

ESRA KARARI IŞIĞINDA BİR HASSAS DENGE DEĞERLENDİRMESİ: KİŞİLİK HAKLARININ KORUNMASI vs. SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ

A DELICATE BALANCE ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE ESRA CASE: PROTECTION OF PERSONALITY RIGHTS etc. ARTISTIC FREEDOM

DOI: 10.21492/inuhfd.336595

Şafak PARLAK BÖRÜ*

Özet

Kişilik hakkı çeşitli unsurlardan oluşur. Çalışmamızda kişilik hakkını oluşturan unsurlardan özellikle özel hayatın gizliliği, şeref ve haysiyetin korunması ile bu unsurların Anayasamız tarafından güvence altına alınmış olan sanat özgürlüğü karşısındaki durumunu ele alıp değerlendireceğiz.

Sanatçı yaratma gücünü, düşünce ve ifade özgürlüğünü kullanarak bir eser meydana getirir. Ancak sanat özgürlüğü sınırsız değildir; sanatçının bu özgürlüğünü kullanırken başkalarının da özgürlüklerini ve haklarını göz ardı etmemesi gerekir. Bununla birlikte, kişilik hakkına dahil değerlerin, basın özgürlüğü veya sanat özgürlüğünün ölçüsüz ve dolayısıyla hukuka aykırı bir şekilde kullanılması sonucunda ihlal edildiğine sıklıkla rastlanmaktadır. Kişinin özel hayatının gizliliğine, şeref ve haysiyetine bir gazete yazısı ile müdahale edilebileceği gibi bir romanla, bir fotoğrafla, sinema eseri veya bir tiyatro oyunuyla müdahale edilebilir.

Eser sahibinin menfaati ile sanat eserine konu olan kişilerin menfaatlerinin karşılıklı değerlendirilmesinde somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Bir eserde kurgu ve gerçekliğin ne kadar iç içe geçtiğini, aradaki sınırın nasıl çizilebileceğini belirlemek kolay olmamakta, ancak karşılıklı menfaatlerin dengelenmesinde bu husus önemli rol oynamaktadır. Sunumumuzda bu konuda Almanya'da büyük yankı uyandıran Esra kararı ve diğer bazı karar örnekleri ışığında, kişilik haklarıyla çatıştığında sanat özgürlüğünün sınırının nasıl çizilebileceğini, somut olayda menfaatlerin değerlendirilmesinde dikkate alınacak ölçütlerin uygulamada nasıl şekillendiğini ele alarak değerlendireceğiz.

Anahtar Kelimeler: Kişilik haklarının korunması, kişilik hakkı, sanat özgürlüğü, Esra kararı, özel hayatın gizliliği, özel hayata saygı hakkı, temel hakların çatışması.

* Yrd. Doç. Dr. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, sparlak@law.ankara.edu.tr .

Abstract

The personality right consists of various key elements. In this work, we will attempt to analyze these elements which form the personality rights, especially the right to respect for private life and the protection of honor and dignity, and the position of these elements in relation to artistic freedom, which is guaranteed by our Constitution.

The artist creates a work of art using his power of creation and his freedom of thought and speech. The artistic freedom, however, is not boundless; the artist should not ignore the rights and freedoms of others while using the freedom of his own. However, it is frequently observed that the values involved in the personality rights are violated by unrestricted and therefore illegitimate use of freedom of the press or artistic freedom. The right for respect for private life, dignity and integrity of an individual can be intervened with either by an article written in a newspaper or by a literary novel work, photograph, film or theatrical performance.

The characteristics of the concrete case must be taken into account in the evaluation of the mutual interests of the owner of the work of art and individuals who are the subject of the work of art. In a work, it is not easy to determine how much fiction and reality intersect and how the border between fiction and reality can be drawn, but this point is crucial for balancing mutual interests. In this study, in the light of the “Esra” case, which have caused great repercussions in Germany, and some other cases, we try to evaluate how the boundaries of artistic freedom can be drawn when it conflicts with the personality rights, and how the criteria for evaluation of benefits in the case are applied in practice.

Keywords: Protection of personality rights, personality right, artistic freedom, The Esra case, right to privacy, right to respect for private life, conflict of fundamental rights.

I. GİRİŞ

Dünya edebiyatının en bilinen örneklerinden bir kısmı tamamen kurgu, hayal mahsulü değildir. Sanatın pek çok türünde gerçek hayattan esinlenme gündeme gelebilirse de, bu durum en çok edebi eserlerde karşımıza çıkmaktadır. J.Wolfgang von Goethe'nin ‘Genç Werther’in Acıları’ adlı -evli bir kadına ümitsiz bir aşkla bağlanan ve sonunda intihar eden genç bir şairin hikayesini konu alan- mektup tarzındaki romanında kamuoyu kadın karakterin arkasındaki gerçek kişiyi kısa sürede anlamıştır. Nobel edebiyat ödülüne layık görülmüş, Rus şair Boris Pasternak’ın tüm Dünyada üne kavuşmasını sağlayan ‘Doktor Jivago’ adlı romanındaki ‘Lara’ ana karakterinin kendisinden ilham alındığı sevgilisi Olga Ivinskaya uzun zaman politik baskılara maruz kalmıştır. Türk edebiyatına baktığımızda, Ayşe Kulin’in ‘Adı Aylın’ adlı romanı da yine bu tür eserlere bir örnek olarak sayılabilir.

Sanat özgürlüğü ile hayali/edebi karakterlerin arkasındaki gerçek hayat modellerinin menfaatlerinin korunması arasındaki çatışma, gerçeklik ve kurgusallığın biraraya getirildiği hatta bazen birbirine

karıştığı yeni roman türü denemeleriyle yeni bir boyut kazanmıştır. Birçok ulusal mahkeme ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gerçek hayatları temel alan ve gerçek kişileri küçük düşürücü yahut mahremiyetlerini ihlal edici unsurlar barındıran filmler veya romanlara ilişkin açılan davalarla ilgilenmek durumunda kalmaktadır. Kişinin kişilik değerlerinin korunmasına ilişkin menfaatleri ile kişilerin haber almaya ilişkin menfaatleri, düşünce özgürlüğü arasındaki dengenin sağlanması konusu basın hukukunda sıkça karşılaştığımız bir durum iken; sanatsal ifade özgürlüğü de sık sık davalara konu olmaya başlaması yönüyle yeni bir menfaat dengesinin tarafı olarak ortaya çıkmıştır.

Çalışmamızda yer vereceğimiz, Münih Bölge Mahkemesi'nden Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne uzanan bir yol izleyen 'Esra' davası, anılan menfaat dengesini ele almakta olup, Avrupa'da hayli yankı bulmuştur. Maxim Biller'in 'Esra' adlı romanı -yazarı eserde açıkça bu hususu reddetmiş olsa da- içinde güçlü otobiyografik ve özel hayatın gizliliğine ilişkin, mahrem unsurlar barındıran yönüyle, kişilik hakları ile sanat özgürlüğü arasındaki menfaat çatışmasını gündeme getirmiş; bu yönüyle de yargıya taşınmış bir uyuşmazlığın konusu olmuştur. Bu dava ışığında, çalışmamızda başta şeref ve haysiyetin korunması, mahremiyetin korunması (özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı) gibi unsurlar ile bu unsurların Anayasa tarafından koruma altında olan sanat özgürlüğü karşısındaki durumunu ele alıp değerlendirmeye çalışacağız.

II. KİŞİLİK DEĞERİ OLARAK KORUNAN UNSURLAR: ŞEREF, HAYSİYET ve MAHREMİYET

A. Kişinin Şeref ve Haysiyetinin Korunması

Şeref ve haysiyet, bir kimseye toplum tarafından verilen manevi değerlerin toplamıdır¹. Kişi bu değerlerin bir kısmına insan olarak doğuştan sahip iken, bir kısmını sonradan kendi davranışlarıyla (mesleki yetenek, kişisel düşünceler, bilim-sanat-spor vs.alanlarındaki başarılar gibi) edinir. Bu nedenle, toplumda kişiler bir insan olarak doğuma ilişkin değerlerinin (herkesin insan olması sebebiyle sahip olduğu şeref) yanısıra, davranışları, yetenekleri, kendini geliştirme çabalarıyla da değerlendirilir².

¹ HUBMANN, Heinrich: Das Persönlichkeitsrecht, Köln Graz 1967, s.288; KILIÇOĞLU, Ahmet: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 2013, s.87.

² Bkz. TREBES, Anja: Zivilrechtlicher Schutz der Persönlichkeit vor Presseveröffentlichungen in Deutschland, Frankreich und Spanien (eine

Bu çabaların sonucu olarak, kişiler toplum içinde değişik alanlarda değer kazanır³.

Şeref ve haysiyet nisbi bir kavram olarak değerlendirilmektedir. İnsanın içinde bulunduğu çevre ve zamana göre değişebilir. Buna göre, toplum ve/veya çevre değiştikçe ya da bir toplumdaki ahlaki ve manevi değer yargıları değiştikçe, o davranışın şeref ve haysiyete tecavüz oluşturup oluşturmadığının yanıtının da değişmesi mümkündür⁴. Bu bağlamda, şeref ve haysiyet teknik bir hukuki terim olmayıp, tarihi koşullara, ahlaki ve dini inanışlara göre bir toplumda geçerli değer yargıları çerçevesinde belirlenmektedir⁵.

Kişinin şeref ve haysiyetinin ihlal edilmesi tek başına söz konusu olabileceği gibi (ör: bir kimseyi silah ve uyuşturucu madde kaçakçılığı yapmakla itham etmek), özel hayatın gizliliğini ihlal (ör: bir kimsenin özel hayatına ilişkin mahrem bilgilerin basına sızdırılması) ya da kişinin resmi üzerindeki hakkının ihlali (ör: bir kimsenin rızası olmaksızın, yüzündeki yaraların bir hastalığın tipik örneği olarak yayımı⁶; ‘Gece yarısı sanatçının evinde yakalanan iki küçük kız’ başlıklı haberde yanlışlıkla başka kızların resminin yayınlanması⁷) ile birlikte de ortaya çıkabilir. Yine kişiyi hakkında yanlış bilgi verme suretiyle topluma farklı tanıtma da kişinin şeref ve haysiyetini zedeleyebilir⁸. Kişi, kendisi hakkında kamuoyuna doğru bilgi verilmesini isteme hakkına sahiptir⁹.

rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des einstweiligen Rechtsschutzes), Dresden 2002, s.47.

³ HUBMANN, s.288-289; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2015, s.127; yine bkz. KILIÇOĞLU, s.87-89.

⁴ DURAL/ÖĞÜZ, s.128. Kişinin kendisine çok değer vermesi ya da çok hassas bir şeref duygusuna sahip olması gibi durumlarda ise, bu gibi hususlar şeref ve haysiyetin ihlal edilip edilmediğine ölçü olarak alınmaz. Zira bu tür değerlendirmeler objektif değil, subjektif esaslara göre yapılmış olur (s.129).

⁵ SCHÖNBERGER, Simone: Postmortaler Persönlichkeitsschutz, Bielefeld 2011, s.119; PETEK, Hasan: Kişilik Değerlerinin Ölümden Sonra Korunması, Ankara 2015, s.61.

⁶ Belirtmek gerekir ki, bu tür bir yayım tıpla ilgili dergilerde, bilimsel çalışmalarda yapılmış ise, bu takdirde kamu yararının gündeme gelmesi nedeniyle hukuka uygun olacaktır.

⁷ Y.4.HD, 4.3.1977, E.974/13159, K.2520 (yayımlanmamıştır, KILIÇOĞLU, s.111).

⁸ PETEK, s.61. Kişi hakkında gerçek dışı bilgi verilmesi her zaman şeref ve haysiyete tecavüz sonucunu doğurmayabilir. İsviçre hukukunda bu gibi hallerde, hakkında gerçek dışı bilgiler verilmesi karşısında kişinin kimlik koruması (Identitätsschutz) yoluna başvurabileceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte, önemsiz kabul edilebilir nitelikte, değer yargısı içermeyen gerçek dışı bilgilerin kişilik hakları korumasından yararlanması

Şeref ve haysiyetin ihlali söz, yazı, resim veya bir hareketle bir kimseye toplum tarafından verilen manevi değerlere karşı meydana gelen saldırı sonucu bunlarda bir azalmanın meydana gelmesidir; bir başka deyişle, kişinin çevresi ve toplum tarafından kendisine verilen sosyal değer ve itibarında bir azalma olmasıdır. Basın kamuoyunu bilgilendirme ve aydınlatma görevini yerine getirirken, basın özgürlüğü ile şeref ve haysiyete (genel olarak kişilik haklarının korunmasına) ilişkin menfaatlerin çatışması sıklıkla gündeme gelebilen bir konudur. Basın kamuoyunu ilgilendiren konularda topluma bilgi verme ve kamuoyunu oluşturma görevini olay bildirme ve değer yargısı verme, yani eleştiri yoluyla yerine getirir. Basın olay bildiriminde bulunurken dikkat edilmesi gereken, açıklamanın gerçek ve doğru olması ve olaya konu olan kişilerin şeref ve haysiyetini zedelemeyecek bir üslup kullanılmasıdır. Yine eleştiri faaliyetinde bulunulurken de, eleştiri konusu olay doğru aktarılmalı ve değer yargısında bulunurken de bu olaya dayanılmalıdır. Haberin (eleştirinin) ‘uygun bir amaca, uygun bir araçla hizmet etmesi’ gerekir¹⁰.

