumunun varlığı, zararın doğumunda etkilidir. Yargıtay, kusursuz sorumluluğu kabul etmekle birlikte, işverenin ve işçinin kusurlu davranışlarını da,

¹⁰³⁵ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.363.

¹⁰³⁶ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.363. Borçlu aleyhine adaletsizliklere yol açabilecek sonuçları olan bu tür anlaşmalar karşısında borçluyu koruyan bir düzenlemenin kanunda bulunmamasının bir eksiklik olduğunu ve bu hallerde BK m.20 ve kıyasen uygulanacak BK m.99 ile çözüm bulunabileceği hakkında bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.891.

¹⁰³⁷ Koller, **Genugtuung**, N.186.

¹⁰³⁸ Bu görüşe göre, Borçlar Hukukumuzda sorumluluk esası bakımından kusura dayanan bir sorumluluk sistemi kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak da tehlike esasına veya hakkaniyete dayanan kusursuz sorumluluk, ancak kanunda öngörülen durumlarda kabul edilebilir. İş Kanunumuzda böyle bir esas bulunmamaktadır. İşverenin BK m.332'deki yükümlülüğe aykırı davranması halinde mağdur işçi, Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından karşılanmayan zararının tazmini için, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa veya koşullarının oluşması halinde haksız fiilden doğan sorumluluğa dayanarak işverene başvurmalıdır. Bkz. Oğuzman, Öz, a.g.e., s.675.

¹⁰³⁹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu**, Ankara, 1974, s.89 vd. Bu görüşü savunan yazarlardan Gürsoy da, BK m.47'nin kusursuz sorumluluk hallerinde de uygulanabileceğini belirtirken, bu sonucun iş kazaları yüzünden meydana gelen manevi zararlar bakımından da uygulanacağını ve işverenin manevi zarardan sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk olduğunu vurgulamaktadır. Bkz. Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", s.16-17. Ayrıca bkz. Uluhan, **İşçiyi Gözetme Borcu**, s.119 vd. Doktrindeki diğer görüş ise, sorunu, BK m.332'nin yorumuyla çözümlenmektedir. BK m.332'de yer alan hakkaniyet ölçüsünün, alınacak tedbirler bakımından değil, işverenin sorumluluğu açısından getirildiği kabul edilebilir. BK m.332'de bir hakkaniyet sorumluluğunun düzenlendiğini savunulabilir. Bkz. Hatemi, Serozan, Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, s.322; Hüseyin Hatemi, "İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat Takdiri", **İHU**, İş.K.73, N.2.

¹⁰⁴⁰ Örnek olarak; Y.9.HD., 29.12.1981 T., 1981/11-282 E., 1981/15904 K. (YKD., C.8, S.4, Nisan 1984, s.512 vd.). Yargıtay'ın verdiği kararlarda kanunu aşan bir yorum yaptığı hakkında bkz. Kaneti, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi", s.66.

BK m.43, hakkaniyet gibi ölçütlerle, tazminatın kapsamını belirlerken göz önüne almaktadır¹⁰⁴¹. Örneğin, işveren, kusuruyla bir maddi veya manevi zarara neden olmuş ise, tazminat ile sorumlu tutulmaktadır¹⁰⁴². Ancak iki taraf da kusursuz ise veya işveren kusursuz ise, işverenin ödeyeceği tazminat miktarı indirilmektedir. Buna karşılık, işçinin %100 oranında kusurlu olması durumunda artık kusursuz sorumluluğun uygulama alanı bulamayacağı kabul edilmektedir¹⁰⁴³. Yargıtay, sorumluluk ilkesi olarak ise, bazen işverenin işletmenin üretim faaliyetlerinden yararlanmasını, bazen hakkaniyeti, bazen ise tehlike/risk esasını benimsemektedir¹⁰⁴⁴. Ancak son zamanlardaki kararlarında tehlike esasına dayanmaktadır¹⁰⁴⁵. Yargıtay, işverenin iş kazası sonucu doğan manevi zarardan sorumluluğu bakımından da kusursuz sorumluluk esasını kabul etmektedir¹⁰⁴⁶.

D. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminatta Sorumsuzluk Anlaşmaları

Sözleşme hukukunda borçlunun kusuru olduğunda sorumlu olacağı ilkesi (BK m.96) emredici değildir¹⁰⁴⁷. Bu nedenle, taraflar, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, borcun ifa edilmemesinden önce, borçlunun sorumluluğu bakımından çeşitli anlaşmalar yapabilirler. Bunlardan birisi de sorumsuzluk anlaşmalarıdır¹⁰⁴⁸. Sorumsuzluk anlaşmaları ile kastedilen, ileride doğma ihtimali bulunan tazminat alacak hakkının ortadan kalkmasına neden olan ve borçlunun sorumluluğunu kaldıran veya daraltan anlaşmalardır¹⁰⁴⁹. Borçlar Kanunu m.99, sorumsuzluk

¹⁰⁴¹ Bu konuya ilişkin Yargıtay uygulamasının değerlendirilmesi için bkz. Ulusan, **İşçiyi Gözetme Borcu**, s.108 vd.

¹⁰⁴² YHGK., 11.11.1981 T., 1979/9-397 E., 1981/722 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁰⁴³ Y.21.HD., 24.7.1995 T., 1995/2143 E., 1995/1921 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.346).

¹⁰⁴⁴ Y.10.HD., 14.10.1971 T., 1971/1613 E., 1971/6398 K. (YKD., C.4, S.2, Şubat 1978, s.221 vd.).

¹⁰⁴⁵ Y.HGK. 28.10.1983 T., 1983/9-929 E., 1983/1044 K. (YKD., C.10, S.3, Mart 1984, s.347 vd.).

¹⁰⁴⁶ Yargıtay'a göre, "iş kazası sonucu beden tamlığı bozulan işçinin duymuş olduğu acı ve üzüntünün giderilmesi (manevi tazminat) istemine ilişkin" davada, manevi tazminata hükmedilebilmesi için; "1- Eylem, 2-Zarar, 3- Zarar ile eylem arasında illiyet bağı, 4.-Eylemin hukuka aykırı olması, 5- İşçinin cismani zarara uğraması koşuldur". Bkz. Y.21.HD., 14.12.1995 T., 1995/7761 E., 1995/7528 K. (YKD., C.22, S.7, Temmuz 1996, s.1123-1124). Ayrıca bkz. Y.21.HD., 28.1.1997 T., 1996/6807 E., 1997/375 K. (YKD., C.23, S.7, Temmuz 1997, s.1133 vd.); Y.9.HD., 10.2.1994 T., 1993/9360 E., 1994/1922 (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.346).

¹⁰⁴⁷ Bkz. Bölüm II, V, B.

¹⁰⁴⁸ Borçlunun sorumluluğu ile ilgili diğer sözleşme ise, borçlunun kusuru bulunmasa bile sözleşmeye aykırılıktan sorumlu olacağını düzenleyen sözleşmelerdir. Bu konuda bkz. Bölüm II, V, C.

¹⁰⁴⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.359; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1042; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.100, N.1; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.100, N.1; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.2809; Galip Sermet Akman, **Sorumluluk Anlaşması**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1976, s.6 vd. ; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.453 vd.

anlaşmaları ile ilgili bazı konuları düzenlemiştir. Bu başlık altında, BK m.99'un, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat için de uygulanıp uygulanamayacağı sorunu üzerinde durulacaktır.

BK m.99 f.I'e göre, borçlunun kasten veya ağır ihmali verdiği zararlardan sorumlu olmayacağını düzenleyen anlaşmalar kesin hükümsüzdür¹⁰⁵⁰. Manevi tazminat bakımından, tarafların, kişilik hakkını ihlal eden sözleşmeye aykırı davranışta bulunan borçlunun, kastı veya ağır ihmali olsa bile sorumlu olmayacağını veya söz konusu tarafın hiç bir kusurundan sorumlu olmayacağını düzenleyen anlaşmaları, hem BK m.99 f.I hem de MK m.23, BK m.19–20 gereğince kesin hükümsüzdür. Öncelikle, BK m.99 f.I hükmü, bu tür sorumsuzluk anlaşmalarının kesin hükümsüz olduğunu düzenlemektedir. Ayrıca BK m.99 f.I hükmü olmasaydı bile, aynı sonuca MK m.23 ve BK m.19–20 hükümleri ile de ulaşılabilecektir¹⁰⁵¹. Şöyle ki, borçlunun kasten veya ağır ihmali olarak, sözleşmeye aykırı davranması nedeniyle alacaklının kişilik hakkını ihlal etmesi halinde sorumlu olmayacağını düzenleyen anlaşma, alacaklının devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı hak niteliği olan ve somut olayda ihlal edilme ihtimali bulunan kişilik hakkının ahlâka aykırı olarak aşırı bir biçimde sınırlandırılması (MK m.23 f.I, BK m.19 f.II) sonucunu doğurur. Ayrıca tarafların, örneğin “kast halinde borçlu doğan zararın yarısından sorumlu olacaktır” şeklinde bir hüküm ile borçlunun sorumluluğunu sınırlamaları¹⁰⁵² da mümkün değildir (MK m.23 f.II, BK m.19 f.II)¹⁰⁵³.

¹⁰⁵⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.359; Serozan, **İfa Engelleri**, § 21 N.2; Schwenger, **Obligationenrecht**, N.24.04; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1044; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.100, N.1; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.2809; Keller, Schöbi, **B.I**, s.243; Bucher, **Obligationenrecht**, § 20 III, s.348; Akman, **a.g.e.**, s.53; Ingebörg Schwenger, “Beschraenkung und Modifikation der vertraglichen Haftung”, **St. Gallen** 1998, s.101 vd. Bkz. Y.19.HD., 1.1.2004 T., 2004/3071 E., 2004/10822 K. (Kazancı İçtihat Bankası). BK m.99 f.I'de, “hile veya ağır kusur” kavramları kullanılmış ise de bununla ifade edilmek istenen “kast ve ağır ihmali”dir. Bkz. Akman, **a.g.e.**, s.53, dn.25. Mevaz kanununun almanca metninde de “rechtswidrige Absicht” (hukuka aykırı kast) ve “grobe Fahrlaessigkeit” (ağır ihmali) kavramları kullanılmaktadır. Sorun Fransızca metindeki “de dol” (hile) ifadesinden kaynaklanmaktadır. Oysa ki kastedilen hile değildir. Borçlar Kanunu Tasarısının 114.maddesi, sorumsuzluk anlaşması ile ilgilidir. Tasarıda da borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmaların kesin hükümsüz olduğu belirtilmektedir. (Tasarı m.114 f.I).

¹⁰⁵¹ Keller, Schöbi, **B.I**, s.243.

¹⁰⁵² Sorumluluğu miktar itibarı ile sınırlayan sözleşmeler de sorumsuzluk anlaşmalarının bir türü olarak kabul edilmektedir. Bkz. Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.100, N.4; Akman, **a.g.e.**, s.24 vd. ; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.453.

¹⁰⁵³ Koller, **Genugtuung**, N.432.

BK m.99 f.II' ye göre ise¹⁰⁵⁴, taraflar, borçlunun hafif ihmali bulunması halinde sorumlu olmayacağını kararlaştırabilirler¹⁰⁵⁵. BK m.99 f.II gereğince bu tür sözleşmeler, iki istisnai durum dışında geçerlidir. Buna göre, eğer alacaklı, sorumsuzluk anlaşmasını yapıldığı sırada borçlusunun hizmetinde ise¹⁰⁵⁶ veya sorumluluk, hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından doğuyorsa¹⁰⁵⁷ (BK m.99 f.II), hakim, somut olayda, zayıf konumda olan alacaklı tarafın menfaatlerinin korunması gerektiğine, özellikle de onun diğer tarafın baskısı altında kaldığı için buna razı olduğuna kanaat getirdiğinde (MK m.4) anlaşmayı hükümsüz kılabilir¹⁰⁵⁸.

¹⁰⁵⁴ Borçlar Kanununun Tasarısının 114 maddesi, hafif kusur halinde yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının iki istisnai halde geçerli olmayacağını belirtmektedir. Ancak Tasarı, Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, bu istisnai durumlarda, farklı yaptırımların uygulanacağını düzenlemektedir. Buna göre, eğer sorumsuzluk anlaşması yapılırken, alacaklı borçlunun hizmetinde bulunuyorsa, anlaşmanın hükümsüz sayılıp sayılamayacağını hakim takdir edecektir (Tasarı m.114 f.II). Buna karşılık, eğer, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür (Tasarı m.114 f.III). Bu ayrımın eleştirisi için bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, § 21 N.4.

¹⁰⁵⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.360; Serozan, **İfa Engelleri**, § 21 N.3; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1045; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.100, N.4; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.100, N.3; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.2809; Keller, Schöbi, **B.I**, s.243; Bucher, **Obligatonenrecht**, § 20 III, s.347; Akman, **a.g.e.**, s.55 vd.; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.456; Schwenger, "Haftungsbeschränkung", s.114.

¹⁰⁵⁶ Örnek olarak, hizmet sözleşmesi çerçevesinde işveren ile işçi arasında yapılan sözleşmeler verilebilir. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.361; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1045; Koller, **Genugtuung**, N.433; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.100, N.9; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.100, N.6; Akman, **a.g.e.**, s.57 vd.; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.457.

¹⁰⁵⁷ Örnek olarak, otobüs, elektrik işletmeleri ile yapılan imtiyaz sözleşmeleri; eczacılar, noterler, avukatlar, doktorlar, bankacılık gibi yapılması resmi izne veya ruhsata bağlı meslek sahipleri ile yapılan sözleşmeler verilebilir. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.361; Koller, **Genugtuung**, N.433; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.100, N.10; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.100, N.6; Keller, Schöbi, **B.I**, s.243; Akman, **a.g.e.**, s.62. vd.; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.457. "*BK'nun 99/2. maddesinde hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt eden hallerde sözleşmeye konulan sorumluluktan kurtulma şartının geçerli olmayacağı düzenlenmiştir. Maddedeki imtiyaz hali sadece idare hukuku anlamında bir imtiyaz sözleşmesi olarak dar bir biçimde yorumlanmamaktadır. İcrası resmi bir ruhsat veya izne bağlı olan meslek faaliyeti yürütenlerin yararına yapılan sorumsuzluk anlaşmalarının yargıcın takdiri ile batıl sayılması gerekir. Zira, bu durumdaki meslek sahibi, hükümetçe verilen bir imtiyaza sahip kişi kadar güçlü ve üstündür.*" gerekçesiyle, 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanununa göre sigortacılık faaliyetini yürüten sigorta şirketlerinin de acentalara karşı BK m.99 f.II kapsamında imtiyazlı kuruluş sayılacağına karar vermiştir. Bkz. Y.11.HD., 25.12.1996. T, 1996/6699 E., 1996/9192 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Ayrıca bkz: TTK md.766, Karayolları TK md.111.

¹⁰⁵⁸ Hükümsüzlük, hakimın takdirine bağlı bir sonuç olduğundan, doktrin bu hükümsüzlük halini "takdiri butlan" olarak adlandırmaktadır. Bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, § 21 N.3; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.361, dn.354; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1045; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.885 ; Akman, **a.g.e.**, s.70; Schwenger, "Haftungsbeschränkung", s.113..

Acaba taraflar, BK m.99 f.II uyarınca borçlunun hafif ihmali ile neden olacağı manevi zararlardan sorumlu olmayacağını kararlaştırabilirler mi?

Doktrindeki bir görüşe göre¹⁰⁵⁹, sadece BK m.99 f.II’ de belirtilen hallerde değil, ayrıca borçlunun alacaklının kişiliğinin korunmasına ilişkin özel bir özen yükümlülüğünün bulunduğu hallerde, özellikle vekâlet ve hizmet sözleşmelerinde, borçlunun hafif ihmalden sorumlu olamayacağına dair anlaşmalar yapılamaz. Bu hallerde, işlemin mahiyeti gereği bu sonuç doğmaktadır. Buna göre, hizmet edimlerinde, BK m.99 değil, borçlunun özeninin ölçüsünü belirleyen BK m.321, 356 f.I, 390 f.I, özel hüküm olması gereği öncelikli olarak uygulanacaktır. Bu hükümler, emredici oldukları için aksi kararlaştırılmayacaktır. Örneğin, vekillerin hafif ihmalden sorumlu olmadıklarını düzenleyen anlaşmalar, ahlâka aykırı oldukları için kesin hükümsüzdür¹⁰⁶⁰.

Doktrinde baskın olan görüşe göre¹⁰⁶¹, bu tür sözleşmeler için de BK m.99 f.II’ yi uygulamak gereklidir. BK m.99 f.II, bu hallerde de hak sahibinin yeterli biçimde korunmasını sağlar. Bu görüşe göre, sorumsuzluk anlaşmalarının konusu, borçlunun özen yükümlülüğü değil, ileride doğması ihtimali bulunan tazminat borcunun kısmen veya tamamen kaldırılmasıdır. Dolayısıyla, borçlu böyle bir sorumsuzluk anlaşmasına dayanarak, göstermesi gerekli olan özeni göstermekten kaçınmaz; aksi halde kast veya ağır ihmalden dolayı sorumlu olur¹⁰⁶². Serbest irade ile hak sahibi iradesini açıklamış ise, borçlunun hafif ihmali halinde sorumlu olmayacağına düzenleyen sorumsuzluk anlaşmaları geçerlidir¹⁰⁶³. Bu görüşe göre, sorumsuzluk anlaşmasının borçlunun özen yükümlülüğüne olumsuz bir etkisi bulunmamaktadır; nitekim BK m.321, BK m.96’nın bir tekrarıdır; bu halde, BK m.99, hizmet edimleri açısından da uygulanmalı ve borçlunun hafif ihmalden sorumsuzluğuna dair anlaşmalar geçerli sayılmalıdır. Zira sorumsuzluk anlaşmasında, alacaklı, ileride doğması muhtemel olan tazminat alacağı üzerinde

¹⁰⁵⁹ Yavuz, **a.g.e.**,s.643; Schwenger, **Obligationenrecht**, N.24.07; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.100, N.6; Bucher, **Obligationenrecht**, s.348, dn.77; Schwenger, “Haftungsbeschränkung”, s.114.

¹⁰⁶⁰ Neuenschwander, s.103.

¹⁰⁶¹ Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.2820; Neuenschwander, **a.g.e.**, s.102 vd.; Oser, **Schönenberger**, **a.g.e.**, Art.398 N.1.

¹⁰⁶² Akman, **a.g.e.**, s.10-11.

¹⁰⁶³ Akman, **a.g.e.**, s.67. Hekimlik sözleşmesi bakımından tartışmalar için bkz. Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.144-145.

tasarruf ederek, bu alacağından önceden vazgeçmektedir; yani sorumsuzluk anlaşmasının konusu tazminat alacağıdır¹⁰⁶⁴.

Doktrinde bazı yazarlar ise, manevi tazminat talepleri bakımından, borçlunun hafif kusurlu olması halinde sorumlu olmayacağına dair anlaşmaların, MK m.23 ve BK m.19–20 hükümleri gereğince hükümsüz olması gerektiğini ve bu halde BK m.99 (Art.100 OR) hükmünün uygulanamayacağını belirtmektedir¹⁰⁶⁵. Koller'e göre; yapılan kanun değişikliği ile Art.49 OR hükmünden ağır kusur koşulu kaldırılmış ve failin hafif kusurlu olması halinde de sorumlu olacağı kabul edilmiştir¹⁰⁶⁶. Kanun koyucunun amacı, hafif kusurlu failin doğan manevi zararı tazminle sorumlu olmasını sağlayarak, kişilik hakkı korumasını güçlendirmektir. Bu halde, tarafların yapacakları sorumsuzluk anlaşmaları, kişilik korumasını zayıflatacak ve kanun koyucunun amacına uygun olmayan bir sonuç yaratılacaktır¹⁰⁶⁷. Haksız fiil sorumluluğu, sorumluluğun asgari sınırlarını belirlemektedir. Haksız fiil sorumluluğunda hafif kusurlu olduğu için sorumlu tutulacak olan fail, sözleşme hukukunda bu tür sorumsuzluk anlaşmasının varlığı halinde sorumlu tutulamayacaktır. Böyle olunca, sözleşme hukukundaki alacaklı, haksız fiile maruz kalan mağdurdan daha korumasız konuma düşecektir; bu sonuç ise Art.49 OR hükmündeki değişikliğin amacı ile bağdaşmaz¹⁰⁶⁸.

Kanaatimizce, bu gerekçe, BK m.99 f.II'nin manevi tazminat bakımından uygulanmasını tek başına engellemez. Kanun koyucunun amacı, manevi tazminatta, tarafların borçlunun hafif kusuru halinde sorumlu olmayacağını düzenleyen sorumsuzluk anlaşması yapmalarını engellemek değil; kusurun her türünde ve koşulları gerçekleştiğinde kusursuz sorumluluk hallerinde de faili sorumlu tutmaktır¹⁰⁶⁹. Maddi tazminat bakımından da BK m.41 hükmüne göre fail, kusurunun bulunması halinde, türü ve derecesi dikkate alınmaksızın, sorumludur; o halde, denilebilir ki, kanun koyucu, BK m.41 gereği maddi tazminat için de aynı amacı taşımaktadır ve bu halde sorumsuzluk anlaşması yapılamayacaktır. Oysa ki,

¹⁰⁶⁴ Akman, **a.g.e.s.**9, 12-13.

¹⁰⁶⁵ Koller, **Genugtuung**, N.431; Schmid, **a.g.e.**, s.657 vd.

¹⁰⁶⁶ 16 Aralık 1983 tarihli değişiklik, 1 Temmuz 1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (AS 1984 778 782).

¹⁰⁶⁷ Koller, **Genugtuung**, N.431.

¹⁰⁶⁸ Koller, **Genugtuung**, N.431.

¹⁰⁶⁹ Bkz. Bölüm I, VI, C.

doktrine göre, maddi tazminat bakımından taraflar, haksız fiil halinde de sorumsuzluk anlaşmaları yapabilirler¹⁰⁷⁰. Diğer yandan, doktrine göre, sözleşmeye aykırı davranış aynı zamanda haksız fiil niteliği taşımakta ise tarafların yaptığı anlaşma, haksız fiilden doğan sorumluluk için de geçerli olacak ve borçlunun sorumluluğu sınırlandırılmış olacaktır¹⁰⁷¹. Bu nedenle öncelikle, haksız fiil alanındaki manevi zararlar bakımından böyle bir sorumsuzluk anlaşmasının neden yapılamayacağını açıklamak, daha sonra ise sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat için de bu sonucun geçerli olup olmadığını araştırmak gereklidir.

Doktrindeki bazı yazarlar, sorumsuzluk anlaşmasının kapsamının hangi hukuki değer ile ilgili olduğunu dikkate alarak bir değerlendirme yapmaktadır¹⁰⁷². Buna göre, sorumsuzluk anlaşması yapılması, alacaklının kişilik hakkını ihlal etmekte ise (MK m.23/Art.27 ZGB), sorumsuzluk anlaşması ahlaka aykırıdır. Kişilik hakkı, kişinin serbestçe tasarruf edemeyeceği değerleri arasındadır. Bu nedenle, maddi değerler ile kişilik değerleri arasında fark bulunmaktadır. Kişi, malvarlığı değerleri üzerinde kural olarak serbestçe tasarruf edebilir ve uğradığı maddi zarara –sorumsuzluk anlaşmasının varlığı halinde- katlanabilir¹⁰⁷³; oysa ki, kişilik hakkında serbestçe tasarruf edemez. (MK m.23, BK m.19–20). Özellikle kişi varlığı zararlarında (Personenschaeden) sorumsuzluk anlaşması yapılamaz¹⁰⁷⁴.

¹⁰⁷⁰ Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.100, N.3; Akman, **a.g.e.**, s.115.

¹⁰⁷¹ Serozan, **İfa Engelleri**, § 21 N.8; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.100, N.2; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 2 N.30; Oftinger, Stark, **B.I**, s.690; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.439-440; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.538; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Vorbem Art.41-61 N.18; Becker, **Berner Kommentar**, Vorbem Art.41-61, N.4. Haksız fiil sorumluluğunu kaldıran anlaşmanın sadece BK m.44 çerçevesinde tazminatın indirim nedeni olabileceği hakkında bkz. Neuenschwander, **a.g.e.**,s.104. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Akman, **a.g.e.**, s.117 vd.

¹⁰⁷² Schwenger, **Obligationenrecht**, N.24.14; Beat Zirlick, **Freizeichung von der Deliktshaftung**, Haftungsbeschränkung und –ausschluss im ausservertraglichen Bereich, Bern, Staempfli Verlag, 2003, s.281 vd.; Akman, **a.g.e.**, s.113 vd.; Schmid, **a.g.e.**, s.657; Schwenger, “Haftungsbeschränkung”, s.120.

¹⁰⁷³ Akman, **a.g.e.**, s.115.

¹⁰⁷⁴ Doktrinde bazı yazarlar kişiye verilen zararlarda her halde sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz sayılamayacağını belirtmektedir. Onlara göre, hakim, ihlal gerçekleşikten sonra MK m.4/Art.4 ZGB çerçevesinde değerlendirme yapmalı ve ancak Art.47 ve Art.49 OR çerçevesinde özel durumlar haklı göstermekte ise veya ihlalin ağırlığı haklı kılmakta ise sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olmadığına karar vermelidir. Bkz. Zirlick, **a.g.e.**, s.280-282. Manevi tazminat bakımından ise, Art.47 OR’ye göre özel durumlar haklı kıldığında, Art.49 OR’ye göre ise ihlalin ağırlığı haklı kıldığında manevi tazminat talep edilebileceğine göre, hafif kusurla kişilik hakkının ihlal edilmesi halinde manevi tazminat talep edilemeyecektir ve sorumsuzluk anlaşması yapılabilecektir. (**a.e.**, s.282). Kanaatimizce, özel durumların veya ihlalin ağırlığının manevi tazminatı haklı kılmaması, kişilik hakkını ihlal eden failin ağır kusurlu olmasını şart koşmaz. Fail hafif kusurlu olabilir ve ama doğan zararın ağırlığı, ihlalin etkileri manevi tazminatı gerektirebilir. Nitekim İsviçre doktrini, hafif kusur halinde bile manevi tazminata

İsviçre Hukukunda, gezi sözleşmesi düzenleyen, kişi varlığı zararlarından sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran anlaşmaların yapılamayacağı (Art.16 PRG) düzenlenmiştir. Ayrıca bazı özel kanunlar da beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle verilen zararlardan sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağını düzenlemiştir (bkz. Art.8 PHG, Art.87 Abs.1 SVG).

İsviçre Sorumluluk Hukukunun Birleştirilmesine İlişkin Tasarının 57.maddesine göre, öldürmede, fiziksel veya ruhsal bütünlüğün ihlalinde ya da çevreye verilen zararlarda sorumluluğu sınırlandıran veya kaldıran anlaşmalar batıldır. Tasarı, kanunlaşmış olmasa da malvarlığı değerlerinden farklı olarak, bazı kişilik değerlerinin sorumsuzluk anlaşmalarının konusu olamayacağını açıkça belirtmesi bakımından önem taşımaktadır¹⁰⁷⁵. Türk Borçlar Kanunu tasarısında ise buna benzer bir sınırlama yer almamaktadır. Ancak özellikle “cismani zarar” verme konusundaki sorumsuzluk anlaşmalarının hükümsüzlüğünü sağlamak için Borçlar Kanunu Tasarısının ilgili hükümlerine sınırlayıcı bir ifade eklenmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁷⁶.

Kanaatimizce, kusurun derecesine ve türüne göre değil de sorumsuzluk anlaşmasının konusu olan hakkın türüne göre değerlendirme yapan bu görüş yerindedir. Manevi tazminat ile ilgili sorumsuzluk anlaşmasının konusu, alacaklının ileride doğması muhtemel manevi tazminat alacağıdır. Potansiyel manevi tazminat alacaklısının önceden (henüz manevi tazminat borcu doğmadan) hafif kusurlu borçlunun verdiği manevi zararlardan dolayı tazminat talep etmeyeceğini beyan ettiği hukuki işlem, tek taraflı bir hukuki işlem ise, feragat niteliği taşır. Oysa ki, manevi tazminat talep etme hakkı kişiye sıkı surette bağlı bir haktr¹⁰⁷⁷; bu nedenle,

hükmedebileceğini kabul etmektedir. (Bkz. Bölüm I, VI, C, dn.291'deki yazarlar). Bu nedenle, sorumsuzluk anlaşmalarının kişi varlığı zararlarında geçerli olup olmadığını belirlemeye ilişkin bu ölçüt sorunu çözümlenmekte yeterli olmadığı gibi, İsviçre hukukundaki manevi tazminatın koşulları ile de uyumlu bir sonuç değildir. Türk hukuku bakımından ise, ihlalin ağırlığı manevi tazminata hükmetmek için aranan bir koşul değildir. Bkz. Bölüm II, VI, B.

¹⁰⁷⁵ Tasarının bu hükmünü yerinde bulan görüş için bkz. Peter Gauch, “Die Vereinheitlichung der Delikts – und Vertragshaftung”, *ZSR*, 116, (1997), s.315, 326. Kişilik değerlerinin malvarlığı değerlerinden daha fazla korunması gerektiğinin sorumluluk hukuku açısından anlaşılır olmadığı hakkında bkz. Honsell, “İsviçre Hukukunda Reform Çabaları”, s.196.

¹⁰⁷⁶ Serozan, *İfa Engelleri*, § 21, N.4.

¹⁰⁷⁷ Gurzeler, *a.g.e.*, s.178 vd.; Brehm, *Berner Kommentar*, Art.47, N.124; Koller, *Genugtuung*, N.429; Kostkiewicz vd., *OR Hand Kommentar*, Art.49, N.8; Karahasan, *Manevi Tazminat*, s.67; Arpacı, *a.g.e.*, s.149; Helvacı, “Kişilik İşlemi Hakları”, s.32; Bucher, A., *a.g.e.*, § 15, N.513; Franko, *Şeref ve Haysiyet*, s.214; Tekinay, *Gerçek Kişiler*, s.132, 277-278; Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s.334; Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, s.502; Saymen, *Manevi Zarar*, s.212; Becker, *Berner Kommentar*, Art.47, N.1; Oser, Schönenberger, *a.g.e.*, Art.47, N.8; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Miras Hukuku*, 3. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987, s.34. Aksi görüşe göre, kişiye sıkı surette bağlı hak olan, ihlal edilen kişilik hakkıdır, manevi tazminat talep etme hakkı değildir. Manevi tazminat talebi, tamamen maddi nitelik taşıyan bir alacak hakkıdır. Bkz. Eren, *Borçlar Hukuku*, s.753; Honsell, *Haftpflichtrecht*, §10, N.5; Rey, *Haftpflichtrecht*, N.446; Oftinger, *Haftpflichtrecht*, s.293; Keller,

hak sahibi, manevi tazminattan önceden feragat edemez¹⁰⁷⁸. Çünkü feragat, hak sahibinin kişilik hakkını koruyan bir yaptırımdan feragat etmesi ve dolayısıyla, henüz yaşamadığı acı ve elemeleri davet etmesi anlamına gelir¹⁰⁷⁹. Aynı sonucun sözleşme niteliği taşıyan hukuki işlemler için de geçerli olması gereklidir. Potansiyel alacaklının, ihlal gerçekleşmeden önce, kişilik hakkı ihlal edilirse manevi tazminat talep etmeyeceğini kabul etmesi, kişilik hakkının ihlalinde uygulanacak en etkin yaptırım olan manevi tazminatı etkisizleştirebilir ve hakkın bu tür ihlallerde korumasız kalmasına neden olabilir. Sorumsuzluk anlaşması, henüz ihlal gerçekleşmeden önce yapılmaktadır. Bu aşamada henüz hak sahibi, sözleşmeye aykırı davranışın kişilik hakkı ihlalinin yaratacağı olumsuzlukları, nasıl ve ne ölçüde manevi zarara uğrayacağını kesin olarak öngöremez.

Aynı şekilde, doktrine göre, zarar görenin haksız fiile rıza gösterebildiği ve rızanın geçerli olduğu hallerde sorumsuzluk anlaşması yapılabilecektir¹⁰⁸⁰. Rıza ile sorumsuzluk anlaşması arasında farklılıklar bulunmasına rağmen¹⁰⁸¹, her ikisinde de ortak bir nokta bulunmaktadır. Bu ortak nokta, rıza veya sorumsuzluk anlaşması olmasa idi tazminat borcu ödeme yükümü altına girecek olan tarafın, bu anlaşma veya rıza sayesinde bu yükümden kısmen veya tamamen kurtulacak olmasıdır¹⁰⁸². Bu ortak nokta sayesinde, ancak kişinin rıza gösterebildiği ve rızanın geçerli olduğu hallerde sorumsuzluk anlaşması yapılabileceği kabul edilmektedir. Çünkü rıza da sorumsuzluk anlaşması da hukuka aykırılığı ortadan kaldırma ve özellikle gelecekteki tazminat talebinden vazgeçme sonuçlarını doğurmaktadır. Rızanın

Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.123; Rona Serozan, “Kişiyi Sıkı Biçimde Bağlı Sayılan Manevi Hakların Mirasçılığa Geçebilirliği”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Ankara, Seçkin, 2006, s.559 vd.; Kırca, **a.g.e.**, s.261; Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, s.93-94.

¹⁰⁷⁸ Franko, **Şeref ve Haysiyet**, s.206. Buna karşılık manevi tazminat talep etme hakkı doğduktan sonra, taraflar, anlaşma yolu ile manevi tazminatın türünü ve eğer nakdi tazminata karar vermişler ise tazminatın miktarını BK m.19-20 ve MK m.23 çerçevesinde belirleyebilirler. Karşı taraf, manevi tazminat talebini kabul ettiğinde bu anlaşmanın niteliği sulh sözleşmesidir. Borçlu, bu sözleşmeden doğan borcu ifa etmezse, alacaklının açacağı dava tazminat davası değil, borcun ifası davasıdır. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.679; Oğuzman, “Şahsiyetin Korunması”, s.44. Manevi tazminat alacaklısı ile borçlusu, bazen tazminat borcunu sona erdiren bir ibra anlaşması da yapabilir. Bu halde, ibra, mevcut tazminat alacağını kısmen veya tamamen sona erdiren tasarruf işlemi niteliği taşır ve manevi tazminat borcu anlaşmada kararlaştırılan oranda kısmen veya tamamen sona erer. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.435.

¹⁰⁷⁹ Tekina, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.692.

¹⁰⁸⁰ Akman, **a.g.e.**, s.113.

¹⁰⁸¹ Bkz. Akman, **a.g.e.**, s.22-23.

¹⁰⁸² Akman, **a.g.e.**, s.23.

geçerli olabilmesi için emredici hukuk kurallarına ahlaka ve kişilik hakkına aykırı olmaması gerekir¹⁰⁸³. Oysa kişilik hakkı ihlal edildiğinde manevi tazminat talep etmeyeceğini beyan etmesi, onun kişilik hakkını ihlal eder (MK m.23, BK m.19).

Bu halde, borçlunun kusurunun türünü ve derecesini değil, ihlal edilecek hakkın niteliğini göz önüne almak gerekir. Bu nedenle, sorumsuzluk anlaşmaları değerlendirilirken, MK m.23, BK m.19–20 hükümleri göz önünde bulundurulmalıdır¹⁰⁸⁴. Sorumsuzluk anlaşması ile bu hakkın ahlâka aykırı bir biçimde sınırlandırılmaması gerekir¹⁰⁸⁵. Aynı şekilde, kişilik hakkının ihlal edilmesi halinde manevi tazminat talep edilemeyeceğini düzenleyen sorumsuzluk anlaşmaları da MK m.23, BK m.19'e aykırıdır ve bu nedenle, hukuki işlem, kesin hükümsüzdür¹⁰⁸⁶.

Haksız fiilden doğan manevi tazminat için kabul edilen bu sonuç, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat için de kabul edilmelidir. Haksız fiil sorumluluğunda hafif kusurlu olduğu için sorumlu tutulacak olan fail, sözleşme hukukunda bu tür sorumsuzluk anlaşmasının geçerli kabul edilmesi halinde sorumlu tutulamayacaktır. Böyle olunca, sözleşme hukukundaki alacaklı, haksız fiile maruz kalan mağdurdan daha korumasız konuma düşecektir. Oysa ki gerek haksız fiilden doğan manevi tazminatta gerekse sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatta, korunan, kişilik hakkıdır. Her iki durumda da kişilik hakkının hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlandırılması kabul edilemez (MK m.23, BK m.19–20).

Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin çoğu kez, BK m.99 f.II hükmünde belirtilen hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından doğması ve alacaklının borçlunun hizmetinde iken sorumsuzluk anlaşmasını kabul etmesi hallerine gireceği söylene bile¹⁰⁸⁷, çağımızdaki sosyal ve ekonomik gereklerin zorunlu kıldığı sözleşme ilişkileri bu istisnai hallere girmeyebilir. Bu halde, kişilik hakkının korunması sağlanmalı ve BK m.99 yerine, MK m.23, BK m.19–20 çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır. Bunun kabulü, alacaklının menfaatlerini BK m.99'dan daha iyi bir biçimde koruyacaktır.

¹⁰⁸³ Ayrıca bkz. Bölüm II, II, C, 4, b, (2).

¹⁰⁸⁴ Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 7, N.15.

¹⁰⁸⁵ Koller, **Genugtuung**, N.430.

¹⁰⁸⁶ Schmid, **a.g.e.**, s.657-658.

¹⁰⁸⁷ Koller, **Genugtuung**, N.433.

Bu nedenlerle, kişinin maddi değerleri ile kişilik değerleri arasında bir ayırım yapılarak, BK m.99'un sadece malvarlığı değerler ile ilgili borç ilişkilerinde uygulanması, kişilik değerleri ile ilgili borç ilişkileri bakımından MK m.23 ve BK m.19'a göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir¹⁰⁸⁸. MK m.23'e aykırı olan sorumsuzluk anlaşması, kesin hükümsüzlük yaptırımına (BK m.19–20) tabi olmalıdır¹⁰⁸⁹.

Bazen sorumsuzluk anlaşmaları bakımından kanunda özel bir hüküm de bulunabilir¹⁰⁹⁰. Örneğin, TTK m.766'ya göre, taşıma sözleşmelerinde kanunun taşıyıcıya ve özellikle faaliyetleri Devletin iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği sorumlulukların önceden hafifletilmesi veya kaldırılması sonucunu doğuran tüm kayıt ve şartlar hükümsüzdür. TTK m.806 f.I gereğince, yolcuları gidecekleri yere “sağ ve salim olarak ulaştırmakla yükümlü” olan taşıyıcı ile yolcu, TTK m.776'ya aykırı olarak taşıma sırasında yolcunun uğrayacağı maddi ve/veya manevi zararlardan sorumlu olmayacağını kararlaştırmış ise, sorumsuzluk anlaşması kesin hükümsüzdür. Sorumluluğun sınırlandırılması halinde de aynı sonuç doğacaktır.

VI. ÖZEL HALLERİN MANEVİ TAZMİNATI GEREKTİRMESİ KOŞULU (BK m.47)

A. BK m.47 Bakımından Özel Hallerin Manevi Tazminatı Gerektirmesi Koşulu

BK m.47'ye göre, “**Hakim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara duçar olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ailesine manevi zarar namiyle adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir.**”

¹⁰⁸⁸ Hatemi, **Fasiküller**, § 15, N.59 vd., § 26, 188; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 3, N.51, 54, § 7, N.15 ; Schmid, **a.g.e.**, s.657-658.

¹⁰⁸⁹ Koller, **Genugtuung**, N.436; Hatemi, **Fasiküller**, § 26, N.188; Schmid, **a.g.e.**, s.657-658.

¹⁰⁹⁰ Ayrıca bkz.KTK m.111 f.II.

Özel hallerin manevi tazminatı gerektirmesi, hem manevi tazminatın koşulu hem de manevi tazminatın belirlenmesinde göz önüne alınacak bir unsurdur (BK m.47/Art.47 OR)¹⁰⁹¹. Sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle, beden bütünlüğü ihlal edilen ve manevi zarara uğrayan alacaklının manevi tazminat talep edebilmesi için, özel hallerin manevi tazminatı haklı kılması da gerekmektedir¹⁰⁹². BK m.47'nin düzenlendiği bu koşul, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat için de kıyasen uygulanacaktır (BK m.98 f.II).

Hakim, somut olayda manevi tazminatı haklı kılan özel hallerin bulunup bulunmadığını takdir edecektir ve buna kanaat getirir ise, diğer koşullar da gerçekleşmiş ise, manevi tazminata hükmedecektir¹⁰⁹³. Manevi tazminatı haklı kılan özel hallerin tek tek sayılması mümkün değildir. Ancak gerek doktrin gerekse içtihatlar yoluyla manevi tazminatı haklı kılacak özel hallere örnek vermek mümkündür.

Manevi tazminatı haklı kılacak özel hallere örnek olarak, kişilik hakkı ihlalinin mağdurda meydana getirdiği sonuçlar verilebilir. Örneğin, beden bütünlüğü ihlali nedeniyle doğan acının, elemin, üzüntünün, yani manevi zararın süresi ve ağırlığı¹⁰⁹⁴, ihlalin ortaya çıkardığı durumun onarılamaz olması¹⁰⁹⁵, hastanede kalma süresi¹⁰⁹⁶, yaşamdan beklentileri azaltması¹⁰⁹⁷, bedensel fonksiyonun kaybından dolayı yaşamını eskisi gibi sürdüremez hale gelmesi¹⁰⁹⁸, ihlalin mağdurda meydana getirdiği sonuçlar ile ilgilidir¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹¹ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.47, N.4; Gurzeler, **a.g.e.**, s.143. Koller, **Genugtuung**, N.293; Reme, **a.g.e.**, s.25; Becker, **Berner Kommentar**, Art.47, N.5; Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", s.18.

¹⁰⁹² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.698.

¹⁰⁹³ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.17.06; Koller, **Genugtuung**, N.293; Wildhaber, **a.g.e.**, s.57.

¹⁰⁹⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.698; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47 N.166; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.755; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.490; Neuenschwander, **a.g.e.**, s.94; Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", s.19. "Bu özelliklerin başında, manevi zararın önemli olması gelir. Eli çizilen bir kimseye cismani zaraar uğradı diye kural olarak manevi tazminat hükmedilmesi icap etmez. demek ki, cismani zarara uğrayan kimsede veya ölenin yakınlarında önemli bir manevi zarar (elem, ızdırıp) husule gelmeli, yani gerçekten manevi bir tatmin ihtiyacı doğmuş bulunmalıdır." Bkz. YİBK, 22.6.1966 T., 1966/7 E., 1966/7 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁰⁹⁵ BGE 112 II 133.

¹⁰⁹⁶ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47 N.167; Wildhaber, **a.g.e.**, s.57; Hütte, **Körperverletzung**, s.I/7. Y.11.HD., 1.4.1997 T., 1997/366 E., 1997/2371 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

¹⁰⁹⁷ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47 N.169, 182; Neuenschwander, **a.g.e.**, s.94.

¹⁰⁹⁸ Wildhaber, **a.g.e.**, s.57.

¹⁰⁹⁹ Koller, **Genugtuung**, N.305.

Ayrıca mağdur ile borçlu arasındaki sözleşmesel ilişkiden doğan özellikler de önem taşıyabilir. Buna göre, sözleşmenin amacı ve taraflar arasındaki güven ilişkisi somut olayda manevi tazminatı haklı kılabilecek özel bir hal sayılabilir¹¹⁰⁰. Taraflar arasındaki özel sözleşmesel ilişki, manevi zararı arttırıcı bir etki sağlayabilir. Bu halde, somut olay bakımından, haksız fiilde manevi tazminatı gerektirmeyecek olan ihlal, sözleşmeye aykırılıkta manevi tazminatı haklı kılabılır, taraflar arasındaki özel sözleşme ilişkisi, bu sonuca varmayı gerektirebilir¹¹⁰¹. Kişilik değerinin korunmasını özel olarak amaçlayan sözleşmelerde, sözleşmeye aykırı davranış sonucunda doğan manevi zararın manevi tazminat yoluyla tazmin edilmesi, sözleşmenin amacına da uygun olacaktır¹¹⁰². Taraflar arasındaki güven unsuru da sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminata hükmetmek için önem taşıyan bir haldır. Güven unsuru, özellikle hizmet sözleşmesi ile hekimlik sözleşmesi gibi sözleşmelerde, borçlunun özen yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde, önemli bir rol oynayacaktır¹¹⁰³. Hekimlik sözleşmesi bakımından görülecek işin türü, güçlüğü ve gerektirdiği mesleki öğrenim ve bilgi derecesi, özen yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde dikkate alınacaktır¹¹⁰⁴. Bunun gibi, teşhisin konulması için gerekli olan tüm araştırmaların yapılması, tedavi yöntemleri seçilirken hastanın özelliklerinin dikkate alınması, tıp biliminin genellikle bilinen verilerinden habersiz olunmaması¹¹⁰⁵, uzmanlık gerektiren hallerde hastanın uzmana gönderilmesi¹¹⁰⁶ de gerekmektedir. Örnek olarak, cerrahi müdahale bulunurken gerekli özeni göstermemesi sebebiyle hastanın bacağındaki sinir sisteminin geri dönülemez

¹¹⁰⁰ Koller, **Genugtuung**, N.296.

¹¹⁰¹ Koller, **Genugtuung**, N.298.

¹¹⁰² Koller, **Genugtuung**, N.259.

¹¹⁰³ Medicus, **Schuldrecht II**, § 98, N.350. “*Özel Hastahane işleteni, öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gereği yanında, yaptığı hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de hastanın ve özel durumlarda yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek durumundadır. Bu özen, başta doktor ve diğer yardımcı personeli seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmeli, diğer şartların hazırlanmasında da aynı ilke unutulmamalıdır. (...)Eşinin diğer davacıların da anne ve kardeşlerinin sağlığını riske atmamak, daha iyi ve özenle bakılmasını sağlamak adına ve bu saikle getireceği mali yüke rağmen özel hastaneyi tercih ettikleri anlaşılmaktadır. Bu güvene layık olunmaması da hasta sahipleri açısından yaralayıcı olacaktır.*” Bkz. YHGK, 23.6.2004 T., 2004/13-291 E., 2004/370 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Benzer bir karar için bkz. Y.13.HD., 4.3.1994 T., 1994/8557 E., 1994/2138 K. (Ergun Orhunöz, **Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat** (B.K. Mad-47), Ankara, Seçkin Yayınevi, s.154-159 - YKD., C.20, S.8, Ağustos 1994, s.1288 vd.).

¹¹⁰⁴ Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C.2, s.400.

¹¹⁰⁵ BGE 70 II 209; 66 II 36; 64 II 205;

¹¹⁰⁶ BGE 67 II 23.

biçimde kaybına neden olması¹¹⁰⁷, intihar etme riski olan hastanın özen yükümlülüğüne aykırı olarak kontrol edilmemesi¹¹⁰⁸; kaza nedeniyle yüz deformasyonuna uğrayan hastanın yüzünün özensiz tedavi yüzünden daha da kötüleşmesi¹¹⁰⁹, röntgen aletinin hatalı kullanılması nedeniyle hastanın yanması¹¹¹⁰, gerekli olmadığı halde lazer tedavisi yaparak hastanın görme yeteneğinin önemli bir biçimde ihlal edilmesi¹¹¹¹ verilebilir. İşverenin işçinin korunması için gerekli olan önlemleri almaması nedeniyle, işçinin iyon durumuna getirilmiş ışıklara maruz kalması¹¹¹², bir matbaa presinde güvenlik aygıtları bulunmadığı için işçinin elinin prese maruz kalması ve bu nedenle elinin kesilmek zorunda kalması¹¹¹³, iş için giyilmesi zorunlu olan koruyucu kıyafetlerin giyilmemesine işverenin göz yumması ve işçinin bu kıyafetleri giymemesi nedeniyle yaralanması¹¹¹⁴; işçinin kötü bir biçimde bağlanan tazyikli hava hortumu ile yaralanması¹¹¹⁵, işveren tarafından gerekli koruyucu önlemlerin alınmaması yüzünden, inşaat işçisinin dökülen beton parçasından dolayı yaralanması¹¹¹⁶, işçinin çatıdan düşmesi¹¹¹⁷, demiryolu inşaatında çalışan işçiye tren çarpması sonucu yaralanması¹¹¹⁸, istimli silindirde çalışan işçinin kepçe tarafından ezilmesi¹¹¹⁹ örnekleri de hizmet sözleşmesi açısından verilebilir. Ayrıca tehlike teşkil eden bir iş için gerekli olan eğitimin işçiye verilmemiş olması; deneyimsiz ve eğitimsiz bir işçinin bu nedenle beden bütünlüğünün ihlal edilmesi de diğer koşulları gerçekleşmiş ise, manevi tazminatı haklı kılan bir haldir¹¹²⁰. İşveren veya onun ifa yardımcısı tarafından işçinin taciz edilmesi de manevi tazminatı gerektiren bir durumdur¹¹²¹.

¹¹⁰⁷ BGE 116 II 295.

¹¹⁰⁸ BGE 123 III 204. Benzer bir karar için bkz. YHGK., 7.10.1987 T., 1986/13-640 E., 1987/701 K. (Orhunöz, **a.g.e.**, s.151-153).

¹¹⁰⁹ BGE 114 II 429.

¹¹¹⁰ BGE 53 II 429.

¹¹¹¹ Düsseldorf Oberlandesgericht kararı 11.11.1999, NJW 2001, s.900.

¹¹¹² BGE 106 II 134.

¹¹¹³ BGE 80 II 256.

¹¹¹⁴ BGE 102 II 18.

¹¹¹⁵ BGE 110 II 163.

¹¹¹⁶ BGE 107 II 348.

¹¹¹⁷ BGE kararı 4C.407/1994, 19.12.1995.

¹¹¹⁸ BGE 96 II 218; 88 II 516.

¹¹¹⁹ BGE 104 II 259; 97 II 123.

¹¹²⁰ BGE 112 II 138.

¹¹²¹ BGE 4C.310/1998, 8.1.1999 T. ; Zürich İş Mahkemesi kararı için bkz. ZR 1994, a.160; Zürich İş Mahkemesi kararı, SJZ 1999, s.122 vd. Ayrıca bak Bölüm II, II, C, 4, c, (2), vi.

Manevi tazminatı haklı kılabilecek diğer özel hal de, sözleşme ilişkisi sayesinde bir güç statüsü veya güven statüsü kazanan tarafın bunu kötüye kullanmasıdır¹¹²². Örneğin, alkol bağımlılığından kurtulma tedavisi gören hastanın tedavi uzmanı tarafından cinsel tacize uğraması¹¹²³; tanınmış bir hekimin tedavi ettiği hastaya cinsel saldırıda bulunması¹¹²⁴ verilebilir. Ayrıca alacaklının bedensel bütünlüğünün ihlal edilebilme riskinin yüksek olduğu sözleşmelerde, örneğin hekimlik sözleşmesinde, tehlikeli sporların yapılmasına ilişkin sözleşmelerde (boks, dağcılık, kayak, rafting gibi), borçlunun, alacaklının beden bütünlüğünü korumak için gerekli önlemleri alma (örneğin, profesyonel bir kişinin bulunması, gerekli teknik araç ve gereçlerin sağlanması gibi önlemlerin alınması) ve özen gösterme yükümlülükleri doğacaktır¹¹²⁵. Bu yükümlülükler aykırı davranılarak alacaklının beden bütünlüğü ihlal edilirse, beden bütünlüğünün ihlali riskinin yüksek olmasına rağmen gerekli önlemlerin alınmaması, manevi tazminatı haklı kılan özel bir hal olarak dikkate alınabilecektir¹¹²⁶.

Manevi tazminatı haklı kılan bir diğer özel hal de sözleşmeye aykırı olan ve kişilik hakkını ihlal eden davranışın tarz ve suretidir¹¹²⁷. Davranışın oldukça acı verici olması¹¹²⁸ veya uzun bir zaman sürmesi örnek verilebilir¹¹²⁹. Ayrıca mağdur ile sorumlu kişi arasındaki akrabalık ilişkisi¹¹³⁰ de göz önüne alınabilecektir. Zarar verenin kusurunun derecesi de manevi tazminatı haklı kılan özel bir hal olarak ve manevi tazminatın belirlenmesinde göz önüne alınacak bir unsur olarak önem taşımaktadır¹¹³¹. Özellikle borçlunun özen gösterme yükümlülüğünün daha yüksek

¹¹²² Koller, **Genugtuung**, N.303.

¹¹²³ Koller, **Genugtuung**, N.303.

¹¹²⁴ Koller, **Genugtuung**, N.303.

¹¹²⁵ Koller, **Genugtuung**, N.292.

¹¹²⁶ Koller, **Genugtuung**, N.303.

¹¹²⁷ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.755; Koller, **Genugtuung**, N.304; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.490; Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", s.19.

¹¹²⁸ "Feci bir olay ile normal şartlar altında meydana gelmiş olan olay bir tutulamaz." Bkz. YİBK, 22.6.1966 T., 1966/7 E., 1966/7 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

¹¹²⁹ Koller, **Genugtuung**, N.304.

¹¹³⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.755; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.486. "Ölüm vukubulmuşsa, sağlığında ölen ile davacı arasındaki münasebetin mahiyeti ve derecesi bu hususun takdirinde büyük rol oynar." Bkz. YİBK, 22.6.1966 T., 1966/7 E., 1966/7 K. (RG. 12360 S.). BGE 63 II 220 (Zarar verenle zarar görenin, olaydan sonra evlenmeleri halinde, zarar görenin açtığı manevi tazminat davası reddedilmiştir).

¹¹³¹ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.36; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.755; Koller, **Genugtuung**, N.304.; Merz, **Obligationenrecht**, s.240; Hütte, **Körpverletzung**, s.I/12;

olduğu sözleşmelerde, kusurun değerlendirilmesinde aranacak özenin ölçüsü, sözleşme hükümlerine, burada bir açıklık yoksa kanuna göre belirlenir¹¹³². Buna göre, basit bir pansumanda gösterilecek özen ile beyin ameliyatında gösterilecek özenin derecesi; uzun yıllardır hekimlik yapan bir kişiden beklenecek özenin derecesi ile henüz mesleğe yeni başlayan kişiden beklenecek özen derecesi aynı değildir¹¹³³.

Beden bütünlüğü ihlallerinde, somut olaydaki özel hal, manevi tazminata hükmedilmesini engelleyebilir. Manevi zararın diğer bir suretle giderilmiş olmaması koşulu, Art.49 OR’ de düzenlenmiştir¹¹³⁴. İsviçre doktrini, bu koşulun Art.47 OR için de uygulanması gerektiğini kabul etmektedir¹¹³⁵. Manevi tazminat davasından önce, manevi zararın diğer bir suretle giderilmiş olması halinde, manevi tazminat davası açılmayacağı Türk doktrininde de kabul edilmektedir¹¹³⁶. Bu görüşe göre, BK m.49’da benzer bir hükme yer verilmemesi farklı bir çözümü haklı kılmaz. Zira davadan önce mağdurun tatmin edildiğinin kabul edilmesi, dava sırasında manevi zararının azaldığının veya kalmadığının kabul edilmesi demektir¹¹³⁷. Manevi tazminatın amacı, kişilik hakkı ihlali nedeniyle doğan manevi zararı gidermek, hiç değilse ödenecek tazminat ile mağdurun mutlu edilmesini sağlayarak doğan acıları bir ölçüde de olsa gidermek, dindirmektir. Eğer dava öncesinde mağdurun manevi zararı giderilmiş ise, artık tazmin edilmesi gereken bir zarar da kalmamış demektir. Bu halde, mağdura ayrıca manevi tazminat talep hakkı verilmemesi gereklidir. Bu nedenle, kanaatimizce, somut olayda, manevi zarar, hükümden önce, diğer bir suretle giderilmiş ise, artık manevi tazminata hükmetmemek gereklidir. Manevi zararı diğer bir suretle gideren hallere, zarar veren borçlunun mağdurdan özür dilemesi ve bununla manevi zararın denkleştirilmiş olması¹¹³⁸; manevi tazminat davasından önce

Kılıçoğlu, “Manevi Tazminatta Ağır Kusur”, s.108; Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini”, s.19.. YHGK., 2.12.1987 T., 1987/9-368 E., 1987/891 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

¹¹³² Y.4.HD., 22.2.1974 T., 1973/3098 E., 1974/865 K. (Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C.2, s.413)

¹¹³³ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.134; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C.2, s.421.

¹¹³⁴ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.49 N.401; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.49, N.3; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.460; Sutter, **a.g.e.**, s.4.

¹¹³⁵ Koller, **Genugtuung**, N.307.

¹¹³⁶ Oğuzman, “Şahsiyetin Korunması”, s.47.

¹¹³⁷ Oğuzman, “Şahsiyetin Korunması”, s.47.

¹¹³⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.696; Hütte, **Körpervetletzung**, s.I/15; Oğuzman, “Şahsiyetin Korunması”, s.47; Hütte, “Genugtuung”, s.178.

MK m.25 f.I ve II' deki davalar¹¹³⁹ yoluyla mağdurun rehabilite edilmiş olması¹¹⁴⁰; borçlunun sözleşmeden doğan edim yükümlülüğünü aşan bir miktarda mağdura ödeme yapması veya mağdurunkinden indirim yapması¹¹⁴¹; maddi zarar da doğmuş ise maddi zararı aşan bir tazminat ödemesi¹¹⁴², örnek olarak verilmektedir. Ancak kanaatimizce, tüm bu ihtimallerde, mağdura maddi zararı olmadığı halde veya maddi zararını aşan bir ödemenin yapılmış olması veya MK m.25 f.I ve II' deki davaların kabul edilmesi, her halde manevi zararın giderildiği anlamına gelmeyebilir. Bu nedenle, somut olayda, araştırılması gereken, manevi zararın ne ölçüde denkleştirilmiş olduğudur¹¹⁴³. Eğer mağdurun manevi zararı, bunlara rağmen denkleştirilmemiş ise, mağdurdan manevi tazminatı esirgememek gereklidir.

Mağdurun müterafik kusuru da manevi tazminatın belirlenmesinde etkili olabilir¹¹⁴⁴. Müterafik kusurun somut olaydaki etkisini hakim takdir edecektir. Eğer müterafik kusur, somut olayda borçlunun davranışı ile zararlı sonuç arasındaki uygun illiyet bağına kesmekte ise, borçlunun sorumlu olduğuna karar verilemeyecektir¹¹⁴⁵. Müterafik kusurun illiyet bağına kesmediğine karar verildiği halde, manevi tazminat somut olayın özelliklerine göre daha az takdir edilebilir veya reddedilebilir¹¹⁴⁶. İsviçre Federal Mahkemesi eski kararlarından farklı olarak yeni kararlarında, mağdurun müterafik kusurunun, zarar verenin kusurundan daha ağır olması veya ona eşit olması halinde bile manevi tazminata hükmedilebileceğine karar vermektedir¹¹⁴⁷. Müterafik kusura örnek olarak, bir kimsenin tehlikeden sakınması mümkün iken bunu yapmaması¹¹⁴⁸ (örneğin, hareket halinde iken bir taşıt aracına binen yolcunun

¹¹³⁹ Örneğin, hakimın saldırının hukuka aykırılığına veya kararın yayımlanmasına karar vermiş olması.

¹¹⁴⁰ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.49 N.9.

¹¹⁴¹ Koller, **Genugtuung**, N.281.

¹¹⁴² Koller, **Genugtuung**, N.282.

¹¹⁴³ Oğuzman, “Şahsiyetin Korunması”, s.47.

¹¹⁴⁴ Oğuzman, **Öz,a.g.e.** s.692; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.480; Merz, **Obligationenrecht**, s.240.

¹¹⁴⁵ Bkz. Bölüm II, IV, C.

¹¹⁴⁶ Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.296; Kılıçoğlu, “Manevi Tazminatta Ağır Kusur”, s.108-109. Y.4.HD., 12.3.2001 T., 2000/11490 E., 2001/2313 K. (YKD., C.27, S.7, Temmuz 2001, s.996-997). YİBK, 22.6.1966 T., 1966/7 E., 1966/7 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

¹¹⁴⁷ BGE 117 II 60; 116 II 734; 102 II 21 vd. Önceki kararlarına örnek olarak bkz.BGE 87 II 37; 60 II 220. Doktrin de İsviçre Federal Mahkemesi'nin yeni kararlarında varılan sonucu desteklemektedir. Bkz. Eren, **Borçlar Hukuku**, s.756, 761; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.296; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.49, N.14; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.480.

¹¹⁴⁸ Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.106 vd.

araçtan düşerek yaralanması¹¹⁴⁹); zararın doğmasına veya artmasına engel olabilecek önlemleri almaması¹¹⁵⁰ (örneğin, işçinin koruyucu giysileri giymeden işi görürken iş kazasına uğraması¹¹⁵¹) verilebilir.

BK m.47 gereğince manevi tazminata hükmedilemeyecek diğer bir örnek ise, az zarar ortaya çıkaran beden bütünlüğü (Bagatellverletzung) ihlalleridir¹¹⁵². Örnek olarak, bacak veya köprücük kemiği incinmesi, normal olarak kapanacak kanamalar, tokat, yumruk veya tekne atma sonucu oluşan basit deri sıyrılmaları, kural olarak, manevi zarara neden olmaz¹¹⁵³. Ancak geçici sağlık ihlali bakımından, somut olayda manevi zararın ortaya çıkmasına neden olabilecek ağırlaştırıcı durumlar bulunabilir¹¹⁵⁴. Örneğin, basit yaralama kasten işlenmiş ve manevi zarar sarsıntı yaratan haller altında doğmuş veya ihlalin uzun süreli ruhsal yan etkili ortaya çıkmış olabilir¹¹⁵⁵. Ayrıca mağdurun özel veya mesleki yaşamını kesin olarak etkileyecek bir yaşamsal tehlike bulunduğu, örneğin, bir aydan daha fazla süre tıbbi bakıma muhtaç olacaksa veya çok şiddetli veya uzun süreli acılar yaşamışsa, manevi tazminata hükmedilmesi gereklidir¹¹⁵⁶. Sonuç olarak, basit yaralanma, bere ve kırıklar kural olarak manevi tazminatı gerektirmez. Ancak somut olayda manevi zararı doğurabilecek ağırlıkta durumlar bulunmakta ise, manevi tazminata hükmetmek gereklidir.

Mağdur, BK m.47'a kıyasen manevi tazminat talep etmekte ise, özel hallerin manevi tazminatı haklı kıldığını da ispat etmekle yükümlüdür¹¹⁵⁷. İspat yükünün mağdur üzerinde olması, MK m.6'da düzenlenen ilkenin bir sonucudur. MK m.6'ya uygun olarak, somut olayda manevi tazminata hükmedilmesini engelleyen bir nedenin bulunduğunu iddia eden de bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür.

¹¹⁴⁹ BGE 102 II 366; 69 II 333.

¹¹⁵⁰ Nomer, **Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, s.110 vd.

¹¹⁵¹ BGE 102 II 21 vd

¹¹⁵² Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.47 N.7.

¹¹⁵³ BGE 11.8.2000 T. (1A.107/1999); 18.1.2006 T. (4C.283/2005).

¹¹⁵⁴ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.47, N.8.

¹¹⁵⁵ BGE 11.8.2000 T., (1A.107/1999).

¹¹⁵⁶ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.47 N.9.

¹¹⁵⁷ Koller, **Genugruung**, N.335.

B. BK m.49 Bakımından İhlalin Ağırlığının Manevi Tazminatı Haklı Kılması Gerekli midir?

Art.49 OR' ye göre, ancak ihlalin ağırlığı manevi tazminatı haklı kılsa manevi tazminata hükmedilebilecektir¹¹⁵⁸. Türk Borçlar Kanunu'nun 49.maddesinde ise, manevi tazminat için ihlalin ağır olması gerektiği belirtilmemiştir¹¹⁵⁹.

Doktrinde baskın olan görüşe göre, BK m.49 bakımından ihlalin ağırlığının manevi tazminata hükmedilmesini haklı göstermesi gerekli değildir¹¹⁶⁰. Bu görüşe göre¹¹⁶¹, ihlalin ağırlığı koşulunu arayan hukuk düzenleri, manevi tazminat kurumuna güvensizlik duymaktadır. Ancak çağdaş hukuk ve anayasaların kişilik değerlerine ve kişilik hakkının korunmasına verdiği özel önem karşısında, bugün böyle bir güvensizliğin kabul edilmesi savunulamaz. Nitekim Anayasanın 5, 20 f.I, 26 f.II ve Anayasanın temel hak ve hürriyetlere ilişkin hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanacağını düzenleyen 11. ve 177e hükümleri karşısında, kanun koyucunun BK m.49'u değiştiren, "ihlalin ağırlığı" koşulundan bilinçli olarak vazgeçtiği sonucuna varılacaktır. Diğer yandan, fiziki kişilik değerlerinin korunmasında bu koşulu aramayan kanunun, sosyal ve manevi kişilik değerlerinin korunmasında bu koşulu araması da kişilik değerlerinin eşitliği ilkesine aykırı olacaktır.

Doktrinde diğer görüşe göre ise¹¹⁶², 3444 sayılı kanunla BK m.49'da yapılan değişiklikle, hükümden ağır ihlal koşulunun kaldırılması, manevi tazminata, akla gelebilecek tüm kişilik ihlallerinde ve kayıplarında başvurulabileceği sanısına yol

¹¹⁵⁸ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.49, N.19 vd.; Koller, **Genugtuung**, N.250 vd.; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.49, N.11; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.460; Sutter, **a.g.e.**, s.4.

¹¹⁵⁹ 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile madde bu halini almıştır. Daha önce ise, hükümden kusurun özel ağırlığı koşulu yer almaktaydı ve doktrin mehz kanuna uygun olarak zararın özel ağırlığı koşulunun da aranması gerektiğini kabul etmekteydi. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.679; Özsunay, **Gerçek Kişiler**, s.155; Ataay, **Şahıslar Hukuku**, s.156; Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", s.25.

¹¹⁶⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.679; Eren, **Borçlar Hukuku**, 757; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.4.

¹¹⁶¹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.757, 758. Kanun koyucunun bilinçli olarak İsviçre Hukukundan farklı olarak bu koşula yer vermediği hakkında bkz. Kılıçoğlu, "Manevi Tazminatta Ağır Kusur", s.107.

¹¹⁶² Serozan, "Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım", s.91 vd.; Serozan, "Immateriellen Schadensersatz", s.65 vd. Doktrindeki diğer görüş ise, olması gereken hukuk açısından ihlalin ağırlığı koşulunun hükümden yer alması gerektiğini belirtmekte ve BK m.49'da yapılan değişikliği eleştirmektedir. Bkz. Tekinay, **Gerçek Kişiler**, s.271.

açmamalıdır. Manevi tazminat talep edilebileceği belirtilen diğer kanun düzenlemelerinde “özel hal ve şartlar”dan (EMK m.85), “fahiş zarar”dan (EMK 143 f.II), “ağır menfaat ihlali”nden (EMK m.305) söz eden kanunun, öteki kişilik hakkı ihlallerinde bu koşuldaki vazgeçmiş sayılabileceği düşünülemez. Gerçekten de “*yüzüstü bırakılan kızın, eşin ve ananın manevi tazminat istemi için nitelikli, ağırlıklı ihlal ya da kayıp olgusunu şart koşan bir yasanın örneğinin onuru kırılan ya da mahremiyetine sızılan kişinin manevi tazminat istemi söz konusu olduğunda böylesine nitelikli, ağırlıklı bir ihlalin ya da kaybın varlığı koşulunu aramaması en basit eşitlik mantığına aykırı düşerdi.*”¹¹⁶³ BK m.49 hükmünün amacından çıkarılacak sonuç, sadece sosyal yaşamda kişiden katlanması beklenen kapsamı aşan ihlal ve kayıplar, tazmin edilebilecek, diğerleri ise, genel yaşam rizikosundan sayılacaktır¹¹⁶⁴. Bu nedenle, manevi tazminat, ancak özel olarak ağır sayılabilecek bir kişilik ihlalinin varlığı halinde talep edilebilmelidir; diğer hallerde doğan kayıplar yaşam rizikosunu olarak kabul edilmelidir¹¹⁶⁵.

Eski Medeni Kanun’daki manevi tazminat düzenlemelerinde ihlalin ağırlığı koşuluna yer verilmesine rağmen, Yeni Medeni Kanun’un, nişanın bozulmasında (MK m.121-EMK m.85) ve boşanma davasında (MK m.174 f.II-EMK m.143 f.II) manevi tazminatı düzenleyen hükümlerinde ihlalin ağır olması gerektiğinden söz edilmemiştir. Nitekim MK m.121 hükmünün genel gerekçesine göre, “... *Borçlar Kanununun 49 uncu maddesinde 3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle manevi tazminatta “zararın ve kusurun ağırlığı” koşulu kaldırılmıştır. Bu değişikliğe rağmen niteliği ve amacı aynı olan bu maddedeki manevi tazminatın ağır zarar koşuluna bağlı tutulması haklı ve yerinde görülmemiştir.*”

Adın korunmasında ise “uğranılan haksızlığın niteliği gerektiriyorsa” (MK m.26 f.II) manevi tazminata hükmedilebileceği belirtmiştir. Ancak adın korunmasındaki manevi tazminat talebinde neden diğer manevi tazminat düzenlemelerinden farklı olarak “uğranılan haksızlığın niteliği gerektirmesi” koşuluna yer verildiği gerekçede açıklanmamıştır. Oysa ki, MK m.121 için belirtilen gerekçe, MK m.26 için de geçerlidir; zira nasıl BK m.49 ile MK m.121 hükümlerinin niteliği ve amacı aynı ise BK m.49 ile MK m.26 f.II hükümlerinin niteliği ve amacı da aynıdır. Bu nedenle gerekçe gösterilmeksizin benzer hükümler için farklı koşullar aramak ve gereksiz farklılıklar yaratmak yerinde

¹¹⁶³ Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, s.92.

¹¹⁶⁴ Serozan, “Immateriellen Schadensersatz”, s.67.

¹¹⁶⁵ Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, s.92; Serozan, “Immateriellen Schadensersatz”, s.67.

olmamıştır. Ya İsviçre’de olduğu gibi tüm manevi tazminat talepleri için ihlalin ağırlığı koşuluna yer verilmeli veya bu koşuldaki tümü için vazgeçilmeliydi.

Kanaatimizce, 3444 sayılı Kanunla BK m.49’da yapılan değişiklikle ihlalin ağırlığı koşuluna yer verilmemesi, kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir. Nitekim 3444 sayılı Kanun tasarısının gerekçesinde kişilik hakkının yeterince teminat altına alınabilmesi için manevi zararın ağır olması koşuluna yer verilmediği belirtilmiştir¹¹⁶⁶. Diğer yandan, kişinin malvarlığına ilişkin menfaatlerinin ihlal edilmesi halinde ihlalin ağırlığı koşuluna yer verilmeyip, kişilik değerlerinin ihlal edilmesi halinde bu koşulu aramak, kişilik değerlerinin diğerlerine göre daha korumasız ve teminatsız kalmasına neden olacaktır. Medeni Kanunumuz, herhangi bir ayırım yapmaksızın tüm kişilik değerlerini korumakta ve ihlal edilen kişilik değerine bakmaksızın tüm kişilik ihlallerinde manevi tazminat talebine olanak sağlamaktadır. Amaç, gerekçede de belirtildiği gibi, kişilik değerlerinin yeterince teminat altına alınmasını sağlamaktır. Türk kanun koyucusu, İsviçre kanun koyucusundan farklı olarak, hukuk politikası bakımından ihlalin ağırlığı koşulunun aranmamasını uygun görmüştür. Bu, hukukumuzun ve Anayasamızın ilkeleri ile uyumlu bir politikadır. Bu nedenlerle, BK m.49 çerçevesinde hükmedilecek manevi tazminat bakımından, ihlalin ağırlığı koşulunun aranmaması gerektiği sonucuna varılmıştır.

BK m.98 f.II’nin atfıyla sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat bakımından da ihlalin ağırlığının manevi tazminatı haklı kılması gerekli değildir; kişilik hakkının ihlal edilmiş olması yeterlidir.

VII. SÖZLEŞME GÖRÜŞMELERİNDEN DOĞAN SORUMLULUKTA (CULPA İN CONTRAHENDO SORUMLULUĞUNDA) MANEVİ TAZMİNAT

¹¹⁶⁶ Bkz. Tasarı Metni, ABD, 1988/3, s.377.

A. Genel Olarak Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk

Sözleşme kurmak amacıyla bir araya gelen kişiler, sözleşmenin içeriği, koşulları, doğacak hak ve yükümlülükler konusunda görüşmelerde bulunurlar. Bu aşamada taraflar arasında MK m.2 f.I'deki dürüstlük kuralı gereği bir güven ilişkisi kurulur. Daha önce de belirttiğimiz gibi bu güven ilişkisinden çeşitli koruma yükümlülükleri doğar¹¹⁶⁷. Bunlar, genel olarak, sözleşmenin içeriği ve koşulları hakkında birbirini aydınlatmak, dürüstlük kuralına uygun davranmak, birbirlerinin malvarlığı ve kişi varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermek olarak sıralanabilir¹¹⁶⁸. İşte, sözleşme görüşmeleri sırasında doğan bu koruma yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal eden ve bu yüzden karşı tarafa bir zarar veren kişi, verdiği zararı tazminle sorumludur¹¹⁶⁹. Bu sorumluluğa, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk¹¹⁷⁰ veya sözleşme görüşmelerinde kusurlu davranış sorumluluğu¹¹⁷¹ adı verilmektedir. Bu sorumluluğun doğması için, tarafların görüştükları sözleşmenin kurulup kurulmadığı veya geçerli olup olmadığı önem taşımaz¹¹⁷².

Türk Borçlar Kanunu'nda veya İsviçre Borçlar Kanunu'nda, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu, koşullarını ve sonuçlarını düzenleyen genel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak kanunda bulunan bazı özel hükümler, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa örnek oluşturmaktadır¹¹⁷³. Kanunda belirtilen

¹¹⁶⁷ Bkz. Bölüm II, II, C, 2, b, (5).

¹¹⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.47 vd.

¹¹⁶⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.322; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19, N.1 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1084; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Ein. Zu Art.97-109, N.10; Brunner, **a.g.e.**, N.594; Keller, Schöbi, **B.I.**, s.39; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.403.

¹¹⁷⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1084.

¹¹⁷¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.312.

¹¹⁷² Keller, Schöbi, **B.I.**, s.39. Hatta bazı yazarlara göre, iş ilişkisinin hazırlığını oluşturan sosyal temasa geçilmesi anından itibaren, taraflar arasında, MK m.2 anlamında kanuni bir borç ilişkisi kurulmuştur. Bkz. Larenz, **Schuldrecht, I**, s.41-42; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19, N.1; Koçayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.20.

¹¹⁷³ Bu hükümlere örnek olarak; hile yaparak veya korkutarak karşı tarafı sözleşme yapmaya razı eden sorumlulu tutan BK m.31 f.II/Art.31 OR; kendi kusuruyla hataya düşerek sözleşmeyi hükümsüz kılanı sorumlu tutan BK m.26/Art.26 OR; yetkisiz olduğu halde kendisini temsilci gibi göstererek başkası adına işlem yapanı sorumlu tutan BK m.39/Art.39 OR gösterilebilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.322; Keller, Schöbi, **B.I.**, s.39 vd.; Rainer Gonzenbach, **Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht**, Inauguraldissertation, Bern, Staemfli & Cie AG, 1987, s.8 vd.

bu hallerin dışında, MK m.2'den doğan sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hallerinin bulunduğu da doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir¹¹⁷⁴.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır¹¹⁷⁵. Bazılarına göre, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, niteliği itibariyle bir haksız fiil sorumluluğudur¹¹⁷⁶. Çünkü sözleşme görüşmelerinde bulunan taraflar arasında henüz bir sözleşme ilişkisi kurulmamıştır. Dolayısıyla bu aşamada henüz bir sözleşme olmadığı için sözleşmeden bir yükümlülük doğduğu ve bu yükümlülüğün ihlali nedeniyle sözleşmenin ihlal edildiği ileri sürülemez. Bu nedenle, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk bir haksız fiil sorumluluğudur ve haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanmalıdır.

Doktrinde diğer görüş ise¹¹⁷⁷, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun kendine özgü bir sorumluluk türü olduğunu belirtmektedirler. Çünkü sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk ne haksız fiile ne de sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa benzemektedir. İsviçre Federal Mahkemesi de son kararlarında bu görüşe katılmıştır¹¹⁷⁸. Bu görüşteki yazarlar, uygulanacak sonuçlar bakımından her somut olaya göre, bazen haksız fiil bazen sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir¹¹⁷⁹.

¹¹⁷⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.322; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19, N.2; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1089 vd.; Brunner, **a.g.e.**, N.243; Keller, Schöbi, **B.I.**, s.39; Gonzenbach, **a.g.e.**, s.14 vd.

¹¹⁷⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gonzenbach, **a.g.e.**, s.19, 64 vd.; Merz, **Vertrag und Vertragsschluss**, N.143 vd; Dieter Medicus: "Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt", **Festschrift für Max Keller zum 65.Geburtstarg**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, s.205-219.

¹¹⁷⁶ Keller, Schöbi, **B.I.**, s.42 vd.

¹¹⁷⁷ Brunner, **a.g.e.**, N.596; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.I.**, N.978 vd.; Bucher, **Obligationenrecht**, s.286 vd.; Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, B.I, Bern, Verlag Staempfli & Cie AG, 1996, § 28, N.1772; Gauch, Schlupe, **a.g.e.**, N.981; Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s.382 vd.; Niklaus Lüchinger, "Die Verjaehrung von Ansprüche aus culpa in contrahendo", **SJZ**, 2006/9, s.197 vd. Jaeggi, "Schadenersatzforderungs", s.193 vd.

¹¹⁷⁸ 1.6.2005 tarihli 5C.267/2004/blb; 23.12.2003 tarihli 4C.230/2003/dxc; BGE 120 II 331; 101 II 269. Federal Mahkeme zamanaşımı bakımından Art.60 OR/BK m.60 (9.11.2005 tarihli 4C.354/2004/ruo; BGE 121 III 355; 108 II 422; 104 II 94; 101 II 268); yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk bakımından da Art.101 OR/BK m.100 (BGE 113 II 426; 108 II 422) hükümlerini uygulamıştır.

¹¹⁷⁹ Zamanaşımı bakımından BK m.125 gereğince on yıllık zamanaşımının uygulanması görüşünde : Bucher, E., **Obligationenrecht**, s.125, 287; Lüchinger, **a.g.e.**, s.200-201. Her olayın özelliği göz önüne alınarak bazen haksız fiil bazen sözleşmeye aykırılık esaslarının uygulanması görüşünde: Jaeggi, "Schadenersatzforderungs", s.193 vd. Yardımcı kişiden sorumluluk bakımından BK m.100 hükmünün uygulanması, diğer hallerde ise haksız fiil hükümlerinin uygulanması hakkında bkz. Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s.382 vd. Ayrıca bkz. Peter Gauch, Walter R. Schlupe, Jörg Schmid, Heinz Rey,

Buna karşın, doktrinde hakim olan görüşe göre, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk, niteliği itibariyle sözleşme sorumluluğu veya sözleşme benzeri bir sorumluluktur¹¹⁸⁰. Bir hukuki ilişki sürecinde, temelini dürüstlük kuralında bulan, taraflar arasında oluşan ve gittikçe güçlenen güven ilişkisinden çeşitli koruma yükümlülükleri doğar¹¹⁸¹. Bunlar, haksız fiil sorumluluğundaki herkesin uymakla yükümlü olduğu genel bir “kimseye zarar vermeme” şeklindeki davranış kuralı değil, taraflar arasındaki güven ilişkisinde temelini bulan yükümlülüklerdir. Bu yükümlülüklerin ihlal edilmesi halinde, -aynı zamanda bir genel davranış kuralının ihlali olsun olmasın¹¹⁸²- sözleşmeye aykırılık hükümleri, hiç değilse kıyasen, uygulanmalıdır. Taraflar arasında bir hukuki ilişkinin kurulduğu yerde, bunun ihlali haksız fiil olarak nitelendirilemeyecektir. Dolayısıyla, görüşme ve güven ilişkisinin ihlaline en azından kıyas yoluyla sözleşme sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanmalıdır¹¹⁸³. Bu halde, taraflar arasındaki yükümlülük borç ilişkisi, sorumluluk borç ilişkisine dönüşecektir¹¹⁸⁴. Böylece, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun zamanaşımı, ispat yükü, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğa ilişkin hükümleri, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk bakımından da hiç değilse kıyasen uygulanacaktır¹¹⁸⁵.

Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, B.I, 7. Auf., von Jörg Schmid, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998, N.971 vd.

¹¹⁸⁰ Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.125; Süleyman Yalman, **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, Seçkin, 2006, s.82 vd.; Schwenger, **Obligationenrecht**, s.279; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19, N.3; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.41, 1086; Koller, **Genugtuung**, N.142; Hatemi, **Fasiküller**, § 2. N.5; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Einl. zu Art.97-109, N.10, Art.99, N.26, vd., 34 vd.; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 1, N.5; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.23; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.978-979; von Tuhr, Peter, **a.g.e.**, s.193; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.404; Neuenschwander, **a.g.e.**, s.49 vd.; von Tuhr, **Borçlar Hukuku**, s.197-198; Wiegand, “Obligation”, s.93; Serozan, “Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, s.122-123. Yargıtay da bir kararında bu görüşe katılmıştır. Bkz. Y. 19 HD., 28.1.2004 T., 2004/4912 E., 2004/11803 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğu, edim yükümlünden bağımsız borç ilişkileri kavramı altında toplayan görüş için bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, § 19, N.1 vd.; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 1, N.5; Larenz, **Schuldrecht, I**, s.13 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.22 vd.; Serozan, “Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, s. 117 vd.

¹¹⁸¹ Medicus, “culpa in contrahendo”, s.211.

¹¹⁸² Baskın görüşe göre aynı zamanda haksız fiil sorumluluğunun da koşulları oluşmuşsa, talepler yarışır. Bkz. Koller, **Obligationenrecht**, § 28, N.1773; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 1, N.12a, § 14, N.7-8.