Basın kişinin şeref ve haysiyetini ihlal eder nitelikteki bir olayı kamu yararı bulunmadıkça açıklama hakkına sahip değildir. Bu çerçevede,

konusunun doktrinde tartışmalı olduğu dile getirilmiştir (Bkz. AEBI-MULLER Regina: Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland, Bern 2005, s.201).

⁹ Kişinin kendisi hakkında gerçeğe uygun bilgi verilmesini isteme hakkı (Recht auf Wahrheit; Schutz des Charakterbildes) ve kendi yaşam öyküsü üzerinde hakkı (Recht an der eigenen Lebensgeschichte) vardır. Bu çerçevede, kişinin kendisi hakkında doğru bilgi verilmesine ve kamu nezdinde doğru tanıtılmasına ilişkin menfaatleri zedelendiğinde, bu durum şeref ve haysiyetin ihlali olarak nitelendirilebileceği gibi, ayrı bir kişilik değeri ihlalden söz etmek de mümkündür. Kişilik hakkını oluşturan değerler sınırlı sayı ilkesinden bağımsız olarak, yeni eğilimler doğrultusunda yeni değerlere açıktır (BELLİCAN, Cüneyt: ‘Şeref ve Haysiyetin Korunması, Özel Hayatın Gizliliği ve Sanat Özgürlüğü: Özel Hukuk Açısından Bir Değerlendirme’, Prof.Dr.Rona Serozan’a Armağan, C.I, İstanbul 2010, s. 538, dpn.12).

¹⁰ DURAL/ÖĞÜZ, s.132. Basının kişinin şeref ve haysiyetine müdahalesinin hangi hallerde hukuka aykırı sayılmayacağına ilişkin sınırların belirlenmesi önem arz eder. Yargıtay yayın yolu ile yapılan saldırılara ilişkin olarak öz ve biçime ilişkin koşullar açısından irdeleme yaparak sonuca varmaya çalışılmaktadır. Buna göre öze ilişkin koşullar gerçeklik, güncellik ve kamu yararadır. Biçime ilişkin koşul ise, anlatım veya sergilenişteki ölçülülüktür (ayrıntılı olarak bkz. OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2015, s.169).

bilinen bir olay nedeniyle toplum nezdinde itibarını kaybetmiş bir kişinin zaman içinde yeniden toplumda itibar kazanabilmesi mümkün ve esas olmalıdır. Aksinin kabul edilmesi, bir hırsız veya katilin tüm hayatı boyunca bu sıfatlarla anılmaya devam edilmesinin hukuka aykırı olarak değerlendirilmemesi sonucunu doğurur ki; bu kabul edilemez. Bu nedenle, bilinen gerçek olayların güncelliğini kaybettikten sonra tekrar tekrar gündeme getirilip açıklanması hukuka aykırı olarak görülebilmektedir¹¹. Bununla birlikte, kişi kamuya mal olmuş bir kişi ise veya söz konusu olay tarihsel açıdan önemli bir hale bürünmüş ise, olayın tekrar sunulması kamu yararı gerekçesiyle hukuka uygun olarak kabul edilebilir. Yine sanat özgürlüğü çerçevesinde de, bir eser sahibinin (yazar, yönetmen gibi) geçmişte gerçekleşen olaylardan yararlanabileceğini savunmak mümkündür¹².

Basın özgürlüğüne ilişkin dile getirdiğimiz bu hususlar, benzer şekilde ve mahiyetine uygun düştüğü ölçüde- eserlerini ortaya koyarken sanat özgürlüğünden yararlanan sanatçılar açısından da geçerlidir. Uygulamada özellikle başta roman olmak üzere edebi eserlerde, yine sinema ve tiyatro eserlerinde kişilik hakları ile sanat özgürlüğüne ilişkin menfaatlerin çatışması gündeme gelmektedir. Davacı bir eserde yer alan karakterlere ilişkin olarak, tasvirin türü veya içeriği yoluyla kişilik haklarının, -spesifik olarak şeref ve haysiyetinin- ihlal edildiğini ileri sürerken; eser sahibi ise sözü edilen tasvirin gerçek hayatla ilgisi olmadığını iddia etmekte, esas itibarıyla çoğunlukla da Anayasa tarafından teminat altına alınmış olan sanat özgürlüğüne dayanmaktadır¹³. Bir eserde, eser sahibi tarafından kendisi hakkında verilen bilgilerin gerçek dışı ve hukuka aykırı olduğunu ya da özel hayatına saygı gösterilmediğini, bu durumun şeref ve haysiyetini ihlal ettiğini¹⁴ ileri süren kişi uğradığı zararı ispat yükümlülüğü altındadır.

¹¹ KILIÇOĞLU, s.107.

¹² BELLİCAN, s.539.

¹³ Bkz. SIEGLE, Miriam: Das Spannungsverhältnis von Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht, zur Problematik der Darstellung realer Personen in Kunstwerken, Baden-Baden 2012, s. 19.

¹⁴ Şeref ve haysiyetin ihlalinin ağırlığı, hükmedilecek tazminat miktarının takdirinde önem taşır. Somut olayda şeref ve haysiyetin ihlalinin ağırlığının belirlenmesinde, 'açıklamada bulunan kişi' (örneğin; ciddi bir basın organı veya güvenilir, bilinen bir yazar tarafından kişinin şeref ve haysiyetinin ihlal edilmiş olmasının -toplumda oluşturdukları güven duygusu ve inandırıcılık, ikna edebilirlik göz önüne alınırsa- daha ağır bir manevi zarara

B. Kişinin Mahremiyetinin Korunması (Özel Hayata Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı)

Şeref ve haysiyet gibi özel hayat da kişilik hakkını oluşturan kişisel varlıklar arasındadır. Mahremiyetin, özel hayatın bir kişisel varlık olarak korunması, kişilere yabancıların bakışlarından ve takiplerinden uzak, isteklerine uygun bir hayat ve beraberinde kişiliklerini geliştirme ve koruma imkanı sağlamaktadır.

Kişinin mahremiyetinin, daha geniş çerçevede özel hayatının korunmasının sınırlarının nasıl çizileceği -nerede başlayıp nerede biteceği- hususunu belirleyebilmek adına, gerek yabancı doktrinlerde gerekse Türk doktrininde kabul edilen bir ayırım mevcuttur¹⁵. Buna göre, toplumsal bir varlık olmasının yanısıra yalnız kalma hakkına da sahip olan kişinin hayat alanları doktrinde üçe ayrılmaktadır: Kamuya açık alan, özel alan ve gizlilik alanı (sır alanı). Ancak belirtmek gerekir ki, bu alanların hiçbir şekilde birbirinin içine geçmeyeceğini söylemek yerinde olmaz; bu anlamda doktrin tarafından yapılan bu ayırım mutlak bir ayırım değildir¹⁶.

1. Kamuya Açık Alan

Gerek toplum içerisinde meydana geldikleri için, gerekse ilgili kişi belirli bir aleniyet verdiği için olsun, herkesçe bilinen olaylardan oluşan

yol açabileceği), ‘*açıklamanın şekli ve kullanılan ifadeler*’ (uzun ve detaylı açıklamaların, kısa ve sade açıklamalara göre şeref ve haysiyete daha ağır bir saldırı oluşturabileceği), ‘*okuyucu sayısı*’ (şeref ve haysiyeti ihlal eden açıklamaların ulaştığı kişi sayısı) ve ‘*saldırıya uğrayan kişi*’ (saldırıya uğrayan kişinin tanınmış bir kişi olması) gibi hususlar etki edebilecektir (KILIÇOĞLU, s.113 vd; BELLİCAN, s.539).

¹⁵ Alman hukukunda Hubmann’ın, İsviçre hukukunda ise Jaggi’nin 1950-60’lı yıllarda öncülüğünü yaptığı bu ayırım Türk hukukunda da kabul görmüştür. Bkz. AEBI-MULLER, s. 247 vd; DURAL/ÖĞÜZ, s.135, dnp.396’da anılan yazarlar. Ancak belirtmek gerekir ki, son yıllarda alan teorisi ve getirdiği ayırma ilişkin olarak; uygulamada alanlar arasına net bir çizgi çekebilmenin mümkün olmaması ve alanların kısmen iç içe geçmeleri nedeniyle doktrinde bu teorinin kullanışsız olduğunu ve artık dikkate alınmaması gerektiğini ileri süren görüşler artmıştır. Bkz. LARENZ, Karl/CANARIS, Claus, Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts, München 1994, SR II, § 80 II 4 a ff.; NEUMEYER, Jochen: Person-Fiktion-Recht, Verletzungen des Persönlichkeitsrechts durch Werke der fiktionalen Kunst, Baden-Baden 2010, s. 62; SIEGLE, s. 58; AEBI-MULLER, s. 250, dnp.1349’da anılan yazarlar.

¹⁶ Örneğin, kamuya açık alanda gerçekleşen bir olay zaman içinde toplum tarafından unutulup özel hayatın bir parçası haline gelebilir. Böyle bir halde, kişi zaman içinde unutilan bu olayın basın tarafından tekrar tekrar güncel kılınıp açıklanmasına karşı çıkabilecektir (BGE 109 II 353; BELLİCAN, s.541; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s.180; HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, İstanbul 2016, s. 124).

hayat çevresine kamuya açık alan (ortak yaşam alanı)denir¹⁷. Kural olarak bu alanda gerçekleşen olayların serbestçe ifşa edilmesinde bir sakınca yoktur¹⁸.

Kamuya açık alanda gerçekleşen olaylar basın tarafından kamuoyunu aydınlatma ve bilgilendirme görevi kapsamında geniş kitlelere sunulabilirse de, bazı hallerde, somut olaya göre bu olayların sınırsız bir şekilde topluma sunulması haklı görülemeyebilir. Örneğin; kamuya açık alanda kamera şakasına maruz kalan bir kimsenin -şakanın yayınlanmasında rızası olmamasına rağmen- bu görüntülerin yayınlanması, şakanın özelliğine göre kişinin şeref ve haysiyetini ya da özel hayatının gizliliğini ihlal eder nitelikte olabilir. Ancak kişi görüntülerin yayınlanmasına izin vermişse yahut bu konuda sessiz kalmışsa, bu uğradığı manevi zararın tazmini talebinden vazgeçtiği anlamına gelebilecektir. Yine kişinin alışveriş yaparken görüntülenmesi ve bu görüntüye kişinin rızası olmaksızın bir ürün reklamında yer verilmesi halinde, kişi koşulları mevcutsa şeref ve haysiyetinin yahut mahremiyetinin ihlali ya da salt resim üzerindeki hakkının ihlali nedeniyle gerekli hukuki yollara başvurulabilir¹⁹.

Kişi kamuya açık alana giren bir olayı (ör: alışverişe veya gezintiye çıkma, bir gösteriyi izleme, araba kullanma, geziye katılma gibi günlük yaşamın gerekli kıldığı davranışlar) kimliği belirsiz sade bir vatandaş olarak yaşayabilir. Ancak bazen de kişi bazı davranışlarına bizzat kendisi aleniyet verir; bir başka deyişle kişi isteyerek, kendi iradesiyle kamuoyunun gözü önünde olmayı, kamuoyuna hitap etmeyi seçer. Özellikle, mesleki açıdan yahut medyatik olmaları sebebiyle kamuoyunun ilgisini çeken ünlü kişilerin, politikacıların, sanatçıların veya sporcuların

¹⁷ DURAL/ÖĞÜZ, s.135. Doktrinde bazı yazarlar, 'kamuya açık alan' kavramının yanında 'sosyal alan' kavramına da yer vermiş bulunmaktadır. Buna göre, kişinin sosyal hayatıyla ilişkili tüm olaylar bu kapsamda değerlendirilir. Örneğin; kişinin bir kurumun temsilcisi olarak işyeri merkezinde, kamusal etkinliklerde veya benzeri faaliyetlerde yer alması. Benzer şekilde, sosyal alan da, kişinin bilinçli ve başkaları tarafından algılanabilir şekilde kamuoyu nezdinde hareket ettiği bir alandır. Bundan ötürüdür ki, kural olarak bu alanda gerçekleşen olayların da serbestçe ifşa edilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Bkz. SIEGLE, s.57; DAMM, Renate/REHBOCK, Klaus: Widerruf, Unterlassung, und Schadenersatz in den Medien, München 2008, Rn.101, 102, 104.