¹¹⁸³ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1086; Koller, **Genugtuung**, N.444; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.979.

¹¹⁸⁴ Hatemi, **Fasiküller**, § 2. N.5.

¹¹⁸⁵ Serozan, **İfa Engelleri**, § 19, N.4; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.41; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.979; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.404. Sözleşme

B. Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumlulukta Manevi Tazminat

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta, hiç değilse kıyasen, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edildiğinde, kusurlu davranan ve koruma yükümlülüklerini ihlal edenin, doğan manevi zararın tazmininden de sorumlu olup olmayacağı araştırılmalıdır. Çünkü sözleşme görüşmeleri sırasında doğan koruma yükümlülüklerinin bir bölümü, diğer tarafın kişilik değerlerine zarar vermemek için gerekli dikkat ve özeni gösterme yükümlülüğü şeklinde ortaya çıkmaktadır. Buna göre, görüşmelerde bulunan taraflardan birisi, kusurlu olarak, bu yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle karşı tarafın örneğin beden bütünlüğünü ihlal edebilir veya gizli veya özel alanına ilişkin bir sırrı açıklayabilir. İşte bu hallerde, kişilik hakkı ihlal edilen, acı ve elem duyabilir, yaşama sevinci azalabilir, yani manevi zarara uğrayabilir.

Doktrinde bazı yazarlar¹¹⁸⁶, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta, manevi zararın tazmininin kabul edilmesini şüpheli bulmaktadır. Bu görüşe göre, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun manevi zararın tazminini de kapsayıp kapsamadığı, Art.99 III OR/BK m.98 II'nin atfı yoluyla BK m.47 ve m.49'un kıyasen sözleşme hukukunda uygulanıp uygulanamayacağının belirlenmesine bağlıdır. Manevi zararın tazmini, sadece haksız fiil hukukuna dahildir; bu nedenle sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa dayanılarak manevi tazminat talep edilemez¹¹⁸⁷. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun doğabilmesi için mağdurun maddi zarara uğraması gereklidir¹¹⁸⁸. Ayrıca malvarlığı çıkarlarının artmasına engel olma şeklinde olmayıp, sadece mutlak hakların ihlal

görüşmelerinden doğan sorumlulukta, sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanacağını savunan bazı yazarlar, zamanaşımı bakımından bir istisna tanımaktadırlar. Bu görüşe göre, dar anlamda haksız fiil zararının ortaya çıkmadığı hallerde BK m.98 f.II ve BK m.41 f.II'den yararlanılarak, burada BK m.60'taki zamanaşımı kuralını uygulamak; buna karşılık, zarar, üçüncü kişilerin vereceği bir zarar niteliğinde ise BK m.125'teki zamanaşımı kuralını uygulamak daha doğru olacaktır. Bkz. Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 1, N.7, 8.

¹¹⁸⁶ Koller, **Obligationenrecht**, § 28, N.1751, 1789; Gonzenbach, **a.g.e.**, s.88 vd.

¹¹⁸⁷ Koller, **Obligationenrecht**, § 28, N.1751, 1789 vd.; Gonzenbach, **a.g.e.**, s.89.

¹¹⁸⁸ Gonzenbach, **a.g.e.**, s.89.

edilmesi halinde (örneğin mülkiyet vb.) doğan zararların sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa dayanılarak tazmini talep edilemez¹¹⁸⁹.

Doktrinde diğer görüşe göre ise¹¹⁹⁰, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta, özel koruma yükümlülüklerinin ihlali nedeniyle, sadece maddi zarar doğmayabilir; maddi zararın yanında manevi zarar doğabileceği gibi, sadece manevi zarar da doğabilir. Maddi zarar ile manevi zarar arasında haksız bir şekilde eşitsizlik yaratılmasını engellemek için, sözleşme görüşmelerinde bulunan tarafın korunması, manevi zararları da kapsayacak şekilde genişletilmelidir.

Federal İş Mahkemesi kararına konu olan bir olayda, önceki işinde daha çok para kazanan, ancak meslek yüksek okulunda tasarım öğretmeni olarak görevlendirildiği için bu işini bırakan kişi, herhangi bir gerekçe gösterilmeden yeni işe atanmamıştır. Öğretmen bunun üzerine, manevi tazminat talep etmiştir¹¹⁹¹. Mahkeme, kendisini mesleki yönden daha da geliştirmeye yönelik manevi menfaatleri sarsılan öğretmene sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluktan dolayı manevi tazminat verilmesine hükmetmiştir.

Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta manevi tazminatı kabul etmeyen görüş, sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat talep edilemeyeceğini ve bu hallerde haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiğini gerekçe olarak ileri sürmektedir. Oysa daha önce de açıklandığı gibi, BK m.98'in atf yaptığı hükümler arasında BK m.47 ve m.49 da bulunmaktadır¹¹⁹². Doktrinde ve uygulamada baskın olan görüş bu yöndedir¹¹⁹³. Bu nedenle, bu gerekçeye dayanılarak manevi tazminat talep edilemeyeceği ileri sürülemez. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun kendine özgü bir sorumluluk olduğunu kabul eden yazarlar bile, bu halde manevi zararın doğabileceğini ve mağdurun kıyasen BK m.49 veya BK m.47'ye dayanarak manevi tazminat talep edebileceğini kabul etmektedirler¹¹⁹⁴.

Diğer yandan, sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar arasındaki güven ilişkisinden doğan ve temelini dürüstlük kuralında bulun koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde, sözleşme görüşmelerine katılan taraf manevi zarara da uğrayabilir. Bu

¹¹⁸⁹ Koller, **Obligationenrecht** § 28, N.1752.

¹¹⁹⁰ Yalman, **a.g.e.**, s.86; Koller, **Genugtuung**, N.445; Brunner, **a.g.e.**, N.605.

¹¹⁹¹ BAG, 15.5.1974, DB 1974, s.2060. (Naklen: Gonzenbach, **a.g.e.**, s.88).

¹¹⁹² Bkz. Bölüm I, IV, C, 2, b ve Bölüm I, V, C, 3.

¹¹⁹³ Bkz. Bölüm I I, V, C, 3, dn.271'deki yazarlar.

¹¹⁹⁴ Brunner, **a.g.e.**, N.605.

halde, koruma yükümlülüğünü kusurlu olarak ihlal eden tarafın verdiği maddi zararın, sözleşmeye aykırılık hükümlerine kıyasen tazmin edebileceğini kabul etmek, buna karşılık, manevi zararın ancak haksız fiil hükümlerine göre tazmin edilebileceğini savunmak, hukukun adalet ilkesine uygun düşmez. Çünkü maddi tazminat talep eden, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun alacaklı için elverişli hükümlerinden yararlanacak, buna karşılık, manevi tazminat talep eden, haksız fiil hükümlerinin elverişsiz hükümlerine dayanmak zorunda kalacaktır. Bu ise, kişinin maddi menfaatlerinin kişilik değerlerinin korunması menfaatinden daha üstün tutulduğunu gösterir. Oysa ki bu sonuç, maddi zarar ile manevi zarar arasında haksız bir farklılık yaratılmasına neden olur. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta kıyasen sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanabileceği kabul edildiğinde, kıyasen BK m.98 'in atfi yoluyla BK m.47 ve BK m.49'a dayanılarak manevi tazminat talep edilebilmelidir.

Kanunda düzenlenen sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk örnekleri incelendiğinde, kanunun, menfi zararın tazminini (örnek olarak BK m.26, 39 f.I, 31 f.II) ve hakkaniyet gerektirdiğinde müspet zararın tazminini (BK m.26 f.II, 39 f.II), yani maddi tazminatı düzenlediği görülmektedir. Dolayısıyla, bu hükümlere dayanılarak, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta, bu hükümlerdeki gibi, sadece maddi zararın tazmininin söz konusu olabileceği söylenebilir¹¹⁹⁵. Ancak kanaatimizce, bu özel hükümlere dayanılarak genel bir ilke yaratılamaz. Kanundaki özel hükümlerde düzenlenen, tarafların geçerli olacağına güvenilen sözleşmenin hükümsüz kılınması nedeniyle uğradıkları menfi zararlarının tazminidir¹¹⁹⁶. Oysa ki, güven ilişkisi gereği sözleşme görüşmelerinde bulunan taraflar arasında, tarafların kişi varlığı değerlerinin korunmasını amaçlayan ve kanunda düzenlenmeyen koruma yükümlülükleri de doğabilir¹¹⁹⁷. Bunların ihlali halinde, mağdurun menfi zararlarının dışında, mutlak hak ihlalleri de ortaya çıkabilir¹¹⁹⁸; örneğin kişilik hakkı ihlal edilebilir ve sözleşme görüşmelerinde bulunan taraf, manevi zarara uğrayabilir.

¹¹⁹⁵ Koller, **Obligationenrecht** § 28, N.1789.

¹¹⁹⁶ Geçerli olduğuna güvenilen sözleşmenin hükümsüz kılınması nedeniyle uğranılan maddi zararın tazmini için örnek olarak bkz. BK m.26 için bkz. Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1088; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.92; Koller, **Obligationenrecht** § 28, N.1751; BK m.39 f.I için bkz. Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1089; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.191.

¹¹⁹⁷ Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.52; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1091.

¹¹⁹⁸ Serozan, **İfa Engelleri**, § 19, N.2; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 14, N.8.

Kanunda düzenlenen özel hallere dayanılarak, sadece menfi zararın tazmin edilebileceğini ileri sürmek, kanunda öngörülmeven koruma yükümlülüklerinin ve bu yükümlülüklerin koruduğu kişilik değerlerinin göz ardı edilmesine neden olur. Zira bu yükümlülükler, MK m.2'deki dürüstlük kuralından doğan güven ilişkisine dayanmaktadır ve kapsamı da buna göre belirlenmektedir¹¹⁹⁹. Eğer kişilik değerlerine zarar vermeme şeklinde bir koruma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmekte ise, bu yükümlülüğün koruduğu değer de kişilik değeri (veya değerleri) olacaktır. Dolayısıyla bu yükümlülüğün ihlali halinde de genelde kişilik değeri zedelenecek ve manevi zarar doğacaktır. Bu nedenle, kişilik hakkı gibi mutlak hakların ihlalinden doğan zararları sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk kapsamı dışında tutan görüşe katılmamaktayız¹²⁰⁰.

Bu nedenlerle, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun manevi zararın tazminini de kapsadığı ve bu halde, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine kıyasen manevi tazminat talep edilebileceği kabul edilmelidir. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta kıyasen BK m.47 ve m.49'un uygulanmasını sağlayarak manevi tazminata olanak sağlayan BK m.98 f.II, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta da kıyasen uygulanacaktır. Diğer bir deyişle, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta manevi tazminat bakımından sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun ispat yükünü, zamanaşımını ve yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğu düzenleyen hükümleri kıyasen uygulanabilecektir¹²⁰¹.

Alman hukukunda bazı yazarlar, 2002'den önce yaptıkları yorumlarda, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumlulukta manevi tazminat talep edilemeyeceğini savunmaktaydı. Bu görüşe göre¹²⁰², BGB § 253'ün manevi tazminatın ancak kanunda belirtilen hallerde talep edebileceği sınırlamasını koyması ve haksız fiilden doğan sorumluluk hükümleri arasında yer alan BGB § 847'nin kıyas yolu ile uygulanamayacak olması, bu sonucu doğurmaktaydı. Doktrindeki diğer görüşe göre ise¹²⁰³, BGB § 253 çerçevesinde kanundan ve yargı kararlarından doğan kişilik değerlerinin ihlalinde

¹¹⁹⁹ Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.45 vd.

¹²⁰⁰ Serozan, **İfa Engelleri**, § 19, N.2; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 14, N.8; Bucher, **Obligationenrecht**, s.285; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.I**, N.966; Wilhelm Schönenberger, Peter Jaeggi, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Obligationenrecht, Kommentar zur 1.ve 2. Abteilung (Art.1-520 OR), 4. Auf., Teilband V 1a, Zürich Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1973, Art.1, N.578.

¹²⁰¹ Kolller, **Genugtuung**, N.446 vd.

¹²⁰² Canaris, "Schutzpflichten", s.109 -110.

¹²⁰³ Laghzaoui, **a.g.e.**, s.101 vd. Ayrıca bkz. Bölüm I, III, B.

manevi tazminat, sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa dayandırılarak talep edilebilir. BGB § 253'ün amacını aşan lafzı sınırlandırılmalı ve hüküm amaca göre yorumlanmalıdır. Alman Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklik sonucu¹²⁰⁴ artık sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğa dayanılarak manevi tazminat talep edilebileceği doktrinde kabul edilmektedir¹²⁰⁵. BGB § 311 II' de¹²⁰⁶ yükümlülük borç ilişkisi olarak düzenlenen sözleşme görüşmelerinden doğan borç ilişkisinin ihlaliyle, taraflardan birinin beden bütünlüğü, sağlığı ihlal edilirse, BGB § 253 Abs. II' ye göre manevi tazminat talep edilebilecektir.

¹²⁰⁴ Bkz. Bölüm I, III, C.

¹²⁰⁵ Palandt, **a.g.e.**, Art.253, N.8, Art.311, N.54, Huber, **Schadensersatzrecht**, § 2, N.73; Jaeger, Luckey, **a.g.e.**, s.1169.

¹²⁰⁶ BGBl 2001 I s.3183 vd.

III. BÖLÜM

HAK SAHİBİNİN SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN SORUMLULUK HÜKÜMLERİNE GÖRE MANEVİ TAZMİNAT TALEP ETMESİNİN PRATİK SONUÇLARI

I. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN MANEVİ TAZMİNATTA HAK SAHİBİ

A. Sözleşmenin Tarafları

Taraflar arasındaki dar anlamda borç ilişkisi, alacaklıya, borçludan edimini yerine getirmesini talep etme yetkisi ve alacağını elde etmeyi sağlayacak dava ve cebri icraya başvurma yetkileri verir¹²⁰⁷. Borç ilişkisi sadece alacaklı ile borçlu arasındaki bir bağıdır ve bu nedenle, kural olarak, borç ilişkisinin sözleşmeye taraf olmayan kişiler (üçüncü kişiler) üzerinde bir etkisi yoktur¹²⁰⁸. Sözleşmenin nisbiliği ilkesine göre, borç ilişkisinden doğan hak ve borçlar, kural olarak, o ilişki çerçevesi içinde ve tarafları arasında hüküm doğurur¹²⁰⁹. Bu nedenle, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edecek kişi, öncelikle, sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle kişilik hakkı ihlal edilen ve manevi zarara uğrayan alacaklıdır. Zira taraflar arasındaki borç ilişkisinden doğan yükümlülükler aykırı davranıldığında, ancak zarara uğrayan alacaklı, manevi tazminat talep

¹²⁰⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.14; Schwenger, **Obligationenrecht**, N.4.01.

¹²⁰⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.24; Schwenger, **Obligationenrecht**, N.4.06; Weber, **Berner Kommentar**, Art.97, N.275, 277; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.20; Keller, Schöbi, **B.I.**, s.2.

¹²⁰⁹ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.4.07; Martin Moser, **Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten, Ein Betrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung, gezeigt am Beispiel des Wirtschaftsprüfers**, Bern, Staempfli Verlag AG, 1998, s.10; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.60.

edebilecektir. Kural olarak sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişiler, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edemeyecektir. Üçüncü kişiler, sadece, koşulları gerçekleştiğinde, haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilecektir. Buna göre, zamanaşımı, kusurun ispatı ve adam çalıştıranların sorumluluğu bakımından haksız fiil sorumluluğunun ilgili hükümleri uygulanacaktır.

Borçlar Hukukumuzda hakim olan sözleşmenin nisbiliği ilkesinin bazı istisnaları bulunmaktadır. Bu bölümde, sözleşmenin nisbiliği ilkesinin istisnalarının üçüncü kişilere sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep etme yetkisi verip vermeyeceği incelenecektir.

B. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Sorumluluk Hükümlerine Dayanarak Manevi Tazminat Talep Edebilecek Üçüncü Kişiler

1. Genel Olarak

Sözleşmenin nisbiliği ilkesi, sözleşme hukukunda genel bir ilkedir. Ancak bu ilkenin bazı istisnaları bulunmaktadır. Doktrinde bu haller, genel olarak, tam üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme olarak belirtilmektedir. Bu istisnaların bulunması halinde, sözleşmeye taraf olmayan kişiler, koşulları gerçekleşmiş ise, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre tazminat talep edebilecektir.

Aşağıda sözleşmenin nisbiliği ilkesinin bu istisnai hallerinde, üçüncü kişilerin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluğa dayanarak manevi tazminat talep edip edemeyecekleri sorunu ele alınacaktır.

2. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede

Alacaklı (vaat ettiren) ile borçlu (vadeden), borçlunun ifa edeceği edimden üçüncü kişinin (lehtarın) de yararlanabileceğini kararlaştırabilirler. Üçüncü kişi yararına sözleşme, iki şekilde yapılabilir. İlkinde, üçüncü kişi (lehtar), borçluya (vaat edene) karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkına sahip değildir; o, sadece, edimi kabul etmeye yetkili kılınmıştır¹²¹⁰ (BK m.111 f.I/ Art.112 I OR). Buna, başkası yararına eksik sözleşme¹²¹¹ veya eksik üçüncü kişi yararına sözleşme¹²¹² denir. Bu sözleşmede lehtara bir alacak hakkı tanınmadığından, bu, sözleşmenin nisbiliği ilkesinin bir istisnası sayılamaz.

Üçüncü kişi yararına sözleşmenin diğer türünde, vaat ettiren ile vadeden arasındaki sözleşmede lehtarın vaat edene karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkına sahip olduğu kararlaştırılmaktadır¹²¹³ (BK m.111 f.II/ Art.112 Abs. II OR). Buna ise, başkası yararına tam sözleşme¹²¹⁴ veya tam üçüncü kişi yararına sözleşme¹²¹⁵ denir. Bu sözleşmede, sözleşmenin tarafları, vaat ettiren ile vadedendir; lehtara tanınan alacak hakkı dışında sözleşme yine tarafları arasında hüküm ifade eder¹²¹⁶. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, lehtar, vaat edene karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkına sahip olduğundan, sözleşmenin nisbiliği ilkesinin bir istisna söz konusudur¹²¹⁷. Zira sözleşmenin tarafı olmayan bir kişi, vaat edene karşı bir alacak hakkı ileri sürebilme yetkisine sahip kılınmıştır.

Tam üçüncü kişi yararına sözleşmede, lehtar, vaat edene karşı, taahhüt ettiği edimi ifa etmesini ve bu edimin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle

¹²¹⁰ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.86.08; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 821; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1105; Gonzenbach, Rainer, **Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Obligationenrecht I., Art.1-529 OR, 3. Auf., Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim P. Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel.Genf.München, Helbing & Lichtenbahn, 2003, Art.112, N.13; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.172; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.20; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.219; Keller, Schöbi, **B.I**, s.212; Şener Akyol, **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976. s.12.

¹²¹¹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.220.

¹²¹² Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.21.

¹²¹³ Serozan, **İfa Engelleri**, § 3, N.4; Schwenger, **Obligationenrecht**, N.86.07; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.831; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1100; Gonzenbach, **Basler Kommentar OR**, Art.112, N.14; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.174; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.20; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.220; Keller, Schöbi, **B.I**, s.213; Bucher, E., **Obligationenrecht**, s.474; Akyol, **Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, s.12.

¹²¹⁴ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.220.

¹²¹⁵ Serozan, **İfa Engelleri**, § 3, N.4; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.21; Akyol, **Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, s.11.

¹²¹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.21

¹²¹⁷ Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.164; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s.237.

doğan zararlarının tazmin edilmesini talep edebilecektir¹²¹⁸. Buna göre, vaat edenin taahhüt ettiği edimi yerine getirmemesi nedeniyle lehtarın kişilik hakkı ihlal edilirse, diğer koşulları da gerçekleştirmiş ise, lehtar, vaat edenden manevi tazminat talep edebilir. Lehtar, borç ilişkisinde taraf olmasa bile, bu ihtimalde, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilecektir¹²¹⁹.

Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede ise, lehtar, vaat edene karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkına sahip olmadığı için ne bu borcun yerine getirilmesini ne de borcun yerine getirilmemesi nedeniyle doğacak sözleşmesel talepleri ileri sürebilir. Onun tek yetkisi, vadeden tarafından ifa edilen edimi kabul etmektir¹²²⁰. Buna karşılık, sözleşmeye aykırılıktan doğacak tüm talepleri ileri sürebilecek kişi, sözleşmenin tarafı olan vaat ettirendir¹²²¹. Lehtar, vaat edenin sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle maddi veya manevi zarara uğrasa bile, ancak haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine başvurarak tazminat talep edebilir¹²²². Bu nedenle, lehtarın vaat edene karşı ileri sürebileceği taleplerde, haksız fiilden doğan sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Ancak doktrinde bazı yazarlara göre¹²²³, lehtarın uğradığı zararların tazmini için haksız fiil hükümlerini uygulamak yeterli değildir. Üçüncü kişi ile vadeden arasında dar sözleşmesel bağlantı¹²²⁴ (bazı yazarlara göre sözleşmeye benzer ilişki¹²²⁵) bulunmaktadır. Bu sözleşmesel bağlantı veya sözleşme benzeri ilişki nedeniyle lehtar da sözleşmenin korunması kapsamındadır. Bu yüzden onun da sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine dayanmasına izin verilmeli ve sözleşmenin nisbiliği ilkesinin istisnaları genişletilmelidir.

¹²¹⁸ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.86.25; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.834; Claire Huguenin, **Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, unter mitarbeit von Brunner, Feit, Hochstrasser, Isler, Josst, Kaczynski-Coninx, Weiss, Schulthess, 2004, **a.g.e.**, N.1128; Patrick Krauskopf, **Der Vertrag zugunster Dritter**, Freiburg, Schweiz, Universitaetsverlag, 2000, N.1543 vd.; Keller, Schöbi, **B.I.**, s.213, Akyol, **Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, s.211.

¹²¹⁹ Koller, **Genugtuung**, N.374, 381.

¹²²⁰ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.86.08; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s. 830; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1105; Guhl, Koller, Schnyder, Druet, **a.g.e.**, s.164; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.20; Akyol, **Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, s.12.

¹²²¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.830; Krauskopf, **a.g.e.**, N.753; Weber, **Berner Kommentar**, Art.112, N.140; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art.112, N.13.

¹²²² Weber, **Berner Kommentar**, Art.97, N.286; Becker, **Berner Kommentar**, Art.112, N.23.

¹²²³ Koller, **Genugtuung**, N.376; Krauskopf, **a.g.e.**, N.762.

¹²²⁴ Koller, **Genugtuung**, N.376.

¹²²⁵ Krauskopf, **a.g.e.**, N.762 vd.

Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede, lehtarın uğradığı zararları kimin talep edeceği de tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre¹²²⁶, vaat ettiren, üçüncü kişi yararına edimin ifasını vaat edenden talep edecektir. Eğer, vaat edenin sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle, lehtar manevi zarara uğramış ise, vaat ettiren sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre, lehtar lehine manevi tazminat talep edebilecektir. Elde edilecek manevi tazminat lehtara ödenecektir. Çünkü vadeden, vaat ettirene lehtarın edimden yararlanması konusunda bir taahhütte bulunmuştur. Lehtarın edimden yararlanmasını sağlamak için vaat edeni taahhüdünden dolayı sorumlu tutmak gerekir.

Doktrindeki diğer görüşe göre ise¹²²⁷, talepte bulunacak olan, lehtardır. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin genişletilmesi gereklidir. Lehtar özel bir sözleşmesel korunma talebine sahiptir. Lehtar, özel sözleşmesel korunma talebi ile sözleşmeye aykırılık halinde vaat edene başvurup uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Ancak lehtarın bu talebi, vaat edenin edimini yerine getirmesine yönelik bir talep değildir.

Kanaatimizce, lehtarın uğradığı maddi veya manevi zararın tazmin edilmesinde, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerinden yararlanmak için vaat ettireni yetkili kılmak, kanuna uygun olmayan bir çözüm tarzıdır¹²²⁸. Zira uğradığı zarar için talepte bulunacak olan kişi, mağdur veya temsilcidir. Vaat ettiren, ne mağdur ne de lehtarın temsilcisi konumdadır. Diğer yandan, eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede alacaklıya böyle bir yetki veren bir yasal düzenleme de hukukumuzda yer almamaktadır. Kaldı ki, böyle bir yetkinin bulunduğu kabul edildiğinde bile, bu yetkiyi tanımak, lehtarın menfaatlerine uygun düşmeyebilir. Alacaklının, lehtarın menfaatlerini tam olarak algılayıp, savunması zordur¹²²⁹. Özellikle manevi zarar bakımından, vaat ettirenin, lehtarın uğradığı manevi zararın nasıl ve ne boyutta olduğunu ifade edebilmesi gerçekten güçtür. Diğer yandan, vaat ettiren, lehtar lehine böyle bir talepte bulunmak istemediğinde, lehtarın vaat ettireni,

¹²²⁶ Gonzenbach, **Basler Kommentar OR**, Art.112, N.13; Huguenin, **a.g.e.**, N.1122; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s.237; Becker, **Berner Kommentar**, Art.112, N.12.

¹²²⁷ Krauskopf, **a.g.e.**, N.813; Gauch, Schluemp, Schmid, Rey, **B.II**, N.4014; Oftinger, Stark, **B.I**, s.686; Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s.320.

¹²²⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.830; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art.112, N.5.

¹²²⁹ Koller, **Genugtuung**, N.378.

böyle bir talepte bulunmaya zorlayabileceği hukuki bir dayanak da bulunmamaktadır.

Aralarındaki sözleşme benzeri bağlantı veya özel sözleşmesel ilişki dolayısıyla, lehtara sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre tazminat talep etme yetkisi veren görüş de yasal bir dayanaktan yoksundur. Zira kanun, üçüncü kişi yararına sözleşmenin türleri arasında bir ayırım yaparak, ancak tam üçüncü kişi sözleşmeyi, sözleşmenin nisbiliği ilkesinin istisnası olarak kabul etmektedir. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede, sözleşmenin tarafı olmayan veya sözleşme gereğince vaat edene karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkına sahip olmayan lehtarın sözleşme hükümlerine dayanması mümkün değildir. Taraflar, eğer sözleşme hukukundaki hükümlerden lehtarın korunmasını amaçlasa idi, sözleşmeyi tam üçüncü kişi yararına sözleşme şeklinde yapabilirlerdi. Nitekim kanun da tarafların iradesi gereği sözleşmenin tam üçüncü kişi yararına sözleşme şeklinde yapılabileceğini açıkça düzenlemektedir (BK m.111 f.II/Art.112 Abs. II OR). Eğer sözleşmenin amacı ve hal ve şartlar dikkate alınarak tarafların irade beyanlarının yorumundan da bu sonuca ulaşmak mümkün değilse, sözleşme eksik üçüncü kişi yararına sözleşmedir. Bu halde, lehtar, ancak koşulları gerçekleştiğinde haksız fiil hükümlerine dayanarak manevi tazminat talep edebilecektir.

3.Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşmede

Borç ilişkisinin üçüncü kişiler üzerinde etkili olduğu diğer bir hal de, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmedir¹²³⁰. Doktrinde¹²³¹, borçlu ile alacaklı arasındaki

¹²³⁰ Bu konudaki teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Marc Liebmann, **Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, Peter Lang, Europaeischer Verlag der Wissenschaften, 2006, s.135 vd. BGB § 311 Abs.1 ve 2'nin üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi kapsayıp kapsamadığı doktrinde tartışmalıdır. Bkz. Liebmann, **a.e.**, s.167 vd.

¹²³¹ Liebmann, **a.g.e.**, s.135 vd.; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.50; Serozan, **İfa Engelleri**, §19, N.3; Klunzinger, **a.g.e.**, § 29 IV, § 31, III; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1106 ; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 8 I IV; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Einl. Art.97-109, N.9; Gonzenbach, **Basler Kommentar OR**, Art.112, N.23; Huguenin, **a.g.e.**, N.1148-1149; Moser, **a.g.e.**, s.15 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.33 vd.; Bucher, E., **Obligationenrecht**, s.484-485; Spiro, **Erfüllungsgehilfen**, s.294; Akyol, **Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, s.51 vd.; Wiegand, **Recht 1997**, s.93. Y.HGK 6.5.1992 T., 1992/13-312 E., 1992/315 K. (YKD, 1992/8, s.1176).

borç ilişkisinin yanında, ayrıca borçlu ile bir takım üçüncü kişiler arasında da bir borç ilişkisinin kurulduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, borçlunun alacaklıya karşı olan koruma yükümlülüğü, alacaklıya yakından bağlı olan bazı üçüncü kişilere de yayılmıştır. Çünkü borcun ifası dolayısıyla alacaklı için doğacak tehlike, üçüncü kişiyi de etkileyebilecek ve o da tehlikeye maruz kalabilecektir. Dürüstlük kuralı gereği, borçlunun üçüncü kişileri de koruma yükümlülüğü doğacaktır. Borçlu ile söz konusu üçüncü kişiler arasındaki borç ilişkisi, edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisidir. Buna doktrinde, “üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme” adı verilmektedir¹²³². Eğer, borçlu, üçüncü kişiye karşı olan koruma yükümlülüklerini yerine getirmez ise ve üçüncü kişi, bu nedenle bir zarara uğrarsa, üçüncü kişi, kıyasen sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanarak tazminat talep edebilecektir¹²³³.

Hangi üçüncü kişilerin sözleşmenin korumasından yararlanabileceği ise tartışmalıdır¹²³⁴. Tez çalışmamızın kapsamını aşacak bu konu üzerinde durulmayacaktır. Ancak belirtmek gereklidir ki, doktrinde ileri sürülen bu ölçütleri taşımayan üçüncü kişiler, sadece, koşulları gerçekleştiğinde haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine göre tazminat talep edebilecektir¹²³⁵. Buna karşılık, doktrinde belirtilen ölçütleri taşıyan üçüncü kişiler, borçlunun koruma yükümlülüğüne aykırı davranması yüzünden maddi ve/veya manevi zarara uğrar ise, kıyasen uygulanacak sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre maddi ve/veya manevi tazminat talep edebileceklerdir¹²³⁶.

Doktrinde bazı yazarlara göre ise¹²³⁷, adaletli sonuçlar vermesine rağmen, edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi kavramının uygulama alanının genişletilmemesi ve

¹²³² Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.824; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.32. Eren ise “Üçüncü Kişiyi Koruma Etkili Sözleşme” yi kullanmaktadır. Bkz. Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1106.

¹²³³ Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s.119; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.33; Honsell, Gonzenbach, **Basler Kommentar OR**, Art.112, N.23; Eichler, “Konkurrenz”, s.415.

¹²³⁴ Bkz. Liebmann, **a.g.e.**, s.196 vd.; Serozan, **İfa Engelleri**, § 19, N.3; Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 8 IV; Honsell, Gonzenbach, **Basler Kommentar OR**, Art.112, N.22; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.33; Doktrinde bazılarının göre, BK m.100 anlamında, bir kira sözleşmesinde borçlu durumunda olsaydı, sözleşmeye taraf olan kimsenin kullanma yardımcısı sayılabilecek kimseler, sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkisinin kapsamına girerler. Bkz. Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 1, N.16.

¹²³⁵ Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.35.

¹²³⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.42; Koller, **Genugtuung**, N.385; Huber, **Schadensersatzrecht**, § 2, N.73.

¹²³⁷ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.86.05; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.37; Hatemi, **Fasiküller**, § 16, N.22; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.232, 250; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 1, N.15 vd.; Oftinger, Stark, **B.I.**, s.687, dn.66.

sınırlarının iyi belirlenmesi gereklidir. Bu teori ile haksız fiil hükümlerinin büyük oranda borca aykırılık hükümleri içinde eritilmesi tehlikesi yaratılmış olur ki, bu sonuç kanun sistemimize uygun değildir.

Doktrinde diğer bir görüşe göre ise¹²³⁸, sadece BK m.100 çerçevesinde “kullanma yardımcısı” sayılabilecek kişiler, sözleşmenin üçüncü kişiyi koruyucu etkisinden yararlanmalıdır. Diğer hallerde ise, dar anlamda haksız fiil sorumluluğu söz konusu değilse ve zarar gören güvenden doğan zarara uğramış ise, BK m.41 f.II’in koşullarını aramak daha yerinde olacaktır¹²³⁹. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeyi kabul etmek yerine, dar anlamda haksız fiil söz konusu olduğunda, sözleşme dışı sorumluluk hukuku kuralları zarar göreni daha etkin bir biçimde koruyucu düzeye getirilmelidir. Böylece, sözleşme hukuku çerçevesinin aşırı zorlanması engellenecektir.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda¹²⁴⁰, hekimlik sözleşmesine aykırılık nedeniyle çocuğunun anomalili doğması üzerine anne ve baba kendileri ve çocuk için manevi tazminat talep etmiştir. Yargıtay, hekimlerin özen yükümlülüklerine aykırı davranması nedeniyle doğan manevi zararın tazmininde haksız fiil zamaşımının uygulanamayacağını, çünkü anne ile borçlu¹²⁴¹ arasında sözleşme ilişkisi bulunduğunu belirtmiştir. Yargıtay, bu kararında, tazminat talep eden kişiler arasında bir ayırım yapmamıştır. Yargıtay’a göre, “Davacı E.’nin eşi ve çocuğu durumundaki diğer iki davacının iddia ve talepleri yine bu ilişkiye dayalı olduğundan, tümüne aynı hükümlerin uygulanması gerekeceği de açıktır.” Bu nedenle sözleşmenin tarafı olan A dışında, taraf olmayan eş ve çocuk için de sözleşme hukukunun hükümlerini uygulamıştır. .

Oysa çocuk ile borçlu arasında bir sözleşme bulunmamaktadır ve kural olarak çocuk adına manevi tazminat taleplerinde haksız fiil zamaşımının uygulanması gereklidir¹²⁴². Ancak somut olayda, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme söz konusudur. Çünkü sözleşme tarafı olmayan üçüncü kişi (çocuk), sözleşme kurulurken dürüstlük kuralı gereğince güvenliği dikkate alınması gereken ve edime yakınlığı dolayısıyla en az alacaklı kadar borçlunun ediminin tehlike alanı içinde yer almaktadır¹²⁴³. Doktrine göre, çocuğun uğradığı zararların tazminini talep edebilmesi için alacaklının üçüncü kişinin korunmasında özel bir menfaati bulunmalı ve borçlunun bu durumu bilebilecek durumda olması gereklidir¹²⁴⁴. Somut olay bakımından da, hamile kadına karşı borçlu hekimin ediminin yaratacağı tehlike anne karnındaki çocuk için de söz konusudur. Alacaklının, anne karnındaki çocuğun korunmasına ilişkin özel bir menfaati olduğu gibi, borçlu da bu durumu

¹²³⁸ Hatemi, **Fasiküller**, § 16, N.22; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 1, N.15 vd..

¹²³⁹ Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 1, N.15, 17.

¹²⁴⁰ YHGK., 11.12.2002 T., 2002/13-1011 E., 2002/1047 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

¹²⁴¹ Kararda sözleşme doktorlar ile değil hastane işletmesi ile akdedildiğinden, sözleşmenin tarafı, hastane işletmesidir. Kararın değerlendirilmesi için bkz. Tülay Aydın, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.12.2002 Tarihli Kararının İncelenmesi”, **İÜHFİM**, C.LXIV, S.2, 2006, s.331 vd.

¹²⁴² Kararın karşı oy yazısında ise çocuk ve davacının eşi bakımından haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. YHGK., 11.12.2002 T., 2002/13-1011 E., 2002/1047 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

¹²⁴³ Aydın, **a.g.e.**, s.337.

¹²⁴⁴ Serozan, **İfa Engelleri**, § 19, N.3; Akyol, **Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, s.57; Aydın, **a.g.e.**, s.337.

bilebilecek konumdadır. Bu nedenle, somut olayda, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bulunmaktadır. Çocuk, MK m.28 f.II gereği hak ehliyetini kazanınca, uğradığı zararların tazmini çocuk adına yasal temsilcisi tarafından ileri sürülebilir. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramı kabul edildiğinde ise, çocuk adına tazminat, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine kıyasen ileri sürülebilecektir. Yargıtay kararında ise, bu yönde bir açıklama yapılmaksızın, çocuğun sözleşmenin tarafı gibi kabul edilmesi ve çocuk ve babanın taleplerinin bu ilişkiye dayandığının gerekçesinin açıklanmaması yerinde değildir. Sözleşmenin tarafı olmayan eş bakımından da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin koşullarının gerçekleştiği ve onun da sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir¹²⁴⁵.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 6.5.1992 tarihli kararında ise¹²⁴⁶, açıkça, alacaklıya yakından bağlı olan veya edime olan yakınlığı nedeniyle koruma altında bulunan kişilere karşı da borçlunun koruma yükümlülüğü olduğu, bu halde borçlu ile söz konusu üçüncü kişi arasında “hiçbir edim yükümlülüğü ihtiva etmeyen ve fakat koruma yükümlülüğüne dayanan üçüncü şahsı koruyucu etkili bir borç ilişkisi oluş(tuğu)” kabul edilmiş ve mağdurun uğradığı maddi ve manevi zararların tazminini sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre talep edebileceği belirtilmiştir.

4. Yakınlar Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Sorumluluk Hükümlerine Göre Manevi Tazminat Talep Edebilir mi?

a. Yakınların Uğradığı Manevi Zararın Tazmini Hakkındaki Yasal Düzenleme, Doktrindeki Görüşler ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi

BK m.47, ölüm halinde, ölenin ailesinin manevi tazminat talep edebileceğini düzenlemiştir. Daha önce de belirtildiği gibi, hükümde, manevi tazminat talep yetkisi, ölenin ailesine verilmiş ise de doktrin ve Yargıtay, mehz kanuna uygun olarak ailesi kavramını yakınları olarak yorumlamaktadır¹²⁴⁷. Yakınların¹²⁴⁸ uğradığı

¹²⁴⁵ Lange, Schiemann, **a.g.e.**, § 6 IX 7 b aa, cc.

¹²⁴⁶ Y.HGK 6.5.1992 T., 1992/13-312 E., 1992/315 K. (YKD, 1992/8, s.1176).

¹²⁴⁷ Bkz. Bölüm II, II, C, 4, c, (1), ii.

¹²⁴⁸ Yakın kavramı için bkz. Bölüm II, II, C, 4, c, (1), ii.

manevi zarar, yansıma zararıdır¹²⁴⁹. Çünkü hukuka aykırı olarak kişilik hakkı ihlal edilen kişi dışında başka bir kişinin, bu davranış nedeniyle uğradığı zarar söz konusudur¹²⁵⁰. Hukuka aykırı fiil ile kişilik hakkı ihlal edilen, ölen mağdurdur. BK m.47 ise, yakınlarla, ölen mağdurun manevi tazminat hakkından bağımsız olarak manevi tazminat talep etme yetkisi vermektedir¹²⁵¹. Hükme göre, “*Hakim, hususi halleri nazara alarak (...) adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir*”. Manevi tazminat talep edebilmek için, hukuka aykırı fiil ile bir kişinin ölmesi, yakının manevi zarara uğraması, ihlal ile zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağının bulunması, failin kusurlu olması veya kusursuz sorumluluk koşullarının gerçekleşmesi ve somut olaydaki özel hallerin manevi tazminatı haklı kılması¹²⁵² gereklidir¹²⁵³.

BK m.47’ye göre, ölenin yakınları sadece mağdurun ölümü halinde manevi tazminat talep edebileceklerdir. Diğer kişilik değerlerinin ihlalinde ise, yakınların manevi tazminat talep edebileceklerini düzenleyen açık bir hüküm kanunda bulunmamaktadır.

Doktrinde bazı yazarlara göre¹²⁵⁴, ölüm hali dışında yakınların uğradığı yansıma zararlarının tazminine yönelik talepler kabul edilmemelidir. Yansıma zararlarının tazmini için, hem fiil ile zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağı hem de hukuka aykırılık bağının bulunması gereklidir¹²⁵⁵. İhlal edilen kuralın amacının kapsamına o kişinin zarardan korunmasının da girmesi gerekir. Bu halde, zarara uğrama ile ihlal edilen kural arasında hukuka aykırılık bağı bulunmaktadır¹²⁵⁶. BK

¹²⁴⁹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.683 vd.; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.188; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.764; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N. 13 vd. BK m.45 ise, ölüm halinde destekten yoksun kalan kişilerin uğradıkları maddi zararın tazminini düzenlemektedir. Bu hüküm de yansıma zararının tazminine olanak sağlamaktadır.

¹²⁵⁰ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.517; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.41, N.20; Hatemi, **Fasiküller**, §16, N.11; Keller, Schmied-Syz, **a.g.e.**, s.21; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.354; Oftinger, Stark, **B.I.**, § 2, N.72 vd.

¹²⁵¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.671; Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.126; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47,N.132, s.376; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.15; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.335-336. Bkz. Bölüm II, II, C, 4, c, (1), ii.

¹²⁵² Örnek olarak, yakının yaşadığı acı ve elem, ölümün gerçekleşme şekli, ölenin yaşı, geride kalanların yaşı (BGE 104 II 264); ekonomik durumu (BGE 90 II 83); kazadan sonra failin davranışları.

¹²⁵³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.671-672; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.754 vd.

¹²⁵⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.683; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.12; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.336.

¹²⁵⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.517.

¹²⁵⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.496.

m.47, sadece ölüm halini öngördüğü için diğer hallerde, hukuka aykırılık bağı bulunmamaktadır. Bu nedenle, ölüm hali dışında yakınların uğradığı yansıma zararlarının tazmini talep edilemez. Buna karşılık, eğer hukuka aykırı davranış, birden fazla kişinin kişilik hakkını ihlal etmişse, her biri, uğradığı manevi zararın tazminini talep edebilir. Bu halde, yansıma zararı değil, doğrudan doğruya zarar söz konusudur¹²⁵⁷. Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise¹²⁵⁸, ölüm hali dışında diğer hallerde, yakınlar, ancak BK m.41 f.II'in koşullarının gerçekleşmesi halinde manevi tazminat talep edebilecektir. Diğer hallerde ise kişilik hakkı ihlal edilmeden sırf iç huzuru, manevi bütünlüğü yansıma yolu ile ihlal edilen kimse, manevi tazminat talep edemeyecektir.

Doktrinde bazı yazarlar ise¹²⁵⁹, yakınların uğradığı manevi zararın tazmininin mümkün olduğunu belirtmektedir. Örneğin, çocuğunun gözleri kör olan veya çocuğu tecavüze uğrayan anne ve baba da manevi tazminat talep edebilir.

Bu görüşü savunan bazı yazarlara göre¹²⁶⁰, yasal dayanak, BK m.47'dir. Çünkü beden bütünlüğü ihlal edilen çocuğun bu durumu anne ve babanın sinir ve ruh sağlığını bozmuş ise, onların, ruhsal bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkı ihlal edilmiştir. BK m.47, sadece fiziksel bütünlüğün değil, ayrıca ruhsal bütünlüğün ihlali halinde de mağdura manevi tazminat talep etme yetkisi verir¹²⁶¹. Normun koruma amacı çerçevesinde¹²⁶², hukuka aykırı davranış ile anne ve babanın uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmakta ise, onlar, BK m.47'ye göre manevi tazminat

¹²⁵⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.683.

¹²⁵⁸ Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 10, N.12.

¹²⁵⁹ Schwenzler, **Obligationenrecht**, N.17.07; Brehm, **Berner Kommentar** Art.47, N.190, Art.49, N.68; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.764-765; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.471; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.47, N.1; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.190; Yeşim A. Atamer, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması**, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul, Beta Basım Yayım, 1996, s.93; Vuille-Dit-Bille, **a.g.e.**, s.50-51; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.659, dn.3a; Stein, **Die Genugtuung**, s.6; Oftinger, Stark, **B.I**, § 8, N.73-74; Gauch, "Haftpflichtrecht", s.237; Zen-Ruffinen, **a.g.e.**, s.369; Tercier, "tort moral", s.54. Y.21.HD., 15.6.2000 T., 2000/4733 E., 2000/4833 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.HD. 8.12.1997 T., 1997/8067 E., 1997/8106 K. (YKD. C.24, S.6, Haziran 1998, s.899 vd.); Y.3.HD., 5127/1997 E., 5664/1997 K., 09.06.1997 T. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.364-365); YHGK, 11-122 E., 430 K., 26.04.1995 T (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.365-369). BGE 123 III 204 vd.; 122 III 5 vd.; 112 II 226; 117 II 50; 116 II 520.

¹²⁶⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 764-765; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.190; Peter Gauch, "Die Haftpflicht der Eisenbahnen Haftung nach Eisenbahnhaftpflichtgesetz", **Recht**, 1998/5, s.194 vd.; Gauch, "Haftpflichtrecht", s.237.

¹²⁶¹ Bkz. Bölüm II, II, C, 4, c, (1), iii.

¹²⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, **Normun Koruma Amacı**, s.70 vd.; Larenz, **Schuldrecht, I**, s.440 vd.; Serozan, "Tendenzen zur Normativierung", s.452 vd.

talep edebilir. Bu halde, anne ve babanın uğradığı zarar, yansıma zararı değil, doğrudan doğruya manevi zarardır. İsviçre doktrininde azınlıkta kalan görüşe göre¹²⁶³, Art.49 OR yerine Art.47 OR kıyasen uygulanmalıdır. Art.47 OR, ölenin yakınları lehine manevi tazminatı düzenlemiştir. Beden bütünlüğünün ağır biçimde ihlali ile ölüm aynı biçimde değerlendirilebilir. Bu nedenle, Art.47 OR, kıyasen uygulanabilir.

Yargıtay'a göre, "*Cismani zarar kavramına, (ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı (ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü) gibi hallerin de girdiği kabul edildiğine göre; eğer bir kimsenin cismani zarara maruz kalması sonucunda, onun (ana, baba, karı, koca gibi) çok yakınlarından birinin de (aynı eylem nedeniyle) hukuken korunan ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü ağır bir şekilde haleldar olmuşsa onlar da manevi tazminat talep edebilirler. Çünkü bu durumda olanların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı vardır ve zararlarının niteliği itibariyle onların da ihlal edilen normun (BK. m. 47) koruma amacı içinde bulduklarının (Hukuka aykırılık bağının gerçekleştiğinin) kabulü gerekir. Başka bir anlatımla, böyle hallerde, yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya zarara maruz kalma söz konusudur*".¹²⁶⁴ Yargıtay, yakınların manevi tazminat taleplerini, ancak ağır bedensel zarar söz konusu olduğunda kabul etmektedir. Yargıtay'a göre¹²⁶⁵, "*kocasının bu derecede ağır vücut bütünlüğü ihlali olayının davacı kadının gözleri önünde cereyan etmesi ve ömür boyu devam edecek olması karşısında ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır biçimde ihlal edildiği kabul edilmelidir.*" Başka bir kararda

¹²⁶³ Guhl, Koller, Schnyder, Druet, a.g.e., s.190; Gauch, "Haftpflichtrecht", s.237.

¹²⁶⁴ YHGK., 26.4.1995 T., 1995/11-22 E., 1995/430 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde bkz. Y.21.HD., 25.10.2005 T., 2005/7868 E., 2005/10156 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.HD., 27.10.2004 T., 2004/8116 E., 2004/9009 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.HD., 13.5.2004 T., 2004/3980 E., 2004/4846 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.HD., 23.2.2004 T., 2004/24 E., 2004/1413 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.HD., 23.3.2004 T., 2004/1754 E., 2004/2769 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.HD., 12.6.2003 T., 2003/4754 E., 2003/5612 K. (Yargı Dünyası, S.96, Aralık 2003, s.92-93); Y.21.HD., 15.6.2000 T., 2000/4733 E., 2000/4833 K. (YKD., C.27, S.2, Şubat 2001, s.248-250); Y.21.HD. 8.12.1997 T., 1997/8067 E., 1997/8106 K. (YKD., C.24, S.6, Haziran 1998, s.899-900). Aksi yönde bir kararı için bkz. Y.4.HD., 14.05.1998 T., 1998/9223 E., 1998/3428 K., (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.362-364).

¹²⁶⁵ Y.21.HD. 8.12.1997 T., 1997/8067 E., 1997/8106 K. (YKD., C.24, S.6, Haziran 1998, s.899-900). Benzer bir gerekçe için bkz. Y.21.HD., 27.10.2004 T., 2004/8116 E., 2004/9009 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.HD., 23.2.2004 T., 2004/24 E., 2004/1413 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.HD., 23.3.2004 T., 2004/1754 E., 2004/2769 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.HD., 12.6.2003 T., 2003/4754 E., 2003/5612 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.3.HD., 6.9.1997 T., 1997/5127 E., 1997/5664 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

Yargıtay, geçirdiği iş kazası sonucu 10 gün iş ve gücünden kalır şekilde yaralanan kişinin ebeveynlerinin ve kardeşinin açtığı manevi tazminat davasını reddetmiştir. Karara göre¹²⁶⁶, “İşgöremezlik oranı ve diğer kanıtlara göre B. ağır bir cismani zarara uğramamıştır. Hal böyle olunca davacıların ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğünün ağır bir şekilde bozulduğunu söylemek mümkün değildir”.

Doktrindeki bazı yazarlar ise, yakınların manevi tazminat talep edebileceğini kabul etmekle birlikte BK m.49 hükmüne dayanmaktadır¹²⁶⁷. Bu görüşe göre, BK m.47’nin genişletilmesi yerine, “aileye bağlılık kavramını kişilik değerleri içerisine dahil etmek daha yerinde” olacaktır. Böylece baba-oğul arasındaki bağ, babanın kişilik değerlerinden sayılacak ve babanın ruhsal sarsıntı geçirmesi halinde, manevi zarar, yansıma yolu ile değil, doğrudan babanın kişiliğinde gerçekleşmiş olacaktır. Ebeveynler ile çocukları arasındaki bu bağ, BK m.49 çerçevesinde korunan kişilik değerleri arasında sayılacaktır. Kişilik hakkı ihlali ile anne ve babanın uğradığı manevi zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması halinde, onlar BK m.49’a göre manevi tazminat talep edebileceklerdir. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir¹²⁶⁸. Mağdur beden bütünlüğü ihlaline uğramalı (koma, tehlikeli bir

¹²⁶⁶ Y.21.H.D., 15.5.2001 T., 2001/3658 E., 2001/3777 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı gerekçeyle manevi tazminat talebini reddettiği diğer kararlar için bk. Y.21.H.D., 25.10.2005 T., 2005/7868 E., 2005/10156 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.H.D., 13.5.2004 T., 2004/3980 E., 2004/4846 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.H.D., 25.3.2003 T., 2003/2421 E., 2003/2555 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.H.D., 14.2.2002 T., 2002/286 E., 2002/1057 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.H.D., 19.2.2002 T., 2002/991 E., 2002/1278 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.H.D., 15.6.2000 T., 2000/4733 E., 2000/4833 K. (YKD., C.27, S.2, Şubat 2001, s.248-250);

¹²⁶⁷ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. Zu Art.47/49, N.97; Schwenger, **Obligationenrecht**, N.17.07; Hausheer, Aebi-Müller, **a.g.e.**, N.12.71.-72; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.47, N.190, Art.49, N.68; Schnyder, **Basler Kommentar OR**, Art.47, N.1; Honsell, **Haftpflichtrecht**, §10, N.4; 3428; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s 65; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.471; Oftinger, Stark, **B.I.**, § 8, dn.119, § 8, N.76 vd.; Stark, **Haftpflichtrecht**, N.175; Vuille-Dit-Bille, **a.g.e.**, s.50-51; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.659, dn.3a.

¹²⁶⁸ BGE 123 III 204 vd. (hekimlik sözleşmesine aykırılık sebebiyle sağlığı bozulan çocuğun annesinin manevi tazminat talebi); BGE 122 III 5 vd. (eş ve çocukların, babalarının haksız fiil sonucu felçli kalması nedeniyle manevi tazminat talebi); 118 II 404 vd. (çocuğun trafik kazası sonucu beyninin zarar görmesi ve sürekli bakımına ihtiyaç duyar hale gelmesi nedeniyle anne ve babasının manevi tazminat talebi); 117 II 50 vd. (babasının sakat kalması nedeniyle kızın manevi tazminat talebi); 116 II 520 (Doktorun sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle çocuğu sakat kalan annenin manevi tazminat talebi); 112 II 220 vd.(kaza sonucunda sakat kalan kadının eşinin manevi tazminat talebi). Yargıtay da bir kararında, “davacı (...)'nin çocuğu (...)'in yararlanmasının sosyal kişilik değerlerine saldırı kapsamına girip girmediği üzerinde durmak gerekir. Sosyal kişilik değerler, kişinin toplum içindeki yeri, birlikte yaşadığı ailesi ve yakınlarının değer alanı içine giren haklardır. (...) bu bağlamda BK.nun 49.maddesindeki düzenleme itibariyle, kişinin bizzat değil de yakınlarının (karı-koca, ana-baba ve çocuklar) ağır yaralanması gibi somut olayın kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin zorunlu kıldığı olguların kanıtlanması halinde sosyal kişilik değerlerinin saldırıya uğradığı bozulduğu, böylece aile birliği içinde korunması gereken bağlılığın zarar gördüğünün kabulünü

hastalığa yakalanma, zekâ geriliği gibi) ve yakınının da bu sebeple kişilik hakkı ağır biçimde ihlal edilmelidir. Öyle ki, onun duyduğu acı ve elem, ölenin yakınının duyduğu elem ve acı ile aynı veya daha ağır bir acı ve elem olmalıdır¹²⁶⁹.

Doktrinde diğer bir görüşe göre ise¹²⁷⁰, yakınların ağır bedensel bütünlük ihlallerinde manevi tazminat talep edebileceklerini kabul etmek için BK m.47 /Art.47 OR'nin mi, yoksa BK m.49 /Art.49 OR'nin mi uygulanması gerektiği yönündeki tartışmanın pratik bir önemi bulunmamaktadır. Çünkü her iki hükmün teorik içeriği, manevi tazminatın belirlenmesindeki ilkeler ve doğacak hukuki sonuçlar aynı koşullara bağlıdır.

İsviçre Sorumluluk Hukukunun Birleştirilmesine İlişkin Tasarının 45e maddesi de, BK m.47 ve BK m.49'u tek bir hüküm altında birleştirmektedir. Tasarıya göre, ölüm halinde veya özellikle ağır beden bütünlüğü ihlallerinde, yakınlar da manevi tazminat talep edebilir (İSHBİT m.45e Abs. IV).

Türk Borçlar Kanunu tasarısına göre, *“ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar para ödenmesine karar verilebilir”* (TBKT m.55 f.II).

İsviçre Sorumluluk Hukukunun Birleştirilmesine ilişkin tasarıdan farklı olarak, Türk Borçlar Kanunu tasarısında, yakınların manevi tazminat talepleri, ölüm ve ağır bedensel zarar halleri ile sınırlandırılmıştır. Oysa ki, diğerinde, ölüm veya özellikle ağır bedensel zarar kelimelerine yer verilerek, yakınların bedensel zarar dışındaki diğer hallerde de manevi tazminat talep edebilecekleri düzenlenmiş, hükmün uygulama alanı geniş tutulmuştur. Hangi hallerde yakınların manevi tazminat talep edebileceği, hakimin takdirine bırakılmıştır. Tasarılar arasındaki diğer farklılık, hükmedilecek manevi tazminat türü bakımındandır. TBKT m.55 f.II, manevi tazminat olarak bir miktar paraya hükmedileceğini düzenlemiştir. Oysa ki İSHBİT m.45e Abs. III, manevi tazminat olarak hakimin nakdi tazminat dışındaki diğer tazminat türlerine de hükmedeceğini belirttiikten sonra yakınların manevi

geektirir.” gerekçesi ile BK m.49'a dayanarak, manevi tazminat talebini reddeden ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Bkz. Y.4.HD., 11.12.2000 T., 2000/8317 E., 2000/11334 K. (YKD., C.27, S.6, Haziran 2001, s.825-827). Benzer bir karar için bkz. Y.4.HD., 14.05.1998 T., 1998/9223 E., 1998/3428 K., (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.362-364).

¹²⁶⁹ BGE 125 III 412; 117 II 50; 12.6.2003 (1A.208/2002). Ayrıca bkz. Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.698.

¹²⁷⁰ Koller, **Genugtuung**, N.63.

tazminat talep edeceğine ilişkin düzenlemeye yer vermiştir. Hükmün sistematik yorumu sonucu, yakınlar için diğer manevi tazminat türlerine de hükmedilebilmesi mümkündür. Diğer yandan, TBKT, BK m.47 ve BK m.49 gibi, iki ayrı hükümde manevi tazminatı düzenlemiştir. Oysa İSHBİT, her iki hükmü tek bir maddede birleştirmiştir. Türk Borçlar Kanunu tasarısının bu düzenleyiş tarzı nedeniyle, yakınların manevi tazminat taleplerini BK m.47'ye dayandıran görüşün tercih edildiği söylenebilecektir. Belirtmek gereklidir ki, İsviçre Sorumluluk Hukukunun Birleştirilmesine İlişkin Tasarı kanunlaşmamıştır; ancak Türk Borçlar Kanunu tasarısı hâlâ gündemdedir.

Türk Borçlar Kanunu tasarısını değerlendiren bazı yazarlar, hükümdeki ağır bedensel zarar kavramının ne anlama geldiğinin belirsiz olduğunu belirtmektedir¹²⁷¹. Ayrıca, sadece ölüm ve ağır bedensel zarar hallerinde yakınlarla manevi tazminat yetkisi verilmesinin yeterli olmadığı, onların diğer hallerde de manevi tazminat talep etmesi gerektiğini savunmuşlardır. Buna göre, *“bedensel olarak ağır manevi zarara uğramayıp ancak ağır bir travma geçiren ya da kalıcı bir akıl hastalığına yakalanana da bu hak tanınmalıdır, madde genişletilmelidir”*¹²⁷². Kanaatimizce, ağır bedensel zarara uğrayan kişi, zarar gören mağdurdur, yakın değildir. Ağır bedensel zarar ise, hem fiziksel bütünlüğün hem de ruhsal bütünlüğün ihlal edilmesini kapsayan bir kavramdır. Manevi tazminat talep edilebilmesi için mağdurun ölmesi veya ağır bedensel zarara uğraması, yakının bu sebeple manevi zarara uğraması, sorumluluk doğuran hükümlere göre gerekli koşulların gerçekleşmesi şarttır. Beden bütünlüğü zedelenenin manevi tazminat talep edebilmesi için hakim olayın özelliklerini göz önünde tutması gereğine yer verilmişken (TBKT m.55 f.I), yakınların manevi tazminat taleplerinde ise bu koşula yer verilmemiştir (TBKT m.55 f.II).

Kanaatimizce, Tasarının 55.maddesi, yakınların ölüm hali dışındaki hallerde, manevi tazminat talebini yasal bir dayanağa dayandırması bakımından yerindedir. Böylece hem yukarıda belirtilen tartışmalara son verilecek hem de adalet duygumuzu incitecek sonuçlar önlenecektir. Çünkü bir yandan yakınlarla manevi tazminat yetkisi vermek için BK m.47 veya BK m.49'un sınırlarının genişletilmesi, hem de örneğin,

¹²⁷¹ Kuntalp, vd., **Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler**, s.50.

¹²⁷² Kuntalp, vd., **Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler**, s.49-50.

çocuğu tecavüze uğrayan anne ve babaya manevi tazminat vermeyerek hakkaniyete aykırı sonuçların doğması önlenmiş olacaktır. Yakınların ölüm halinde veya ağır bedensel zarara uğramaları halinde manevi tazminat talep edebileceğinin düzenlenmesi de yerindedir. Böylece somut olayda mağdurun basit bedensel zarara uğraması halinde yakını manevi tazminat talep edemeyecektir. Tasarı bu düzenlemesi ile Yargıtay içtihatlarında benimsenen ilkeleri esas almıştır.

b. Yakınların Sözleşmeye Aykırılık Hükümlerine Göre Manevi Tazminat Talep Edip Edemeyecekleri Sorunu

Sözleşmeye aykırı davranış sonucu ölen kişinin (alacaklının) yakınlarının sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edip edemeyeceği tartışmalıdır.

Doktrinde bazı yazarlara¹²⁷³ ve Federal Mahkemeye¹²⁷⁴ göre, sözleşmenin tarafı olmayan yakın, sadece haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilir. Federal Mahkemeye göre¹²⁷⁵, özel bir kişilik değeri ihlaline dayanan yakınların manevi tazminat talebi, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin bağımsız bir taleptir¹²⁷⁶. Bu bağımsızlık karakterine göre, ihlale neden olan davranışın sözleşmeye aykırı bir davranış veya haksız fiil olması önem taşımaz. Yakının uğradığı manevi zarara neden olan davranış, sözleşmeye aykırı davranış olsa bile, haksız fiilden doğan sorumluluk hükümleri uygulanır. Ayrıca BK m.47/Art.47 OR ile BK m.49 /Art.49 OR, yakınların manevi tazminat talepleri için yeterli bir hukuki temeldir, bu nedenle sözleşmesel ilişkiye dayandırılması gerekli değildir. Bu görüş doktrinde eleştirilmiştir. Buna göre, yakınların manevi tazminat talebinin bağımsızlık karakteri, hakkaniyet ilkesine dayanır. Oysa ki hakkaniyet ilkesi,

¹²⁷³ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.299; Schwenger, **Obligationenrecht**, N.84.09; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.60, N.12a; Roberto, **Haftpflichtrecht**, N.569; Rehbinder, **Basler Kommentar 2. Auf.**, Art.328, N 15; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 12 N.5a; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.65; Weber, **Berner Kommentar**, Art.99, N.181; Honsell, **Arztrecht**, s.186, dn.312; Gauch, Schlupe, **a.g.e.**, N.2072; Oftinger, Stark, **B.I**, s.692; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, § 68, s.102, 109, dn.101.

¹²⁷⁴ BGE 123 III 206; 81 II 547 vd.

¹²⁷⁵ BGE 123 III 210.

¹²⁷⁶ Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.65.

yakınların manevi tazminat talebinin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa dayandırmasına da olanak sağlar. BK m.47 ve BK m.49'a atıf yapan BK m.98 f.II/Art.99 Abs. III OR, yakınların manevi tazminat talebi bakımından da geçerlidir¹²⁷⁷. Diğer yandan, yakınların hangi taleplerde bulunabileceğini düzenleyen BK m.47/Art.47 OR ile BK m.49 /Art.49 OR, onun hukuki mahiyeti nedeniyle, sadece ek özel bir sorumluluk nedenidir. Bu özel sorumluluk nedeni, haksız fiil olabileceği gibi, BK m.98 f.II/Art.99 Abs. III OR'nin atfıyla sözleşmesel mahiyette de olabilir. Bu nedenle, bu gerekçe, yakınların sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk temeline dayanmalarının reddedilmesi için yeterli değildir¹²⁷⁸.

Federal Mahkemenin yakınların manevi tazminat talebini sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre ileri süremeyeceğini belirtirken dayandığı ikinci gerekçe, sözleşmenin tarafı olmayan yakınlarla bu hakkı vermenin sözleşmenin nisbiliği ilkesine uygun olmadığıdır¹²⁷⁹. Federal Mahkemenin bu gerekçesi de yerinde bulunmamıştır. Bu görüşe göre¹²⁸⁰, borçlar hukuku, üçüncü kişilerin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre tazminat talep etmesine olanak sağlamıştır. (üçüncü kişi yararına sözleşmede). Bu düzenlemeler, sınırlayıcı olarak yorumlanmamalıdır. Sözleşmenin nisbiliği ilkesinin istisnaları bulunmaktadır. Bunlar, hakimin hukuk yaratması yoluyla olaya uygun olarak genişletilebilir. Özellikle, sözleşmenin nisbiliğinin kabulü, açık bir biçimde adaletli olmayan sonuçların doğmasına yol açacaksa, istisna kabul edilmelidir. Diğer yandan, mağdur ile yakının eşit olmayan bir konuma getirilmesi de hakkaniyete uygun olmayan bir sonuç olacaktır. Çünkü sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle kişilik hakkı ihlal edilen mağdur, borçlunun kusurlu olduğunu ispatla yükümlü olmayacak iken, haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edecek olan yakın, borçlunun kusurlu olduğunu ispatla yükümlü tutulacaktır. Bu ise adaletli olmayan bir sonuçtur.

Bu nedenlerle, doktrinde bazı yazarlar, örneğin iş kazası geçiren alacaklının yakınının manevi tazminat taleplerinin de BK m.98 f.II'nin atfıyla sözleşmeye

¹²⁷⁷ Koller, **Genugtuung**, N.404.; Brunner, **a.g.e.**, N.503.

¹²⁷⁸ Koller, **Genugtuung**, N.405; Heinz Hausherr, Manuel Jaun, "Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1997", **ZBJV**, Band.134, 1998, s.540.

¹²⁷⁹ BGE 123 III 211.

¹²⁸⁰ Koller, **Genugtuung**, N.407; Brunner, **a.g.e.**, N.504.

aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre ileri sürebileceğini kabul etmektedir¹²⁸¹. Bu görüşe göre, yakının manevi tazminat talebi bakımından da kusurun ispatı, zamanaşımı ve yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk bakımından sözleşme hukukunun hükümleri uygulanacaktır¹²⁸². Özellikle zamanaşımı bakımından BK m.125/Art.127 OR'deki on yıllık zamanaşımının uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Buna göre, gerek yakının gerekse mağdurun kişilik hakkını ihlal eden davranış, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışdır. Bu nedenle her ikisi bakımından da zamanaşımı süresi aynı olmalı ve zamanaşımı aynı andan işlemeye başlamalıdır. Her iki talep sahibi bakımından farklılık yaratmak için bir gereksinim bulunmamaktadır¹²⁸³. Oysa ki, Federal Mahkemeye göre¹²⁸⁴, BK m.47 ve BK m.49, haksız fiilden doğan sorumluluk hükümleri arasında düzenlenmiştir. Hükümlerin sistematik yeri bakımından BK m.60'taki zamanaşımı süresinin uygulanması gereklidir. BK m.125/Art. 127 OR, ancak zamanaşımı süresi düzenleyen bir hüküm bulunmaması halinde uygulanabilecek bir hükümdür. Yakınların manevi tazminat talebi için BK m.60 uygulanabildiğine göre, BK m.125 uygulanamaz. İsviçre doktrininde baskın görüş de yakınların manevi tazminat talebi bakımından Art.60 OR/BK m.60'deki zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹²⁸⁵.

Yargıtay yakınların manevi tazminat talebini sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre talep edip edemeyecekleri sorunu ile açık bir biçimde ilgilenmemiştir. Ancak örneğin iş kazasına uğrayan kişinin yakınının açtığı bir manevi tazminat davasında, yakınların manevi tazminat taleplerinin gerekçesini açıkladıktan sonra şu cümleye yer verilmiştir¹²⁸⁶: “*Bu durumda olanların zararları*

¹²⁸¹ Koller, **Genugtuung**, N.417.

¹²⁸² Koller, **Genugtuung**, N.417; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.127, N.5; Gauch, Schluop, Schmid, Rey, **B.II**, N.2697, 3498; ; Schmid, **a.g.e.**, s.659.

¹²⁸³ Koller, **Genugtuung**, N.412; Gauch, Schluop, Schmid, Rey, **B.II**, N.3432; Hausherr, Jaun, “Rechtsprechung, 134”, s.540.

¹²⁸⁴ BGE 123 III 211.

¹²⁸⁵ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.84.09; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.60, N.12a, 13; Reh binder, **Basler Kommentar 2. Auf.**, Art.328, N.15; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.192; Gauch, Schluop, **a.g.e.**, N.2072; Karl Oftinger, Emil W. Stark, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Zweiter Band: Besonderer Teil, Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewässerverschmutzung, 4. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1987, s.106; Tercier, **Contribution**, s.129. Aksi görüşte; Koller, **Genugtuung**, N.409 vd.; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.1603c.

¹²⁸⁶ Y.21.HD., 19.2.2002 T., 2002/991 E., 2002/1278 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Benzer bir şekilde bkz. Y.21.HD., 23.2.2004 T., 2004/24 E., 2004/1413 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.HD.,

ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı mevcut olduğundan yansıma yoluyla değil, doğrudan zarara uğrama söz konusudur.” Açıkça değinilmemiş ise de yakınların manevi tazminat talebinden söz ederken “haksız eylem” kavramının kullanılması, onların haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine göre tazminat talep edebileceklerinin kabul edildiği izlenimi uyandırmaktadır.

Kanaatimizce, yakınların manevi tazminat talebini sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre talep edebileceklerini savunan görüş, yerinde değildir. BK m.98 f.II, sözleşmeye aykırılık halinde haksız fiil hükümlerinin uygulanabilmesini, kıyas ölçütüne bağlamıştır. Buna göre, haksız fiil hükümleri, ancak sözleşme hukukunun amaç ve ilkelerine, bünyesine uygun düştüğü ölçüde sözleşmeye aykırılık halinde uygulanabilecektir. Daha önce de belirtildiği gibi, sözleşmeye taraf olmayan kişilerin, kural olarak, borç ilişkisi üzerinde bir etkisi yoktur¹²⁸⁷. Sözleşmenin nisbiliği ilkesine göre, borç ilişkisinden doğan hak ve borçlar, kural olarak, o ilişki çerçevesi içinde ve tarafları arasında hüküm doğurur¹²⁸⁸. Sözleşmeye taraf olmayan yakının sözleşme hükümlerine dayanarak manevi tazminat talep edebileceğinin kabulü, dolayısıyla haksız fiil hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanması, sözleşmenin nisbiliği ilkesine uygun düşmez, onu zedeler. Sözleşmeye taraf olmayan kişinin manevi tazminat talep etmesine neden olan davranış, yakın bakımından “sözleşmeye aykırı” davranış değildir. Zira onunla borçlu arasında bir borç ilişkisi yoktur ki, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışından söz edilebilsin. Yakının manevi zarara uğramasına neden olan davranış, BK m.47’de düzenlenen genel davranış kuralının ihlali, bir haksız fiildir. Bu nedenle, borçlu ile üçüncü kişi arasında sanki borç ilişkisi varmış gibi, yakının sözleşme hukuku hükümlerine göre talepte bulunması kabul edilemez.

Aynı fiil dolayısıyla zarar gören birden çok kişinin, mağdur ve yakının, farklı sorumluluk nedenlerine göre tazminat talep etmesi de bir haksızlık değildir. Aksinin kabulü halinde, sözleşmeye aykırılık ile haksız fiil arasındaki ayırımın bir anlamı kalmayacaktır. Ancak, olması gereken hukuk açısından her iki sorumluluk temelinin zamanaşımı vb. bakımdan birbirine paralel olarak düzenlenmesi gerektiği ileri

25.3.2003 T., 2003/2421 E., 2003/2555 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.HD., 15.6.2000 T., 2000/4733 E., 2000/4833 K. (YKD., C.27, S.2, Şubat 2001, s.248-250).

¹²⁸⁷ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.24; Kocayusufoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.20.

¹²⁸⁸ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.60.

sürülebilir¹²⁸⁹. Yürürlükteki hukuk bakımından ise, yakınlar, koşulları gerçekleştiğinde, haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilecektir¹²⁹⁰.

Federal Mahkemeye göre, iki istisnai halin bulunması halinde yakınlar da sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilir. Buna göre, yakın bizzat sözleşmenin tarafı olduğunda¹²⁹¹ veya tam üçüncü kişi yararına sözleşmede lehtar ise¹²⁹², sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilecektir. Ancak doktrinde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin bulunması halinde de aynı hukuki sonucun doğacağı kabul edilmektedir¹²⁹³.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda ise¹²⁹⁴, davacı ve çocuğu Mcdonalds'a yemek yemeğe gitmişlerdir. Çocuk, bu kuruma ait oyun bahçesinde oynarken düşerek yaralanmış ve bu nedenle birçok ameliyatlar geçirmiştir. Davacı, kendisinin de bu kazanın etkisi ile kalp krizi geçirdiğini belirterek manevi tazminat talep etmiştir. Yargıtay, davalı ile davacı arasında sözleşmeden doğan bir ilişki bulunduğunu belirterek¹²⁹⁵, davalıya ait işyerine yemek yemeğe gelenlerin çocuklarının oynaması için tahsis edilen oyun bahçesinde, davalının kazanın olmaması için gereken önlemleri almadığı, davacının müterafik kusurunun davalının kusursuz olması sonucunu doğurmayacağını belirterek, ilk derece mahkemesinin kararının yerinde olmadığına karar vermiştir. İlk derece mahkemesi, davacının taleplerinin reddine karar vermiştir. Oysa Yargıtay, davalının kusur oranlarına göre değerlendirme yapılarak tazminat talepleri hakkında karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

¹²⁸⁹ Bu konuda Bkz. Bölüm III, III.

¹²⁹⁰ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.84.09; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.60, N.12a; Roberto, **Haftpflichtrecht**, N.569; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 12 N.5a; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.65; Honsell, **Arztrecht**, s.186, dn.312; Gauch, Schluemp, **a.g.e.**, N.2072; Oftinger, Stark, **B.I.**, s.692; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, § 68, s.102.

¹²⁹¹ BGE 116 II 520.

¹²⁹² BGE 123 III 213. Rey, **Haftpflichtrecht**, N.1603d; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.200; Oftinger, Stark, **B.I.**, s.687.

¹²⁹³ Schmid, **a.g.e.**, s.659; Hausherr, Jaun, "Rechtsprechung, 134", s.539-540.

¹²⁹⁴ Y.13.HD., 17.6.2002 T., 2002/5154 E, 2002/7213 K, (Kazancı İçtihat Bankası)

¹²⁹⁵ Ancak karara göre, sözleşme ilişkisi, "davacının davalı şirkete ait tesislerde yemeğe gitmesi sırasında küçük çocuğun oyun parkında geçirdiği kazadan kaynaklanmaktadır". (YKD, C.29, S.1, Ocak 2003, s.60). Oysa ki, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi kazadan değil, karşılıklı irade beyanlarının uyumuna ile kurulmuştur. Taraflar arasındaki sözleşme, yemek satın alınması ve davalı şirkete ait tesislerde yenilmesine ilişkin, "bir para edimi karşılığında, davalı şirketin yemek sunma ve tesislerinde yemek yenilmesine katılma şeklindeki edimlerinin birleştiği" bir kombine sözleşmedir. (Serozan, **Borçlar Hukuk Özel Bölüm**, s.52). Bu sözleşmenin kurulması ile taraflar arasında çeşitli edim ve koruma yükümlülükleri doğmaktadır. Sözleşmedeki davalı tarafın, yemeğe gelenlerin çocuklarının oynamasına yer tahsis ederek yan edim yükümlülüğü ve çocuğa karşı MK m.2'den doğan koruma yükümlülükleri doğmuştur. İşte davaya konu olan olay da, bu yükümlülüklerin gereği gibi ifa edilmemesi, davalının özen yükümlülüğüne aykırılık etmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Bu nedenlerle, Yargıtay kararındaki gerekçe isabetli değildir.

Kararda, davacının kendisi için mi yoksa çocuğu temsilen mi veya hem kendisi için hem de çocuğu temsilen mi manevi tazminat talep ettiği açıklanmamıştır. Ancak davacının kendi adına talepte bulunduğu izlenimi edinilmiştir. Zira davacı, bu nedenle kalp krizi geçirdiğini belirtmektedir. Yargıtay davacının sözleşmenin tarafı olması nedeniyle sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edip edemeyeceği sorunu üzerinde durmadan tazminat talepleri hakkında karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bazen kanun da sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilerin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre tazminat talep etmesine olanak sağlayabilir. BK m.332 f.II hükmüne göre¹²⁹⁶, işveren, BK m.332 f.I'e aykırı davranması sonucu "*işçinin ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşı isteyecekleri tazminat dahi akde aykırı hareketten doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere tabidir.*" Buna göre, işçinin ölümü halinde "onun yardımından mahrum kalanlar", "uğradıkları zararlar"ın tazminini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre talep edecek, zamanaşımı bakımından BK m.125'teki on yıllık süre uygulanacaktır¹²⁹⁷.

Doktrinde bazı yazarlar BK m.332 f.II' de düzenlenen tazminatın destekten yoksun kalma tazminatı olduğunu, manevi tazminatın ise BK m.47'ye göre talep edilebileceğini belirtmektedir¹²⁹⁸. Bazı yazarlara göre ise, BK m.332 f.II' ye göre yakınlar da sözleşme hukukunun hükümlerine göre manevi tazminat talep edilebilir¹²⁹⁹.

Hükmün lâfzî yorumuna göre, düzenlenen tazminat, BK m.45'teki destekten yoksun kalma tazminatıdır. Çünkü hükümde ölüm halinde "onun yardımından mahrum kalan kimseler"den söz edilmektedir. BK m.45 de, destekten yoksun kalma tazminatını şöyle düzenlemiştir: "*Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararlarını da tazmin etmek lazım gelir*". Ancak BK m.45'te "onların bu zararlarını" ifadesi yer almakta iken, BK m.332 f.II' de "*uğradıkları zararlara*" ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla zararın

¹²⁹⁶ BK m.332 f.II, 29.6.1956 tarih ve 6763 sayılı Kanun ile hükme eklenmiştir. (RG. 9353 S.).

¹²⁹⁷ Yavuz, **a.g.e.**, s.476; Kenan Tunçomağ, **Özel Borç İlişkileri**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977, s.897; N. Bilge, **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971, s.226.

¹²⁹⁸ Hatemi, Serozan, Arpacı, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, s.323; Tunçomağ, **Özel Borç İlişkileri**, s.897; Seza Reisoğlu, **Hizmet Akdi**, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968, s.209.

¹²⁹⁹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1011.

çoğul kullanılması, hem maddi hem de manevi zararın kast edildiği izlenimi yaratmaktadır. Hükümdeki “yardımından yoksun kalan” ifadesi, lâfzî olarak yorumlanmamalı, hükmün amacı da göz önünde bulundurulmalıdır. Kanun koyucu, borçlunun alacaklının (işçinin) beden bütünlüğünü ihlal etmeme ve bunu önlemek için gerekli önlemleri alma yükümlülüğünü düzenlemiştir (BK m.332 f.I). Ayrıca kanun koyucu, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle alacaklının ölümü halinde, diğer kişilerin de talep edecekleri tazminatta sözleşme hukukunun hükümlerinin uygulanacağını düzenleyerek, borçlu karşısında bu kişileri daha elverişli bir konuma getirmeyi arzu etmiştir. Kanun koyucunun ölüm dolayısıyla sırf maddi menfaatleri sarsılan kişileri (destekten yoksun kalanları) bu elverişli konuma getirmek istediği, buna karşılık alacaklının ölümü nedeniyle acı ve elem duyan, yaşama sevinci azalan kişileri (yakınları) ise korumak istemediği düşünülemez. İşçinin ölümü nedeniyle destekten yoksun kalan kişilerin uğradığı maddi zararın tazmini için sözleşme hukuku hükümlerini uygulamak, buna karşılık ölenin yakınlarının manevi zararlarının tazmininde haksız fiil hükümlerini uygulamak, adaletli olmayan bir sonuçtur. Sırf doğan zararın türü göz önüne alınarak bu yönde bir sınırlama yapılmaması gereklidir. Kanaatimizce, kanun koyucu, BK m.45’ten farklı olarak, BK m.332 f.II’ de “zararlara” ifadesine yer vermesi ile hem destekten yoksun kalanların uğradığı maddi zararı hem de yakınların uğradığı manevi zararı kast etmek istemiştir.

Yargıtay ise¹³⁰⁰, işverenin işçinin güvenliği için gerekli olan önlemleri alması sebebiyle iş kazasına uğrayan işçinin yakınlarının açtığı tazminat davalarının BK m.125 gereği on yıllık zamanaşımına tabi olduğunu kabul etmektedir. Ancak kararın gerekçesinde, işverenin İş Kanunundaki yükümlülüklerine aykırı davrandığı belirtilmekte ve BK m.332 f.II’den söz edilmemektedir. Oysa ki, kararda yakınlar bakımından BK m.125’in neden uygulandığını açıklamak gerekliydi.

TTK m.806 f.II c.2’ye göre, “*Yolcunun kaza neticesinde ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalan kimseler dahi uğradıkları zararlara karşılık taşıyıcıdan tazminat isteyebilirler*”. TTK m.1130 gereği, deniz ticaret hukukunda yolcu taşıma sözleşmeleri bakımından da aynı esas uygulanacaktır¹³⁰¹. TTK m.806 f.II c.2’de, BK m.332 f.II’den farklı olarak, ölenin “yardımından yoksun kalanların” sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre tazminat talep edebilecekleri belirtilmemiştir. Ancak taşıyıcının yükümlülüklerine aykırı davranması halinde yolcunun “yardımından mahrum kalan kimseler”in de tazminat talep edebileceklerinin ayrıca belirtilmesi ve

¹³⁰⁰ Y.21.HD., 7.2.2006 T., 2005/13299 E., 2006/810 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.HD., 10.11.2003 T., 2003/7272 E., 2003/9077 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

¹³⁰¹ 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 90.maddesine göre, işletilen motorlu aracın sebep olduğu manevi zararlardan sorumluluk genel hükümlere tabidir.

taşıyıcının kazanın kendisine veya yardımcılarına yükletilmesi mümkün olmayan bir kusurdan doğmadığını ispat etmekle yükümlü olduğunun düzenlenmesi (TTK m.806 f.II c.3), bu kişilerin de sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre tazminat talep edebileceklerinin arzu edildiğini göstermektedir. Çünkü BK md.45 ölenin desteğinden yoksun kalanların tazminat talep edebileceklerini ayrıca düzenlemişken TTK md.806 f.II'nin aynı sonucu tekrarladığı ve kanun koyucunun abesle iştigal ettiği söylenemez. TTK m.1 f.I c.1 gereği, Medeni Kanun'un ayrılmaz bir parçası olan Türk Ticaret Kanunu'nda 806 f.II gibi bir hükme yer veren kanun koyucu, onların da sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre tazminat talep edebilmelerini ve sözleşme hukukunun elverişli hükümlerinden yararlanmalarını arzulaşmıştır. Bu sonucun kabulü halinde, bir adım daha atmamız gereklidir. TTK md.806 f.II' deki "*onun yardımından mahrum kalan kimseler*"i, BK md.332 f.II' ye uygun olarak, destekten yoksun kalanlar ile sınırlamamak, genişletici yorum ile ölenin yakınlarının da manevi tazminatı sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre talep edebileceklerini kabul etmek gereklidir. Böylece taşıma sözleşmesine aykırı davranan taşıyıcı, TTK md.806 f.II gibi özel bir hükümle, yolcunun ölümü halinde destekten yoksun kalanların uğradığı maddi zararı, yakınların uğradığı manevi zararı, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Yargıtay'a göre, TTK m.806 ve BK m.47 gereği, ölenin yakınları sorumlu taşıyıcıdan manevi tazminat da talep edebilir¹³⁰².