¹⁸ HELVACI, s. 119; BELLİCAN, s.541.

¹⁹ BELLİCAN, s. 541-542 ve dpn. 23.

davranışlarını bu çerçevede değerlendirmek çoğunlukla mümkündür²⁰. Bu gibi hallerde, somut olayın özelliklerine göre, ilgili kişi bizzat kendi iradesiyle gerçekleştirdiği davranışları sonucu, kişilik haklarına ilişkin olası bir korumadan yoksun kalabilecektir.

2. Özel Alan

Özel alan, kişinin sadece belirli ya da belirsiz olmakla birlikte sınırlı kişiler tarafından bilinmesini istediği ve özellikle kamuoyundan saklı tuttuğu yahut kamuoyu nezdinde güncel kalmasını istemediği olaylardan oluşan alandır. Kişi bu olayları sadece aile çevresi, yakın dostları ya da güvendiği kişilerle paylaşır²¹. Özel alan mekansal açıdan esasen ailevi yaşam alanları ve/veya kişinin konutu olarak kabul edilmekle birlikte; son yıllarda gelişen içtihatların sonucu olarak, ev alanı dışında da olsa, kişinin gözlerden uzak, yalnız kalmak istediğinin açık şekilde anlaşılabilir olduğu haller de bu kapsamda sayılmaya başlamıştır²².

Kişinin özel hayat alanında öğrenilen olay ve bilgilerin basın açıklaması ile belirsiz sayıda kişiye açıklanması kural olarak hukuka aykırıdır. Buna göre, örneğin; bir yazarın yakın çevresinin özel hayatına ilişkin olarak öğrendiği bilgileri romanında açıklaması; biyografisini yazarken görüşmelerde bulunduğu kamuoyuna mal olmuş ve yakın arkadaşı olan kişinin bu esnada yayınlanmasına rıza göstermeksizin aktardığı bilgilere eserinde yine de yer vermesi hukuka aykırı görülebilir. Yine yakın çevresinden kişilerin özel hayatına ilişkin hususlara bir sinema eserinde, bir tiyatro eserinde yer verilmesi de koşulları oluşmuşsa hukuka aykırı bulunabilir. Ancak yazar/senarist, kişilerin özel hayatlarına ilişkin bu bilgileri izin almak suretiyle kullanabilir ya da kişilerin tanınmayacağı şekilde kullanabilir; bu halde ise kullanım hukuka uygun olacaktır²³.

Belirtmek gerekir ki, kamuya mal olmuş (toplumun dikkatini çeken) kişilerin özel alanları diğer kişilere nazaran daha dardır. Zira bu kişiler çoğunlukla özel yaşamlarının büyük bir kısmını kamuoyuyla

²⁰ SIEGLE, s. 57.

²¹ DURAL/ÖĞÜZ, s.136.

²² BVerfGE 101, 361- Caroline von Monaco. Bu vesileyle belirtmek gerekir ki, alan teorisine göre yapılan belirleme mekansal açıdan yapılabileceği gibi, içerik açısından da olabilir (MÄRTEN, Judith Janna: Die Vielfalt des Persönlichkeitsschutzes, Pressefreiheit und Privatsphärenschutz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in Deutschland und im Vereinigten Königreich, Baden-Baden 2015, s. 76).

²³ Bkz. BELLİCAN, s. 542.

paylaşmaktadır. Bunun yanı sıra, somut olaya göre değerlendirmek yerinde olmakla birlikte, menfaatlerin dengelenmesinde kamuoyunun haber alma hakkı daha üstün nitelikte ise, yapılan yayınlar hukuka uygun niteliktedir.

3. Gizlilik Alanı

Kişinin üçüncü kişilerden gizlediği ya da sadece kendilerine açıkladığı kişilerce bilinmesini istediği²⁴ olayları içeren alana gizlilik alanı denir. Başkaları tarafından bilinmesi istenmeyen tüm olaylar ve bunlara ilişkin belgeler bu kapsamda değerlendirilir. Örneğin, aile ilişkileri, mektuplar, özel fotoğraflar, hatıra defteri, hesap ve iş defterleri ve kişinin ev hayatı gizlilik alanına dahildir²⁵. Kişinin hayatında ortaya çıkan belirli bir durumu, olayı, ilişkiyi, hatırayı veya belge ve resimleri başkalarının bilgisinden uzak tutmak istemesi onun en doğal hakkı olarak değerlendirilmektedir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde (m.12),

²⁴ PETEK, s.77. Kişinin özel hayatını oluşturan olayları sır olarak güvendiği kişilere anlatmış olması, anılan kişilerin bunları alenileştirmesini haklı göstermez ve kişilik haklarının ihlali gündeme gelir. Yargıtay'ın 'Adı Aylin' kararında (YHGK, 161/201, T.26.03.2003) bu mesele ele alınmıştır. Dava konusu olay, 'Adı: Aylin' adlı kitapta davacının özel hayatının anlatılmış olması nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Davalılar, kitapta yer alan hususları bizzat davacının yazara anlattığını, başkasından öğrenmenin mümkün olmadığını, kişilik haklarına ve özel hayata saldırı amacı olmadığını, anılan hususların yazılmasının davacının rıza ve muvafakati dahilinde olduğunu ileri sürmüşlerdir. Davacı ise böyle bir durumun söz konusu olmadığını, özel hayatını oluşturan hususların sır olarak güvendiği kişilere aktarılması durumunda bile güvenilen kişilerin bunları alenileştirmesinin (eserde yer alan bazı ifadelerle cinsiyeti ve cinsel aktivitesi üzerinde tereddüt uyandırıldığı ve özürü konumuna getirildiğini ileri sürerek) kişilik hakkına saldırı oluşturduğunu iddia etmiştir. Yerel mahkemenin Yargıtay'dan bozularak gelen kararında direnmesi üzerine Yargıtay HGK. konuyu ele almıştır: Kararda romanda davacının kimliği açıklanarak, özel hayatıyla ilgili unsurlara aşağılayıcı bir üslupla yer verildiği; var olan tanık açıklamasının rızanın amacını ve kapsamını açıklayacak nitelikte olmadığı; yer verilen hususların davacının gizlilik alanı ile ilgili olduğunun kuşkusuz olduğu; dosyadaki bilgi ve belgelere göre davacının yazılanlara geçerli bir rızasının (muvafakatının) bulunduğunu söyleyebilme olanağı olmadığı belirtilmiştir. Yine kendisine karşı bile mutlak korunması gereken kişinin onuru, kişiliği, gizlilik (sır) alanına giren hayatının onun rızası ile hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığını ileri sürmenin yasanın amacına açıkça aykırı olduğu ifade edilmiştir. Davacının özel hayatı bu kadar açık bir şekilde topluma sunulamayacağından kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu kabul edilmiş; yerel mahkemenin direnme kararı bu gerekçeyle yerinde bulunmuştur; bkz. http://www.hukuki.net/ictihat/Yargitay_Hukuk_Genel_Kurulu_2003_4_161.php (erişim tarihi: 7.7.2017).

²⁵ DURAL/ÖĞÜZ, s. 136; BELLİCAN, s. 543, dpn.27.

Anayasamızda (m.20, 21,22), Türk Ceza Kanunu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nda bu alanı korumaya yönelik hükümler getirilmiştir.

Kişinin gizlilik alanı, iç düşünce ve duygu dünyası²⁶ ya da kısaca kişisel özgürlük bölgesinin en dokunulamaz çekirdek alanı²⁷ olarak da tanımlanabilir. Tematik açıdan cinsel yaşama ilişkin hususlar, doğum, ölüm/yas dönemi ve hastalıklara ilişkin hususlar kişinin gizlilik alanına dahil olarak kapsamlı şekilde korunur. Yine kişinin kendiyle kalmak isteğinin anlaşıldığı, başkalarının bilgisine sunmak yahut başkalarıyla paylaşmak istemediği her türlü hususi durumu, sırları da bu çerçevede değerlendirilir²⁸. Herkes tarafından bilinen bir olay artık geçmişte kalmışsa, bu da zamanla gizlilik alanı içerisine girebilir. Örneğin; kişinin geçmişte kalan ve güncelliğini kaybeden sabıkalari -açıklanmasında üstün bir kamu yararı olmadığı sürece- onun sır alanına girer, aksi durum suçlunun kendini düzeltmesi ve onun yeniden topluma kazandırılması amaçlarıyla ters düşer²⁹.

Alan teorisine ilişkin üçlü ayırmda özel alan ve gizlilik alanı, kişiliğin bir yansıması olarak kişilik hakkına dahil ve bu sebeple de korunmaya değer kişisel varlıklar arasında kabul edilmektedir. Özel alan ve gizlilik alanı ayırımı esasen tanınmış kişiler açısından kendini gösterebilir. Kişi ne kadar tanınmış olursa olsun gizlilik alanına sahiptir ve bu çekirdek alana dahil değerlerin korunmasını isteme hakkı vardır. Buna göre, kamuya mal olmuş kişilerin basın karşısında -tanınmamış kişilere nazaran- özel alanlarına müdahaleye daha fazla katlanmaları gereği söz konusu olurken, gizlilik alanlarının korunması konusunda kural olarak tanınmamış kişilerle eşit durumda olabileceklerini söylemek mümkündür³⁰. Yine bu ayırımın diğer bir pratik önemi, manevi zararın ağırlığının ve buna bağlı olarak tazminatın belirlenmesinde ortaya çıkabilir.

²⁶ PASCHKE, Marian: Medienrecht, Heidelberg 2009, Rn.935; RICKER, Reinhart: Rechte und Pflichten der Medien unter Berücksichtigung des Rechtsschutzes des einzelnen, NJW 1990, s. 2097, 2098.

²⁷ BVerfGE 6, 32, 41- Elfes; MÄRTEN, s. 76.

²⁸ SIEGLE, s. 55.

²⁹ BGE 71 IV 130.

³⁰ BELLÍCAN, s. 543.

Kişinin kendisine ve özel hayatına ilişkin bazı hususların gizlilik alanında kalması yönündeki iradesi beyanlarından (açıklamanın yapıldığı kişiye bunun saklı tutulması ve yayınlanmaması gerektiğinin bildirilmesi) veya davranışlarından (kapı, tel örgü, duvar gibi engeller koyma, belgeleri saklama) anlaşılabilceği gibi, karşı tarafın bu yöndeki sır saklama yükümlülüğü yasal olarak düzenlenmiş (TMK m.185)³¹ ya da sözleşmeyle kararlaştırılmış olabilir.

Hekimler ve avukatlar mesleklerini icra ederken kişilerin özel hayatlarına ilişkin bazı sırları da öğrenirler. Bu kişilerin hatıralarını yazarken, roman türünde kurgusal eserler ortaya koyarken ve hatta bilimsel bir eser üzerinde çalışırken dahi, hastaları veya müvekkilleri hakkında edindikleri hususi bilgi ve sırları, bu kişilerin kim olduğu anlaşılmayacak şekilde aktarmaları gerekir³².

³¹ Eşlerden her biri, evlilik hayatlarına ilişkin ve açıklanması eşinin kişiliğini zedeleyecek gizli hususları, üçüncü kişilere açıklamama yükümlülüğü altındadır. Ancak zorlayıcı sebepler, örneğin, boşanma davasında söylenen yahut delil olarak ileri sürülen hususlar bu kurala istisna oluşturur. Bununla birlikte, boşanma davasındaki bütün hususların aynen ve tamamen yayınlanması da, somut olayın özelliklerine göre, ayrılan eşlerin kişilik haklarını ihlal edebilir (BELLİCAN, s. 544). Örneğin, bir Fransız mahkeme kararında, mahkeme kararlarını yayımlayan bir karar dergisinin bir boşanma ilamını aynen yayınlaması -kocanın aşırı derecede varan cinsel ilişki isteği yüzünden yıpranan ve sağlığı bozulan kadının bu sebeple ileri sürdüğü boşanma talebinin kabul edildiği mahkeme kararını aynen yayımlayan derginin buradaki soyadlarını ve küçük isimleri de aynen yazması nedeniyle- hüviyeti açıkça anlaşılan kocanın mahremiyetinin ihlal edilmesi sebebi ile manevi zarara uğradığı gerekçesiyle, kişilik hakkına tecavüz sayılmıştır (İMRE, Zahit: Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İHFD, C.29, S.1-4, s.156-157).