TTK m.767 b.5'e göre, yolcunun ölümü veya yaralanması halinde bu maddedeki zamanaşımı uygulanamayacaktır. Bu hükmü yorumlayan Yargıtay'a göre¹³⁰³, yolcunun ölümü halinde yakınların taşıyıcıya karşı açtıkları maddi ve manevi tazminat davalarında TTK m.767 b.5 gereği, BK m.125'teki zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

II. MANEVİ TAZMİNATIN SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN SORUMLULUK HÜKÜMLERİNE GÖRE TALEP EDİLMESİNİN PRATİK SONUÇLARI

Hak sahibinin tazminat talebini sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine dayandırmasının, bazı sonuçları bulunmaktadır. Bunlar, genel olarak, kusurun ispatı, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk ve zamanaşımı ile ilgilidir. Bu bölümde, kusurun ispatı, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk ve zamanaşımı ile

¹³⁰² Y.11.HD., 20.6.1979 T., 1979/3263 E., 1979/3298 K. (Batider, C.X, 1979, S.542-543).

¹³⁰³ Y.21.HD., 28.9.2004 T., 2004/2331 E., 2004/7661 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.11.HD., 20.1.1986 T., 1985/6865 E., 1986/102 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Yaralanma hali için bkz. Y.11.HD., 13.12.2001 T., 2001/8006 E., 2001/9833 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

ilgili sözleşme hukuku hükümlerinin, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat bakımından da uygulanıp uygulanamayacağı sorunu incelenecektir.

A. Kusurun İspatı Bakımından

1. Genel Olarak

MK m.6 gereğince, kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Bu hüküm gereğince, kural olarak, talep eden, talebini dayandırdığı olguları ispatla yükümlüdür. Ancak bu ilkenin aksini düzenleyen bir kanun veya sözleşme hükmü bulunabilir.

Borçlar Kanunu m.96, MK m.6'daki ilkedен ayrılmıştır. BK m.96'ya göre, **“Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur.”** Bu hüküm gereği, Kanun, kural olarak borçlunun sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gerektiğini düzenlemiş, ancak kusurun varlığını da karine olarak kabul etmiştir¹³⁰⁴. BK m.96'da düzenlenen karine, aksi ispat edilebilen adi bir karinedir. Bu nedenle, borçlu, kusursuzluğunu ispat ederek sorumlu olmaktan kurtulabilecektir¹³⁰⁵.

BK m.96'da düzenlenen karine, ispat yükünü borçluya yüklediğinden, alacaklı, borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmekle yükümlü değildir. Oysa ki, haksız fiil sorumluluğunda, failin kusurlu olduğunu ispat yükü, talepte bulunan tarafa aittir¹³⁰⁶. Somut olayda hem sözleşmeye aykırılık, hem de haksız fiil koşulları gerçekleşmiş ise,

¹³⁰⁴ Bkz. Bölüm II, V, B.

¹³⁰⁵ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.356; Schwenger, **Obligationenrecht**, N.5.04; Koller, **Genugtuung**, N.341; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1017; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 15, N.4; Rey, **Haftpflichtrecht**, s.11; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.888 ; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, 420. BGE 107 II 426.

¹³⁰⁶ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.379; Schwenger, **Obligationenrecht**, N.5.04; Koller, **Genugtuung**, N.341; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.541; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.42, N.8; ; Rey, **Haftpflichtrecht**, s.11; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 15, N.4; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.62.

ispat yükünden kurtulmak için, ilkinе başvurmak, alacaklı için daha avantajlı olacaktır¹³⁰⁷.

2. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminatta Kusurun İspatı Bakımından Uygulanacak Hüküm

Kusurun ispatı bakımından alacaklı tarafa avantaj sağlayan BK m.96, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep eden taraf için de uygulanmalıdır¹³⁰⁸.

Sözleşmeye aykırı davranış sonucunda ortaya çıkan zararın türü arasında bir ayırım yapılarak, manevi tazminat talep eden hak sahibinin bu avantajlı hükümden yararlanmasına engel olunmamalıdır. Aksi halde, sözleşmeye aykırılık halinde doğan maddi zararlar bakımından ispat yükünden kurtulacak olan alacaklı, manevi zararda karşı tarafın kusurlu olduğunu ispat etmekle yükümlü tutulmuş olacaktır. Bu ise, maddi menfaatlerin, manevi menfaatlerden daha üstün tutulmasına yol açacak olan bir sonuçtur ve kabul edilemez¹³⁰⁹. Yargıtay da, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatta, ispat yükünün borçlu tarafta olduğunu ve borçlunun kusurlu olmadığını ispat etmedikçe sorumlu olacağını belirtmektedir¹³¹⁰.

Borçlu, borcun ifa edilmemesinde ayırt etme gücünün bulunmadığı için kusurlu olmadığını¹³¹¹; sözleşmeye aykırı sonucu önlemek için gerekli olan bütün

¹³⁰⁷ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.380; Schwenger, *Obligationenrecht*, N.5.04; Koller, *Genugtuung*, N.341; Eren, *Borçlar Hukuku*, s.1022, Rey, *Haftpflichtrecht*, s.11; Hatemi, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, § 13, N.2 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, *Borçlar Hukuku*, s.982 ; Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s.421.

¹³⁰⁸ Bkz. Bölüm II, V, B. Landolt, *Zürcher Kommentar*, Art.49, N.767; Koller, *Genugtuung*, N. 342; Weber, *Berner Kommentar*, Art.99 N.270; Honsell, *Haftpflichtrecht*, § 10, N.1; Brunner, a.g.e., N.513; Saymen, *Manevi Zarar*, s.149; Becker, *Berner Kommentar*, Art.97, N.28 Schmid, a.g.e., s.655; Reisoğlu, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, s.15. Alman Hukukunda da sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminatta, § 280 I, 2 BGB’deki kusur karinesinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Bkz. Kuckuk, *Erman Kommentar*, § 253, N.13.

¹³⁰⁹ Koller, *Genugtuung*, N.342.

¹³¹⁰ Y.4.HD. 7.3.1967 T., 1967/1912 E., 1967/2070 K. (Karahasan, *Manevi Tazminat*, s.581-582).

¹³¹¹ Borçlunun sözleşmenin yapıldığı sırada ayırt etme gücü yok ise, sözleşme kesin hükümsüzdür (MK m.15). Yukarıdaki ihtimalde ise, borçlunun ayırt etme gücünü sözleşme yapıldıktan sonra kaybetmesi esas alınmaktadır. Bu halde, borçlu kural olarak sorumlu değildir. Ancak borçlu kendi kusuru ile ayırt etme gücünü geçici olarak kaybetmiş ve bu sırada sözleşmeye aykırı davranmış ise,

özeni gösterdiğini¹³¹² veya sözleşmeye aykırılığın kendi etki alanının dışındaki bir nedenden doğduğunu¹³¹³ ispatlar ise sorumluluktan kurtulabilecektir.

Acaba, manevi tazminat talepleri bakımından borçlunun ispat yükünü kolaylaştıran sözleşme yapılabilir mi, daha doğrusu bu tür sözleşmeler geçerli midir? İspat yükü bakımından borçlunun kusurlu olmadığını ispatlama yükünden kurtulmasına ilişkin sözleşmeler, BK m.19–20 ve MK m.23'e aykırı olmamak kaydıyla, yapılabilir. Çünkü BK m.96 emredici bir hüküm değildir¹³¹⁴.

Doktrinde bazı yazarlara göre, henüz manevi tazminat koşulları oluşmadan önce potansiyel alacaklının borçlunun kusurlu olduğunu ispat yükü altına girmesi halinde, bu tür sözleşmeler Art.27 ZGB (MK m.23) hükmünü ihlal eder ve Art 20 OR (BK m.20) gereği kesin hükümsüzdür. Bu görüşe göre¹³¹⁵, manevi tazminat talep etme hakkı, kişiye sıkı surette bağlı bir hak olması nedeniyle, kişilik değerleri arasındadır ve taraflar kişilik alanında serbestçe tasarrufta bulunamaz. Sözleşme yolu ile mağdurun önceden (alacak hakkı doğmadan) ispat yükünü ağırlaştıran bu tür

BK m.98 f.II hükmünün göndermesi ile kıyasen uygulanacak BK m.54 f.II gereği sorumlu tutulabilir. (Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.363; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.54, N.49; Brunner, **a.g.e.**, N.370; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.420). Borçlu, bu hale kendi kusuruyla düşmemiş olduğunu ispatlar ise verdiği zarardan sorumlu olmaktan kurtulur.(BK m.54 f.II). Ancak geçici olarak ayırt etme gücünü kaybedenin, koşulları varsa, BK m.54 f.I gereği hakkaniyet gereği sorumlu tutulabilir. Bkz. Oğuzman, Seliçi, Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s.71. İsviçre Federal Mahkemesine göre de BK m.54, sözleşme kurulduktan sonra ayırt etme gücünün sürekli olarak kaybedilmiş ve bu sırada borca aykırı davranılmış olması halinde de uygulanabilecektir. BGE 102 II 226 vd.; BGE 55 II 37. Borca aykırı davranan ayırt etme gücü olmayanın yasal temsilcisi olsa da sorumluluk bakımından sözleşmenin tarafı olan kişi esas alınacağından ayırt etme gücü olmayan kişi, BK m.54 hükmüne başvurmak söz konusu olmaksızın, sorumlu tutulacaktır. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.346, 363, dn.358.

¹³¹² Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1022; Koller, **Genugtuung**, N.41; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.97, N.61; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.2773. Mesleki bir faaliyete ilişkin edimi taahhüt edenin bu edimi ifa etmek için yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmamasına rağmen böyle bir taahhüt altına girmiş olmasının başlı başına özensiz bir davranış sayılabileceği hakkında bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.358. Yargıtay, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat ile ilgili bir kararında “*hizmet borçlusunu, elinden gelen bütün ihtimamı gösterdiği halde zararlı sonucun doğmasına engel olamadığını ispat etmedikçe sorumlu tutulur.*” demektedir. Bkz. Y.4.HD. 7.3.1967 T., 1967/1912 E., 1967/2070 K. (Karahasan, **Manevi Tazminat**, s.581-582). Hekimlik sözleşmesi için bkz. Y.13.HD., 28.11.2005 T., 2005/11159 E., 2005/17474 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

¹³¹³ Örneğin, sözleşmeye aykırılığın mücbir nedenden, fevkalade halden veya alacaklı yüzünden ileri geldiğini ispatlayan borçlu, sorumluluktan kurtulabilir. Bkz. Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.356 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1023; Koller, **Genugtuung**, N.41; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.97, N.61; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.2773; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.421, 460 vd.

¹³¹⁴ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.354; Koller, **Genugtuung**, N.346; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.423.

¹³¹⁵ Koller, **Genugtuung**, N.347.

sözleşmeleri yapmaları halinde, kişilik hakkı ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, bu tür sözleşmeler, kesin hükümsüzdür.

Kanaatimizce, alacaklının henüz ihlal gerçekleşmeden, karşı tarafın kusurunu ispat yükünü üzerine alması, ek bir yüküm altına girmeyi kabul ettiği için hakkın sınırlandırılması niteliği taşır. Borçlunun borcu ifa edememiş olması halinde, alacaklının, borçlunun etki alanında olan ve borcu ifa edememesine neden olan durumları bilmesi mümkün olmayabilir. Bu nedenden dolayı, alacaklının borçlunun kusurlu olduğunu ispatlaması kolay olmayacak, kişilik hakkı korumasının en etkili silahlarından olan manevi tazminat alacaklısının bu hakkını kullanması güçleşecektir. Alacaklı, borçlunun kusurlu olduğunu ispatlayamadığında ise, manevi tazminat talebi reddedilecektir. Ancak önemli olan hakkın “hukuka veya ahlaka aykırı” olarak sınırlandırıp sınırlandırılmadığıdır. MK m.23 f.II’ ye göre, “kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.” Hükümde sadece özgürlüklerden söz edilmiş olsa da doktrin BK m.19 f.II’ ye dayanarak, kişilik hakkının hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmayacağını kabul etmektedir¹³¹⁶. Kanaatimizce, ispat yükünü manevi tazminat alacaklısına yükleyen sözleşmeler, kural olarak hukuka veya ahlaka aykırı olarak kişilik hakkını sınırlamaz. Haksız fiil sorumluluğunda, kusuru ispat yükü, tazminat talep eden davacı taraf üzerindedir (BK m.41). Manevi tazminatta ise, kusuru ispat yükümlülüğünün kimin üzerinde olduğunu düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak doktrinde, maddi tazminat davalarında kusurun ispatına ilişkin kuralların manevi tazminat davasında da uygulanacağını ve ispat yükünün tazminat talep eden taraf üzerinde olduğunu kabul edilmektedir¹³¹⁷. Nitekim MK m.6 gereğince, kanunda aksine bir düzenleme olmadıkça, taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Eğer kanun koyucu, haksız fiil sorumluluğundaki manevi tazminat bakımından, failin kusurlu olduğunu ispat yükünü davacıya yüklemenin onun kişilik hakkının ahlaka aykırı bir biçimde sınırlandırdığını kabul etseydi, MK m.6’ya bir istisna getirirdi. Nasıl haksız fiil hukukunda, davacının davalının kusurlu olduğunu ispatla yükümlü olması, onun kişilik hakkını ahlaka aykırı bir biçimde sınırlamamakta ise, bunu düzenleyen bir sözleşmenin de davacının kişilik hakkını

¹³¹⁶ Dural, Ögüz, **Kişiler Hukuku**, s.139-140.

¹³¹⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.691 vd.

ahlaka aykırı bir biçimde sınırlandırdığı da ileri sürülemezdir. Ancak mağdur, baskı, tehdit ve korku etkisi altında bu kaydı kabul etmiş ise irade bozukluklarına ilişkin hükümler uygulanarak sözleşmenin iptal edilmesi yoluna gidilmelidir.

Sonuç olarak, manevi tazminat bakımından borçlunun kusurlu olduğunu ispat yükünü alacaklı tarafa yükleyen sözleşmeler, kural olarak, geçerlidir. Buna karşılık somut olaydaki hukuki işlemdeki irade beyanlarının yorumu sonucunda, manevi tazminattan feragat edildiği veya bu hakkın kullanılmasını ahlaka aykırı bir biçimde sınırlandırdığı sonucuna varılmakta ise, bu tür hukuki işlemler BK m.19–20 gereğince kesin hükümsüzdür.

B. Yardımcı Kişinin Fiilinden Sorumluluk Bakımından

İfa yardımcısı, borçlunun borcunu ifa ederken, sözleşmeye aykırı davranış ile alacaklıya zarar vermiş olabilir. BK m.100'e göre borçlu, ifa yardımcısının verdiği zarardan dolayı sorumlu tutulur¹³¹⁸. BK m.100, borçlunun sorumluluğunun kanun tarafından genişletildiği hallerden birisidir¹³¹⁹.

İfa yardımcısının alacaklıya verdiği zararın, maddi veya manevi zarar olması, önem taşımamaktadır. Hükümde bu yönde bir ayırım yapılmadığı gibi, hükmün sistematik yorumu da bu sonucu desteklemektedir. Zira hüküm, kanundaki sistematik yeri bakımından, borcun ifa edilmemesinin sonuçlarının düzenlendiği hükümler (BK m.96 vd.) arasındadır. Manevi tazminat, taraflar arasındaki sözleşmeye aykırılıktan doğan bir talep olduğuna göre, sözleşmeye aykırılıktan doğan taleplerin özelliklerini düzenleyen hükümler, manevi tazminat bakımından da uygulanabilecektir. BK m.98 f.II'nin atfı, sadece sözleşme hukukundaki eksiklikleri haksız fiil hukukundaki düzenlemelerle tamamlamayı amaçlar; oysa ki, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk bakımından tamamlanacak bir eksiklik söz konusu değildir.

¹³¹⁸ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.23.02; Oğuzman, Öz. a.g.e., s.363 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1027 vd.; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.101, N. 1 vd.; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.101, N.1 vd.; Keller, Schöbi, **B.I.**, s.238; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s.122 vd.; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.435 vd.

¹³¹⁹ Bkz. Bölüm II, V, C.

İfa yardımcısının alacaklıya verdiği zarardan dolayı borçlunun sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm kanunda yer almakta iken, manevi tazminatta, haksız fiil hukukundaki hükmün (BK m.55) uygulanmasına gerek yoktur. BK m.55, ancak haksız fiil sorumluluğunun koşullarının oluşması halinde uygulanabilecektir¹³²⁰. Eğer somut olayda, hem haksız fiil hem de sözleşmeye aykırı davranıştan doğan sorumluluk koşulları gerçekleşmiş ise, mağdur, haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep etmekte ise, BK m.55 uygulanabilecektir¹³²¹.

Sözleşme hukukunda BK m.98 f.II'nin atfı ile kıyasen bile uygulanamayacak hükümler arasında olan¹³²² BK m.55, sözleşmeye aykırı davranıştan doğan manevi tazminatta uygulanamaz. Aksi halde, maddi zararlar bakımından BK m.100 hükmünün uygulanması, manevi zararların ise, aradaki sorumluluk kaynağı dikkate alınmaksızın haksız fiil sorumluluğundaki BK m.55'in uygulanması, malvarlığı değerlerinin kişilik değerlerinden daha fazla korunduğu anlamına gelecektir¹³²³. Oysa ki, bu sonuç, ne hukuk sistemimizin ilkeleri ile ne de hukukun adalet ilkesi ile bağdaşır.

¹³²⁰ Koller, **Genugtuung**, N. 349;

¹³²¹ Bu konuda bkz. Bölüm III, III.

¹³²² Brunner, **a.g.e.**, N.103, 107.

¹³²³ BK m.55 hükmü, adam çalıştırmanın, emri altında çalışanların başkalarına (üçüncü kişilere) zarar vermesi halinde, kusursuz olarak sorumlu tutulmasını sağlamaktadır. BK m.55, BK m.100'den farklı olarak, çalışanın, adam çalıştırmanın işini görürken verdiği zarar, çalıştırana ile üçüncü kişi arasındaki borcun ifası sürecinde borca aykırı davranışından değil, genel davranış kurallarına aykırı davranışından doğmaktadır. (Koller, **Genugtuung**, N.349; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.101, N.4; Hatemi, **Fasiküller**, § 26, N.181). BK m.55 bakımından, çalışanın, adam çalıştırmanın emri altında olması, ona bağlı olması gereklidir (Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.574; Hatemi, **Fasiküller**, § 26, N.181; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.449); oysa ki, BK m.100 gereğince ifa yardımcısının borçluya bağımlı olması şart değildir, sadece yardımcının borçlunun bilgisi dahilinde borcun ifasına katılması yeterlidir (Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.353; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1030 vd.; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.101, N.7. BGE 99 II 46 vd.). BK m.55 gereğince sorumluluktan kurtulmak isteyen adam çalıştırana, çalışana seçiminde, ona talimat vermede ve nezaret etmede özen gösterdiğini veya gerekli özeni gösterse idi bile yine zararın meydana geleceğini ispatlamalıdır. (Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.578 vd.; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.450). BK m.100 gereğince sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlu ise, borç kendisi tarafından ifa edilse idi ve zarar verici davranışta bulunsa idi kusurlu sayılmayacak ve sorumlu olmayacağını ispat ederse, sorumluluktan kurtulabilecektir. (Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.371; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1037 vd.; Koller, **Genugtuung**, N.350; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.101, N.14; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.450). Bu özelliği ile ispat zorluğu bakımından BK m.100 alacaklı taraf için daha avantajlıdır. Ayrıca diğer avantajlı durum ise, zamanaşımı bakımındandır; sorumluluk koşulları gerçekleştiğinde BK m.55 'ten doğan sorumlulukta haksız fiillere ilişkin zamanaşımı (BK m.60); BK m.100'den doğan sorumlulukta ise, BK m.125 hükmündeki genel zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Ayrıca bkz. Hatemi, **Fasiküller**, § 26, N.181; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.450-451.

Sonuç olarak, borçlunun, ifa yardımcısının sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle alacaklıya verdiği manevi zararlardan dolayı sorumluluğu bakımından BK m.100 uygulanacaktır¹³²⁴.

BK m.100 gereği borçlunun sorumlu olmasının bazı koşulları bulunmaktadır. Buna göre, borçlu, borcun ifasında veya borç ilişkisinden doğan bir hakkın kullanılmasında yardımcı kişi kullanmış olmalı, borcun ifasında yardımcı kişi kullanılması borca aykırı olmamalı¹³²⁵, yardımcı kişi, borçlunun borcuna aykırı davranış ile alacaklı tarafa zarar vermiş olmalı, borçlu, borç bizzat kendisi tarafından ifa edilse ve zarar verici davranışta bizzat bulunsaydı, sorumlu tutulabilecek olmalı¹³²⁶ ve yardımcı kişinin fiilinden borçlunun sorumluluğunu kaldıran veya daraltan anlaşma bulunmamalıdır¹³²⁷. Bu koşullar, tez konumuzun kapsamını aşacağından ayrıca incelenmeyecektir.

Hekim, röntgen çeken ifa yardımcısının hastanın yanmasına neden olması halinde¹³²⁸; küçük çocuğu hastalanan annenin hekimi aradığında, telefonu açan ifa yardımcısının yeterli bilgi vermektan kaçınması ve ayrıca dört gün geçmeden bir daha aramamalarını söylemesi ve bu yüzden çocuğun durumunun ağırlaşması halinde¹³²⁹, ifa yardımcısının verdiği zarardan dolayı BK m.100'e göre sorumludur.

¹³²⁴ Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.767; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1039; Koller, **Genugtuung**, N.349; Weber, **Berner Kommentar**, Art.101, N.154; Brunner, **a.g.e.**, N.514; Saymen, **Manevi Zarar**, s.149; Schmid, **a.g.e.**, s.655-656. BGE 116 II 522; 92 II 16. Yargıtay da bu görüştedir. Bkz.Y.11.HD., 17.6.1996 T., 1996/4002 E., 1996/4432 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Alman Hukukunda da sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminatta, yardımcı kişinin fiilinden sorumlulukla ilgili § 278 BGB hükmünün uygulanacağı kabul edilmektedir. Bkz. Kuckuk, **Erman Kommentar**, § 253, N.13.

¹³²⁵ Borçlunun, borcun ifasında ifa yardımcısı kullanması, sözleşmeye aykırı olmamalıdır. Eğer borçlu, sözleşme ilişkisi gereği ifa yardımcısı kullanmaya yetkili değilse, örneğin, kanun (BK m.320, 356 gibi) veya sözleşme gereği borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi gerektiği halde, borçlu, ifa yardımcısı kullanmış ise, borçlu ifa yardımcısının verdiği zararlardan BK m.96 gereğince sorumludur. Bkz. Serozan, **İfa Engelleri**, § 22, N.2; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.368; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.101, N.1; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1035; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.101, N.1; Keller, Schöbi, **B.I**, s.238, 239; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.441.

¹³²⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.371; Serozan, **İfa Engelleri**, § 22, N.4; Koller, **Genugtuung**, N.350; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1037; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.101, N.13; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.2857, 2864 vd.; Koller, **Obligationenrecht**, N.1783; Keller, Schöbi, **B.I**, s.239; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.444 vd. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.443 vd.

¹³²⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.372 vd.; /Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.101, N.1 vd.; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.101, N.9; Keller, Schöbi, **B.I**, s.244, Jaeggi, "Schadenersatzforderung", s.188. BGE 99 II 46 vd.

¹³²⁸ BGE 53 II 419 vd.

¹³²⁹ BGE 116 II 519 vd. İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında, borçlunun sadece sözleşme gereği ifa etmekle yükümlü olduğu edimi özensiz ifa etmesi nedeniyle verdiği zararlardan değil, aynı

İşverenin, işçiye, diğer işçilerin özel yaşamına müdahale içeren bir yetki vermesi veya işçilerinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması için yetki vermesi halinde, işverenin işçiyi gözetim borcunun ifasında yardımcı kişi kullandığı ve onun diğer işçilere verdiği zarardan dolayı işverenin BK m.100'e göre sorumlu olduğu belirtilmektedir¹³³⁰. Örneğin, görevlendirilen işçinin gerekli önlemleri almaması yüzünden diğer işçi yaralanmış ise veya kişisel verileri işlemekle görevlendirilen işçi, başka bir işçinin kişisel verilerini diğer işçilere açıklamış ise, işveren BK m.100'e göre sorumlu olacaktır. Hastaneye tam kabul sözleşmesinde ise¹³³¹, hastane işletmecisi, görevlendirdiği personelinin hastalara verdiği zararlardan BK m.100 gereğince sorumludur¹³³². İfa yardımcısı ise, koşulları gerçekleştiğinde haksız fiil hükümlerine göre sorumlu tutulabilecektir (BK m.41 vd).

Borçlu ile alacaklı, bazı hallerde, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğu kaldıran veya sınırlandıran sorumsuzluk anlaşmaları yapabilir¹³³³ (BK m.100 f.II).

zamanda ifa yardımcısının ona verilen yetkiyi aşması ve hatta borçlu tarafından verilen kesin emre karşı çıkması halinde verilen zararlardan da sorumlu olacağını belirtmiştir. Bkz. BGE 92 II 15 vd. Özel muayenehanesinde çalışan hemşirenin hastalara verdiği zararlardan hekim BK m.100 gereğince sorumludur. Bkz. Y.13.HD. 22.5.2003 T., 2003/2333 E., 2003/6348 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

¹³³⁰ Uşan, **a.g.e.**, s.250. Bu kişinin, İş K. m.2 IV çerçevesinde işveren vekili olmasının gerekli olmadığı belirtilmektedir. (Uşan, **a.e.**, s.251). Eğer, yardımcı kişi, işveren vekili ise, İş K.m.2 IV gereğince, işveren, iş veren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan sorumludur.

¹³³¹ Hastaneye tam kabul sözleşmesinde, hekim, bu sözleşmenin tarafı olmadığından hasta, hekime karşı haksız fiil hükümlerine göre tazminat talep edebilir. Bkz. Medicus, **Schuldrecht II**, § 98, N.352; Akkanat, "Hastaneye Kabul Sözleşmesi"s.25 vd., 28.

¹³³² Hastane işletmesi, zarar, hastane işletmecisinin bir organı tarafından verilmişse MK m.50'ye göre; sözleşmenin tarafı olmayan bir üçüncü kişiye verilmişse BK m.55'e göre sorumludur. Hastaneye tam kabul sözleşmesi dışındaki ihtimallerde ise, hasta ile tedavinin bir bölümünü üstlenen hekim arasında bir sözleşme bulunduğundan, hekim, verdiği zararlardan dolayı BK m.96 vd. hükümlerine göre sorumludur. Bkz. Medicus, **Schuldrecht II**, § 98, N.353. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akkanat, "Hastaneye Kabul Sözleşmesi", s.29, 35 vd. Manevi tazminat bakımından ise BK m.98 f.II atfıyla kıyasen BK m.49 veya m.47 uygulanacaktır. İdarenin personeli olan hekimin verdiği zararlardan sorumluluğu, İdare Hukuku esaslarına tabidir. Bu konuda bkz. Sait Güran, "Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu", **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 12/13.Mart 1982, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s.77-87.

¹³³³ Borçlar Kanunu Tasarısının 115.maddesine göre, "Yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk, önceden yapılan bir anlaşma ile tamamen veya kısmen kaldırılabilir" (f.II c.1). Ancak Tasarı, Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olmadığı haller arasında ayırım yapmıştır. Buna göre, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. (Tasarı m.115 f.II c.2). Alacaklı, sorumsuzluk anlaşması yapıldığı sırada borçlunun hizmetinde ise, sözleşmeyle borçlunun ancak hafif kusurdan sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilir (Tasarı m.115 f.III). Böylece ilk halde, taraflar, borçlunun hafif kusurdan bile sorumlu olamayacağını kararlaştıramayacak iken, ikinci halde buna olanak sağlanmıştır.

Buna göre, borçlunun, yardımcı kişinin kastı veya ağır ihmalinin bulunması halinde sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilir¹³³⁴. Ancak iki istisnai halin bulunması halinde, sadece, borçlunun, yardımcı kişinin hafif ihmalinin bulunması halinde sorumlu olmayacağı kararlaştırılabilir. BK m.100 f.III'e göre, alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya sorumluluk hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen sanatın icrasından doğmakta ise sadece hafif ihmalden sorumsuzluk anlaşması yapılabilecektir¹³³⁵. Bu hallerden birinin somut olayda bulunması halinde, borçlunun, yardımcı kişinin kastı veya ağır ihmali bulunması halinde sorumlu olmayacağını düzenleyen anlaşmalar, hükümsüzdür¹³³⁶.

Acaba BK m.100 f.II ve III' teki bu esaslar, manevi tazminat için de uygulanabilecek midir? Yukarıda BK m.99 f.II bakımından belirtildiği gibi¹³³⁷, sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği değerlendirilirken, sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle ihlal edilecek hakkın niteliği de göz önüne alınmalıdır. Eğer ihlal edilen hak, alacaklının malvarlığı değerleri ise, Borçlar Kanunu'nun sorumsuzluk anlaşmalarına ilişkin hükümleri uygulamanın bir sakıncası yoktur. Oysa ki, sözleşmeye aykırı davranış sonucu ihlal edilecek hak, kişilik hakkı ise, öncelikle, kişilik hakkına ilişkin emredici hükümleri dikkate almak gerekir. BK m.99 f.II için varılan bu sonuç, BK m.100 f.II ve III için de geçerli olmalıdır. Yardımcı kişinin sözleşmeye aykırı davranırken gerek kasten, gerek ağır ihmal gerekse hafif ihmal dolayısıyla verdiği manevi zarardan borçlunun sorumlu olmayacağını düzenleyen

İsviçre tasarısında ise, yardımcıların sorumluluğu, Tasarının 49.maddesinde genel olarak, Tasarının 49a.maddesinde ise teşebbüslerde yardımcıların sorumluluğu şeklinde iki ayrı hükümde düzenlenmiştir. Tasarının 49.maddesine göre, adam çalıştıran, işin yerine getirilmesi esnasında verilen zarardan, zararın önlenmesi için seçimde, talimat vermede ve denetlemede gerekli tüm tedbirleri aldığını ispat etmedikçe, sorumludur. Tasarının 49a.maddesine göre ise, zararı önlemek için gerekli organizasyonun kurulmuş olduğu ispat edilerek sorumluluktan kurtulmak mümkündür. Tasarının 49. ve 50.maddeleri, tasarının 42.maddesinde düzenlenen sözleşmenin kötü ifasında ve Tasarının 99 III hükmü dolayısıyla diğer sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanabilecektir. Tasarı, Art.101 OR (BK m.100) hükmüne ise yer vermemektedir. Tasarının bu düzenlemelerinin eleştirisi hakkında bkz. Honsell, "İsviçre Hukukunda Reform Çalışmaları", s.183, 194-195.

¹³³⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1041; Weber, **Berner Kommentar**, Art.101, N.163 vd; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.101, N.16; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.372; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.101, N.10.

¹³³⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.372; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1041; Weber, **Berner Komentar**, Art.101, N.168 vd; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.101, N.17.

¹³³⁶ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.372; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.458; Tunçomağ, **Borçlar Hukuku**, C.I, s.514-515; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, § 70, s.130.

¹³³⁷ Bkz. Bölüm II, V, D.

anlaşmalar, MK m.23'e göre değerlendirilmelidir¹³³⁸. Bu sonuç, BK m.99 bakımından varılan çözümün BK m.100 yoluyla dolanılmasını da engeller. Aksi halde, borçlu sorumluluktan kurtulmak için kendisi borcu ifa edeceği yerde, ifa yardımcısını kullanarak sorumluluktan kurtulmaya çalışırdı. Bu ise, BK m.99 bakımından manevi tazminat açısından kabul edilen sonuçların dolanılması anlamına gelirdi¹³³⁹.

Bu nedenlerle, borçlunun ifa yardımcısının fiilinden doğan sorumluluğunu, manevi zararların tazmini açısından kısmen veya tamamen kaldıran anlaşmalar, ancak MK m.23, BK m.19 f.II hükümleri gereğince geçerli ise kabul edilebilir.

C. Zamanaşımı Bakımından

1. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminatta Zamanaşımı Bakımından Uygulanacak Hüküm

Sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat bakımından hangi zamanaşımı süresinin uygulanacağı tartışmalıdır. Doktrinde bazı yazarlar, taraflar arasındaki borç ilişkisinin ihlalden doğan zararlar arasında bir ayırım yapmaktadır. Eğer borç ilişkisinden doğan edim yükümlülüğü aynı zamanda genel davranış kurallarından doğan bir yükümlülük niteliği taşımakta ise bu yükümlülüğün ihlalden doğan zararlar, BK m.41 gereğince hukuka aykırıdır. Bu halde doğan zararların tazmini genel hükümler olan BK m.41 vd.na tabidir¹³⁴⁰. Ancak edim sadece borç ilişkisinden doğan bir yükümlülük ise bu yükümlülüğün hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle doğan zararlar için özel hükümler olan BK m.96 vd. hükümleri uygulanacaktır¹³⁴¹. Bu görüş çerçevesinde, hukuka aykırı fiil sonucunda doğan zararın tazmini için, aksine bir düzenleme olmadığı hallerde, genel

¹³³⁸ Koller, **Genugtuung**, N.435.

¹³³⁹ Koller, **Genugtuung**, N.435.

¹³⁴⁰ Jaeggi, "Schadenersatzforderung", s.185, 187 vd.

¹³⁴¹ Jaeggi, "Schadenersatzforderung", s.185, 190 vd.

hükümler (BK m.41 vd.) uygulanacaktır. Bu görüşün kabulü halinde, manevi tazminat alacağı, BK m.60 hükmündeki zamanaşımı süresine bağlıdır¹³⁴². Bu halde zamanaşımı süresi, manevi zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren bir yıl, zarar verici fiilin meydana gelmesinden itibaren on yıldır¹³⁴³ (BK m.60 f.I).

Doktrinde baskın olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre¹³⁴⁴, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat, BK m.125 hükmüne göre, on yıllık zamanaşımına tabidir.

Haksız fiil hükümlerinin kıyasen sözleşmeye hukukunda uygulanmasına olanak sağlayan BK m.98 f.II'nin atfı, haksız fiil hukukunda zamanaşımını düzenleyen BK m.60 f.I'i kapsamaz¹³⁴⁵. Öncelikle, buna BK m.98 f.II'nin yorumu engel oluşturur. Çünkü BK m.98 f.II gereği, haksız fiil hükümleri ancak sözleşme hukukunda bir hüküm bulunmaması halinde kıyasen uygulanabilecektir¹³⁴⁶. Oysa ki BK m.125, alacak haklarının zamanaşımını düzenleyen genel bir hüküm olması

¹³⁴² Bkz. Jaeggi, "Schadenersatzforderung", s.195. "hukuka aykırılık" unsuru dolayısıyla, sözleşmeye aykırılık halinde doğan manevi tazminat taleplerinin sözleşme dışı sorumluluk hukuku karakteri taşıdığı hakkında bkz. Keller, Gabi-Bolliger, **a.g.e.**, s.122. Tercier de sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat bakımından Jaeggi'nin görüşlerine atıf yaparak bir sonuca varmaktadır. Bkz. Tercier, **Contribution**, s.134 vd. Tercier'nin sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat bakımından vardığı çözüm tarzı hakkında bkz. Bölüm I, IV, C, 2, a ve Bölüm II, II, C, 4, b, (1).

¹³⁴³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.541; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.60, N.20; Berti, **Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Obligationenrecht I, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wiegand, Wolfgang, 2. Auf., Basel, Helbing & Lichtenbahn, 1998, Art. 60, N.6 vd.; Honsell, **Haftpflichtrecht**, s.119 N.1 vd.; Brunner, **a.g.e.**, N.384; Keller, Gabi-Bölliger, **a.g.e.**, s.161.

¹³⁴⁴ Helvacı, **Gerçek Kişiler**, s.127; Landolt, **Zürcher Kommentar**, Vorbem. zu Art.47/49, N.298; Nomer, **Borçlar Hukuku**, s.216; Koller, **Genugtuung**, N.317 vd; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.127, N.2; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.99, N.14-15; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.66, 292; Weber, **Berner Kommentar**, Art.99, N.153, 270; Honsell, **Haftpflichtrecht**, s.120, N.5a; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.2798, 3432; Berti, **Basler Kommentar-2.Auf.**, Art. 60, N.2; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, §14, N.4; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.1603b; Gauch, Schlupe, Jaeggi, **a.g.e.**, N.2072; Brunner, **a.g.e.**, N.389 vd., 397; Bucher, **Obligationenrecht**, s.455; von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s.108; Stein, **Die Genugtuung**, s.9; Gauch, Schlupe, **a.g.e.**, N.2072; Schmid, **a.g.e.**, s.656; Oğuzman, "Şahsiyetin Korunması", s.49; Reisoğlu, "Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu", s.15.

¹³⁴⁵ Koller, **Genugtuung**, N.316; Gauch, Schlupe, Jaeggi, **a.g.e.**, N.2798 Gauch, Schlupe, **a.g.e.**, N.2072; Stein, **Die Genugtuung**, s.9. Aksi görüş: Karl Spiro, **Die Begrenzung privater Rechte durch Verjaehrungs- und Fatafristen**, B.I, Die Verjaehrung der Forderungen, Bern, Verlag Staempfli & Cie AG, 1975, § 297, s.697.

¹³⁴⁶ Bkz. Bölüm I, V, B. Art.99 Abs.III OR hükmünün almanca metninde yer alan "im übrigen: kalan hallerde" ifadesinin, hükmün tamamlayıcı niteliğine işaret ettiği ve haksız fiil hukukundaki düzenlemelerin ancak sözleşme hukukunda boşluk bulunması halinde uygulanacağı hakkında bkz. Koller, **Genugtuung**, N.318.

itibari ile sözleşme hukukunda uygulanabilir¹³⁴⁷. Hükme göre, kanunda başka bir düzenleme bulunmadıkça her alacak hakkı, on yıllık zamanaşımına tabidir. BK m.60 f.I ise, BK m.125 ‘nin istisnası olan özel bir hükümdür¹³⁴⁸. BK m.60 f.I, sistematik yeri itibari ile haksız fiil sorumluluğundan doğan alacak hakları ile ilgili özel ve istisnai bir hüküm iken, bu hükmü genelleştirerek sözleşmeden doğan alacak hakları için de uygulanabilir kılmak, her iki hükmün yorumuna uygun düşmez.

BK m.60 f.I’in, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatta uygulanmasını engelleyen diğer bir neden de, BK m.98 f.II’nin mehzaz kanundaki karşılığı olan Art.99 III OR’nin hazırlık çalışmalarıdır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, kanun koyucu 1905 tasarısında açıkça haksız fiilde zamanaşımını düzenleyen Art.1076’nın sözleşmeye aykırılık halinde kıyasen bile uygulanamayacağını belirtmiştir. Zira Art.99 III OR’nin 1905 tasarısındaki karşılığı olan Art.1121 Abs. III, kıyasen sözleşmeye aykırılık halinde uygulanacak hükümlerin, Tasarımın Art.1058–1074 hükümleri olduğunu düzenlemiş ve zamanaşımı ile ilgili Art.1076 atfın kapsamı dışında bırakılmıştır¹³⁴⁹. 1909 Tasarısında ise, Art.99 III OR’nin karşılığı olan Art.1121 III’ de atıf yapılan haksız fiil hükümleri, 1905 Tasarısından farklı olarak, açıkça gösterilmemiştir. Ancak, yapılan bu değişiklik nedeniyle, kanun koyucunun zamanaşımı ile ilgili haksız fiil hükmünün sözleşmeye aykırılık halinde uygulanmasını istediği söylenemez¹³⁵⁰. Zira hazırlık çalışmaları sırasında da raportörler tarafından zamanaşımına ilişkin haksız fiil hükmünün sözleşmeye aykırılık halinde uygulanamayacağı, Art.1121 III’ ün atfının bu hükmü kapsamadığı açıkça belirtilmiştir¹³⁵¹.

Zamanaşımı süresi bakımından, sözleşmeye aykırı davranıştan doğan zararın türleri arasında farklılık yaratılmaması gereklidir¹³⁵². Aksi halde, sözleşmeye aykırı davranış sonucu, maddi menfaatleri zarara uğrayan alacaklı on yıllık zamanaşımından yararlanacak, fakat kişilik hakkı ihlal edilen ve manevi zarara

¹³⁴⁷ BK m.125, Borçlar Kanununun Umumi Hükümler Birinci Kısımının, Borçların Sükutu başlıklı Üçüncü Babında yer alması itibari ile taraflar arasındaki borç ilişkilerden doğan tüm alacak hakları bakımından –özel bir düzenleme bulunmadıkça- uygulanabilir.

¹³⁴⁸ Koller, **Genugtuung**, N.320; Brunner, **a.g.e.**, N.403; Bucher, **Obligationenrecht**, s.445.

¹³⁴⁹ Bu konuda bkz. Bölüm I, IV, B, 2.

¹³⁵⁰ Koller, **Genugtuung**, N.317.

¹³⁵¹ Hoffmann, Sten. Bull. Staenderat 1910, s.180 (Naklen: Schmid, **a.g.e.**, s.649).

¹³⁵² Koller, **Genugtuung**, N.319.

uğrayan alacaklı, BK m.60 f.I gereği bir yıllık zamanaşımı içinde alacağını talep edecektir. Bu sonuç ise, maddi menfaatlerin kişilik hakkından daha fazla korunması anlamına geleceğinden kabul edilemez. Kişilik hakkının en etkin bir biçimde korunmasını esas alan hukuk sistemimizin ilkeleri ile bağdaşmaz.

Ayrıca BK m.60 f.I'in sözleşme hukukunda yukarıda ifade edildiği gibi uygulanması, sözleşmeye aykırılıktan doğan bazı talepler bakımından BK m.60 f.I hükmünün, bazılarında ise BK m.125 hükmünün uygulanmasını sağlayarak, aynı borç ilişkisinden doğan taleplerde farklı zamanaşımı sürelerinin uygulanmasına neden olacaktır. Oysa her zaman sözleşmeye aykırılığın türü bakımından ayırım yapmak da kolay olmayabilir¹³⁵³. Doktrinde, uzun yıllardır mahkemeler tarafından sözleşmeden doğan taleplerin on yıllık zamanaşımına tabi olduğuna karar verilmesi nedeniyle bu uygulamadan sapılmasının hukuki güvenliği sarsacağı da ifade edilmektedir¹³⁵⁴.

BK m.125'teki zamanaşımı süresi, sözleşmeye aykırılıktan doğan maddi tazminatta olduğu gibi, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatta da uygulanacaktır. Bu nedenle, sözleşmeye aykırı davranış sonucu, alacaklı manevi zarara uğramış ise, manevi tazminat, kural olarak on yıllık zamanaşımına tabi olacaktır¹³⁵⁵.

Yargıtay da sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat taleplerinin, aksine bir düzenleme olmadıkça, BK m.125'e tabi olduğunu kabul etmektedir. Yargıtay, borçlunun, özen yükümlülüğüne aykırılık sonucu hastaya verdiği manevi zarardan dolayı manevi tazminat sorumluluğunda, taraflar arasında bir sözleşme bulunduğu ve zarar, bu sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle ortaya çıktığı için, haksız fiil sorumluluğundaki BK m.60 f.I hükmünün uygulanamayacağını belirtmiştir¹³⁵⁶. Yargıtay, başka bir kararında¹³⁵⁷ iş kazası sonucu maluliyete uğrayan

¹³⁵³ Brunner, **a.g.e.**, N.402; Gauch, Schlupe, Jaeggi, **a.g.e.**, N.2075.

¹³⁵⁴ Koller, **Genugtuung**, N.321; Brunner, **a.g.e.**, N.401; Gauch, Schlupe, Jaeggi, **a.g.e.**, N.2074; Oğuzman, "Şahsiyetin Korunması", s.49.

¹³⁵⁵ Koller, **Genugtuung**, N.317 vd.;Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, N.5; Brunner, **a.g.e.**, N.515; Gauch, Schlupe, **a.g.e.**, N.2072; Stein, **Die Genugtuung**, s.9; Barth, **a.g.e.**, s.270; Reisoğlu, "Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu", s.15.

¹³⁵⁶ YHGK., 11.12.2002 T., 2002/13-1011 E., 2002/1047 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde bkz. Y.21.HD., 1.3.2004 T., 2004/1691 E., 2004/956 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.HD., 14.4.2003 T., 2003/2419 E., 2003/3273 K. (Kazancı İçtihat Bankası); 9.HD., 2.2.1993 T., 1992/6505

işçinin, işverenin mirasçılara¹³⁵⁸ karşı açtığı manevi tazminat davasında, BK m.125 gereği on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağını belirtmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi de sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatta, Art.127 OR (BK m.125)hükümünün uygulanacağını kabul etmektedir¹³⁵⁹.

Ancak kanun sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat talepleri bakımından ayrı bir zamanaşımı süresi öngörülmüş olabilir. Bu hükümleri tek tek ele almamız, tez çalışmamızın kapsamını aşacağından, örnekler verilecektir.

BK m.126'da belirtilen hallerde, zamanaşımı süresi, beş yıldır. Hükme göre, “ (..) vekalet akdinden, (...), müteahhidin kasıd veya ağır kusuru (ağır ihmali) ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş , bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması nedeniyle açılacak davalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan bütün davalar” beş yıllık zamanaşımına tabidir (BK m.125 b.4). Bu nedenle vekâlet sözleşmesinde vekilin, müvekkilinin sırlarını açıklaması; hekimin hastasına karşı özen yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle verdikleri maddi ve/veya manevi zararların tazminine ilişkin davalar beş yıllık zamanaşımına tabidir.¹³⁶⁰

BK m.363, eser sözleşmesinde eser sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğundan doğan taleplerin satım sözleşmesindeki zamanaşımına tabi olduğunu düzenlemektedir. Buna göre, zamanaşımı süresi, aksi satıcı tarafından tekeffül edilmemişse, teslimden itibaren bir yıldır (BK m.207 f.I). Doktrinde, BK m.363'ün manevi tazminat talepleri için de uygulanacağı kabul edilmektedir¹³⁶¹. Tandoğan'a göre, eserin ayıplı olmasının neden olduğu manevi zararın tazmini, ayıp sonucu zararın kapsamı dışındadır. Bu halde, BK m.98 f.II atfı ile BK m.47 ve m.49 uygulanarak manevi tazminatın koşulları belirlenir. Yalnız sözleşmeye aykırılığa dayanan bu manevi tazminat talebi ayıba karşı tekeffülden doğan hakları ortadan kaldıran nedenlere ve BK m.363'teki zamanaşımı süresine tabidir¹³⁶². Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun m.4 f.IV, 4/A f.IV'e göre, daha uzun bir süre garanti verilmemişse, ayıplı malın veya hizmetin neden olduğu zararlarda zamanaşımı süresi, 3 yıldır. Ayıp, satıcının/sağlayıcının ağır kusuru veya hilesi ile gizlenmişse bu zamanaşımı süreleri uygulanmaz. TTK m.25 b.4'e göre, ticari satımda zamanaşımı süresi, altı aydır.

E., 1993/1074 K. (Kazancı İçtihat Bankası); 9. HD., 5.11.1991 T., 1991/11701 E., 1991/13893 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

¹³⁵⁷ Y.21.HD., 6.3.2006 T., 2006/152 E., 2006/1979 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

¹³⁵⁸ Külli halefiyet ilkesi gereğince, murisin ölümüyle birlikte tüm haklar ve borçlar, ayrıca bir tasarruf işlemi yapmaya gerek olmadan ve bir bütün olarak kendiliğinden onun mirasçılara intikal eder. Bu nedenle, alacaklı, maddi ve manevi tazminat taleplerini, muris borçlunun mirasçılara karşı ileri sürebilir. Bkz. Erman, **Medeni Hukuk Dersleri**, s.112; Dural, Sarı, **a.g.e.**, s.173.

¹³⁵⁹ BGE 123 III 207; 87 II 155 vd.; 86 I 255 vd., 80 II 258.

¹³⁶⁰ YHGK., 11.12.2002 T., 2002/13-1011 E., 2002/1047 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.9 HD., 18.11.1991 T., 1991/8375 E., 1991/14336 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

¹³⁶¹ Koller, **Genugtuung**, N.323; Gauch, **Werkvertrag**, N.1868, 1878. BK m.363. hükmünün BK m.126 hükmünde yapılan değişiklik (29.6.1956 T., 6763 Sayılı Kanun) ile yürürlükten kaldırılıp kaldırılmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bkz. Yavuz, **a.g.e.**, s.528; Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C.2, s.228 vd.

¹³⁶² Tandoğan, **Özel Borç İlişkileri**, C.2, s.205. Ayrıca Bkz. Gauch, **Werkvertrag**, N.1868.

Acaba sözleşmeye aykırı ve kişilik hakkını ihlal eden davranış, Ceza Kanunları gereğince bir suç niteliği taşımakta ise ve Ceza Kanunları bunun için BK m.125 hükmünden daha uzun bir zamanaşımı süresi düzenlemiş ise, uzun zamanaşımı süresi, sözleşmeden doğan talepler için de uygulanabilecek midir? Haksız fiil hukukunda buna olanak sağlayan BK m.60 f.II, sözleşme hukukunda kıyasen uygulanabilir mi? BK m.60 f.II hükmünün amacı, medeni hukuka ilişkin taleplerin ceza zamanaşımından önce zamanaşımına uğramasının önleyerek, zamanaşımı alanında ceza hukuku ile medeni hukuk hükümlerinin uyumlaştırılmasıdır¹³⁶³. Aksi halde, medeni hukuka ilişkin talepler, ceza hukukuna ilişkin taleplerden daha önce zamanaşımına uğramış olacaktır ki bu sonuç, tatmin edici değildir¹³⁶⁴. Hükmün amacı göz önüne alınarak, BK m.60 f.II hükmünün kıyasen sözleşme hukukunda da uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹³⁶⁵. BK m.60 f.II, zamanaşımı bakımından genel zamanaşımı süresinden (BK m.125) ayrılan istisnai bir hükümdür. Bu hükmün haksız fiilde yer almasının nedeni ise, ceza kanunu uyarınca suç olan davranışın aynı zamanda haksız fiil niteliği taşımasıdır. Ancak olabilir ki, sözleşmeye aykırı davranış da ceza kanunları uyarınca düzenlenmiş bir suç niteliği taşıyabilir ve ceza zamanaşımı, genel zamanaşımı süresinden(BK m.125) daha uzun olabilir. Bu halde, sözleşme hukukunda, BK m.60 f.II hükmünün uygulanmasını kabul etmeyerek, alacaklıyı haksız fiil sorumluluk temeline dayanarak alacağını talep etmeye zorlamak, mağdur konumda olan alacaklının menfaatlerini önemli biçimde sarsacak, o, sözleşme hukukunun diğer avantajlarından da mahrum bırakılmış olacaktır. Oysa ki, benzer durumların benzer sonuçlara bağlanması, hukukun adalet ve eşitlik fonksiyonlarının da bir gereğidir. Kanaatimizce BK m.60 f.II hükmü, hükmün amacı ve somut olayda aksinin kabulünün tatminkâr olmadığı gerekçeleriyle, BK md.98 f.II'nin genişletici yorumu ile sözleşme hukukunda kıyasen uygulanabilmelidir. Bu halde, eğer sözleşmeye

¹³⁶³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.544; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.60, N.67; Berti, **Basler Kommentar**, 2.Auf., Art. 60, N.11; Keller, Gabi-Bölliger, **a.g.e.**, s.162; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Art.60 N.15; Oftinger, Stark, **B. II/1**, s.113. **BGE** 127 III 538 vd.; 122 III 5 vd..

¹³⁶⁴ Brehm, **Berner Kommentar**, Art.60, N.67; **BGE** 127 III 538; 123 III 204 vd.; 122 III 5 vd. Bkz. YHGK., 18.11.1981 T., 1979/4-231 E., 1981/744 K. (Kazancı İçtihat Bankası). İsviçre Federal Mahkemesine göre, yakınların manevi tazminat talebi bakımından da Art.60 II OR uygulanabilir. Bkz. **BGE** 122 III 5.

¹³⁶⁵ Koller, **Genugtuung**, N.324; Brunner, **a.g.e.**, N.405. Federal Mahkeme aksi görüştedir. Bkz. 123 III 204 vd. (Hausheer, Jaun, "Rechtsprechung, 134", s.535).

aykırı ve kişilik hakkını ihlal eden davranış, ceza kanunları uyarınca bir suç olarak düzenlenmiş ve ceza zamanaşımı süresi, medeni hukuktaki zamanaşımı süresinden (kural olarak on yıl-BK m.125) daha uzun ise, manevi tazminat alacaklısı, alacağını ceza kanundaki zamanaşımı süresi içinde talep edebilecektir¹³⁶⁶.

2. Zamanaşımının Özellikleri

BK m.128 gereğince, zamanaşımı, alacağın muaccel olmasından itibaren işlemeye başlar. Sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat davalarında, zamanaşımı süresinin hangi andan itibaren başlayacağı doktrinde tartışmalıdır.

Bazı yazarlara göre, tazminat davalarında zamanaşımı süresi, asıl alacağın muaccel olduğu andan itibaren işlemeye başlayacaktır¹³⁶⁷. Bu görüşe göre, tazminat, asıl edimin yerine geçen ikinci derecede (tali) edim yükümlülüğüdür. İkinci derecede edim yükümlülüğü, yeni bir edim yükümlülüğü değildir. O, borç ilişkisinin sonraki aşamasında (borç ilişkisinin ihlal edilmesi halinde) asli edim yükümlülüğünün yerini almaktadır¹³⁶⁸. Yapmama borçları bakımından bu kurala bir istisna getirilmektedir. Bu halde, zamanaşımı, sözleşmeye aykırı davranıldığı andan itibaren işlemeye başlayacaktır¹³⁶⁹. Bu görüşteki yazarlardan bazılarına göre¹³⁷⁰, sözleşmenin kötü ifası halinde de bir istisna söz konusudur. Bu halde zamanaşımı

¹³⁶⁶ Koller, **Genugtuung**, N.324; Brunner, **a.g.e.**, N.515. Bkz. YHGK., 18.11.1981 T., 1979/4-231 E., 1981/744 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

¹³⁶⁷ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.84.13; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1236; Robert K. Daepfen, **Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Obligationenrecht I., Art.1-529 OR, 3. Auf., Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim P. Vogt, Wolfgang Wiegand, Basel.Genf.München, Helbing & Lichtenbahn, 2003, Art.130, N.11; Kostkiewicz vd., **OR Hand Kommentar**, Art.128, N.5; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.294; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.3445; Berti, **Basler Kommentar**, 2. Auf., Art.130, N.11; Gauch, Schlupe, **a.g.e.**, N.2078a ; İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir: BGE 126 II 145 (151); 119 II 216 (220); 106 II 138; 87 II 155 (159).

¹³⁶⁸ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.4.19, 84.14; Serozan, **İfa Engelleri**, § 1, N.14; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.31-32, 1236; Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku**, s.18; Kramer, Schmidlin, **a.g.e.**, s.52; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.3445; Gauch, Schlupe, **a.g.e.**, N.2078a vd.;

¹³⁶⁹ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.84.16; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1237; Berti, **Basler Kommentar**, 2. Auf., Art.130, N.13; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.3446; Gauch, Schlupe, **a.g.e.**, N.2078h.

¹³⁷⁰ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.84.14 ; Daepfen, **Basler Kommentar OR**, Art.130, N.11a; Guhl, Koller, Schnyder, Druey, **a.g.e.**, s.294; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.3446; Gauch, Schlupe, **a.g.e.**, N.2078 c. Aksi görüşe göre sözleşmenin kötü ifasından doğan taleplerde zamanaşımı, zararın ortaya çıktığı andan itibaren işlemeye başlamalıdır. Bkz. Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Art.97, N.52; Berti, **Basler Kommentar**, 2. Auf., Art.130, N.11.

süresi, yükümlülüğün ihlal edildiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır. Alacaklının alacağını veya alacağının muaccel olup olmadığını öğrenmesi önemli değildir¹³⁷¹. Bu görüşteki yazarlardan bazılarına göre, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat bakımından da, sözleşmenin kötü ifasında olduğu gibi, sözleşmeye aykırı davranılmasından itibaren zamanaşımı işlemeye başlayacaktır¹³⁷².

Diğer görüşe göre ise, sözleşmeye aykırılığın her şeklinde, tazminat borcu, borcun ihlalden doğan yeni bir borçtur. Bu nedenle, zamanaşımı süresi, sözleşmeye aykırılığın gerçekleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar¹³⁷³. Buna göre, zamanaşımı, eğer manevi tazminat talebi, “aktif” bir davranış sonucunda ortaya çıkmakta ise, sözleşmeye aykırı davranışın gerçekleştirildiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır¹³⁷⁴. “yapmama” borçlarında ise, sözleşmeye aykırılık olmadıkça borç ifa ediliyor olduğundan zamanaşımı söz konusu olmaz. Ancak sözleşmeye aykırı davranılırsa, zamanaşımı, ihlal tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır¹³⁷⁵.

Doktrinde diğer görüşe göre ise¹³⁷⁶, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatta, zamanaşımı kişilik hakkının ihlal edildiği andan itibaren işlemeye başlar. Çünkü manevi tazminat borcunun doğması için kişilik hakkının ihlal edilmiş olması gereklidir. Henüz bu talebin koşulları oluşmadan önce, zamanaşımı işlemeye başlayamaz. Buna göre kural olarak zamanaşımı, kişilik hakkının ihlal edildiği andan, istisnai hallerde (zararın ihlalden sonra doğduğu hallerde) ise alacaklının bu zararı öğrendiği andan itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu görüş özellikle sözleşmeye aykırı davranışın yaratacağı kişilik ihlallerinin kapsamının talep zamanında henüz anlaşılmadığı olaylarda pratik önem taşır.

¹³⁷¹ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.84.15; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.3446.

¹³⁷² Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.3449.

¹³⁷³ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.310, 470; Koller, **Genugtuung**, N.330. Yargıtay ise, zamanaşımının işlemeye başlayacağı tarih bakımından farklı kararlar vermektedir. Bir kararında, iş kazası sonucu yaralanan işçinin açtığı tazminat davasında, zamanaşımının “olay anından itibaren” işlemeye başlayacağını belirtmiştir. Bkz. 9 HD., 5.11.1999 T., 1999/13893 E., 1999/11701 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Başka bir kararında ise, zamanaşımının failin ve zararın öğrenildiği tarihten itibaren başladığını belirterek, sözleşmeye aykırılıktan doğan taleplerdeki zamanaşımı ile haksız fiilden doğan taleplerdeki zamanaşımı sürelerini birbirine karıştırmıştır. Bkz. 21.HD., 30.4.2002 T., 2002/1951 E., 2002/3666 K. (Kazancı İçtihat Bankası). BK m.125 gereğince zamanaşımı süresinin, “haksız fiilin meydana geldiği tarihten” itibaren işlemeye başlayacağına ilişkin bkz. 21.HD., 28.9.2004 T., 2004/2331 E., 2004/7661 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

¹³⁷⁴ Koller, **Genugtuung**, N.326.

¹³⁷⁵ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.378, dn.441; Koller, **Genugtuung**, N.327.

¹³⁷⁶ Schmid, **a.g.e.**, s.656-657.

Zamanaşımı süresi bakımından BK m.125 değil de özel bir hüküm uygulanacak ise ve bu hüküm de zamanaşımı süresinin ne zamandan itibaren işlemeye başlayacağını düzenlemiş ise, bu özel hüküm uygulanır¹³⁷⁷. Örneğin, BK m.363 ve BK m. 207 f.I' göre, zamanaşımı süresi ayıplı malın/eserin tesliminden itibaren işlemeye başlayacaktır¹³⁷⁸.

BK m.130'a göre, zamanaşımının başladığı gün dikkate alınmaz. Zamanaşımı ancak sürenin son gününün geçmesi ile tamamlanmış olur. BK m.132'de belirtilen nedenlerden birisi¹³⁷⁹, somut olayda bulunmaktaysa, zamanaşımı işlemeye başlamaz. Eğer zamanaşımı işletmekte ise, bu nedenlerden biri gerçekleşirse, zamanaşımı durur¹³⁸⁰. Eğer zamanaşımını durduran neden ortadan kalkarsa, süre, durma nedeninin ortadan kalktığı günün bitmesi ile işlemeye başlar (BK m.132 f.son).

Somut olayda, BK m.133'de düzenlenen zamanaşımını kesen nedenlerden biri bulunmakta ise, zamanaşımı süresi kesilir¹³⁸¹. Bu nedenin ortadan kalkması halinde işleyecek süre, BK m.135 f.II de belirtilen hallerde on yıl iken, diğer hallerde, eskisinin aynıdır (BK m.135 f.I).

Sonuç olarak, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat taleplerinde de, kanunda aksine bir düzenleme olmadıkça, zamanaşımı süresi BK m.125'e göre, on yıldır. BK m.125 vd. ndaki düzenlemeler, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat için de uygulanır.

III. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIKTAN DOĞAN MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ İLE HAKSIZ FİLDEN DOĞAN MANEVİ TAZMİNAT TALEBİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

¹³⁷⁷ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.84.19; Koller, **Genugtuung**, N.328.

¹³⁷⁸ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.84.19.

¹³⁷⁹ Zamanaşımı süresini durduran nedenler, BK m.132'de belirtilenler ile sınırlı değildir. Bkz. MK m.625 f.II, İİK m.194 (3.11.1988 T. ve 3494 S. Kanununun 40.maddesi ile değişik), 289 (17.7.2003 T. ve 4949 S. Kanununun 71.maddesi ile değişik).

¹³⁸⁰ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.84.22; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.472; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1243; Koller, **Genugtuung**, N.331; Bucher, **Obligationenrecht**, s.462.

¹³⁸¹ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.474 vd.; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.1052 vd.; Bucher, **Obligationenrecht**, s.463.

İkinci Bölümde açıklanan koşulların gerçekleşmesi halinde sözleşmeye aykırı davranan borçlunun manevi tazminat borcu doğar. Daha önce de belirtildiği gibi, sözleşmeye aykırı davranışın kişilik hakkını ihlal ettiğinin kabul edilmesi için, bu davranışın hukuka aykırı olması da gereklidir¹³⁸². Bu nedenle, somut olayda, kişilik hakkını ihlal eden borçlu, diğer koşullarının da gerçekleşmesi halinde haksız fiilden de sorumlu olur¹³⁸³. Dolayısıyla, bu halde, kişinin, aynı zarardan dolayı hem haksız fiilden hem de sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğu söz konusu olur. Bu başlık altında, alacaklı- mağdurun her iki sorumluluk kaynağı açısından talepleri arasındaki ilişkiler ele alınacaktır.

Zarara uğrayan kişi, aynı zararın tazmini için hem haksız fiilden hem de sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa dayanarak tazminat talebinde bulunamaz¹³⁸⁴. Bunun aksi kabul edilirse, tazminatın zararı giderme amacına ve tazminat miktarının azami haddini zarar miktarının teşkil etmesi esasına aykırı davranılmış olur¹³⁸⁵. Aynı ilke, manevi zararın tazmini bakımından da geçerlidir.

Somut olayda hem haksız fiil, hem de sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun koşulları gerçekleşmiş ise hak sahibi, acaba hangi sorumluluk kaynağına dayanarak tazminat talep edebilir?

Doktrinde bir görüşe göre¹³⁸⁶, somut olayda hem haksız fiil hem de sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun koşulları gerçekleşmiş ise, zarar gören, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa dayanarak dava açmalıdır. Çünkü sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa ilişkin hükümler, haksız fiil sorumluluğuna göre özel hüküm niteliği taşımakta, zarar gören için daha elverişli

¹³⁸² Bkz. Bölüm II, II, C, 4, b.

¹³⁸³ Koller, **Genugtuung**, N.450.

¹³⁸⁴ Schwenger, **Obligationenrecht**, N.5.03; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.378; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.60, N.13; Serozan, **İfa Engelleri**, § 23, N 2; Thurnheer, Maas, **a.g.e.**, s.29; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1092; Koller, **Genugtuung**, N.453; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Einl. Art.97-109, N.15; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 2 N.27; Weber, **Berner Kommentar**, Vorbem. Art.97-109, N.107; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 14, N.2; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.2912; Bucher, **Obligationenrecht**, s.336; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.536; Knetsch, **a.g.e.**, s.78.

¹³⁸⁵ Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.536.

¹³⁸⁶ von Tuhr, Escher, **a.g.e.**, s.109; Andreas von Tuhr, Alfred Siegart, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Zweite Auflage, Erster Halbband, Zürich, Polygraphischer Verlag AG, 1942, § 68, N.101 vd.; von Tuhr, **a.g.e.**, s.575-576. Fransız Hukukunda da, doktrinde baskın görüş, mağdur alacaklının, somut olayda koşulları gerçekleşen sorumluluk nedenleri arasında bir seçim hakkına sahip olmadığı, onun sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa dayanması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Immenhauser, **a.g.e.**, 34; Knetsch, s.80 **a.g.e.**, vd.

olanaklar sağlamaktadır. Diğer yandan, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta da manevi tazminat talep etmek mümkün olduğuna göre, sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin davanın haksız fiilden doğan davayı bertaraf etmesinin de bir sakıncası kalmamıştır. Bu görüşe göre, haksız fiilden doğan sorumluluğa, ancak zarar gören ile fail arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı veya sözleşmeden doğan sorumluluğa ilişkin davayı açmanın artık mümkün olmadığı hallerde (örneğin zamanaşımı süresinin dolması halinde) dayanılabilecektir.

Doktrindeki diğer görüş ise¹³⁸⁷, alacaklının ifaya olan çıkar kaybı dışındaki tüm zararların, taraflar arasında bir sözleşme bulunsa bile, sadece haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine göre tazmin edilebileceğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, örnek olarak, satıcının gönderdiği malı sardığı ambalajın alıcının sağlığına zarar vermesi halinde haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanması gereklidir.

Doktrinde baskın olan görüş ise¹³⁸⁸, somut olayda hem haksız fiil hem de sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun koşulları gerçekleşmiş ise, zarar gören, tazminat davasını, dilerse sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine, dilerse haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine dayanarak açabilir. Çünkü hukuk sistemimizde, haksız fiil ile sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk

¹³⁸⁷ Jaeggi, “Schadenersatzforderung”, s.181 vd.

¹³⁸⁸ Türk Hukukunda: Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1092 ; Serozan, **İfa Engelleri**, § 23, N 2; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 14, N.5-6; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.981; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.537-538; Reisoğlu, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, s.15.

İsviçre Hukukunda : Landolt, **Zürcher Kommentar**, Art.49, N.775; Schwenzler, **Obligationenrecht**, N.5.03; Brehm, **Berner Kommentar**, Art.60, N.13 ; Wiegand, **Basler Kommentar OR**, Einl. zu Art.97-109, N.15; Koller, **Genugtuung**, N.452; Roberto, **Haftpflichtrecht**, N.569; Keller, Schmiel-Syz, **a.g.e.**, s.6; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 12, N.5a; Thurnheer, Maas, **a.g.e.**, s.29; Rey, **Haftpflichtrecht**, N.43, 715; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.2909; Honsell, **Haftpflichtrecht**, § 2 N.28; Gauch, Schlupe, Jaeggi, **a.g.e.**, N.1719 vd.; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.433-434; Oser, Schönenberger, **a.g.e.**, Vorbem Art.41, N.16; Becker, **Berner Kommentar**, Vorbem Art.41 N.1; Barth, **a.g.e.**, s.202. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir. Bkz. BGE 126 III 113; 121 III 360 E.4a; 120 II 61; 113 II 247; 90 II 88.

Alman Hukukunda da bu görüş baskındır. Bkz. Medicus, **Schuldrecht II**, § 98, N.356; Immenhauser, **a.g.e.**, s.35; Knetsch, **a.g.e.**, s.159 vd. Fransız Hukukunda ise, sözleşmeden doğan sorumluluk, haksız fiilden doğan sorumluluktan daima önce gelir. Bkz. Immenhauser, **a.g.e.**, s.32 vd.

Ancak bu görüşteki bazı yazarlar, özel kanunlarla düzenlenen tehlike sorumluluğu hallerinde, tehlike sorumluluğundan doğan tazminat talepleri ile sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat taleplerinin yarışamayacağını kabul etmektedir. Çünkü bu hükümler, genel hükme dayanan sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa göre özel hükümlerdir. Bu görüşte bkz. Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1093; Koller, **Genugtuung**, N.451; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.483 vd.; Bucher, **Obligationenrecht**, s.338, N.42.

kuralları birbirinin uygulanmasını engellemez¹³⁸⁹. Özel kural- genel kural ilişkisi, bir üst kavramı düzenleyen kural ile bir alt kavramı düzenleyen kural arasında olur. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğu arasında böyle bir ilişki yoktur¹³⁹⁰. Bu görüş kabul edildiğinde, alacaklı-mağdur, isterse haksız fiil, isterse sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine dayanarak manevi tazminat talep edecektir.

Haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun bazı farkları bulunmaktadır. Bunlar, daha önce de belirtildiği gibi, özellikle, kusurun ispatı, zamanaşımı, yardımcı kişinin fiilden sorumluluk ve sorumsuzluk anlaşmaları bakımındandır¹³⁹¹.

a. Sözleşmeye aykırılıkta, sorumluluktan kurtulmak için borçlu kusursuzluğunu ispatla yükümlü iken (BK m.96), haksız fiilde mağdur, failin kusurlu olduğunu ispatla yükümlüdür (BK m.41). Bu nedenle ispat yükü bakımından, zarar gören için sözleşmeye aykırılığa dayanmak daha avantaj sağlayacaktır; böylece o, ispat yükünden kurtulacaktır¹³⁹².

Borçlar Kanunu Tasarısının 50.maddesine göre, haksız fiil ile zarar gören, “zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır”.

b. Zamanaşımı bakımından, sözleşmeye aykırılıkta zamanaşımı süresi, kural olarak on yıldır (BK m.125). Oysa haksız fiil sorumluluğunda tazminat davası, zararı ve faili öğrenmeden itibaren bir senede zaman aşımına uğramaktadır (BK m.60 f.I). Bu bakımından da sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta zamanaşımı süresi daha elverişlidir¹³⁹³.

Borçlar Kanunu tasarısında ise haksız fiilden doğan sorumlulukta zamanaşımı süreleri şöyle düzenlenmiştir: “Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten

¹³⁸⁹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1092.

¹³⁹⁰ Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 14, N.6.

¹³⁹¹ Diğer farklar bakımından bkz. Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.534 vd..

¹³⁹² Serozan, **İfa Engelleri**, § 23, N.1; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.380; Thurnheer, Maas, **a.g.e.**, s.29; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1093; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 14, N.4; Rey, **Haftpflichtrecht**, s.11; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.2914; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.982; Oftinger, Stark, **B.I**, s.688; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.438; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.532; Von Tuhr, **a.g.e.**, s.574. BGE 123 III 247.

¹³⁹³ Thurnheer, Maas, **a.g.e.**, s.29; Rey, **Haftpflichtrecht**, s.11; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.2914; Oftinger, Stark, **B.I**, s.689; Oftinger, **Haftpflichtrecht**, s.439. BGE 123 III 247.

başlayarak iki yılın ve her halde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır”. (TBKT m.71 f.I).

Doktrinde ise¹³⁹⁴, ölüm ve beden bütünlüğü ihlalleri bakımından, tek ve tatmin edici bir zamanaşımı süresinin kabul edilmesinin daha yerinde olacağı belirtilmektedir. Buna göre, ölümün veya beden bütünlüğü ihlalinin haksız fiilden veya sözleşmeye aykırılıktan doğmasının veya bunlar arasında yarışma olmasının bir önemi yoktur. Her ikisi için de uygulanacak tek bir zamanaşımı süresi kabul edilmelidir¹³⁹⁵. Ölüm ve beden bütünlüğü ihlallerinde en uzun zamanaşımı olmalı, bunu damnum emergens türünden malvarlığı zararları izlemeli, en sonra ise, sırf kazanç kayıpları (lucrum cessans) gelmelidir. Kısacası, zamanaşımı süresi, şekli kıstaslara göre değil, zararın türüne göre düzenlenmelidir. Alman Medeni Kanunu’ndaki zamanaşımı süreleri de sorumluluk kaynağına göre değil, ihlal edilen hakka göre düzenlenmiştir (BGB §§ 195, 199). Buna göre, beden bütünlüğünün, sağlığın ve özgürlüklerin ihlalinde 30, cinsel olarak kendisi hakkında karar verme hakkının ihlalinde ise 10 yıllık zamanaşımı süresi söz konusudur¹³⁹⁶.

c. Haksız fiilden doğan sorumlulukta, zarar, çalışan tarafından verilmiş ise, adam çalıştıran, seçmede, talimat vermede ve nezarete gerekli özeni gösterdiğini veya dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın meydana gelmesine engel olamayacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir (BK m.55). Oysa ki, sözleşmeye aykırılıkta, ifa yardımcının verdiği zarar bakımından borçlu, BK m.100 gereği bu ayrıcalıktan yararlanamayacaktır. Bu nedenle de alacaklının sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa dayanması ve BK m.55 yerine BK m.100’e dayanması, ona daha avantaj sağlayacaktır¹³⁹⁷.

Borçlar Kanunu tasarısının “adam çalıştıranın sorumluluğu” kenar başlıklı 61.maddesinde de adam çalıştıranın çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse sorumluluktan kurtulacağı

¹³⁹⁴ Hatemi, **Fasiküller**, § 16, N.22; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 13, N.2.

¹³⁹⁵ Önerilen zamanaşımı süresi ise, fiil ve failin veya sorumlunun öğrenilmiş olmasından itibaren üç yıl, zararın meydana geldiği günden itibaren on yıldır. Sorumlunun kötü niyetli gayretleri ile zamanaşımı süresinin dolmuş olması halinde, zarar gören veya mirasçılarının dava açabilecek duruma gelmiş oldukları andan itibaren üç aylık ek süre işlemeye başlamalıdır. Bu süre, hak düşürücü süredir. Bkz. Hüseyin Hatemi, “Ölüm ve Beden Bütünlüğü Zararında Giderim”, **Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu**, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, 10-11.XII.1993, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, Türkiye İş Bankası Vakfı, s.1-8.

¹³⁹⁶ Palandt, **a.g.e.**, Art.253, N.27.

¹³⁹⁷ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.380; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1093; Hatemi, **Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, § 14, N.4; Gauch, Schlupe, Schmid, Rey, **B.II**, N.2914; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.982; Oftinger, Stark, **B.I**, s.691; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.534 ;Von Tuhr, **a.g.e.**, s.574.

düzenlenmiştir. (TBKT m.65 f.II). Hükümün 3.fıkrası ise Borçlar Kanunu m.55'te yer almayan yeni bir düzenlemeye yer vermiştir: “Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla neden olunan zararı gidermekle yükümlüdür.” Gerekçeye göre, 3.fıkarda belirtilenleri ispat edemeyen adam çalıştıran, hükümün 2.fıkrasından yararlanamayacaktır.

d. Sözleşmeye aykırılıkta sorumluluğun sözleşme ile önceden daraltılması mümkündür. Buna karşılık haksız fiilde buna olanak sağlayan bir hüküm bulunmamaktadır¹³⁹⁸. Ancak somut olayda hem haksız fiil hem de sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun koşulları gerçekleşmiş ise, sorumluluğu daraltmak için sözleşmeye konulmuş şartların haksız fiil sorumluluğu açısından da hüküm ifade edeceği kabul edilmektedir¹³⁹⁹. Çünkü borçlunun hafif kusurundan sözleşme gereği sorumlu olamadığı hallerde, haksız fiile dayanılarak da sorumlu kılınmaması gereklidir¹⁴⁰⁰. Aksi ispat edilmedikçe, tarafların iradesinin bu koşulların haksız fiil sorumluluğunda da geçerli olmasını isteyecekleri şeklinde yorumu dürüstlük kuralına da uygun olur¹⁴⁰¹. Ancak yukarıda belirtildiği gibi, manevi tazminat sorumluluğunu daraltan veya kaldıran anlaşmalar, BK m.99 çerçevesinde değil, MK m.23, BK m.19–20 çerçevesinde değerlendirilmelidir¹⁴⁰². Bu sonuç, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta olduğu gibi, haksız fiil sorumluluğu için de geçerlidir.

¹³⁹⁸ Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.367; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.533.

¹³⁹⁹ ; Serozan, **İfa Engelleri**, § 23, N.2; Oğuzman, Öz, **a.g.e.**, s.359, dn.347; Eren, **Borçlar Hukuku**, s.1092; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, **Borçlar Hukuku**, s.982; Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.538. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İnal, **Borca Aykırılık**, s.313 vd; Akman, **a.g.e.**, s.116 vd.

¹⁴⁰⁰ Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.538.

¹⁴⁰¹ Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku**, s.538.

¹⁴⁰² Bak Bölüm II, V, D.

SONUÇ

Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. (MK m.24 f.I). Kişilik hakkı ihlal edilen davacının manevi tazminat istemi saklıdır (MK m.25 f.III). MK m.25 f.III, kişilik hakkı hukuka aykırı olarak ihlal edilen kişinin manevi tazminat talep edebileceğini düzenlemiştir, ancak manevi tazminatın hangi koşullara göre tazmin edilebileceği konusunda ilgili hükümlere atıf yapmıştır. Manevi tazminatın koşulları ise genel olarak BK m.49'da düzenlenmiştir. Ancak BK m.47, MK m.26, f.II, 112, 174 f.II gibi bazı hükümler de manevi tazminatı özel olarak düzenlemiştir. Tezde, esas itibariyle, tazminat borcunun kaynakları açısından sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat üzerinde durulmuş, özel hükümler ancak konumuzla ilgili olduğu ölçüde değerlendirilmiştir. Sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat konulu tez çalışmamızda, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatın yasal dayanağı, manevi tazminat borcunun doğum koşulları incelenmiştir. Ayrıca manevi tazminatın kendine özgü özellikleri göz önüne alınarak, hak sahibinin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep etmesi halinde doğacak pratik sonuçlar belirlenmiştir.

1. Türk ve İsviçre Hukukunda manevi tazminat, kişilik hakkı ihlali sonucunda doğan manevi zararın denkleştirilmesini amaçlayan ve kendine özgü özellikleri olan bir sorumluluk hukuku kurumudur. Manevi tazminat hakkında değerlendirme yaparken, bu kurumun kendine özgü özelliklerini ve amaçlarını da göz önüne almak gereklidir. Maddi tazminata ilişkin özellikler ve hükümler, ancak manevi tazminatın amacına ve işlevine uygun olduğu ölçüde manevi tazminat hakkında da uygulanabilir.
2. Genel davranış kurallarına veya borca aykırı davranışı ile kişiye zarar veren, verdiği zararı tazmin ile sorumludur. Sorumluluk bu anlamıyla “den sorumluluk” olarak ifade edilmektedir. Türk

Hukukunda, maddi tazminat, “den sorumluluk” bakımından haksız fiil sorumluluğunda BK m.41 vd. nda, borca aykırılıktan doğan sorumlulukta ise, BK m.96 vd. nda düzenlenmiştir. Manevi tazminat ise, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler arasında genel olarak BK m.49’da, özel olarak BK m.47’de düzenlenmiştir. Borca aykırılıktan doğan sorumluluk hükümleri arasında, borca aykırı davranış nedeniyle manevi zarara uğrayanın manevi tazminat talep edebileceğini düzenleyen açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak BK m.98 f.II’e göre, “*Haksız fiillerden mütevellit mesuliyete müteallik hükümler kıyasen akde muhalif hareketlere de tatbik olunur*”. Tez çalışmamızın birinci bölümünde, BK m.98 f.II’nin atıf yaptığı haksız fiilden sorumluluk hükümleri arasında BK m.47 ve m.49’un da yer aldığı belirlenmiştir. Sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle kişilik hakkı ihlal edilen ve manevi zarara uğrayan BK m.98 f.II’nin atfıyla kıyasen uygulanacak BK m.47 ve m.49’a göre manevi tazminat talep edebilecektir. İsviçre Hukukunda ise, BK m.98 f.II’nin karşılığı olan Art.99 Abs. III OR’nin Almanca ile İtalyanca metinleri ile Fransızca metinleri arasında, sözleşmeye aykırılık halinde hangi haksız fiil hükümlerinin uygulanacağı konusunda farklılık bulunmaktadır. Bu farklılığın yarattığı belirsizlik ise, hükmün amaca ve zamanın ihtiyaçlarına göre yorumlanması ile aşılmıştır. Bugün İsviçre doktrininde hakim olan görüşe ve Federal Mahkeme’ye göre, Art.99 Abs. III OR’nin atfıyla Art.47 ve Art.49 OR’ye göre manevi tazminat talep edilebilecektir. Alman Hukukunda ise, manevi tazminat ancak kanunda belirtilen hallerde talep edilebilir (BGB § 253 Abs. I). Alman Medeni Kanunu’nda yapılan değişiklikten önce manevi tazminat, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler arasında düzenlenmekteydi (BGB § 847). Manevi tazminatın ancak kanunda belirtilen hallerde talep edilebilecek olması ve sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat hakkında özel bir hükmün bulunmaması nedenleriyle, manevi tazminatın sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk

hükümlerine göre talep edilemeyeceği kabul edilmekteydi. 2002’de yapılan kanun değişikliği ile BGB § 847 yürürlükten kaldırılmış ve tüm borç ilişkilerine uygulanabilecek olan BGB § 253’ye ikinci bir fıkra eklenmiştir. Buna göre, beden bütünlüğünün, sağlığın, cinsel olarak kendisi hakkında karar verme hakkının ve özgürlüklerin ihlalinde manevi tazminat talep edilebilir (BGB § 253 Abs. II). Sistematik yeri dolayısıyla tüm borç ilişkilerine uygulanabilecek olan bu hüküm dolayısıyla Alman Hukukunda, BGB § 253 Abs. II’de ve kanunda belirtilen diğer hallerde sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edilebileceği kabul edilmiştir.