³² Bu noktada akla, eserdeki karakterin kendisi olduğunu kendisinden başka hiç kimsenin farkedemediği bir kişinin sır saklama yükümlülüğünün ihlali nedeniyle dava açıp açamayacağı sorusu gelebilir. Doktrinde isabetli olarak dile getirildiği üzere, bu durumda ortalama okur algısıyla hareket edilmeli; romanda sunulan bilgilerden hareketle romanda geçen karakterin gerçekte kim olduğunu eğer ki ortalama bir okur algılayamıyor ise, kişilik hakkı ihlalinden söz edilememelidir. Aksi durum, sanat özgürlüğünün haksız yere kısıtlanmasına neden olur. Ortaya konulan karakter özellikleri itibarıyla bir gerçek kişiyle benzerlik arz edebilir; esas olan, bu benzerliğin ortalama bir okur nezdinde kesinlikle o gerçek kişinin anlatılmak istendiği yönünde bir yargıya vardırarak derecede olmamasıdır (BELLİCAN, s. 544, dpn.29).

III. KİŞİLİK HAKKINA DAHİL DEĞERLERE MÜDAHALEDE HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

Özel hayatın gizliliği veya şeref ve haysiyetin ihlali konularına ilişkin olarak söz konusu olabilecek hukuka uygunluk nedenleri ‘kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası’ ve ‘üstün nitelikte kamu yararı’ olarak karşımıza çıkar (MK m.24/II).

Kişinin rızası, özel hayatın gizliliğine yönelik müdahaleleri hukuka uygun kılabılır. Bunun tipik örneği, kamuoyunun ilgi ve dikkatini çekmek isteyen tanınmış kişilerin röportajlarında özel hayatlarına ilişkin bilgileri paylaşmalarıdır³³. Bununla birlikte, kişinin rızası ile yapılan açıklamanın hukuka aykırı sayılmaması için başka koşulların da varlığı aranır: Bunlardan ilki, açıklamanın gerçek ve doğru olmasıdır; haberi veren yahut röportajı gerçekleştiren kişi, açıklamaları olduğu gibi, yorumlarını katmaksızın yapmalıdır. Ayrıca, rıza gösterilen konunun MK m.23/II, TBK m.26 ve TBK m.27 hükümlerine aykırı olmaması gerekir. Örneğin; bir kimsenin fotoğraflarının çirkin fotomontajlarda kullanılmasına, cinsel yaşamına ilişkin bazı mahrem hususların açıklanmasına rızasının geçerli olmadığı ifade edilmektedir³⁴. Bununla birlikte kişinin vereceği izinle kendi özel yaşamına ilişkin bilgiler de içeren kitapların, şiirlerin yazılması, filmlerin çekilmesi veya tiyatro oyunlarının kaleme alınmasına ilişkin sözleşmeler kural olarak hukuken geçerli kabul edilmelidir. Burada göz önüne alınması gereken önemli noktalar, ortaya çıkan eserin verilen rıza kapsamındaki bilgi ve olaylar dışına çıkıp çıkmadığı ve yine bu eserlerde özel hayatlarına ilişkin bilgiler aktarılıp da kendilerinden izin alınmamış üçüncü kişilerin durumudur.

Kişinin verdiği rıza geçersiz olsa dahi, geçersiz rızaya dayalı olarak kişilik hakkına müdahalede bulunan kişinin tazminat ödememe olasılığı vardır. Tazminatın indirilmesine ilişkin TBK m.52 uyarınca mağdurun rızasının varlığı tazminatın tenkisine yol açabileceği gibi, tazminatın tamamen kaldırılmasına da neden olabilir. Yine mağdurun geçersiz sayılan rızası birlikte kusur olarak değerlendirilebilir ve bu durum hakim tarafından tazminatın tenkisinde dikkate alınır.

³³ DURAL/ÖĞÜZ, s.139.

³⁴ TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992, s. 258; BELLİCAN, s. 548.

Popülerliğini kaybetmeye başlayan bazı sanatçıların adından tekrar söz ettirebilmek ve gündeme gelebilmek için, özel hayatlarına ilişkin ve üstelik gerçek dışı unsurlar içeren skandalları bizzat basına sızdırmaları gibi durumlarla zaman zaman karşılaşmaktadır. Bu gibi hallerde, şüphe yoktur ki, habere konu olan sanatçının bunun yayınlanması nedeniyle herhangi bir tazminat talebinde bulunması mümkün olmayacaktır. Böyle bir halde, mağdurun rızası ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz kabul edilse dahi, tazminat talebi kabul görmemelidir. Ayrıca mağdurun önce izin verip sonrasında iznin geçersizliğini ileri sürerek tazminat talebinde bulunması hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir³⁵.

Rızanın nasıl verileceği konusunda bir sınırlama mevcut değildir: Rıza açık bir irade beyanıyla verilebileceği gibi, zımni bir şekilde de verilebilir. Ancak zımni rızanın varlığı hususunda somut olayın özelliklerine göre dikkatle değerlendirme yapmak yerinde olur; zira aksi halde kişilik haklarını ihlal eden kimsenin ilk başvuracağı yol zımni rıza savunması olabilir. Örneğin, evlilik içerisinde yaşanan tartışmaların ve diğer mahrem konuların eşlerden biri tarafından üçüncü kişilere açıklanması durumunda, diğer eşin ortak yaşama katılmakla, evlilik birliğinin içerisinde olmakla bu açıklamalara zımnen rıza gösterdiği şeklinde bir yorum yapılamaz. Yine kamuya mal olmuş kişilerin sırf tanınmış olmaktan ötürü özel hayatlarına yapılan müdahalelere katlanacakları, zımnen rıza gösterdikleri yönünde bir sonuç çıkarılamaz³⁶.

Basının görevini yerine getirme aşamasında kişilerin şeref ve haysiyetine, özel veya gizlilik alanına müdahalede bulunurken yararlanabilecekleri bir diğer hukuka uygunluk nedeni üstün kamu yararadır. Hakim somut olay değerlendirmesinde, üstün nitelikte kamu yararının var olup olmadığını takdir ederken bazı hususları göz önüne alacaktır: Habere/Açıklamaya konu kişinin kamuya mal olmuş kişi olup

³⁵ BELLİCAN, s. 549.

³⁶ BELLİCAN, s. 551. Yazar, bu noktada ünlü bir kişiyle birlikte olan kişinin, özel hayatının olağan zamanından çok daha yoğun bir şekilde müdahaleye maruz kalacağını kabul etmesi gerektiğini dile getirmekte; hatta örneğin bir roman yazarıyla birlikte olan kişinin özel hayatına ilişkin kimi bilgilerin romana kabul olacağı konusunda bir riski de kabul ettiği sonucuna varılabileceğini belirtmektedir. Kanaatimizce, kişi bu yönde bir riski kabul etmiş olsa dahi, bu, özel hayatına ilişkin bilgilerin rızası olmadan ve kimliğinin ortalama bir okur tarafından açıkça anlaşılacağı şekilde ortaya konulması durumunda, kişilik hakkına dahil değerlerin herhangi bir üçüncü kişiye nazaran daha dar kapsamda korunmasına yol açmaz.

olmadığı³⁷, verilen haberin içeriği, haberin gerekliliği ve hizmet ettiği yararın değerlendirilmesi ve haberin hedef kitlesi³⁸.

Özel hayatın ve mahrem bilgilerin gizliliği ilkesinden kural olarak kamuya mal olmuş kişiler de yararlanır. Ancak toplumda üstlendikleri görev, pozisyon, buldukları konum gereği kamuya mal olmuş kişilerin özel hayatlarına -basının kamuoyunu aydınlatma görevi çerçevesinde- pek çok halde müdahale gerekebilir³⁹; dolayısıyla özel hayatın korunması ilkesinin bu kişiler yönünden -anonim kişilere nazaran- nispeten dar yorumlanması gerektiği söylenebilir. Ancak tekrar vurgulamak gerekir ki, bir kimsenin kamuya mal olmuş kişi olması onun özel ya da gizlilik alanına her türlü müdahalenin haklı görülebileceği anlamına gelmez. Müdahalenin hukuka uygun olması için ya bir kamusal yarar ya da üçüncü kişinin üstün yararının bulunması ya da müdahale konusunun kişilerin kamuya mal oldukları hususlar ya da işgal ettikleri makamlar ile ilgili olması gerekir. Bunun ölçüsü, 'sosyal uygunluk' (özel hayata oranla daha üstün bir kamusal yararın bulunması) ve 'yakışık alma'dır⁴⁰.

Üstün yarar ad belirtilmeksizin, sadece olayın açıklanmasıyla elde edilebiliyorsa, ek olarak adın da haberde yer alması özel alana haksız müdahale teşkil edecektir⁴¹. Basının haber verme özgürlüğü bakımından göz önüne alınması gereken bu husus, gerçek kişilerden veya gerçek olaylardan esinlenilerek ortaya çıkarılan eserler bakımından da önem taşır. Yazarın roman karakterlerini, senaristin film karakterlerini, oyun yazarının teatral/tiyatro oyununun karakterlerini oluştururken esinlendiği olayların gerçek kahramanlarının isimlerinde değişikliğe gitmesi, bu kişilerin kişilik hakkı ihlali gerekçesiyle açabileceği davaları önlemek açısından ihtiyatlı bir adım olacaktır. Ancak uygulamada tek başına isim değişikliğine gitme önleminin çoğu zaman yeterli olmadığı

³⁷ Basının görev alanına giren kamu yararına yönelik açıklamalar ve özellikle bu açıklamaların kapsamı açısından kişilerin toplumda işgal ettikleri yerin-konumlarının, üstlendikleri görevin büyük önemi vardır. Bu amaçla gerek Türk hukukunda gerekse yabancı hukuklarda kişilerin, kamuoyunun dikkatini çeken kişiler (diğer bir terminoloji ile: kamuoyuna mal olmuş kişiler) ve anonim kişiler olarak ikili bir ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, s.231 vd.

³⁸ HELVACI, s.152; BELLİCAN, s.553.

³⁹ BGE 51 I 363; 60 II 191; BGHZ 36, 77 vd.

⁴⁰ DURAL/ÖĞÜZ, s.139, dpn.411'de sayılan yazarlar; BELLİCAN, s. 553.

⁴¹ DURAL/ÖĞÜZ, s.140; Hubmann, s.324; BELLİCAN, s.553.

görülmektedir⁴². Yine bazı eserlerde eserin ilk sayfasında ya da başlangıcında konuda geçen/yer verilen karakterlerin gerçek hayatla ilgisinin olmadığı, hayali karakterler olduğu açıkça ifade edilmektedir. Belirtmeliyiz ki, bu açıklama da kişilik hakkına dahil değerlerin ihlal edilmiş olduğu ve karakterlerin hayali olmadığına açıkça anlaşılabilirdiği, ortalama bir okurun/izleyicinin karakterin esinlendiği gerçek kişinin/tüzel kişinin kim olduğunu anlayabildiği -tanınırlığın mevcut olduğu durumlarda- eser sahibinin kendini koruma kalkanına almasını sağlamaya yeterli olmayacaktır.

IV. SANAT ÖZGÜRLÜĞÜ ve SANATÇILARIN KORUNMASI

Sanat eserlerinde gerçek kişilerin konu alınmasına ya da onlardan esinlenilmesine ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıklarda sanatçıların başvuracağı ilk yol Anayasa'da koruma altına alınmış sanat özgürlüğüdür.

Sanat özgürlüğü temel hakkı hukuki niteliği itibarıyla bireysel bir subjektif temel hak niteliğindedir. Bu sonuç, 1982 Anayasasının sanat özgürlüğünü düzenleyen m.27/I hükmünden rahatlıkla çıkarılabilir. Sanat özgürlüğü, sanatsal bir faaliyet gösteren veya faaliyette bulunmak isteyen tüm bireylere tanınmış bir temel haktır. Bu hak, 'sanatçı' sıfatıyla bireyin bu alandaki faaliyeti bakımından kendisine tanınmış, yani kişiliğine özgülenmiş, bir diğer ifadeyle, kişiliğine sıkı sıkıya bağlı bir haktır⁴³. Yine, Anayasanın 64.maddesinde 'Sanatın ve Sanatçının Korunması' başlığı altında, devletin sanat faaliyetlerini ve sanatı koruyacağı ve destekleyeceği ayrıca ve açıkça hükme bağlanmıştır.