3. BK m.47/Art.47 OR ve BK m.49/Art.49 OR, manevi tazminatın tüm koşullarını ve özelliklerini düzenleyen bağımsız sorumluluk hükümleri değildir. BK m.47/Art.47 OR ve BK m.49/Art.49 OR, manevi tazminat borcunun doğması için gerekli olan özel koşulları düzenlemektedir. Manevi tazminatın bu hükümlerde belirtilmeyen koşulları ise, tazminat borcunu doğuran sorumluluğun genel hükümlerinin uygulanması ile belirlenir. Buna göre, BK m.98 f.II/Art.99 Abs. III OR’nin atfıyla sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatın özel koşulları, BK m.47/Art.47 OR ve BK m.49/Art.49 OR’nin, sorumluluk kaynağının genel koşulları ise BK m.96/Art.97 OR vd. hükümlerinin uygulanması ile belirlenir. Ayrıca BK m.47 ve m.49 manevi tazminatın türleri ve belirlenmesi ile ilgili bazı ilkeleri de düzenlemektedir. BK m.47 ve m.49, bu özellikleri itibariyle de BK m.98 f.II’nin atfıyla kıyasen sözleşmeye aykırılıkta uygulanabilecektir.
4. Sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat borcunun doğması için, taraflar arasında kurulmuş ve geçerli bir sözleşmenin bulunması, borçlunun sözleşmeye aykırı davranması, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı yüzünden alacaklının kişilik hakkının

ihlal edilmesi gereklidir. Sözleşmeye aykırı davranış yüzünden alacaklının beden bütünlüğü ihlal edilirse, BK m.47'nin; örnek olarak, şeref ve haysiyeti, kendisi hakkında karar verme özgürlüğü, özel ve gizli yaşamı, mesleki itibarı, cinsel kişilik değerleri, manevi bütünlüğü ihlal edilirse, BK m.49'un kıyasen uygulanması ile manevi tazminat talep edilebilir. Sözleşmeye aykırı davranışın, alacaklının kişilik hakkını ihlal ettiğini kabul etmek için kişilik hakkı kapsamında korunan bir değere saldırıda bulunulmuş olması ve bu saldırının hukuka aykırı olması gereklidir. Eğer somut olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunmakta ise, kişilik hakkı ihlal edilmediği için manevi tazminat talep edilemez. (MK m.24, BK m.47, 49).

5. Türk ve İsviçre Hukuk düzenlerinde, manevi tazminat talep edebilmek için ihlal edilen kişilik değerinin türü önemli değildir. Önemli olan, somut olayda ihlal edildiği iddia edilen değerlerin genel kişilik hakkı kapsamında korunan değerler arasında yer aldığını belirlemektir. Oysa Alman Hukukunda, manevi tazminatın ancak kanunda belirtilen hallerde talep edilebileceği sınırlaması getirilmiştir. (BGB § 253 Abs. I). Buna göre, Alman Hukukunda, beden bütünlüğünün, sağlığın, cinsel olarak kendisi hakkında karar verme hakkının ve özgürlüklerin ihlal edilmesi halinde (BGB § 253 Abs. II) veya kanunda belirtilen diğer hallerde manevi tazminat talep edilebilecektir. Ancak özellikle yargı kararları ile Anayasa'daki insan onurunun dokunulmazlığı ilkesine dayanılarak genel kişilik hakkının varlığı ve genel kişilik hakkının kapsamındaki değerlerin ihlali halinde manevi tazminat talep edilebileceği kabul edilmektedir.
6. Sözleşmeye aykırı davranış yüzünden alacaklının kişilik hakkının ihlal edildiği haller, genelde, borçlunun alacaklının kişilik hakkının korunmasını veya teşvik edilmesini amaçlayan edim veya koruma

yükümlülüklerini ihlal ettiğinde ortaya çıkmaktadır. Ancak taraflar arasındaki borç ilişkisinden çoğu kez tarafların malvarlığının korunmasını veya geliştirilmesini amaçlayan yükümlülükler doğmaktadır. Bu tür yükümlülüklerin ihlali halinde ise, kural olarak alacaklının kişilik hakkı ihlal edilmez ve manevi zarar doğmaz. Bu tür yükümlülüklerin ihlali halinde, alacaklı kural olarak maddi zarara uğrar ve bu zararın tazmin edilmesini talep edebilir. Alacaklının maddi zarara uğraması halinde ise, -ihlal edilen değer kişilik hakkı kapsamında korunan bir değer olmadığı için- manevi tazminat kural olarak talep edilemez. Ancak bazı istisnai durumlarda, malvarlığına ilişkin yükümlülüklerin ihlali halinde alacaklının kişilik hakkı da ihlal edilebilir. Bu yükümlülüklerin ihlal edilmesi, özellikle, alacaklının iç huzurunun ve manevi bütünlük değerinin veya ticari itibarının ihlal edilmesine neden olabilir ve diğer koşulları gerçekleşirse, manevi tazminat talep edilebilir.

7. Manevi tazminat talep edilip edilemeyeceği tartışmalı olan bazı sorunlar da tezin ikinci bölümünde özel olarak incelenmiştir. Bu hallerden ilki, bir eşyanın zarar görmesi halinde manevi tazminat talep edilip edilemeyeceği sorunudur. Kural olarak bir eşyanın zarar görmesi halinde manevi tazminat talep edilemez. Ancak aile hatırası olan belgeler, nişanlar ile resim, mektup gibi bazı nesnelere, sahibinin manevi kişilik değerleri arasında yer almaktadır. Bunların sözleşmeye aykırı davranış yüzünden yok edilmeleri, kaybedilmeleri vs. hallerinde hak sahibi-alacaklının kişilik hakkı ihlal edildiğinden manevi tazminat talep edilebilecektir. Ayrıca hak sahibinin manevi kişilik değerleri arasında yer alan ev hayvanlarına sevgi ve bağlılık değerinin sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle ihlal edilmesi halinde de hayvan sahibi-alacaklı manevi tazminat talep edebilecektir.

8. Eşyayı kullanma olanağının kaybında ve gezi sözleşmesinde tatilden beklenen faydanın elde edilememiş olması halinde ise, manevi tazminat talep edilip edilemeyeceği diğer bir sorundur. Bu hallerde, ihlal edilen değer kişilik hakkı olmadığı için alacaklı, kural olarak manevi tazminat talep edemez. Ancak eşyayı kullanma olanağının kaybında ve gezi sözleşmesinde tatilden beklenen faydanın elde edilememiş olması halinde alacaklının iç huzuru ihlal edilmişse koşulları gerçekleştiğinde manevi tazminat talep edilebilir.
9. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilmek için sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle kişilik hakkı ihlal edilenin manevi zarara uğraması da gereklidir. Manevi zarar, kişinin duygusal dengesini bozan, yaşama sevincini, yaşama keyfini azaltan, panik, korku, dehşet, yas, öfke, iğrenme, elem, küçük düşme, utanç duyma, moralsizlik, tedirginlik, ümitsizlik, yalnızlık hissi, aşağılık hissi, hayal kırıklığı gibi olumsuz duygusal sarsıntılar ve/veya fiziksel acılardır.
10. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilmek için sözleşmeye aykırı davranış ile zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağının bulunması ve borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı yüzünden sorumlu olması da şarttır (BK m.96 vd.). BK m.47'ye kıyasen manevi tazminat talep edebilmek için özel hallerin manevi tazminatı gerektirmesi de gereklidir. BK m.49 ise, Art.49 OR'den farklı olarak, manevi tazminata hükmetmek için ihlalin ağırlığının manevi tazminatı haklı kılması koşulunu aramamıştır. Bu sebeple, BK m.49'a kıyasen manevi tazminat talep edebilmek için ihlalin ağırlığının manevi tazminatı haklı kılması gerekli değildir.

11. Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluğun manevi zararın tazminini de kapsadığı ve bu halde, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine kıyasen manevi tazminat talep edilebileceği kabul edilmiştir.
12. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilecek kişi, borç ilişkisinin tarafı olan alacaklıdır. Ancak sözleşmenin nisbiliği ilkesinin istisnaları bulunmakta ise, alacaklı dışındaki kişiler de sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilir. Bu istisnai haller, tam üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmedir. Bu istisnalardan birisi somut olayda bulunmamakta ise, kişilik hakkı ihlal edilen üçüncü kişiler, ancak koşulları gerçekleştiğinde haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilecektir.
13. Sözleşmeye aykırı davranış, alacaklının ölümüne neden olursa, sözleşmenin tarafı olmayan yakınlar, ancak haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilecektir. Ancak somut olayda, sözleşmenin nisbiliği ilkesinin istisnaları bulunmakta ise veya kanun özel olarak ölüm halinde yakınların sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre manevi tazminat talep edebileceklerini düzenlemiş ise, yakınlar, manevi tazminatı sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre talep edebilecektir.
14. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminatta kusurun ispatı (BK m.96), yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk (BK m.100) ve zamanaşımı (BK m.125) bakımından sözleşme hukukunun hükümleri uygulanacaktır. Söz konusu hükümlerin manevi tazminat için de uygulanması, manevi tazminatın nitelik ve amaçları ile uyumlu bir sonuçtur.

15. Somut olayda hem haksız fiil sorumluluğunun hem de sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun koşulları gerçekleşmiş ise, manevi zarara uğrayan, dilerse haksız fiil sorumluluğuna, dilerse sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilir. Haksız fiilden doğan manevi tazminat talebi ile sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat talebi yarışma halindedir.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız : “Doktorun Sorumluluğunda Şans Kaybı : İyileşme Şansının Kaybı”, **AÜHFD**, C.54, S.3, 2005, s.241-287.
- Ady, Johannes : **Ersatzansprüche wegen immaterieller Einbussen, Tübingen**, Mohr Siebeck, 2004. (Immaterieller Einbussen).
- Aebi-Müller, E.Regina : **Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland** (Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Neue Folge, Herausgegeben von Hausheer, H., Bern, 2005. (Persönlichkeitsschutz).
- Aebi-Müller, E.Regina : “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2002 und 2003”, **ZBJV**, Band.140, 2004, s.237-261. (“Bundesgericht”).
- Akkanat, Halil : **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004. (Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi).
- Akkanat, Halil : “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni”, **Prof. Dr. Özer Selçi’ye Armağan**, İstanbul, Yetkin Yayınevi, 2006, s.25-40 (“Hastaneye Kabul Sözleşmesi”).
- Akman, Galip Sermet : **Sorumsuzluk Anlaşması**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- Akünel, Teoman : **Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988.
- Akyol, Şener : **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2.Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006. (Dürüstlük Kuralı).
- Akyol, Şener : **Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme**, İstanbul,

- Fakülteler Matbaası, 1976. (Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme).
- Amelung, Ulrich : **Der Schutz der Privatheit im Zivilrecht : Schadensersatz und Gewinnabschöpfung bei Verletzung des Recht auf Selbstbestimmung über personenbezogene Informationen im deutschen, englischen und US-amerikanischen Recht**, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.
- Apathy, Peter,
Georg Klingenberg,
Herwig Stiegler : **Einführung in das Römische Recht**, Wien.Köln.Weimar, Böhlau Verlag, 1994.
- Arpacı, Abdülkadir : **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)**, 2. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2000.
- Arslanlı, Halil : **Fikri Hukuk Dersleri II, Fikir ve Sanat Eserleri**, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1954.
- Ataay, Aytekin : **Şahıslar Hukuku**, Birinci yarım, Giriş-Hakiki Şahıslar, Üçüncü bası, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1978.
- Atamer, Yeşim : **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması**, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul, Beta Basım Yayım, 1996 (Normun Koruma Amacı).
- Atamer, Yeşim : “Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler”, **İÜHFİM**, C.LXIII, S.1-2, 2005, s.171-191 (“Sözleşme Boşlukları”).
- Atamer, Yeşim: “Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar”, **MHB**, Y.19-20, S.1-2, 1999-2000, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, İstanbul, Beta, 2001, s.115-160 (“Hukuki Sorunlar”).
- Ayazlı, Pervin: “Türk Hukukunda Mala Verilen Zarar (Damnum Iniuria Datum)”, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler**

- Enstitüsü Doktora Tezi**, İstanbul, 1994.
- Aydın, Tülay: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.12.2002 Tarihli Kararının İncelenmesi”, **İÜHFİM**, C.LXIV, S.2, 2006, s.327-344.
- Bakırcı, Kadriye : “İşyerinde Cinsel Taciz ve Türk İş Hukukuna İlişkin Çözüm Önerileri”, ‘çevirimiçi’, www.turkhukuk sitesi.com/makale_25.htm. (18.4.2007)•. (Aynı eser **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, Kamu-İş, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Ankara, 2000de yayımlanmıştır).
- Von Bar, Christian: **Gemeineuropaeisches Deliktsrecht**, Zweiter band, Schaden und Schadenersatz, Haftung für und ohne eigenes Fehlverhalten, Kausalitaet und Verteidigungsgründe, München, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1999.
- Barth, Hans Rudo: **Schadenersatz bei nachtraeglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung**, Aarau, Verlag H.R. Sauerlaender & Co., 1958.
- Bartl, Harald: “Die Urlaubsreise und ihre Beeinträchtigung”, **NJW**, 1972/12, s.505-511.
- Başalp, Nilgün: **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004.
- Başpınar, Veysel: **Borç Sözleşmelerinin Kismî Butlanı**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, Türkiye İş Bankası Vakfı- Hukuk Fakültesi, 1998.
- Becker, Hermann: **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, B.IV, Obligationenrecht, I. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183 OR, 2. Auf., Verlag von Staempfli & Cie, Bern 1945 (Berner Kommentar)
- Beer, Markus: “Achtung und Schutz der Persönlichkeit des

- Arbeitsnehmers Art.328 Abs.1 OR und die
‘Humanisierung der Arbeit’ grundsätzliche
Überlegungen”, **SJZ**, 1993, s.226-228.
- Berger, Bernhard: **Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung**,
dargestellt anhand der Informationspflicht des
Effektenhändlers, Bern, Staempfli Verlag AG, 2000.
- Bertan, Suat : **Ayni Haklar**, Medeni Kanununun 618-764 üncü
Maddelerinin Şerhi, C. I, MK 618-764, Ankara, Banka
Basım ve Ciltevi, 1976.
- Bilmen, Ömer Nasuhi : “İslam Hukukunda Manevi Zararların Tazmini”,
İÜHFM, C.VI, S.4, İstanbul 1940, s.798-812.
- Bischoff, Georg : “Schmerzensgeld für Angehörige von
Verbrechensopfern”, **MDR**, 2004/10, s.557-559.
- Bloemertz, Carl Bruno : **Die Schmerzensgeldbegutachtung, Leitfaden für
Aerzte, Juristen und Versicherungsfachleute**, 4.
Auflage, Berlin.New York, Walter de Gruyter, 1984.
- Braschos, Franz Joseph : **Der Ersatz immaterieller Schaeden im
Vertragsrecht**, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl
Heymanns Verlag KG, 1979.
- Brehm, Roland : **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**,
Das Obligationenrecht, B.IV, 1. Abteilung, Allgemeine
Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die
Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Kommentar
zu Art.41-61 OR, 2. Auflage, Bern, Staempfli Verlag,
2005.(Berner Kommentar)
- Brehm, Roland : “Les nouveaux du détenteur en cas de lésyon subie par
son animal (Art.42.AL. 3 et 43 AL.1bis CO)”, **HAVE**,
2003, s.119-122. (“Animal”)
- Brox, Hans : **Allgemeiner Teil des BGB**, 27. Auflage, Köln Berlin
Bonn München, Carl Heymanns Verlag KG, 2003.
(BGB).

- Bruckhardt, C. Chr. : “Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechtes in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht”, **ZSR**, (44) 1903, s.469-586.
- Brunner, Hans-Ulrich : **Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung**, Freiburg Schweiz, Universitaetsverlag, 1991.
- Bucher, Andreas : **Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz**, 3.Auflage, Basel Genf München, Helbing & Lichtenhahn, 1999. (Bucher, A.).
- Bucher, Eugen : **Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Personenrecht**, 2. Abteilung, Die Natürliche Personen, Erster Teilband, Kommentar zu Art.27 ZGB, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern, Verlag Staempfli & Cie AG., 1993. (Personenrecht II)
- Bucher, Eugen : **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allgemeiner Teil, 2. Auf., (neubearbeitete und erweiterte Auflage), Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988. (Obligationenrecht).
- Burcuoğlu, Haluk: “Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanğından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.2, 1984, s.163-173 (“Malvarlıksal Zarar”).
- Burcuoğlu, Haluk: “Basın Yoluyla Kişiliğe Saldırı Ve Sonuçları Hakkında Son Uygulamalar Işığında Bazı Düşünceler”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı**, Özel Hukuk Basın Hukuku C.3, Ankara, 12-16 Ocak 2000, s.491-523 (“Basın Yoluyla Kişiliğe Saldırı”).
- Büchler, Andrea : “Die Kommerzialisierung Verstorbener, ein Plaedoyer für die Vererblichkeit vermögenswerter Persönlichkeitsaspekte”, **AJP**, 2003/1, s.3-12.

- Von Büren, Bruno: **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allgemeiner Teil, Zürich, Schulthess, 1964.
- Büyüksağış, Erdem: “Tatilden Beklenen Yararın Elde Edilememiş Olmasının Hukuki Niteliği Manevi Zarar Kavramına Değişik Bir Yaklaşım”, **GS ÜHFD**, Y.3, S.1, 2004/I, s.203-239 (“Tatilden Beklenen Yararın Elde Edilememiş Olması”).
- Büyüksağış, Erdem: “Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı - Uygun İlliyet Bağı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım”, **AÜHFD**, C.54, S.4, 2005, s.119-148 (“Yaşama Şansının Yitirilmesi”).
- Canaris, Claus-Wilhelm: “Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten”, **Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag**, München, 1983, s.27-110. (“Schutzpflichten”).
- Coing, Helmut,
Frederick H. Lawson,
Kurt Grönfors : **Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit**, Frankfurt/M.Berlin, Alfred Metzner Verlag, 1959.
- Coing, Helmut: “Zur Entwicklung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes”, **JZ**, 1958/18, s.558-560.
- Çelik, Nuri: **İş Hukuku Dersleri**, 19. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2006.
- Daeubler, Wolfgang: “Sachen und Menschen im Schadensrecht”, **NJW**, 1999, s.1611-1612.
- Deutsch, Erwin,
Hans-Jürgen Ahrens : **Deliktsrecht, Unerlaubte Handlungen Schadenersatz Schmerzensgeld**, 4.Auflage, Köln Berlin Bonn München, Karl Heymanns Verlag, 2002..
- Deutsch, Erwin: **Allgemeines Haftungsrecht**, 2. Auflage, KG Köln Berlin Bonn München, Carl Heymanns Verlag, 1996. (Haftungsrecht).
- Deutsch, Erwin: **Unerlaubte Handlungen Schadenersatz Schmerzensgeld**, 3. Auflage, Köln Berlin Bonn

- München, Carl Heymanns Verlag, 1995 (Schmerzensgeld).
- Deutsch, Erwin: “Die neuere Entwicklung der Rechtsprechung zum Haftungsrecht”, **JZ**, 2005/20, s.987-994 (“Entwicklung”).
- Deutsch, Erwin: “Immaterieller Schadensersatz für neue Ansprüche : Vertragsverletzung, Gefährdungshaftung und Forschungsunfall”, **Festschrift für Heins Hauser zum 65. Geburtstag**, Bern 2002, s.551-567 (“Immaterieller Schadensersatz”).
- Deutsch, Erwin: “Die Medizinhaftung nach dem neuen Schuldrecht und dem neuen Schadensrecht”, **JZ**, 2002/12, s.588-593 (“neuen Schadensrecht”).
- Deutsch, Erwin: :“Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung”, **ZRP**, 2001/8, s.351-354. (“Vertragsverletzung”).
- Deutsch, Erwin: “Über die Zukunft des Schmerzensgeldes”, **ZRP**, 1998/8, s.291-294. (“Über die Zukunft des Schmerzensgeldes”).
- Deutsch, Erwin: “Schadensrecht und Verfassungsrecht: Akt II, Unterhalt oder Kind als Schaden: Der BGH unterscheidet Fallgruppen und weicht vom BVerfG ab”, **NJW**, 1994/12, s.776-778. (“Kind als Schaden”).
- Dippon, Rolf: **Der immaterielle Schaden im BGB und im anglo-amerikanischen Recht**, Inaugural-Dissertation, Tübingen, Fotodruck 1962.
- Dörner, Heinrich,
Ina Ebert,
Jörn Eckert,
Thomas Hoeren,
Rainer Kemper, **Bürgerliches Gesetzbuch**, Handkommentar, Schriftleitung:Reiner Schulze, Baden Baden, Nomos Verlagsgesellschaft 2001.

- Reiner Schulze,
Ansgar Staudiner :
Druey, J. Nicolas: **Grundriss der Erbrechts**, 5. Auf., Bern, Staempfli Verlag AG, 2002.
- Dunz, Walter: “Schadensersatz für entgangene Sachnutzung”, **JZ**, 1984/22, s.1010-1015.
- Dural, Mustafa,
Tufan Ögüz: **Türk Özel Hukuku C.II Kişiler Hukuku**, 8. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006 (Kişiler Hukuku).
- Dural, Mustafa, Suat Sarı **Türk Özel Hukuku, C.I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004 (Temel Kavramlar).
- Eckhart, Pick: **Reiserecht, Kommentar zu den §§ 651a bis 651I BGB**, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1995.
- Egger, August: **Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch**, B.I, Einleitung und Personenrecht, 2. Auflage, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 1930.
- Ehlers, Wolfram: **Der Geldersatz für immaterielle Schäden bei deliktischer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechte**, Berlin, J. Schweitzer Verlag 1977.
- Eichler, Hermann: **Personenrecht**, Wien New York, Springer Verlag, 1983. (Personenrecht).
- Eichler, Hermann: “Die Konkurrenz der vertraglichen und deliktischen Haftung im deutschen Recht”, **AcP**, 162 (1963), s.401-420. (“Konkurrenz”).
- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, 8. bası., İstanbul, Beta Basım Yayım, 2003 (Borçlar Hukuku).
- Eren, Fikret: **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi**, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975. (Uygun İlliyet Bağ).

- Eren, Fikret: **Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu**, Ankara, 1974 (İş Kazası).
- Eren, Fikret: “Persönlichkeitsschutz und immaterieller Schaden”, **Türkisch-schweizerische Juristentage 1989**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, s.19-44. (“immaterieller Schaden”).
- Erman, Hasan: **Medeni Hukuk Dersleri, Başlangıç Bölümü**, 2. Basım, İstanbul, Der Yayınları, 2007 (Medeni Hukuk Dersleri).
- Erman Kommentar: **Bürgerliches Gesetzbuch** Handkommentar, 11. Auf., Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2004. (Yazar ismi, Erman Kommentar).
- Ertaş, Şeref: **Schutz der Persönlichkeit und Immaterieller Schadensersatz nach deutschem, schweizerischem und türkischem Privatrecht**, Dissertation, Göttingen, 1976. (Immaterieller Schadensersatz).
- Ertaş, Şeref: “Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tesbiti”, **Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan**, İstanbul, Bayrak Matbaacılık, 1990, s.65-111. (“Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği”).
- Esser, Josef ,
Eike Schmidt: **Schuldrecht**, Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen, Ein Lehrbuch, 8., Auflage, Heidelberg , C.F. Müller Verlag, 1995.
- Fellmann, Walter : “Ist eine Integration der Haftung für positive Vertragsverletzung in das Deliktsrecht sachgerecht?”, **Recht**, 1997/3, s.95-107(“positive Vertragsverletzung”).
- Fellmann, Walter: “Selbstverantwortung und Verantwortlichkeit im Schadenersatzrecht”, **SJZ**, 91 (1995), s.41-50. (“Schadenersatzrecht”).
- Ferid, Murat , **Das Französische Zivilrecht**, Band 1/1, Erster Teil:

- Hans Jürgen Sonnenberger : Allgemeine Lehren des französischen Zivilrechts: Einführung und Allgemeiner Teil des Zivilrechts, 2. Auflage, Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 1994.
- Forkel, Hans: “BGH : Ansprüche der Erben bei Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrecht durch ein Double (‘Der blaue Engel’)”, “çevirimiçi”, <http://rsw.beck.de/rsw/shop/default.asp?docid=10742>, 19.11.2006.
- Frank, Richard: **Persönlichkeitsschutz heute**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1983 (Persönlichkeitsschutz).
- Frank, Richard: “Grundlagen des Reiseveranstaltungsvertrages”, **SJZ**, 77 (1981), s.157-162. (“Reiseveranstaltungsverträge”).
- Franko, Nisim İ.: **Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini**, Doktora Tezi, Ankara 1973. (Şeref ve Haysiyet).
- Franko, Nisim İ.: “Manevi Zararın Mahiyeti ve Ceza Kanununda Tazmini Sureti Hakkında Bir Tetkik”, **Dicle ÜHFD**, C.2, 1984, s.133-151 (“Manevi Zararın Mahiyeti”).
- Frick, Marie-Theres: **Persönlichkeitsrechte Rechtsvergleichende Studie über den Stand des Persönlichkeitsschutzes in Österreich, Deutschland, der Schweiz und Liechtenstein**, Wien, Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei , 1991.
- Fritz, Torsten: **Punitive/exemplary damages in den USA und ihre Qualifikation als Zivilsache**, Inauguraldissertation, Hamburg, Münster, 2004.
- Fuchs, Maximilian: **Deliktsrecht**, Vierte Auflage, Berlin, Heidelberg NewYork Hongkong London Mailand Paris Tokyo, Springer Verlag, 2002.
- Funkel, Thorsten: **Schutz der Persönlichkeit durch Ersatz**

immateriellen Schaeden in Geld, eine rechtsvergleichende Untersuchung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes unter besonderer Berücksichtigung des Geldersatzes für Nichtvermögensschaeden in Deutschland und England, München, Verlag C.H. Beck, 2001.

- Gauch, Peter,
Walter, R. Schluemp,
Jörg Schmid,
Heinz Rey :
Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, B.I, 7. Auf., von Jörg Schmid, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998 (B.I).
- Gauch, Peter,
Walter, R. Schluemp,
Jörg Schmid,
Heinz Rey :
Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, B.II, 7. Auf., von Heinz Rey, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998 (B.II).
- Gauch, Peter,
Walter, R. Schluemp,
Peter Jaeggi :
Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 6 Auf., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995.
- Gauch, Peter,
Walter R. Schluemp:
Schweizerische Obligationenrecht, B.II, 4. Auf., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1987.
- Gauch, Peter:
Der Werkvertrag, 4. Auf., Zürich, Schulthess, 1996 (Werkvertrag).
- Gauch, Peter:
:“Die Haftpflicht der Eisenbahnen Haftung nach Eisenbahnhaftpflichtgesetz”, *Recht* 1998/5, s.194-211.(“Haftung”).
- Gauch, Peter:
“Die Vereinheitlichung der Delikts – und Vertragshaftung”, *ZSR*, 116, (1997), s.315-341 (Delikt).
- Gauch, Peter:
“Die Regeln über die Anstellungsdiskriminierung und die Beförderungsdiskriminierung im Gleichstellungsgesetz”, *Recht*, 1997, B.132, s.555-578. (“Gleichstellungsgesetz”).
- Gauch, Peter:
“Grundbegriffe des ausservertraglichen

- Haftpflichtrechts”, **Recht**, 1996/6, s.225-239.
 (“Haftpflichtrecht”).
- Gauch, Peter: “Entgangener Feriengenuss – Gedanken zu einer Mitteilung”, **SJZ**, 79 (1983), s.276. (“Feriengenuss”).
- Geiser, Thomas: **Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke**, Basler Studien zum Rechtswissenschaft, Reihe A:Privartecht Band 21, Basel und Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn, 1990.
- Gonzenbach, Rainer: **Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht**, Inauguraldissertation, Bern, Staemfli&Cie AG, 1987.
- Götting, Horst-Peter: “Sanktionen bei Verletzung des postmortalen Persönlichkeitsrecht”, **GRUR**, 2004/10, s.801-808. (“Postmortal”)
- Grazioano, Thomas K. : “Angehörigenschmerzensgeld im europaeischen Privatrecht –die Schere schliesst sic”, Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofs vom 16.Mai 2001, Anmerkung, **ZeuP**, 2002/10, s.834-859.
- Grunsky, Wolfgang: “Entgangene Urlaubszeit als Vermögensschaden”, **NJW**, 1975/14, s.609-612.
- Guhl, Theo,
Alfred Koller,
Anton K. Schnyder,
Jean Nicolas Druey:
Gurzeler, Beatrice: **Das Schweizerische Obligationenrecht** mit Einschluss des Handels und Wertpapierrechts, 9. Auf., Zürich, Schulthess, 2000.
- Beitrag zur Bemessung der Genugtuung unter besonderer Berücksichtigung potentiell traumatisierender Ereignisse**, Inauguraldissertation, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2005.
- Gutzwiller, Max: **Einleitung und Personenrecht**, Zwieter Band, (in:Schweizerisches Privatrecht), Herausgegebenen von Gutzwiller/Hinderling/Meier-Hayoz/ Merz/Secrétan/von

- Steiger, Zweiter Band, Basel und Stuttgart, Verlag von Helbing&Lichtenhahn, 1967.
- Günther, Horst,
K.Schuchardt : **Schmerzensgeld, Grundlagen und Systematik für die Erfassung der Lebensbeeinträchtigung als Voraussetzung einer reproduzierbaren Bemessung der Entschädigung**, Hamburg, GT Verlag, 1964.
- Güran, Sait: “Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu”, **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu**, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 12/13.Mart 1982, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s.77-87.
- Gürsoy, K. Tahir,
Fikret Eren,
Erol Cansel: **Türk Eşya Hukuku**, 2. bası, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1984.
- Gürsoy, Kemal Tahir: “Manevi Zarar ve Tazmini”, **AÜHFD**, C.30, Y. 1973, s.7-55.
- Güzel, Ali,
Emre Ertan : “İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış : Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuku”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, S.14, C.4, Y.2007, s.509-551.
- Hacks, Susanne,
Ameli Ring,
Peter Böhm: **SchmerzensgeldBeträge**, Aufgabe 2002, Fast 3000 Urteile mit den neuesten Entscheidungen deutscher Gerichte, Bemessungsgrundlagen, Unfall medizinisches Wörterbuch, 21. Auflage, ADAC Verlag, 2002.
- Hacks, Susanne: “Schmerzensgeld bei schweren und tödlichen Verletzungen”, **NJW**, 1975/32, s.1450-1452.
- Hagen, Horst: “Entgangene Gebrauchsvorteile als Vermögensschaden?”, **JZ**, 1983/21, s.833-840.
- Hatemi, Hüseyin,
Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992 (Borçlar Hukuku Özel Bölüm).

- Abdülkadir Arpacı:
Hatemi, Hüseyin,
Rona Serozan,
Abdülkadir Arpacı:
Hatemi, Hüseyin:
Hatemi, Hüseyin:
Hatemi, Hüseyin:
Hatemi, Hüseyin:
Hatemi, Hüseyin:
Hatemi, Hüseyin:
Hatemi, Hüseyin:
Hatemi, Hüseyin:
Hatemi, Hüseyin:
Hatemi, Hüseyin:
Hatemi, Hüseyin:
Hausheer, Heinz,
Regina E. Aebi-Müller :
Hausheer, Heinz,
Manuel Jaun :
Hausmaninger, Herbert,
Walter Selb:
Heisig, Carsten:
- Eşya Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1991. (Eşya Hukuku).
- Gerçek Kişiler Hukuku** (Kısa Ders Kitabı), İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005 (Gerçek Kişiler).
- Medeni Hukuka Giriş**, 3. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Kasım 2004 (Medeni Hukuka Giriş).
- Borçlar Hukuku**, Fasikül halinde, t.y. (Fasiküller).
- Kişiler Hukuku Dersleri**, 2.Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001 (Kişiler Hukuku (2001)).
- İslâm Hukuku Dersleri**, 3.baskı, İstanbul, Birleşik Yayıncılık, 1999. (İslâm Hukuku Dersleri).
- Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998 (Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku)
- Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, (Özellikle BK.65 Kuralı)**, Doçentlik Tezi, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1976. (Hukuka ve Ahlaka Aykırılık).
- İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat Takdiri, **İHU**, İş.K.73, N.2. (İş Kazası).
- Das personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches**, Bern, Staempfli, 2005.
- “Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1997”, **ZBJV**, Band.134, 1998, s.532-555. (“Rechtsprechung, 134”)
- Römisches Privatrecht**, 8. Auflage, Wien. Köln. Weimar, Böhlau Verlag, 1997.
- Persönlichkeitsschutz in Deutschland und**

- Frankreich**, Inaugural-Dissertation, Hamburg, Verlag Dr.Kovač, 1999.
- Helvacı, Serap : **Gerçek Kişiler**, 2. Bası, Ankara, Arıkan Basım, Yayım, Dağıtım, 2007. (Gerçek Kişiler).
- Helvacı, Serap: **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK m.24/a fıkra I/İMK m.28a fıkra I)**, İstanbul, Beta Basım, Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2001. (Kişilik Hakkı).
- Helvacı, Serap: “Kişilik İşlemi Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar)”, **İÜSBE**, Yayımlanmamış Doktora tezi, İstanbul 1993. (“Kişilik İşlemi Hakları”).
- Hinderling, Hans: **Persönlichkeit und subjektives Recht die aertzliche Aufklaerungspflicht**, zwei Aufsätze zum Persönlichkeitsschutz, Basel, Helbing&Lichtenhahn, 1963.
- Hochstrasser, Fritz: **Die Verletzung persönlicher Güter durch Vertragsverletzung**, Diss., Zürich, Druckerei Gebr. Leemann & Co. A.G., 1926.
- Honsell, Heinrich, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand: **Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I**, Art.1-529 OR, 3. Auf., Herausgeber: Honsell, Vogt, Wiegand, Basel.Genf.München, Helbing & Lichtenbahn, 2003 (Yazar ismi, Basler Kommentar OR).
- Honsell, Heinrich, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser: **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, Art.1-456 ZGB, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, 2. Auf., Basel, Genf, München, Helbing & Lichtenbahn, 2002 (Yazar ismi, Basler Kommentar ZGB I).
- Honsell, Heinrich, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser: **Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Buch II, Art.457-977 ZGB, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, 2. Auf., Basel,

- Helbing &Lichtenbahn, 1998. (Yazar ismi, Basler Kommentar-ZGB II).
- Honsell, Heinrich,
Nedim Peter Vogt,
Wolfgang Wiegand: **Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, Obligationenrecht I, Herausgeber: Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wiegand, Wolfgang , 2. Auf., Basel, Helbing &Lichtenbahn, 1998. (Yazar ismi, Basler Kommentar-2.Auf.).
- Honsell, Heinrich,
Walter Baer,
Moritz Kuhn,
Hans Ott,
Franziska Schneider,
Wolfgang Wiegand:
Honsell, Heinrich: **Handbuch des Arztrechts**, Herausgeber: Heinrich Honsell Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994. (Honsell, Arztrecht).
- Honsell, Heinrich: **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, 3.neubearbeitete Auflage, Zürich, Schulthess, 2000. (Haftpflichtrecht).
- Honsell, Heinrich: **Römisches Recht**, 2.Auf., Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo, Springer-Verlag, 1992 (Römisches Recht).
- Honsell, Heinrich: “İsviçre Sorumluluk Hukukunda Reform Çabaları”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi C.XXII S.4’ten Ayrı Bası**, t.y., Çev: Zafer Zeytin, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s.179-199 (“İsviçre Hukukunda Reform Çabaları”).
- Hotz, Kapsar: **Zum Problem der Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach 28 ZGB**, Zürich, Verlag Schulthess & Co. AG., 1967.
- Huber, Christian: **Das neue Schadensersatzrecht**, Aachen, Deutscher Anwalt Verlag, 2003
- Huguenin, Claire: **Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, unter mitarbeit von Brunner, Feit, Hochstrasser, Isler, Josst, Kaczynski-Coninx, Weiss, Schulthess, 2004.

- Hütte, Klaus: **Die Genugtuung bei Tötung und Körperverletzung (OR 47)**, eine tabellarische Übersicht über Gerichtsentscheide vorwiegend aus den Jahren seit 1970, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1979. (Körperverletzung).
- Hütte, Klaus: “Genugtuungsrecht im Wandel”, **SJZ**, 1988/10, s.169-178. (“Genugtuungsrecht”)
- Hütte, Klaus: “Art.47 OR – Genugtuung?”, **SJZ** 1974/18, s.273-279. (“Genugtuung”).
- Immenhauser, Martin: **Das Dogma von Vertrag und Delikt**, Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der zweigeteilten Haftungsordnung, Köln, Böhlau Verlag, 2006.
- İmre, Zahit: “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler”, **İÜHFİM**, C.39, S.1-4, 1974, s.147-168. (“Özel Hayat”).
- İmre, Zahit: “Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması”, Dr. **A. Recai Seçkin’e Armağan**, Ankara, 1974, s.797-845. (“Şahsiyet Hakkı”).
- İnal, Tamer: **Borca Aykırılık ve Sonuçları**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 2004.
- Jaeger, Lothar,
Jan Luckey: “Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz – Ein Überblick über das neue Recht”, **MDR**, 2002/20, s.1168-1174.
- Jaeger, Lothar: “Arzthaftung – Schmerzensgeld bei unerwünschter Schwangerschaft”, **MDR**, 2004/22, s.1280-1283.
- Jaeggi, Peter: **Fragen des Privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit**, Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins, 94. Jahrgang, Helbing&Lichtenhahn, Verlag, Basel (Aynı yayım : ZSR 1960, 79/2, s.135a-261a.) (Persönlichkeit)

- Jaeggi, Peter: “Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung”, **Festschrift für Wilhelm Schöenberger**, Freiburg Schweiz, Universitaetsverlag, 1968, s.181-197. (“Schadenersatzforderung”).
- Jauerning, Othmar,
Peter Schlechtriem,
Rolf Stürner,
Arndt Teichmann,
Max Vollkommer:
BGB Bürgerliches Gesetzbuch, 8. Auf., München, Verlag C.H. Beck, 1997.
- Kaner, İnci: **Hava Hukuku (Hususi Kısım)**, 2.bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.
- Kaneti, Selim: **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret, 2007 (Hukuka Aykırılık).
- Kaneti, Selim: “Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü”, **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara, 12/13.Mart 1982, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s.61-76 (“Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda İspat Yükü”).
- Kaneti, Selim: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I.Sempozyumu**, Ankara, 21/22 Ekim 1977, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s.29-66 (“Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi”).
- Kaplan, Emine Tuncay: “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, ‘çevirimiçi’, www.kamu-is.org.tr/dergiler.htm (27.5.2006) (Aynı eser, **Kamu-İş**, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.7, S.2, 2003’te de yayımlanmıştır).
- Karahasan, Mustafa R. : **Tazminat Hukuku, Manevi Tazminat**, Öğreti Yargıtay Kararları, 6.bası, İstanbul, Beta Basım Yayım ve

- Dağıtım A.Ş., 2001. (Manevi Tazminat).
- Karahasan, Mustafa R. : **Sorumluluk Hukuku**, C.1, (Kusura Dayanan/Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk), 6. Bası, İstanbul, Beta Basım, Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2003, (Sorumluluk Hukuku).
- Karaman, Hayredin: **Ana Hatlarıyla İslam Hukuku**, 3 Hususi Hukuk, Borçlar ve Akitler, İstanbul, Ensar Neşriyat, 1986.
- Kaser, Max,
Rolf Knütel : **Römisches Privatrecht**, 17. Auflage, München, Verlag C.H.Beck 2003.
- Katzenmeier, Christian: “Die Neuregelung des Anspruch auf Schmerzensgeld”, **JZ**, 2002/21, s.1029-1036.(“Schmerzensgeld”).
- Katzenmeier, Christian: :“Schuldrechtmodernisierung und Schadensersatz rechtaenderung– Umbruch in der Arzthaftung”, **VersR**, 2002/25, s.1066-1074.(“Schuldrechtmodernisierung”).
- Keller, Max,
Carole Schmied-Syz: **Haftpflichtrecht**, Ein Grundriss in Schemen und Tabellen, 5. Auflage, Zürich, Schulhess, 2001.
- Keller, Max,
Sonja Gabi-Bolliger : **Haftpflichtrecht, Das Schweizerische Schuldrecht**, mit Ausnahme der einzelnen Verträge und der ausservertraglichen Haftungen gemaess Spezialgesetzen, eine systematische Darstellung Band II, Zweite, korrigierte Auflage, Basel und Frankfurt am Main, Helbing&Lichtenhahn, 1988.
- Keller, Max,
Christian Schöbi : **Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, B.I, Dritte Auflage, Basel und Frankfurt Helbing&Lichtenhahn, , 1988. (B.I).
- Keller, Alfred: **Haftpflicht im Privatrecht**, Band I, 5. Auflage, Bern, Verlag Staempfli+Cie AG, 1993. (Haftpflicht).
- Kendigelen, Abuzer: **Çek Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, Arıkan, 2005.
- Kern, Bernd-Rüdiger: “Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes - ein pönales Element im Schadensrecht?”, **AcP**, 191 (1991), s.247-272.

- Kerpen, Ursula: **Das Internationale Privatrecht der Persönlichkeitsrechtsverletzungen, eine Untersuchung auf rechtsvergleichender Grundlage**, Frankfurt am Main Berlin Bern Bruxelles New York Oxford Wien, Peter Lang Eorapaeischer Verlag der Wissenschaften, 2003.
- Kılıçoğlu, Ahmet: **Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk**, Gözden geçirilmiş genişletilmiş 2.bası, A.Ü.Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları:14, Ankara, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1993.(Şeref Haysiyet).
- Kılıçoğlu, Ahmet: “Medeni Kanunda Manevi Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik”, Prof. Dr. Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, **Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü**, Ankara 1990, s.103-110.(“Manevi Tazminatta Ağır Kusur”).
- Kılıçoğlu, Ahmet: “Kişilik Haklarına Basın Yoluyla Saldırıların Bakımından Medeni ve Borçlar Kanunumuzda Yapılan Değişiklikler”, **TBB**, 1990/3, s.371-399 (“Kişilik Hakkı”).
- Kılıçoğlu, Ahmet: “Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği”, **ABD**, 1984/1, s.14-21. (“Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği”).
- Kılıçoğlu, Ahmet: “Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi?”, **Dicle ÜHFD**, S.1, 1983, s.287-294. (“Tüzel Kişi”).
- Kılıçoğlu, Mustafa: **Sorumluluk Hukuku**, C.1, Sözleşme Dışı Sorumluluk, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002 (Sorumluluk Hukuku).
- Kırca, Çiğdem : “Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği”, **YD**, Temmuz 1999, C.25, S.3, s.242-269.
- Klippel, Diethelm: “Neuere Entwicklungen des Persönlichkeitsschutzes im deutschen Zivilrecht”, **Entwicklung des Deliktsrechts in rechtsvergleichender Sicht**, Herausgegeben von

- Günther Weick, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag, 1987, s.13-37.
- Klunzinger, Eugen: **Einführung in das Bürgerliche Recht**, Grundkurs für Studierende der Rechts-und Wirtschaftswissenschaften, 9. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2000.
- Knetsch, Alfred: **Das Verhaeltnis von Vertags- und Deliktsrecht**, Eine Darstellung fer französischen Doktrin zum Prinzip des “non-cumul” mit einem kritischen Ausblick auf das deutsche Recht, Köln, G.Grote’sche Verlagsbuchhandlung KG, 1975.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Borçlar Hukuku**, Fasikül halinde, Filiz Kitabevi, t.y. (Borçlar Hukuku).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Miras Hukuku**, 3. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987 (Miras Hukuku).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: “ ‘Değişik Kısmî Hükümsüzlük’ ve ‘Genişletilmiş Kısmî Hükümsüzlük’ Kavramları ile İlgili Düşünceler”, **Selim Kaneti’ye Armağan**, İstanbul 1996, s.25-33 (“Düşünceler”).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip: “Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK. 24, BK.49)”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu**, Ankara, 21-22 Ekim 1977, İstanbul, Fakülteler Matbabası, 1980, s.141-180 (“Manevi Tazminat Davası”).
- Kohler, Helmut, Stephan Lorenz: **Schuldrecht II**, Einzelne Schuldverhaeltnisse, 17., Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2004.
- Koller, Alfred: **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, Band I, Bern, Verlag Staempfli & Cie AG, 1996. (Obligationenrecht).
- Koller, Jürg: **Genugtuung aus Vertragsverletzung**, Dissertation, Zürich, Buchhandlung Schulthess Juristische Medien

- AG, 2003. (Genugtuung).
- Koschaker, Paul,
Kudret Ayiter: **Modern Hususi Hukuka Giriş Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları**, İstanbul, 1961.
- Kostkiewicz, Kren,
Urs Bertschinger,
Peter Breitschmid,
Ivo Schwander: **OR, Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht**, Zürich, Orell Füssli Verlag AG, 2002.
- Köndgen, Johannes: :“Immaterialschadensersatz, Gewinnabschöpfung oder Privatstrafen als Sanktionen für Vertragsbruch? – Eine rechtvergleichend – ökonomische Analyse-”, **RabelsZ**, 1992, s.696-756. (“Immaterialschadensersatz”).
- Körner, Marita: “Zur Aufgabe des Haftungsrechts – Bedeutungsgewinn praeventiver und punitiver Elemente”, **NJW**, 2000/4, s.241-246.
- Kötz, Hein,
Gerhard Wagner: **Deliktsrecht**, 9. Auflage, Kriitel Luchterhand, Neuwied, 2001.
- Kötz, Hein: “Aktuelle Probleme der Reform des deutschen Haftungsrechts”, **Festschrift für Hyung-Bae Kim**, Arbeitsrecht und Zivilrecht in Entwicklung, Berlin, Duncker und Humblot, 1995, s.239-251 (“Aktuelle Probleme”).
- Kramer, Ernst A.,
Bruno Schmidlin: **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht**, B.IV, Obligationenrecht, 1. Abt., Allgemeine Bestimmungen, Teilb. 1, Allgemeine Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art.1-18 OR, Bern 1986.
- Krauskopf, Patrick: **Der Vertrag zugunster Dritter**, Freiburg, Schweiz, Universitaetsverlag, 2000.
- Kropholler, Jan: **Bürgerliches Gesetzbuch Studienkommentar**, München, Verlag C.H. Beck, 2003
- Kuntalp, Erden, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin**

- Nami Barlas,
Ahu Ayanoğlu Moralı,
Pelin Çavuşoğlu Işintan,
Mert Yaşar,
Sedef Koç:
Laghzaoui, Ralf: **Değerlendirmeler**, Galatasaray Üniversitesi, Mayıs 2005.
- Landolt, Hardy: **§ 253 BGB und der Nichtvermögensschaden bei Ansprüchen aus culpa in contrahendo und positiver Vertragsverletzung**, Diss., Universität Köln, Aachen, Shaker Verlag, 2000.
- Landolt, Hardy: **Zürcher Kommentar**, Allgemeine Bestimmungen, Obligationenrecht, Herausgegeben von Peter Gauch, Jörg Schmid, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art.1-529 OR), Teilband V 1c, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Zweite Lieferung, Art.45-49 OR, Dritte Auf., Zürich, Schulthess, 2007 (Zürcher Kommentar).
- Lange, Hermann,
Gottfried Schiemann: **Schadenersatz, Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen**, Herausgegeben von Joachim Gernhuber, band 1, 3. neubearbeitete Auflage, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.
- Larenz, Karl: **Lehrbuch des Schuldrechts**, Allgemeiner Teil, Erster band, 14. Auf., München, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987 (Schuldrecht, I).
- Laufs, Adolf,
Emil Reiling: "Schmerzensgeld wegen schuldhafter Vernichtung deponierten Sperms?", **NJW**, 1994/12, s. 775-778.
- Lemp, Paul: **Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges**, Bern, Verlag von Staempfli & Cie, 1939.
- Lempen, Karine: "Überblick über die Rechtsprechung zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz", **AJP**, 2006/11, s.1413-1421.

- Lenz, Christian: **Amerikanische Punitive Damages vor dem Schweizer Richter**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1992.
- Leuze, Dieter: **Die Entwicklung des Persönlichkeitsrechts im 19. Jahrhundert, -zugleich ein Beitrag zum Verhaeltnis allgem. Persönlichkeitsrecht- Rechtsfaehigkeit-**, Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Giesecking, 1962.
- Lieberwirth, Ralf: **Das Schmerzensgeld, systematische Darstellung und Entscheidungssammlung**, 3. Auflage, Heidelberg, Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft MBH, 1965.
- Liebmann, Marc: **Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter**, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, Peter Lang, Europaeischer Verlag der Wissenschaften, 2006.
- Lorenz, Egon: **Immaterieller Schaden und “billige Entschaedigung in Geld”**, Eine Untersuchung auf der Grundlage des § 847 BGB, Berlin, Duncker & Humblot, 1981. (Lorenz, E.).
- Löwe, Walter: “Gebrauchsmöglichkeit einer Sache als selbstaendiger Vermögenswert?”, **NJW**, 1964/10, s.701-705.
- Lüchinger, Niklaus: “Die Verjaehrung von Ansprüche aus culpa in contrahendo”, **SJZ**, 2006/9, s.197-201.
- Magnus, Ulrich: **Schaden und Ersatz: eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Ersatzfaehigkeit von Einbussen**, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1987.
- Mammey, Gotthold “Schadensersatz für entgangene Urlaunstage”, **NJW**, 1969, s.1150-1153.
- Mannsdorfer, Thomas M. “Haftung für perinatale Schaedigung im Medizinischen Bereich”, **HAVE** 2003, s.101-118.
- Matskidis, Christos P. : **Der deliktische Anspruch auf Geldentschaedigung für immateriellen Scahen unter besonderer**

- Berücksichtigung der Persönlichkeitsverletzungen.
Eine rechtsvergleichende Untersuchung des
deutschen und des griechischen Rechts,**
Recht&Wirtschaft P.N.Sakkoulas, 2002.
- Mayenburg, David: “Nur Bagatellen? – einige Bemerkungen zur Einführung von Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung im Regierungsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Aenderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften”, **VersR**, 2002/7, s.278-287.
- Mayer-Maly, Theo: **Römisches Privatrecht**, Wien-New York, Springer Verlag, 1991.
- Medicus, Dieter: **Gesetzliche Schuldverhältnisse**, JuS Schriftenreihe Studium, 5. Auf., München, Verlag C.H. Beck, 2007, (Schuldverhältnisse).
- Medicus, Dieter: **Schuldrecht I, Allgemeiner Teil**, Juristische Kurz-Lehrbücher, 17. Auf., München, Verlag C.H. Beck, 2006 (Schuldrecht I).
- Medicus, Dieter: **Schuldrecht II, Besonderer Teil**, Juristische Kurz-Lehrbücher, 11. Auf., München, Verlag C.H. Beck, 2003 (Schuldrecht II).
- Medicus, Dieter: “Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht-Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden”, **JZ**, 2006/16, s.805-812 (“Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht”).
- Medicus, Dieter: “Die culpa in contrahendo zwischen Vertrag und Delikt”, **Festschrift für Max Keller zum 65.Geburtstarg**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, s.205-219. (“culpa in contrahendo”)
- Meier-Hayoz, Arthur: **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, B.IV, Sachenrecht, 1. Abteilung, Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen,

- Artikel 641-654, 4. Auf., Bern, Verlag Staempfli & Cie, 1966.
- Menchkutat, B.,
M. Stackelbeck,
G. Langenhovd : “Der Mobbing-Report Eine Repraesentativstudie für die Bundesrepublik Deutschland”, Dortmund/Berlin 2002, ‘çevirimiçi’
www.baua.de/nn_28474/de/Publikationen/Forschungsberichte/202/Fb951,xv=vt.pdf.(16.8.2006).
- Merz, Hans: **Obligationenrecht**, Allgemeiner Teil, erster Teilband, Schweizerisches Privatrecht, Herausgegeben von Greyerz/ Gutzwiller/ Hinderling/ Meier-Hayoz/ Merz/ Piotet/ Secrétan/ von Steiger/ Vischer, Basel und Frankfurt am Main, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 1984. (Obligationenrecht).
- Merz, Hans: **Vertrag und Vertragsschluss**, 2. Auf., Freiburg Schweiz, Universitätsverlag, 1992. (Vertrag und Vertragsschluss).
- Mol, Katarzyna: **Haftung für Pressepublikationen**, eine vergleichende Untersuchung des polnischen und deutschen Zivilrechts, Diss., (Europäische Hochschulschriften : Reihe 2, Rechtswissenschaft, Series II), Frankfurt am Main Berlin Bern Bruxelles New York Oxford Wien, Peter Lang, 2000.
- Moser, Martin: **Die Haftung gegenüber vertragsfremden Dritten**, Ein Beitrag zur Lehre von der Vertrauenshaftung, gezeigt am Beispiel des Wirtschaftsprüfers, Bern, Staempfli Verlag AG, 1998.
- Müller, J.Paul: **Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts**, Inauguraldissertation, Bern, Buchdruckerei Staempfli & Cie 1964. (Müller, J.P.).
- Müller, Klaus: **Sachenrecht**, 4. Aufl., Köln Berlin Bonn München, Carl

- Heymanns Verlag KG, 1997. (Müller, K.).
- Müller, Otto: **Sachenrecht**, 4. Aufl., Köln Berlin Bonn München, Carl Heymanns Verlag KG, 1997. (Müller, K.).
- Münchener Kommentar: **Bürgerliches Gesetzbuch**, Schuldrecht, Besonderer Teil II, B.4, §§ 611-704, Redaktör: Martin Henssler, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2005. (Yazar ismi, Münchener Kommentar).
- Münchener Kommentar: **Bürgerliches Gesetzbuch**, Schuldrecht Allgemeiner Teil, B.II, §§ 241-432, Redaktör: Wolfgang Krüger, 4. Auf., München, Verlag C. H. Beck, 2001.(Yazar ismi, Münchener Kommentar).
- Nehlsen-v.Stryk, Karin: “Schmerzensgeld ohne Genugtuung”, **JZ**, 1987/3, s.119-127.
- Neuenschwander, Markus: **Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht**, Bern, Verlag Staempfli & Cie AG., 1971.
- Nomer, Haluk N. : **Borçlar Hukuku**, 5. Bası, İstanbul, Beta Basım, Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2007 (Borçlar Hukuku).
- Nomer, Haluk N. : **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul, Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 1996. (Maddi Tazminatın Belirlenmesi).
- Nörr, Dieter : “Zum Ersatz des immateriellen Schadens nach geltendem Recht”, **AcP**, 158/1, s.1-15.
- Oftinger, Karl, Emil W. Stark : **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Erster Band: Allgemeiner Teil 5. Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich 1995. (B. I).
- Oftinger, Karl, Emil W. Stark: **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Zweiter Band: Besonderer Teil, Erster Teilband: Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftungen, Haftung aus Gewaesserverschmutzung, 4. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1987. (B. II/1).
- Oftinger, Karl: **Schweizerisches Obligationenrecht**, Erster band:

- Allgemeiner Teil, Vierte, überarbeitete und vermehrte Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag 1975. (Haftpflichtrecht).
- Oftinger, Karl: **Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerische Obligationenrecht**, 2. Aufl., Zürich, 1973 (Bundesgerichtspraxis).
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir : **Eşya Hukuku**, 11. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006 (Eşya Hukuku).
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir : **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 8.bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005.(Kişiler Hukuku).
- Oğuzman M. Kemal, Turgut Öz: **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006.
- Oğuzman, M. Kemal: “İsviçre’de ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler”, **Prof. Dr. Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara 1990, s.6-54. (“Şahsiyetin Korunması”).
- Oktay, Saibe: **Gezi Sözleşmesi**, İstanbul Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1997 (Gezi Sözleşmesi)
- Oktay, Saibe: “Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni”, **İHFM**, C.LV, S.3, 1997, s.209-234. : (“Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği”).
- Oktay, Saibe: “Federal Mahkeme’nin 21 Haziran 1988 Tarihli Kararının Çevirisi ve İncelenmesi”, **İHFM**, C.LV, S.1-2, 1996, s.489-500. (“Çeviri”).
- Oktay, Saibe: “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Doldurulması”, **İHFM**, C.LV, 1996,

- s.263-296 (“İsimsiz Sözleşmelerde Yorum”).
- Orhunöz, Ergun: **Ölüm ve Cismani Zararlarda Manevi Tazminat** (B.K. Mad-.47), Ankara, Seçkin Yayınevi, t.y.
- Oser, Hugo,
Wilhelm Schönenberger: **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,** Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art.1-183, 2. Auf., Zürich, Schulthess & Co., 1929.
- Öngören, Gürsel: **Televizyon ve Radyoda Kişilik Haklarına Sakdırlara Karşı Hukuki Başvuru Yolları,** İstanbul, Der Yayınları, 1996.
- Öz, Turgut: **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi,** İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1989.
- Özdemir, Erdem: “İşyerinde Cinsel Taciz”, **Çalışma ve Toplum,** 2006/4, s.83 vd.
- Özsunay, Ergun: **Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler,** Tüzel Kişilerin Genel Teorisi Dernekler, Vakıflar, 5.bası, İstanbul İstanbul Üniveristesi Yayınları, 1982. (Tüzel Kişiler).
- Özsunay, Ergun: **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu,** İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1979. (Gerçek Kişiler).
- Özsunay, Ergun: “Çeşitli Hukuk Çevrelerinde “Manevi Zarar” Kavramı ve “Manevi Zararın Giderimi”ne İlişkin Çözümler”, **Prof. Dr. S.S. Tekinay’ın Hatırasına Armağan,** İstanbul, 1999. (Kısattılması: “Çeşitli Hukuk Çevrelerinde Manevi Zarar”).
- Özsunay, Ergun: “Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar”, **Prof. Dr. Bülent Davran’a Armağan,** İstanbul, 1998, s.2-58 (“Hayatın Başlangıcı”).
- Özsunay, Ergun: “Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları”, **Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu,** Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi,

- Ankara, 12/13.Mart 1982, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s.31-60 (“Alman ve Türk Hukukunda Hekimin Ödevi”).
- Öztañ,Bilge : **Şahsın Hukuku**, Hakiki Kişiler, Ankara, Turhan Kitabevi, 1994.
- Palandt, Otto: **Bürgerliches Gesetzbuch**, Beck’sche Kurz Kommentar, 66. Auflage, bearbeitet von Bassenge, Brudermüller, Diederichsen, Edenhofer, Grüneberg, Heinrichs, Heldrich, Sprau, Weidenkaff, München, Verlag C.H.Beck, 2007.
- Pedrazzini, Mario M.,
Niklaus Oberholzer : **Grundriss des Personenrechts**, 4. Auflage, Bern, Verlag Staempfli+Cie AG, 1993.
- Poroy, Reha,
Ünal Tekinalp : **Kıymetli Evrak Hukuku Esasları**, 17. Bası, Ankara, Arıkan Yayınevi, 2005.
- Reisoğlu, Safa: **Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, 19. Bası, İstanbul, Beta Basım, Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2006. (Borçlar Hukuku).
- Reisoğlu, Seza: **Hizmet Akdi**, Mahiyeti-Unsurları-Hükümleri, Ankara Sevinç Matbaası, 1968.
- Reisoğlu, Seza: “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler, V. Sempozyum**, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara 12/13.Mart 1982, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1983, s.1-18. (“Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”).
- Remé, Thomas M. : **Die Aufgaben des Schmerzensgeldes im Persönlichkeitsschutz, Rechtsvergleichende Beitrage zum Schadensrecht**, Frankfurt/M. Berlin, Alfredmetznerverlag, 1962.
- Rey, Heinz: **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, 2. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998

- (Haftpflichtrecht).
- Riemer, Hans M. : **Personenrecht des ZGB, Studienbuch und Bundesgerichtspraxis**, Bern, Verlag Staempfli+Cie AG, 1995 (Personenrecht).
- Riklin, Franz: **Der Schutz der Persönlichkeit gegenüber Eingriffen durch Radio und Fernsehen nach Schweizerischem Privatrecht**, Freiburg, Universitaetsverlag, 1968 (Persönlichkeit).
- Roberto, Vito: **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Zürich, Schulthess, 2002 (Haftpflichtrecht).
- Rohe, Mathias: Anmerkung BGH, Urteil von 9.11.1993, **JZ**, 1994, s.465-468.
- Rötelmann, Celle: “Nichtvermögensschaden und Persönlichkeitsrechte nach schweizerischem Recht”, **AcP**, 160 (1961), s.366-409.
- Rumo-Jungo, Alexandra: **Haftpflicht und Sozialversicherung**, Freiburg Schweiz, Universitaetsverlag, 1998.
- Sanlı, Kerem Cem: **Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, İstanbul, Arıkan Basım Yayım, 2007.
- Saymen, Ferit H. : **Manevi Zarar ve Tazmini Sureti**, Doktora Tezi, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, 1940. (Manevi Zarar).
- Schaerer, Max: **Recht und Gerichtspraxis über Haftpflicht und Schadenersatz**, Bern ,Verlag R. Suter & Cie, 1940.
- Scheffen, Erika: “Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes für Verletzungen aus Verkehrsunfaellen, aertzlichen Kunstfehlern und Produzentenhaftung”, **ZRP**, 1999/5, s.189-193.
- Schiemann, Gottfried: **Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrecht**, München, C.H.Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1981. (Schadensrecht).

- Schiemann, Gottfried: “Deliktische Arzthaftung und andere Berufshaftungen”, **Entwicklung des Deliktsrechts in rechtsvergleichender Sicht**, Herausgegeben von Günther Weick, Frankfurt am Main, Alfred Metzner Verlag 1987, s.55-72 (“Arzthaftung”).
- Schlobach, Klaus: **Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes**, Diss., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2004.
- Schmid, Jörg: “Vertragsverletzung und Genugtuung”, **Festschrift für Ernst A. Kramer**, Basel, 2004, s.647-661.
- Schmitz, Georg: **Ersatz immaterieller Schaeden nach Vertragsrecht, englisches, kanadisches und amerikanisches im Vergleich zum deutschen Recht**, Freiburg HochschulSammlung Rechtswisswnschaft Zivilrecht, 1980.
- Schönenberger, Wilhelm Peter Jaeggi : **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Obligationenrecht, Kommentar zur 1.ve 2. Abteilung (Art.1-520 OR), 4. Auf., Teilband V 1a, Zürich Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1973.
- Schulze, Reiner: “Nutzungsausfallentschaedigung zu Funktion und Grenzen des § 253 BGB”, **NJW**, 1997/50, s.3337-3342.
- Schwab, K. Heinz, Hans Prütting: **Sachenrecht**, Juristische Kurz-Lehrbücher, 30. Auf., München, Verlag CH Beck, 2002.
- Schwander, Ivo: “Verletzung der Persönlichkeit durch Aeusserungen in der Presse, Genugtuung, Beweis der erlittenen Unbill durch Erfahrungssaetze?”, **AJP**, 1994, s.380 vd.
- Schwenzer, Ingeborg : **Schweizerisches Obligationenrecht**, Allgemeiner Teil, 4. Auf., Bern, Staempfli Verlag AG, 2006 (Obligationenrecht).
- Schwenzer, Ingeborg: “Beschraenkung und Modifikation der vertraglichen Haftung”, **St. Gallen**, 1998, s.101-126

- (“Haftungsbeschränkung”).
- Seifert, Fedor: “Postmortaler Schutz des Persönlichkeitsrechts und Schadensersatz – Zugleich ein Streifzug durch die Geschichte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts”, **NJW**, 1999/27, s.1889-1897.
- Serozan, Rona, Baki İlkey Engin: **Miras Hukuku**, Ankara, Seçkin, 2004.
- Serozan, Rona: **Borçlar Hukuku**, Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, (Kocayusufpaşaoğlu /Hatemi/Serozan/Arpacı), III. Cilt, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006. (İfa Engelleri).
- Serozan, Rona: **Borçlar Hukuku Özel Bölüm**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2002 (Borçlar Hukuk Özel Bölüm).
- Serozan, Rona: “Kişiyeye Sıkı Biçimde Bağlı Sayılan Manevi Hakların Mirasçıya Geçebilirliği”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Ankara, Seçkin, 2006, s.559-565. (“Manevi Haklar”).
- Serozan, Rona: “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Dergisi, Ankara 1990, s.67-101. (“Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”)
- Serozan, Rona: “Eine differenzierte Beurteilung des Anspruch auf immateriellen Schadensersatz (Versuch einer Entemotionalisierung)”, **Türkisch-schweizerische Juristentage** 1989, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1990, s.45-78.(“immateriellen Schadensersatz”).
- Serozan, Rona: “Tendenzen zur Normativierung Individualisierung der Schadenszurechnung”, **Türkisch-Schweizerische Juristenwoche** in Zürich und Bern, Die Verantwortlichkeit im Recht, Band II, Zürich,

- Schulthess Polygraphischer Verlag, 1980, s.447-496 (“Tendenzen zur Normativierung”).
- Serozan, Rona: “Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali”, **Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan**, İstanbul, Bayrak Matbaacılık, 1990, s.279-289.(“İntikal”).
- Serozan, Rona: “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler”, **MHAD**, Y.11, S.14, s.93-112 (“Kişilik Hakkının Korunması”).
- Serozan, Rona: “Culpa in Contrahendo”, “Akdin Müspet İhlali” ve “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme” Kurumlarının Ortak Temeli : Edim Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi”, **MHAD**, Y.2, S.3, 1968, s.108-129 (“Edim Yükümlülüklerinden Bağımsız Borç İlişkisi”).
- Sevimli,K. Ahmet: **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, İstanbul, Legal, 2006.
- Sidler, Max: “Die Bemessung der Genugtuung bei Invalidaetsschaeden”, **SJZ**, 93 (1997), s.165-171.
- Slizyk, Andreas: **Beck’sche Schmerzensgeld - Tabelle Von kopf bis Fuss, Basisdaten von mehr als 2700 Schmerzensgeld – Entscheidungen mit systematischer Kommentierung des § 847 BGB**, 4. überarbeitete Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2001.
- Soergel, Hans T.
Wolfgang Siebert: **Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, Kohlhammer-Kommentar, Band 5/2, Schuldrecht IV/2 (§§ 823-853), 12. Auf., Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, 1998.
- Specker, Karl: **Die Persönlichkeitsrechte mit besonderer Berücksichtigung des Recht auf die Ehre im schweizerischen Privatrecht**, Aarau, H.R. Sauerlaender & Cie, 1911.

- Spiro, Karl: **Die Haftung für Erfüllungsgehilfen**, Bern, Verlag Staempfli & Cie AG, 1984 (Erfüllungsgehilfen).
- Spiro, Karl: **Die Begrenzung privater Rechte durch Verjaehrungs- Verwirkungs- und Fatalfristen**, B.I, Die Verjaehrung der Forderungen, Bern, Verlag Staempfli & Cie AG, 1975.(Verjaehrung).
- Stark, Emil W. : **Ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Skriptum, 2. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1988. (Haftpflichtrecht).
- Stark, Emil W. : “Zur Frage der Schaedigungen ohne Vermögensnachteile”, **Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag**, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, s.311-322. (“Vermögensnachteile”).
- Von Staudingers, J. : **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, Buch 2, Recht der Schuldverhaeltnisse §§ 249-254 (Schadenersatzrecht) Neubearbeitung 2005 von Gottfried Schiemann, Berlin Sellier – de Gruyter 2005. (Schiemann, Staudinger’s Kommentar).
- Von Staudingers, J. : **Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen**, Buch 1, Allgeminer Teil §§ 90-133; §§ 1-54, 63 BeurkG, (Allgeminer Teil 3 und Beurkundungsverfahren), Bearbeitung 2004 von Hertel, Jickeli, Knothe, Singer, Stieper, Redaktör: Norbert Habermann, Berlin, Sellier – de Gruyter 2004. (Yazar ismi, Staudinger’s Kommentar).
- Steffen, Erich: “Schmerzensgeld bei Persönlichkeitsverletzung durch Medien, ein Plaedoyer gegen formalhafte Berechnungsmethoden bei der Genltentschaedigung”, **NJW**, 1997/1, s.10-14.
- Stein, Peter: **Die Genugtuung**, 3. Auf., Genf, Juristische Schriften

- des Touring-Club der Schweiz, 1976 (Die Genugtuung).
- Stoll, Hans: “Anmerkung zu BGH, Urteil 10.10.1974 VII ZR 231/73 (OLG Hamm.)” **JZ**, 1975/8, s.249-255. (“Anmerkung”).
- Stoll, Hans: Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für Immateriellen Schaden?, **Gutachten für den 45.Deutschen Juristentag**, München und Berlin, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1964 (Gutachten).
- Stoll, Heinrich: “Abschied von der Lehre von den positiven Vertragsverletzung”, **AcP**, 136, s.257-320. (“Vertragsverletzung”).
- Sutter, Thomas: “Voraussetzungen der haftung bei Verletzung der Persönlichkeit nach Artikel 49 des revidierten Obligationenrecht”, **BJM**, 1991, s.1-11.
- Şeker Öğüz, Zehra: “Besteht die Möglichkeit, wegen abhanden gekommenen Reisegepaeck unter dem Personenbeförderungvertrag auf Genugtuung zu klagen?”, **Annales**, 37, N.54, 2005, s.377-385.
- Şen, Ersan: **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1996.
- Şenocak, Zariife: **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, Ankara, AÜHF Döner Sermaye Yayınları, No:44, 1998.
- Tahiroğlu, Bülent: **Roma Borçlar Hukuku**, İstanbul Der Yayınları, 2003. (Borçlar).
- Tahiroğlu, Bülent: **Roma Hukukunda İniuria**, İstanbul, Kutulmuş Matbaası, 1969. (İniuria).
- Taman, Şükran: “Beden Tamlığının İhlali ve Ölüm Hallerinde Manevi Tazminat”, **İÜSBE**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1984.
- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.2, İstisna

- (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri, 3. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, Olgaç Matbası, 1987. (Özel Borç İlişkileri, C.2).
- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C.I/2, Kira ve Ödünç Verme (Ariyet, Karz) Sözleşmeleri, 3. Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, Olgaç Matbası, 1985. (Özel Borç İlişkileri, C.I/2).
- Tandoğan, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku (Akit dışı ve Akdi Mes'uliyet), Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1961. (Türk Mesuliyet Hukuku).
- Tandoğan, Haluk: “Şahsiyetin Akit Dışı İhlallerine Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı Ve Basın Yoluyla İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması”, **AÜHFD**, C.XX, 1968, S.1-4, s.1-36. (“Özel Hayatın Korunması”).
- Taupitz, Jochen: “Der deliktische Schutz des menschlichen Körpers und seiner Teile”, **NJW**, 1995/12, s.745-752.
- Tekinay, Selahattin S., Sermet,Akman, Haluk,Burcuoğlu, Atilla Altop: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.
- Tekinay, Selahattin S. : **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992 (Gerçek Kişiler).
- Tekinalp, Ünal: **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, BetaBasım Yayım Dağıtım A.Ş., 2002
- Tercier, Pierre : **Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en Droit Civil Suisse**, Thèse, Fibourg, 1971. (Contribution).
- Tercier, Pierre : “L'évolution récente de la réparation tort moral dans la responsabilité civile et l'assurance-accidents”, **SJZ**,

- 1984/4, s.53 vd. (“tort moral”)
- Thiele, Wolfgang: “Leistungsstörung und Schutzpflichten”, **JZ**, 1976, s.649-657.
- Thurnheer, Christoph,
Sanna Maas : **Haftpflichtrecht**, Kurz gefasste Darstellung (Repetitorium), Tafeln, Übungen mit Lösungen, Zürich, orell füssli Verlag AG, 2005.
- Thüsing, Gregor :“Das Schadensrecht zwischen Bestaendigkeit und Wandel”, **ZRP**, 2001/3, s.126- 130. (“Das Schadensrecht”).
- Thüsing, Gregor: :“Schadensersatz für Nichtvermögensschaeden bei Vertragsbruch”, **VersR**, 2001/7, s.285-297. **39** (“Nichtvermögensschaeden”).
- Trebes, Anja: **Zivilrechtlicher Schutz der Persönlichkeit vor Presseveröffentlichungen in Deutschland, Frankreich und Spanien, eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des einstweiligen Rechtsschutzes**, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2002.
- von Tuhr, Andreas
Hans Peter : **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Dritte Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1974.
- von Tuhr, Andreas
Arnold Escher : **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, B.II, 3. Auf., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1974.
- von Tuhr, Andreas/
Alfred Siegwart : **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Zweite Auflage, Erster Halbband, Zürich, Polygraphischer Verlag AG, 1942.
- von Tuhr, Andreas: **Borçlar Hukukunun Umumi Esasları**, Cilt 1-2, Çeviren: Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No: 15, Ankara, Olgaç Matbaası, 1983.
- Tunçomağ, Kenan, **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul, Beta 2005.

- Tankut Centel :
- Tunçomağ, Kenan: **Özel Borç İlişkileri**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977. (Özel Borç İlişkileri).
- Tunçomağ, Kenan: **Türk Borçlar Hukuku**, Genel Hükümler, C.I, 6.Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1976
- Tuor, Peter,
Bernhard Schnyder,
Jörg Schmid:
- Ulusan, İlhan: **Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu**, İstanbul, Kazancı Kitap Ticaret A.Ş., 1990. (İşçiyi Gözetme Borcu).
- Ulusan, İlhan: “Bir Derneğin Kişilik Haklarının Zedelenmesi İle İlgili 3 Haziran 1971 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararı”, **MHAD**, 1973/10, s.209-218. (“Kişilik Hakkı”).
- Umur, Ziya: **Roma Hukuku Ders Notları**, İstanbul, Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 1999.
- Uşan, M. Fatih: **İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı)**, Ankara, Seçkin 2003.
- Uygur, Turgut: **Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, C.III, Ankara, Seçkin, 2003.
- Ülgen, Hüseyin,
Mehmet Helvacı,
Abuzer Kendigelen,
Aslan Kaya:
- Ülgen, Hüseyin: **Hava Taşıma Sözleşmesi**, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, Ankara, Bayrak Matbaacılık, 1987.
- Ünal, Mehmet: “Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, **AÜHFD**, C.35, Y.1978, s.397-437.
- Vorndran, Wilhelm: “Schmerzensgeld für Hinterbliebene bei Tötung naher

- Angehöriger, ein Diskussionsvorschlag”, **ZRP**, 1988/8, s.293-295.
- Voss, Andreas: :“Ersatz immaterieller Schaden im Rahmen höchstpersönlicher Verträge”, **ZRP**, 1999/11, s.452-455.
- Vuille-Dit-Bille, René: **Die verschiedenen Ansprüche bei Persönlichkeitsverletzung und ihr Verhältnis zueinander**, Zürich, Juris Druck & Verlag, 1980.
- Wagner, Gerhard: “Ersatz immaterieller Schäden: Bestandsaufnahme und europäische Perspektiven”, **JZ**, 2004/7, s.319-331 (“immaterieller Schaden”).
- Wagner, Gerhard: Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz”, **NJW**, 2002/29, s.2049-2064. (“Das Zweite Schadensersatzrechtsänderungsgesetz”).
- Wagner, Gerhard: “Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen”, **ZEuP**, 2000, s.200-228. (“Persönlichkeitsverletzungen”)
- Weber, Rolf H. : **Berner Kommentar**, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung Art 97-109, Bern, Staempfli Verlag AG 2000. (Berner Kommentar).
- Werro, Franz : **La Responsabilité Civile**, Berne, Staempfli Verlag, 2005.
- Wiegand, Wolfgang: “Von der Obligation zum Schuldverhältnis zur Entwicklung des schweizerischen Schuldrechts“, Teil 1, **Recht**, 1997/3, s.85-94 (“Obligation”)
- Wiegand, Wolfgang: “Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes”, Sonderdruck aus Artz und Recht, **Berner Tage für die juristische Praxis**, Bern, Verlag Staempfli & Cie AG, 1985, s.82-123.(“Arztvertrag”).
- Wiese, Günther: **Der Ersatz des immateriellen Schadens**, Tübingen,

- J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1964 (Der Ersatz immateriellen Schaden).
- Wildhaber, Patricia: **Wesen und Abgrenzung von Genugtuung und Schmerzensgeld Unter Berücksichtigung des liechtensteinischen, schweizerischen und österreichischen Rechts**, Dissertation, Zürich 1999.
- Winter, Urs: “Genugtuung und Vorteilsausgleich”, **SJZ**, 1971/3, s.33-37.
- Wolfgang, Methfessel: **Vertragsrecht**, Buch I, Allgemeine Grundlagen, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, Verlag W. Kohlhammer GmbH, 1977.
- Yalman, Süleyman: **Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk**, Ankara, Seçkin, 2006.
- Yavuz, Cevdet : **Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler**, 7. Baskı, 7. Baskıyı Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Burak Özen, Faruk Acar, İstanbul, Beta, 2007.
- Yavuz İpekyüz, Filiz : **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, Ocak 2006.
- Zen-Ruffinen, Piermarco “İsviçre Sorumluluk Hukukunda Destekten Yoksun Kalma Tazminatı ve Manevi Tazminat Konusunda Yeni Gelişmeler” Çev. Haluk Burcuoğlu, **İBD**, 1985, S.4-5-6, s.357-380.
- Zevkliler, Aydın: “Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”, **Dicle ÜHFD**, Y.1983, S.1, s.3-37 (“Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları”).
- Zeytin, Zafer: **Zur Problematik des Schmerzensgeldes** : Feststellung und Ersatz des entschädigungspflichtigen immateriellen Schadens und die Doppelfunktion des Schmerzensgeldes, Dissertation, Berlin, Logos Verlag 2001. (Zur Problematik des Schmerzensgeld).
- Zeytin, Zafer: “Das Schmerzensgeld ohne Genugtuungsfunktion”, Prof.

Dr. **Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Seçkin, Ankara 2004, s.63-89 (“Das Schmerzensgeld ohne Genugtuungsfunktion”).

Zeytin, Zafer: “Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi III – Manevi Zarar Olarak “Boşa Geçen Tatil Zamanı”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XXII S.1’den Ayrı Bası**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı – Hukuk Fakültesi, Ankara, ty., s.185-200 (Boşa Geçen Tatil Zamanı).

Zeytin, Zafer: “Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi II Maddi Zarar Olarak “Çocuk””, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.XXI Sayı 3’ten Ayrı Bası**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakfı, Ankara, s.33-45. (“Maddi Zarar Olarak Çocuk”).

Zimmermann, Reinhard: **The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition**, Oxford, Clarendon Pres, 1996.

Zirlick, Beat : **Freizeichung von der Deliktshaftung, Haftungsbeschränkung und –ausschluss im ausservertraglichen Bereich**, Bern, Staempfli Verlag, 2003.

• Bu makalenin tüm hakları yazarı Yard. Doç. Dr. Kadriye Bakırcı’ya aittir ve makale, yazarı tarafından Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuk sitesi.com>) kütüphanesinde yayınlanmıştır.

Bericht der Redaktionskommission des Obligationenrechtes an die Bundesversammlung (vom 14 März 1911), BBI 1991, B. 1, s.845 vd. ‘çevirimiçi’ www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/loadDocQuery.do?context=results&documentIndex=5&dsUID_f6438d:115f5c74404:5e0f=detailview (15.5.2006).

Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Revision des Obligationenrechtes (Nachtrag zur Botschaft vom 3. März 1905). (vom 1. Juni 1909). (BBI III 735). ‘çevirimiçi’

www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/loadQueryDocsPage.do? pageNumber.
(15.5.2006).

Boşanma ile İlgili Olarak Medeni Kanunumuzda Yapılan Son Değişiklikler, **ABD.**,
1988/3, s.364 vd.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf
betreffend die Ergaenzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches
durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen (vom 3
Maerz 1905) ‘çevirimiçi’
www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/execQeryForm.do. (15.5.2006).

Botschaft über die Aenderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches
(Persönlichkeitsschutz Art.28 ZGB und 49 OR) vom 5 Mai 1982 (BBI 1982 B.2,
s.636 vd.) ‘çevirimiçi’
[www.amtsdruckschriftenbar.admin.ch/loadDocQuery.do?context=results&
documentIndex=5 &dsUID_f6438d:115f5c74404:5d9a=detailview](http://www.amtsdruckschriftenbar.admin.ch/loadDocQuery.do?context=results&documentIndex=5 &dsUID_f6438d:115f5c74404:5d9a=detailview) (15.5.2006)

Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Vorentwurf eines
Bundesgesetzes, 2000, von Widmer, Pierre/Wessner, Pierre ‘çevirimiçi’
[www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht.par.0
007.File.tmp/un-ve-d.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht.par.007.File.tmp/un-ve-d.pdf). (12.05.2006).

T.C. Adalet Bakanlığı, **Türk Borçlar Kanunu Tasarısı**, Ankara 2005.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı , ‘çevirimiçi’,
www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm. (29.5.2007).

“Tier, kein sache – Dokumentation für den Nationalrat”, ‘çevirimiçi’
<http://www.tierimrecht.org/de/tierkeinesache/schweiz/uebersicht.php>
(17.5.2007).

Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Kurzkommentar, ‘çevirimiçi’ www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/haftpflicht.par.0007.File.tmp/un-ve-d.pdf. (12.05.2006). (Vorentwurf, Kurzkommentar).

ÖZGEÇMİŞ

1979'da İstanbul'da doğdu. 1996-2000 yılları arasında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde öğrenim gördü. 2000-2002 yılları arasında Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda yüksek lisans yaptı. "Türk Hukukunda Eser Sahibinin Çoğaltma ve Yayma Hakları" isimli yüksek lisans tezini sunarak yüksek lisans programını tamamladı. 2002 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda doktora programına kayıt oldu.

2001 yılından itibaren İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde araştırma görevlisi olarak görev yapmaktadır.