Sanat özgürlüğü temel hakkı çerçevesinde öncelikle sanatçı, yani sanatsal eseri yaratan korunur. Ancak ifade etmek gerekir ki, bu koruma yalnızca 'meslekten sanatçılara' özgü ya da onlarla sınırlı değildir. Bir kimsenin sanat özgürlüğü kapsamındaki korumadan yararlanabilmesi için hayatını sanatsal faaliyet ile kazanıyor olması gerekmez; hobi amaçlı olarak sanatla uğraşan kişiler de bu korumanın kapsamına dahildir. Bu özgürlükten yararlanabilme bakımından kişinin kendisini sanatçı sayıp saymaması veya sanatsal bir yeteneğe sahip olup olmaması önemli değildir; gerçekleştirdiği faaliyetin ya da eserin sanat olarak

⁴² BELLİCAN, s. 553.

⁴³ ATALAY, Esra: 'Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi', Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi', C.6, S.2, 2004, s.4.

nitelendirilmesi yeterlidir⁴⁴. Yine sanat özgürlüğünden sadece gerçek kişiler değil, tüzel kişiler de yararlanabilir⁴⁵.

Eser sahipleri yaşamlarındaki bazı kesitlerden, yaşadıkları bir ilişkiden veya olaydan, kamuya mal olmuş veya olmamış başka kişilerin hayatlarından yola çıkarak eserler meydana getirebilirler (ör; bir edebi eser yahut sinema eseri, tiyatro eseri gibi). Yaşama dair unsurların ister istemez -çoğunlukla- yansıdığı gerçek yaşamdan hareket etme durumu, eser sahibini zaman zaman esinlendiği yaşam öyküsünün gerçek kahramanları tarafından kişilik hakkı ihlali nedeniyle dava edilme olasılığıyla karşı karşıya bırakabilir.

V. KİŞİLİK HAKKININ KORUNMASI İLE SANAT ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KORUNMASINA İLİŞKİN MENFAATLERİN DENGELENMESİ

A. Genel Olarak

Kişilik hakkı ile sanat özgürlüğünün karşılıklı değerlendirilmesinde esere konu olan kişinin ya da olayın niteliğine göre bir ayrıma gitmek yerinde olur. Kişinin tanınmış olup olmaması, hayatta olup olmaması yine eserin örneğin suç olaylarından esinlenilerek oluşturulmuş olup olmaması gibi unsurlar anılan menfaat değerlendirilmesinde göz önüne alınması gereken hususlardır.

Gerçek kişilerin yanısıra tüzel kişiler de -koşulları var ise- kişilik hakkı korumasından yararlanabilir. Örneğin, Almanya'da Grünenthal ilaç firması tarafından piyasaya sürülen Contergan isimli bir uyku ilacı sakat çocuk doğumlarına yol açmış; bunun üzerine şirket aleyhine pek çok dava açılmıştır. Şirket bu konuyu ele alan bir filmde gerçek dışı bilgilerin verildiğini, şirketin mağdurlara tazminat ödemekte isteksiz gösterildiğini belirterek kişilik hakkına müdahale olduğu iddiasında bulunmuştur. Dava sürecinin sonunda filmin gösterimi yönünde karar çıkmış; son sözü söyleyen Anayasa Mahkemesi, üzerinden uzun zaman geçmiş olsa da tekrar gündeme gelen ve kamuoyunda yeniden tartışılan olayı konu alan filmin gösteriminin önlenmesinin yayın özgürlüğüne aykırı olacağına hükmetmiştir⁴⁶.

⁴⁴ HEMPEL, Heinrich: Die Freiheit der Kunst, Zürich 1991, s.55. Sanat özgürlüğünün koruma alanına ilişkin ayrıntılı olarak bkz. ATALAY, s.6.

⁴⁵ HEMPEL, s.56; ATALAY, s.8.

⁴⁶ Somut olayda, sanat özgürlüğünün arka plana çekilmesini gerektirecek şekilde ağır bir kişilik hakkı ihlalinin mevcut olmadığı yönünde karar verilmiştir (SIEGLE, s.94);

Sanatçının menfaati ile esere konu olan üçüncü kişinin menfaatinin karşılıklı değerlendirilmesi, somut olayın özellikleri⁴⁷ dikkate alınmak suretiyle gerçekleştirilir. Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında, anılan menfaat dengesinin gözetilmesini gerekli kılan çoğu karar ışığında, hiçbir şekilde sanat özgürlüğü ve kişilik hakkı arasında birinin diğerine üstünlüğünü ilan eden bir hakim durumun oluşmadığını⁴⁸, somut olayın özellikleri doğrultusunda karşılıklı menfaatlerin tartılmasıyla sonuca ulaşmanın esas olduğunu söylemek mümkündür⁴⁹. Yine de, mutlak olmamakla birlikte genel bir değerlendirme ile, mizahın hakim unsur olduğu eserlerde (ör: karikatür gibi), yine tarihçilerin inceledikleri olaylarda kişilerin özel hayatlarına ilişkin bilgileri açıklamalarında, hakimlerin çoğunlukla sanat özgürlüğünden yana bir tutum takındıklarını ifade etmek mümkündür. Bunun dışında, roman başta diğer pek çok eser türünde kişilik hakkı ihlalleri karşısında sanat özgürlüğü savunması çoğu zaman kabul görmemiştir⁵⁰. Roman, oyun ya da filmlerdeki karakterlerin

BELLİCAN, s.555-556, dpn.62; BVerfG, 1 BvR 1223/07 vom 29.08.2007, Rn.4-Contergan; ayrıca bkz. OLG Hamburg, AfP 2007, 143, 145- Contergan.

⁴⁷ Alman hukuk uygulamasında *HAHN* olay gruplarını belgeseller, biyografiler ve romanlar olarak belirledikten sonra, bir risk sıralamasına (Gefahren-Ranking) da yer vermiştir. Esasen, gerçek hayatta var olan kişilerin ve olayların eserlerin niteliğine ve bu eserlerde konu ediliş şekline göre, kişilik hakkı ve sanat özgürlüğü arasındaki denge terazide farklı olarak kendini gösterebilecektir (Bkz. HAHN, Richard: Persönlichkeitsrecht und Buch, ZUM 2008, s.99 vd).

⁴⁸ GRIMM, Dieter: ‘Keine Trumpfkarte im Fall Esra’, Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht müssen gegeneinander abgewogen werden’, Zeitschrift für Rechtspolitik, 1/2008, s.29.

⁴⁹ 1950’li yıllardan bu yana, Alman Anayasa Mahkemesinin ve hukuk mahkemelerinin kişilik hakkının korunması ile basın bilgilendirme hakkı veya sanat özgürlüğüne ilişkin menfaat dengesini konu alan davalarda bazı temel ilkeleri yerleştirdiği görülmektedir. İlk olarak, gerçek olmayan bilginin yayınlanması ifade özgürlüğü tarafından korunmaz. İkinci olarak, gerçek bilgi sır niteliğinde olmadığı sürece yayınlanabilir. Son olarak, düşünce açıklamaları şeref ve haysiyeti ihlal etmedikçe yasaklanamaz (Mahkemelerin bu husustaki bakış açısı, doktrinde bazı yazarlarca kişinin şeref ve haysiyetine yeterince koruma sağlanmadığı ve ifade özgürlüğünün daha ağır bastığı gerekçesiyle eleştirilmiştir, bkz. OHLY, Ansgar/LUCAS-SCHLOETTER, Agnes/BEVERLEY-SMITH, Huw: ‘Artistic Freedom Versus Privacy- A Delicate Balance. The Esra Case Analysed from a Comparative Law Perspective’, International Review of Industrial Property and Copyright Law, V.39, 5/2008, s.529).

⁵⁰ Özellikle Fransa’da mizah ve karikatür sanat özgürlüğüne öncelik verilen yegane alanlar olmuştur. Romanlar da dahil, diğer pek çok eser türünde -eserde yer alan karakterlerin gerçek hayat kahramanlarından esinlendiği hallerde- Fransız mahkemeleri çoğunlukla

gerçek hayattaki kişilerden esinlenerek oluşturulduğu hallerde, eser sahipleri gerçek kişilerin kişilik haklarını ihlal etmekle yargılanmış ve bu davaların çoğunluğu eser sahipleri aleyhine sonuçlanmıştır⁵¹.

Biyografik eser, otobiyografik eser, suç olaylarından esinlenerek oluşturulmuş eserler gibi mahkeme kararlarına konu olmuş olaylardan hareketle yapılan eser gruplandırmaları çerçevesinde değerlendirmede bulunmak didaktik açıdan yararlı olduğu gibi, somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılırken gözetilecek hususlar yönünden kolaylık sağlar. Ancak bu ayrımın mutlak olmadığı, yine eser türlerinin birçok olayda kesişme içinde olabileceği unutulmamalıdır⁵².

Suç olaylarından esinlenerek oluşturulmuş eserler açısından, doğru bilginin sır niteliğinde olmadığı sürece yayınlanabileceğini göz önünde tutmak gerekir. Suçlular dahi, özellikle suçun kamu düzenini çok da bozmadığı veya -mahkumiyetleri sona erdikten sonra- isimlerinin yayınlanmasının normal bir yaşama başlamalarını engelleyebileceği durumlarda isimlerinin tam olarak yayınlanmasına karşı korunmaktadırlar⁵³. Bu çerçevede, örneğin Alman Anayasa Mahkemesi adam öldürmeden hüküm giymiş faillerden birinin salıverileceği zaman diliminde söz konusu cinayete dair bir televizyon belgeselinin yayınlanmasına izin vermemiştir⁵⁴. Suç olaylarına ilişkin bilgilerin artık tamamen kamuya mal olmuş olduğu durumlarda ise, farklı bir

eser sahiplerini kişilik hakkı ihlallerinden sorumlu tutma yoluna gitmişlerdir. Eser sahipleri aleyhine verilen kararların dayanağı 1881 tarihli Fransız Basın Özgürlüğü Kanunu'nun 29.maddesi çerçevesinde şeref ve haysiyetin korunması veya Fransız Medeni Kanunu'nun 1382.maddesinde düzenlenmiş olan haksız fiil hükümleri olmuştur (OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.537).

⁵¹ OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.537.

⁵² BELLİCAN, s.558.

⁵³ OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.529.

⁵⁴ Bu noktada yayın açısından mutlak bir yasak oluşmadığı, uygun olan zamanın beklenmesi gerektiği düşünülebilir. Yani menfaat dengesi gözetilirken yayının türü ve yayın zamanı dikkate alınması gereken hususlardır (SIEGLE, s.99). Nitekim somut olayda, 1972 yılında bu suça ilişkin televizyon yayını durduran mahkeme kararı ve bu kararı doğru bulan 1973 tarihli Anayasa Mahkemesi kararına rağmen, 1999 yılında aynı suç olayına ilişkin olarak yapılan belgesel filmin yayınına izin verilmiştir. Davacıların kişilik hakkının korunmasına yönelik başvurusu bu kez dikkate alınmamıştır (OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, dpn. 25; ayrıntılı olarak bkz. BELLİCAN, s.559, dpn.70).

değerlendirmeye gitmek yerinde olacaktır. Kamuya mal olmuş bilgilerin açıklanması özel hayatın gizliliğini ihlal olarak değerlendirilemez⁵⁵.

Suç olaylarından esinlenerek bir roman veya senaryo yazılıyor ve bu bağlamda bir film yapılıyorsa olayla ilgisi olan gerçek kişilerin kimlikleri saklansa dahi, izleyici veya okur tarafından belirli bir suç olayının anlatılmak istendiği anlaşılabilir. Bu bağlamda tek başına isim değişikliği kişilerin özel hayatına saygı gösterildiği savunması için yeterli bir argüman olmayabilir. Bu savunmayı güçlü kılarak sanat özgürlüğü lehine çevirmek için, gerçek olay akışına hayali olaylar⁵⁶ veya karakterler ekleyerek, eserin kurgusal yönünün arttırılması; seyircide veya okurda kendisine sunulan eserin kurgu niteliğinde olduğu düşüncesinin oluşturulabilmesi yerinde olacaktır^{57 58}.

⁵⁵ Kişilik haklarının korunması yönünde katı bir tutum izleyen Fransız hukuk uygulamasında, 1990'lı yıllardan bu yana -özellikle bir suça ilişkin detayların önceden hukuka uygun şekilde açıklanmış olduğu hallerde- bu tutumun biraz yumuşatıldığı söylenebilir. *Monanges* davasında Fransa Yargıtayı bir kitapta kendisinin de dahil olduğu suça ilişkin bilgi ve olgulara yer verilerek mahremiyetinin ihlal edildiğini ileri süren kişinin talebini reddetmiştir. Bu konuda mahkemenin gerekçesi, verilen bilgilerin yerel basında da yayımlanan duruşma tutanaklarına dayanması ve o andan itibaren artık kişinin özel hayatına dahil olmadığı şeklindedir ((Supreme Court, 20 November 1990, 1992, JCP II, 21908), OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.540). Fransız Yargıtay'ının ve diğer yüksek mahkemelerin halihazırda kamu tarafından bilinen olguların açıklanmasının kişinin özel hayatını ihlal etmeyeceği yönündeki bakış açısı ve bazı kararları için bkz. OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.540.

⁵⁶ Kurgunun sınırına ilişkin olarak ise, ilginç bir davaya değinmek uygun olacaktır: Davaya konu olan, bir kişinin öldürüldüğü, öldürenin anılan cinayet sonucunda cezasız kaldığı hatta bu kişinin yaşadıklarını gazeteciye anlatması nedeniyle maddi kazanç elde ettiği ve cinayetin ölen kişiden hoşlanmayan kişiler açısından bir kurtuluş olarak gösterildiği -Gerhard Schröder'e suikastı konu alan- 'Das Ende des Kanzlers-Der finale Rettungsschuss' isimli romanda kişilik haklarının ihlal edildiği kanaatine varılmıştır. Mahkeme suikastın planlanması ve icrasına ilişkin kısımlar çıkarılmadıkça, romanın dağıtılamayacağı hükmüne varmış; davacının kişiliğinin adeta nesne konumuna indirgenerek, işlenen cinayetin suç olarak değil de siyasi bir çözüm, kurtuluş yolu olarak gösterilerek kişilik haklarının ihlalinin var olduğuna kanaat getirmiştir (HAHN, s.98; BELLİCAN, s.562-563; ayrıca bkz. LADEUR, Karl-Heinz/GOSTOMZYK, Tobias: 'Mephisto Reloaded- Zu den Bücherverboten der Jahre 2003/2004 und der Notwendigkeit, die Kunstfreiheit auf eine Risikobetrachtung umzustellen', NJW, 2005/9, s.567).

⁵⁷ Alman Anayasa Mahkemesi hakimlerinden Prof.Dr.Dieter Grimm, bir romanın içinde az ya da çok gerçekliğe dair unsurlar barındırdığını; bir roman karakterinin nadiren tamamen kurgusal olduğunu ifade etmektedir. Roman karakterleri çoğunlukla bir gerçek kahramana/karaktere dayalı olmakla birlikte, çoğu zaman kimliklerin yabancılaştırılması

Biyografik ya da otobiyografik eserlerde ise kişilik haklarının ihlali farklı şekillerde gündeme gelebilecektir: Biyografiler gerçek ile kurgu arasındaki sınırdaki yer alan eserler olarak ele alınmaktadır. Bir biyografi kamuya mal olmuş bir kişinin hayatına ilişkin doğru bilgileri aktarma iddiasında ise, basın özgürlüğüne ilişkin davalarda kullanılan ölçütler bu tür uyuşmazlıklarda da uygulanabilir ve mağdur kişi doğru olmayan bilgilerin ya da özel hayatına ilişkin mahrem detayların yayınlanmasını engellemek üzere yargıya başvurabilir⁵⁹. Hakkında çalışma yapılan kişiden izin alınmamış olması doğrudan bir kişilik hakkı ihlaline sebebiyet vermeyeceği gibi, izin alınmış olması da hiç bir şekilde kişilik haklarına aykırılık oluşmayacağı anlamına gelmez, zira örneğin ortaya çıkan eserde hakkında çalışma yapılan kişinin verdiği rızanın kapsamı dışına çıkılarak bazı gerçek dışı hususlara veya özel hayata dair mahrem bilgilere yer verilmiş olabilir. Bu tür bir esere konu olan kişinin hakkındaki gerçek olmayan bilgiler, olaylar objektif olarak bakıldığında önemsiz gözükse dahi, bu tür bir aktarımı konu alan eserin yayınlanması durdurulabilir. Alman müzisyen Herbert Grönemeyer hakkında yazılan, çalışma ve içeriğine ilişkin izni alınmadan piyasaya sürülen ve gerçek dışı bilgiler içeren bir biyografi kitabının yayınlanmasını durdurmuştur⁶⁰.

(Verfremdung) yoluna gidilmektedir. Yazar/senarist yabancılaştırmayı farklı şekillerde yapabilir: karakterin kimliğini yabancılaştırır, ama kişinin günlük hayatına dair eylemlerini, yaptıklarını aktarır ya da tersine kimliği tamamen yabancılaştırmak yerine onun kişiliğine, günlük hayattaki faaliyetlerine kurgusal unsurlar ekleyebilir. Bu tip durumlarda kişilik hakkının korunması ve sanat özgürlüğü karşı karşıya geldiğinde, somut olayın özelliklerine göre bir menfaat değerlendirme yapılacaktır. Ancak bu temel haklardan hiç biri 'koz' niteliğinde değildir; kişilik hakkı ihlalinin varlığı ve ağırlığına göre, her somut olayda menfaat dengesi farklı yönde şekillenebilecektir (GRIMM, s.29).

⁵⁸ Uygulamaya bakıldığında, bu değerlendirmenin tamamen somut olayın özellikleri çerçevesinde geliştiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Dramatik olayların edebi eserler veya sinema, tiyatro eserlerinde esin kaynağı olarak kullanıldığına sıklıkla rastlanmaktadır. Mahkemeler bir suç olayından esinlenerek bir kurgu eser yazma özgürlüğünün altını çizmekle birlikte, kurgu ile gerçek arasında bir ayırım yapılması gerektiğini vurgulamaktadırlar (Bu konudaki bazı kararlar için bkz. BELLİCAN, s.560 vd; OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.539 vd).

⁵⁹ OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.529-530.

⁶⁰ Ulrich Hofmann'ın 'Grönemeyer' adlı kitabının satışı, müzisyenin kitapta yaşamına ilişkin 50'nin üzerinde gerçek dışı açıklama olduğu iddiasıyla talepte bulunması üzerine, Berlin Bölge Mahkemesi tarafından durdurulmuştur. Ayrıca Mahkeme müzisyenin röportajlarındaki sözlü beyanları üzerindeki eser sahipliğinden doğan haklarının –kitapta

Otobiyografik eserler ise, başkalarının özel hayatına girme konusunda kaçınılmaz risk içeren bir yazın türüdür⁶¹; zira bu eserler eseri meydana getirenin hatıralarına dayandığı için, eser sahibi çoğunlukla hayatını paylaştığı yahut hayatında yer alan kişilerden söz eder ve dahi bu kişiler hakkında değerlendirmelerde bulunur. Örneğin, Alman mahkemeleri ‘Modern Talking’ grubunun eski üyesi Dieter Bohlen’in yazdığı ‘Hinter den Kulissen’ adlı otobiyografik eserde kendileri hakkında gerçek dışı, özel hayata ilişkin mahrem nitelikte bilgiler yahut küçük düşürücü ve aşağılayıcı ifadeler bulunması nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden üçüncü kişilerin taleplerini hukuka uygun görmüştür. Yazarın açıklamalarında -sanat özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği iddiasıyla- mizahi tasvir ve unsurlara yer verdiği savı Mahkemelerce kabul görmemiştir⁶². Bir başka kararda, Paris İstinaf Mahkemesi, Picasso’nun eski kız arkadaşı Françoise Gilot’un bir başka yazarla birlikte kaleme aldığı ve Picasso ile paylaştığı hayatı konu aldığı ‘Vivre avec Picasso’ adlı kitaba ilişkin olarak, ünlü ressamın özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiği iddiasını ve kitabın yayınlanmasının yasaklanması talebini kabul etmemiştir. Mahkeme gerekçesinde, ünlü bir kişinin hayatına ilişkin olarak kamuoyunun bilgi edinme hakkının var olduğuna değinmiş; yine özgün bir eserin yayınlanması ya da piyasadan toplatılmasının ancak söz konusu ihlalin tolere edilemeyecek bir zarara yol açması halinde mümkün olması gerektiğini yer vermiştir⁶³.

B. Esra Kararı- Öncesi ve Sonrası

Esra kararı bünyesinde farklı özellikler barındırmakla birlikte, kişilik haklarının korunması ve sanat özgürlüğü arasındaki menfaat dengesini irdeleyen ilk karar değildir. O nedenle Esra davası ve sonucunda çıkan karara yer vermeden önce, konuyu uygulamada ilk olarak ele alan kararlara göz atmakta yarar vardır. Roman yasaklarını başlatan süreçte Alman Anayasa Mahkemesi’nin ‘Mephisto’ kararı temel

haklı kullanımı aşacak şekilde kullanılması sonucu- ihlal edildiği sonucuna varmıştır (HAHN, s.98).

⁶¹ Bkz. OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.538 ve dnp.56, 57’de yer verilen kararlar.

⁶² HAHN, s.98.

⁶³ OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.538; ayrıca bkz. Ollier, Pierre-Dominique/Gall, Jean-Pierre: International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XI- Torts, Chapter 10 Various Damages, Tübingen 1981, s.91.

nitelikte bir karardır⁶⁴. Karar, sanat özgürlüğü ve kişilik haklarının korunmasına ilişkin menfaat dengesini irdeleyen yüksek mahkemelerce verilen ilk karar olarak uzun zaman emsal karar işlevinde olmuştur. Yine Alman Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararı reformize eden 'Esra' kararı da temelde bu kararla geliştirilen kriterlere dayanmaktadır.

Her iki dava, bünyelerinde barındırdıkları benzerliklere rağmen⁶⁵, davaya konu olan kişilerin toplumsal konumları açısından önemli bir farklılık içermektedir. Mephisto davasının aksine, Esra davasında kişilik haklarının ihlali iddiasında bulunan kişiler toplum tarafından tanınmış, kamuya mal olmuş kişiler değildir⁶⁶.

Alman Anayasa Mahkemesi Mephisto kararında kişinin itibarının ölümünden sonra dahi korunmaya değer olduğuna hükmetmiştir. Anılan kararda kurgulanmış kişiliğin esinlenen gerçek kişi karşısında yeteri kadar bağımsız hale getirilemediği, gerçek kişi ile özdeşleşen roman karakterine ilişkin pek çok ayrıntının gerçek olmadığı, roman karakterinin olumsuz kişiliği ve özelliklerinin artık hayatta olmayan gerçek kişinin de olumsuz bir kişilik olarak sunulmasına yol açtığı belirtilmiştir. Mephisto kararı⁶⁷, kişiliğin ölüm sonrası korunması bakımından yol açtığı önemli

⁶⁴ FREY, Anna-Mirjam: Die Romanfigur wider Willen, Frankfurt am Main 2008, s. 23.

⁶⁵ Bu benzerlikten hareketle, Esra davasında Bölge Mahkemesinin verdiği kararı konu alan bir makaleye yazarları o dönemde gündemde olan ve gerçek yaşam-sanal yaşam ayrımının altını çizen Matrix-Reloaded filminden esinlenerek, Mephisto-Reloaded adını vermiştir (OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.530; BELLİCAN, s.566, dph.89). Anılan makale için bkz. LADEUR/GOSTOMZYK, s.566 vd.

⁶⁶ Mephisto, Contergan ve Rothenburg davalarının aksine, Esra davasına konu olan roman kamuoyuna mal olmuş kişilere odaklanmadığı gibi, güncel ya da tarihsel önemi olan bir olayı da konu edinmemektedir. Kitapta yer alan kadın kahramanlar kitaba ilişkin tartışmalar yaşanmamış olsa, kamuoyu nezdinde kolaylıkla unutulabilecek, hatırlanmayacak kişiler olarak değerlendirilmiştir. Roman bir taraftan anılan kişilerin özel hayatına dair pek çok mahrem detay içermekteyken, diğer taraftan romanın okuyucuları tarafından ziyadesiyle göze çarpan ve zihinde yer eden bir eser olarak değerlendirilmiştir. Kamuoyu romanda yer alan kahramanların mahremiyetinin korunması gerektiğini savunanlar ve kitabın piyasada kalmasını, toplatılmamasını isteyenler olarak ikiye ayrılmıştır. Nitekim dava sürecinde hakimler arasında da fikir ayrılıkları ortaya çıkmıştır (OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.532). Yine bkz. OBERGFELL, Eva Ines: BGH, 21.6.2005- VI ZR 122/04. Kunstfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht- 'Esra' (Anmerkung), Juristen Zeitung, 61.Jahrg., 4/2006, s.196.

⁶⁷ Davada uyuşmazlık konusu olan roman, Klaus Mann'ın 1936 tarihinde yayınlanmış 'Mephisto-Roman einer Karriere (Mephisto-Bir Kariyerin Romani)' adlı romanıdır.

sonuçlar ve yaklaşımların yanısıra, eser sahibinin yaratma özgürlüğü ve kişilik haklarının korunmasına ilişkin menfaatlerin çatışmasında nasıl bir sonuca varılacağı noktasında belirlediği ölçütler ile zaman içerisinde yol gösterici bir emsal karar konumuna gelmiştir. Örneğin, Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi Rohtenburg davasında Mephisto kararına atıfta bulunarak, herkesin kişisel yaşamının ayrıntılarının yayınlanmasına itiraz etme hakkı olacağını belirtmiştir. Mahkeme ayrıca sanatçının yaratma özgürlüğünün olayları olduğu gibi sunması, olaylara dayalı açıklamalarda bulunması anlamına gelmediğini, kendisinden de beklenenin bu olmadığını; sanatçının olayları öyküleştirmek ve yeniden kurgulaması, bunu yaparken de hayattaki kişilere özdeş referanslara yer vermekten kaçınması, kurgusal kişileri gerçek kişilerden yeteri kadar farklılaştırması gerektiğini vurgulamıştır⁶⁸.

Esra davasında uyuşmazlık konusu olan Maxim Biller'in 2003'de yayınlanan ve otobiyografik özellikleri olan 'Esra' adlı romanında, yazar Adam ile Türk asıllı oyuncu Esra arasındaki aşk ve mutsuz ilişkileri - birinci tekil şahıs diliyle- aktarılmaktadır. Romanda yazarın kendisiyle ilişkisini ele aldığı kadın ve kadının annesi kişilik haklarının ihlali

Roman Hendrik Höfgen adlı oyuncunun (roman karakterinin) 1926-1936 yılları arası kariyerini ele alırken; karakter nasyonel sosyalist rejimde bir oyuncu olarak hızla yükselmek adına politik düşüncelerini gizleyen, insani ve etik değerleri hiçe sayan, iktidarın 'gözdesi', Goethe'nin Faust eserindeki Mephisto karakteriyle en başarılı oyununa hayat vermiş ve bunun sonucunda devlet tiyatrolarının müdürlüğüne atanmış, merhametsiz ve sapkın cinsel eğilimleri olan bir kişi olarak tasvir edilmiştir. Höfgen karakteri ve hayat hikayesi pek çok noktada yazarın daha önce arkadaşı ve sonrasında hısımları olan Gustaf Gründgens'in kişiliği ve hayatıyla uyuşmaktadır. Romanın yayınlanması üzerine, bundan kısa süre önce hayatını kaybeden Gründgens'in evlatlık oğlu yayınlanmasına karşı dava açmış; izleyen dava süreçleri sonunda roman yasaklanmıştır. Kitabın yasaklanması üzerine karşı tarafça anayasal şikayet mekanizması işletilmiş; bunun sonunda verilen kararın gerekçesinde de, oldukça olumsuz nitelikleri yansıtılan kurgusal karakterin, tasvirin (Abbild-'Höfgen') karaktere esas alınan gerçek kişiden-tasvir edilenden (Urbild-'Gründgens') sanatsal yaratıcılık aracılığıyla yeteri kadar farklı oluşturulmadığı; bu durumun gerçek kişi Gründgens'in itibarını zedelediği, kişilik haklarına aykırılık oluşturduğu belirtilmiştir. Bunun yanısıra okuyucu nezdinde gerçek kişi Gründgens ile özdeşleştirildiğine/özdeşleştirileceğine kesin gözüyle bakılan Höfgen karakterine ilişkin verilen çok sayıda ayrıntının da gerçek olmadığı dile getirilmiştir. Konuya ilişkin bkz. BGHZ, 50,133, 134- Mephisto; BVerfGE 30, 173, 174 f., 198- Mephisto; SIEGLE, s.23 vd; BECKER, Bernhard von: Fiktion und Wirklichkeit im Roman- Der Schlüsselprozess um das Buch 'Esra'- ein Essay, Würzburg 2006, s.31.

⁶⁸ Frankfurt Eyalet Yüksek Mahkemesi, 2007 GRUR-RR 123, 125,126-(Rohtenburg).

gerekeşiyle dava açmış; yazar da buna karşı, anayasa tarafından güvence altına alınmış sanat özgürlüğüne dayanarak (Art.5 III 1 GG)⁶⁹ kendini savunmuştur. Bu şekilde başlayan süreç, romanı yayınlayan yayınevinin yerel ve üst mahkemeler tarafından verilen kararlar sonrasında meseleyi anayasal şikayet mekanizmasıyla Alman Anayasa Mahkemesi'ne taşınması üzerine geniş çaplı yankı bulmuştur⁷⁰:

'Esra' romanının yayınlanmasından çok kısa süre sonra -ancak romanın bu kadar kısa sürede dahi 4000 adet satılmasını müteakip-, yazar Biller'in eski kız arkadaşı ve onun annesi geçici tedbir kararı almış; yayınevinin bu konudaki itirazı ise sonuçsuz kalmıştır. Davacıların kişilik haklarının ihlaline dayanarak romanın yayınının engellenmesi talebi ilk derece mahkemelerinde kabul görmüş; kişilik haklarına ağır şekilde müdahalenin varlığının kabulü üzerine Münih Eyalet Mahkemesi bu nitelikteki hukuka aykırı ifadelerin ve betimlemelerin çıkarılarak kitabın

⁶⁹ Alman Anayasası'nda ele alındığı şekliyle sanat kavramı ve korumanın kapsamı hakkında bilgi için bkz. SIEGLE, s. 62 vd.

⁷⁰ Roman, kendisinin anlatıldığını düşündüğü kişi bakımından sıradan hususları değil, kişinin özel ve gizlilik alanına ilişkin mahrem detayları içermektedir. Tarafların arasındaki aşk ilişkisi yazar Adam'ın ağzından aktarılmış; ana karakter Esra -gerek baskın, tahakkümcü, depresif ve alkolik annesi Lale'nin, gerek ilk evliliğinden olan kızı Ayla'nın ölümcül hastalığı, gerekse bizzat Esra'nın pasif kadercı bakış açısı yüzünden yaşanan zorluklar eşliğinde tasvir edilmiştir. İlişkinin yaşandığı şehir Münih ve buraya ilişkin yer verilen yer/mekanlar isimleri değiştirilmeksizin, gerçek hayatla örtüşür şekilde aktarılmıştır. Esra karakteri de aynı dava açan M.Biller'in eski kız arkadaşı gibi 17 yaşında oyunculuk kariyeriyle ilgili başarısından ötürü ödül almış; romandaki Adam ve Esra karakterlerinin tanışma hikayesi de aynı gerçek yaşamdaki gibi gerçekleşmiş (Esra, Adam'ı ilk evliliğine ilişkin düğün töreninde eski eşinin arkadaşı olarak tanımış, bu evliliğin sona ermesinden sonra ise aralarında bir aşk ilişkisi başlamıştır); Esra karakterinin küçük kızının ağır hastalığına ilişkin detaylar da davacının gerçek hayatta yaşadıklarına çok benzer şekilde ele alınmıştır. Yine romanda 'Alternatif Nobel Ödülü' alan, Türkiye'de bir ötek sahibi olan ve pek çok kere evlenmiş, kavgacı, alkolik ve sorunlu bir kişilik olarak tasvir edilen Esra karakterinin annesi de yazarın dava açan kız arkadaşının annesiyle hayat hikayesi ve sunulan detaylar yönünden özdeşleşmektedir. Keza Adam karakteri de Prag'da doğması, Almanya'da yaşamakta ve yazar olarak hayatını sürdüren bir Musevi olması yönleriyle romanın yazarı M.Biller ile pek çok açıdan benzeşmektedir. Bkz. BVerfGE 119, 1,3 f.-Esra; NEUMEYER, s.34; SIEGLE, s.25 vd. Okuyucunun yazarın ve Esra ana karakterinin gerçek yaşamından kesitler sunduğu hususunda yüksek şüpheye düşebileceği, romandan bazı örnek kısımlara ilişkin bkz. LADEUR, Karl-Heinz/GOSTOMZYK, Tobias: 'Ein Roman ist ein Roman ist ein Roman?', Zu den gerichtlichen Auseinandersetzungen um die autobiografischen Werke von Maxim Biller, Alban Nikolai Herbst und Birgit Kempker und der Notwendigkeit einer Rekonstruktion der Kunstfreiheit, ZUM 2004, s.429 vd.

yayınlanmasına izin vermiştir. Alman Federal Temyiz Mahkemesi ise, anılan değişiklikler yapılmış olmasına rağmen, kitabın yayınlanmasının engellenmesi sonucuna varmıştır. Mahkemeden sanat özgürlüğü lehinde karar çıkmasını bekleyenleri temsil edercesine, romanı yayınlayan yayınevi anayasal şikayet imkanını kullanmış ise de, buradan da yayınevi lehine farklı bir sonuç çıkmamıştır: Yüksek mahkeme her ne kadar Esra karakterinin annesinin tasvirine ilişkin olarak yayın yasağı karşısında sanat özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verdiyse de; Esra karakteri vasıtasıyla kişilik hakları ağır şekilde ihlal edilen yazar M.Biller'in eski kız arkadaşının bu şekilde tasvirini yerinde bulmayarak, sanat özgürlüğünün bu noktada geri planda bırakılması gerektiğine hükmetmiştir⁷¹ ⁷². Sonuç olarak, Esra romanı yasak bir roman olarak kalmıştır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, Alman Federal Temyiz Mahkemesi kararında, kişilik hakkı ve sanat özgürlüğünü kural olarak eşdeğer ve biri diğerine üstün kılınmaz temel haklar olarak gördüğünü; bu haklara ilişkin çatışan menfaatler konusunda her somut olayın

⁷¹ BVerfGE 119, 1, 34 f.-Esra.

⁷² Alman Anayasa Mahkemesi'nin kararında görüşlerine yer verdiği kurumlardan Alman Kitapevleri Birliği, itiraz edilen mahkeme kararlarında bir sanat eseri türü olarak romanın kendine has özelliklerinin dikkate alınmadığını ileri sürmüştür: Buna göre, Alman Federal Temyiz Mahkemesi romandaki karakterin gerçekte kimi temsil ettiği belirlenirken (tanınabilirlik), sınırlı tanıdık çevresinin algısının yeterli olacağı görüşüyle, Alman Anayasa Mahkemesi'nin Mephisto davasında benimsediği ölçütten ayrılmış olmaktadır. Daha dar ve kısıtlayıcı olan bu ölçüt, kişilik hakkı ile sanatçının özgürlüğüne ilişkin menfaatlerin karşılıklı değerlendirilmesinden ziyade, düşünce ve basın özgürlüğüne ilişkin basın hukukundan alınmış bir ölçüt olarak görülmektedir. Kişilik haklarının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesinde, mahkemeler sanat odaklı bir bakış açısı içerisinde olmamış; romandaki Esra ve Lale karakterleri davacılarla gerçekten onlarmış gibi karşılaştırılmıştır. Bu sebeple, sanat özgürlüğü iletişimle ilişkili diğer temel haklara nazaran gücünü kaybetmiş olmaktadır. Birlik ayrıca edebi eserlerin modellere dayanmasının edebiyatın asli özelliklerinden olduğunu ifade etmiş; ancak bunun ilerde edebiyatın varlığını tehlikeye düşürecek finansal risklerle karşılaşılmasına sebebiyet vermesi halinde, eser üretme açısından caydırıcı sonuçlar doğuracağını dile getirmiştir: Bu halde, ne yazarlar bir modele dayanan eserlere imza atacak, ne de yayınevleri bu tür eserleri yayınlayacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. BVerfGE, 1 BvR 1783/05-13.06.2007, 49, 51 (<https://beck-online.beck.de/Dokument?VPath=bibdata%2Fents%2Fbeckrs%2F2007%2Fcont%2Fbec krs.2007.26821.htm&ShowParallelFundstellenReadable=True&IsSearchRequest=True&HLWords=on, 1.08.2017>).

kendisine özgü koşul ve durumların ayrıntılı bir şekilde ele alınarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır⁷³.

Belirtmek gerekir ki, Almanya’da Esra kararı sonrasında kişilik hakları ve sanat özgürlüğüne ilişkin menfaat çatışmasını içeren uyuşmazlıkları konu alan pek çok olayda Esra kararında ele alınan ölçütler gözetilerek bir sonuca varılmaya çalışılmıştır. Ancak bu değerlendirme yapılırken kriterlerin ele alınmasıyla ilişkili olarak bazı temel sorunlarla karşılaşmıştır: Bir taraftan anılan kriterler gözetilerek sonuca varılması uygulamada yetersiz kalmış; diğer bir ifadeyle, zaman zaman öngörülemeyen ve ilgililerin hukuki güvenliğini desteklemekten uzak sonuçlara yol açmıştır⁷⁴. Diğer taraftan, anılan kriterlerin her bir sanat türünün kendine has özellikleri dikkate alınmaksızın aynen uygulanmasının yerinde olmayacağı anlaşılmıştır. Sonuç olarak, kişilik haklarının korunması ve sanat özgürlüğü arasındaki menfaat dengesinde gözetilecek ölçütler, her somut olaya ve daha da özelinde uyuşmazlığa konu her eserin kendine özgü niteliklerine göre ayrıca ele alınıp değerlendirilmelidir⁷⁵.

C. Karşılıklı Menfaatlerin Değerlendirilmesi ve Bu Değerlendirmede Dikkate Alınacak Ölçütler

1. Kişilik Haklarının İhlal Edilmesi

Sanat özgürlüğü karşısında, kişilik haklarına yönelik bir ihlalin var olup olmadığı belirlenirken uygulamada iki husus ele alınmaktadır: Bir taraftan aradaki özgülenme ilişkisi (birebir ilişki) ancak davacının uyuşmazlık konusu eserdeki kurgusal kişiliğin yaratılmasına açıkça anlaşılır ve tanınabilir şekilde model olarak hizmet etmiş olduğu hallerde

⁷³ WANCKEL, Endress: ‘Der Schutz der Persönlichkeit bei künstlerischen Werken’, NJW, 9/2006, s.579. Alman Anayasa Mahkemesi hakimlerinden Prof.Dr.Dieter GRIMM, bu temel haklara ilişkin çatışan menfaatler konusunda değerlendirme yapılırken şu iki sorunun yanıtının aranması gerektiğini ifade etmektedir: Somut olayda kişilik haklarının korunmasına öncelik verildiği durumda, sanat özgürlüğünün uğradığı zarar ne derece olacaktır? Tersine, sanat özgürlüğüne öncelik verildiği durumda, kişilik haklarının uğradığı zarar ne derece olacaktır? Niteliği itibarıyla, hafif nitelikteki kişilik hakkı ihlalleri ağır kişilik hakkı ihlallerine nazaran daha az dikkate alınacaktır, keza aynı değerlendirme sanat özgürlüğü açısından da yapılabilir (GRIMM, s.29).

⁷⁴ Bu durumun ya anılan kriterlerin içerik olarak tam anlamıyla uygulanamamış olması ya da kriterlerin somut olayda sadece kısmen uygulanmış olmasından kaynaklandığı ileri sürülmektedir (SIEGLE, s.107).

⁷⁵ Konuya ilişkin bkz. SIEGLE, s. 89 vd.

kabul edilecektir. Diğer taraftan bu ilişki yahut özgülenmenin kabul edilebilirlik eşiğini geçmiş olması aranacaktır⁷⁶.

a. **‘Tanınabilirlik’ Ölçütü**

Tanınabilirlik ölçütü somutlaştırılmaya muhtaçtır. Eserin türü ne olursa olsun, eser vasıtasıyla kişilik hakkına dahil unsurların ihlal edildiğini ileri süren kişinin eser sahibine (sanatçıya) açtığı davada tanınabilirlik kilit kavram olarak rol oynamaktadır⁷⁷.

Gerçek kişi ile kurgusal kişi (karakter) arasındaki benzerliği kişinin kendisinin ileri sürmesi yeterli değildir. Buna göre, gerçek kişi herhangi bir romanda, filmde, teatral performansta konu edilen karakterin aslında kendisi olduğunu ileri sürerek, kişilik hakkına dahil değerlerin (özel hayatın gizliliği, şeref ve haysiyet gibi) ihlal edildiğini ileri süremez; daha doğrusu kişilik hakkının korunması yönündeki bu talep tek başına kabul görmez. Okuyucuda/izleyicide eserde kurgulanan kişi ile davacının (model alınan gerçek kişinin) aynı kişiler olduğu yönünde ciddi ve açık şüphe oluşmuş olmalıdır.

Eser sahibi (sanatçı) tanınabilirlik ölçütü kapsamında yaptırımlarla karşılaşmaktan çekiniyorsa, eserdeki karakter ve olaylara ilişkin kurgulama yoğunluğunu arttırma konusunda bağımsızdır. Buna karşın, eserindeki kurgusal kişinin ardında gerçek bir model kişi olduğu anlaşılacak şekilde, gerçek hayattan yansımalara yer vermeyi tercih ederse, bu tasvirin olası sonuçlarından kendini uzakta da tutamaz. Zira eser sahibi eserinde ele aldığı gerçek kişilerin kişilik hakkına dahil değerlere saygı göstermek durumunda olduğu gibi, onların kişilik haklarını ağır şekilde zedeleyecek şekilde bilgi aktarımı yapamaz ya da onların üzerinden gerçek olmayan bilgileri içeren hikayeler kurgulayamaz.

Fransız hukuk uygulamasında kurgusal karakter ile gerçek kişi arasındaki karıştırılma olasılığı (likelihood of confusion) yeterli görülmektedir. Salt isim benzerliği yahut aynılığı yeterli bulunmamaktadır; sosyal koşulların da benzerliğinin ispatı aranmaktadır. Fransız mahkemeleri karıştırılma olasılığının özellikle benzerliğin isim,

⁷⁶ BVerfGE 119, 1, 25 ff.- Esra.

⁷⁷ OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s.551; BELLİCAN, s. 573. Basın hukukundan ödünç alınan tanınabilirlik kavramını ve bu ölçütü doktrinde von BECKER hatalı olduğu gerekçesiyle eleştirmiştir. Bu eleştiri için bkz. von BECKER, s.70 vd; karşı. NEUMEYER, s.148; ve yine karşı. BECKER, Bernhard von: ‘Der geschlossene Vorhang- Der Beschluss des BVerfG zum ‘ESRA’ Fall, K&R 2007, s.620.

yaş, cinsiyet gibi unsurlara ek olarak, sosyal ve mesleki çevre, aile ilişkileri ya da fiziksel betimlemeler, akademik ve mesleki çalışmalar gibi hususlara ilişkin olması halinde ortaya çıktığını belirtmektedir⁷⁸. Ancak Fransız hukukunda bir husus vardır ki, üzerinde tam anlamıyla tartışılmamış olup, konuya ilişkin uygulamada farklı görüş ve kararlar mevcuttur: Edebiyat (eser) mağdurlarının⁷⁹ hangi çevre/kimler açısından tanınabilir olması gerektiği. Uygulamada gerçek kişi ve kurgu karakter arasındaki benzerlik bağının, kişinin yakınları veya kişiyi kişisel olarak tanıyan kimselerce kurulmasının gerektiği üzerinde durulmaktadır. Bununla birlikte, bu tür bir tanınabilirliğin yeterli olmadığını savunan mahkeme kararları da mevcuttur⁸⁰.

İngiliz hukukunda da tanınabilirlik açısından benzer bir yaklaşım mevcuttur. Model alınan gerçek kişinin ismiyle anılmasına gerek yoktur; kurgusal bir isim altında da olsa tasvirin gerçek kişiyi işaret ettiği makul bir algıyla çıkarılabiliyorsa, bu yeterlidir. Yayıncının niyetinden bağımsız olarak, makul ortalama okur/izleyici bu yönde çıkarım yapmakta ise, eserde gerçek kişinin tasvir edildiği kabul edilmektedir. Yayıncılık sektörünün gerçek kişiler ve kurgu karakterler arasındaki benzerlikleri mütemadiyen reddeden yaklaşımı bu noktada inandırıcı, ikna edici değildir⁸¹.

İsviçre hukuk uygulamasında, kişilik hakkı ihlalinin ileri sürülebilmesinin ilk koşulu olarak, gerçek kişinin tasvirde birey olarak ele alınmakta olması, kurgu karakterin üzerinden bireyselleştirilmiş olması aranmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu hususta asgari ölçüt olarak davacının subjektif tanınabilirliğine işaret ettiği görülmektedir: Subjektif tanınabilirlikle ifade edilmek istenen, eserdeki kurgu karakterin kendisi olduğunu kişinin bizzat anlamış, farketmiş olmasıdır. Bunun yanı sıra, pek çok mahkeme kararında objektif tanınabilirlik kriterinin de

⁷⁸ Bkz. OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 541, d. 76-77'de yer alan mahkeme kararları.

⁷⁹ OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 541. Yazarlar eserdeki kurgusal karakterin kendisi olduğunu ileri sürerek kişilik hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunan kişileri 'edebiyat mağdurları' olarak nitelendirmiştir.

⁸⁰ Konuya ilişkin bkz. OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 541, d. 81-82'de yer verilen mahkeme kararları.

⁸¹ Bkz. OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 548.

arandığı görülmektedir⁸². Genel uygulamaya bakıldığında, İsviçre mahkemelerinin -Alman hukuk uygulamasına nazaran- sanatçılara eserlerinde gerçek kişi ve olayları ele alıp kurgulama konusunda daha dar bir hareket özgürlüğü tanıdığı görülmektedir.

Amerika hukukundaki uygulamaya bakıldığında; özellikle geçmişte tartışılan kararlar ışığında, mahkemelerin daha ziyade ifade özgürlüğü lehinde kararlar verdiği görülmektedir. Örneğin, pek çok olayda gerçek kişi ile kurgu karakter arasındaki eşleşime rağmen, eserde makul ortalama bir okurun doğrudan gerçek kişiye yönelteceği olumsuz karakter özellikleri, hayat hikayesi vb. mevcut değilse, davacının kişilik hakkı ihlali iddiası reddedilmiştir. Yine bir davada, davacı temel alınarak yaratılan kurgu karakterin uyuşmazlık konusu eserlerde (kitap ve film) sadece tali bir rolü olduğu, bu yüzden makul ortalama bir okurun kendisini tanımayacağı yahut hatırlamayacağı gerekçesiyle dava reddedilmiştir⁸³. Diğer bazı hallerde ise, mahkemeler kurgusal karakterin fiziki olarak imkansız bir ortam/bağ çerçevesinde bir olay örgüsünün içerisine yerleştirilmesi gibi hallerde gerçeklik iddialarını dikkate almayarak bu tür davaları reddetmiştir ya da eser sahibinin kendi hayat hikayesini (otobiyografi) ele alırken -gerçek isimlere yer vermeksiz- eski sevgilisinin kişiliği ve hayatına dair bazı bilgileri paylaşmasında, sanat özgürlüğünün korunmasına ağırlık vermiştir⁸⁴. Bununla birlikte, önceleri davacı lehine sonuçlanan davalar nadir iken, özellikle iki yakın tarihli karar çerçevesinde, uygulamanın artık tek yönde olmadığını, farklı gelişmeye başladığını söylemek mümkündür: ‘Batra v. Wolf’ davasında, New York Yüksek Mahkemesi, bir rüşvet skandalı dolayısıyla kamuoyunun gündemine gelen Hint asıllı bir avukatın kişilik haklarının

⁸² BGE 135 III 145, 147- Rosmarie V. Bu konuda BGE tarafından halihazırda hakkında hüküm verilmiş pek fazla karar olmadığından, konuya ilişkin ilk derece mahkemeleri kararları uygulamaya ilişkin daha fazla bilgi sunmaktadır. İlk derece mahkemeleri objektif tanınabilirliği temel bir koşul olarak ele almakta; tanınabilirlik değerlendirmesinde ‘yakın tanıdık çevresi’ni ölçü almaktadır ki, bu kavramla ilgili kişinin hayatının büyük bir bölümünü geçirdiği, uzun süre yaşadığı ve çalıştığı yer ifade edilmek istenmektedir. Bu noktada mahkemeler tanınabilirlik potansiyelini yeterli görmektedir. ‘Rosmarie V’ kararına konu olayda İsviçre Federal Mahkemesi davacının subjektif tanınabilirliğini yeterli görmüş olduğundan, objektif tanınabilirliğe doğrudan değinmemiş, Kanton mahkemelerinin daha önceki karar ve değerlendirmelerine atf yapmakla yetinmiştir (SIEGLE, s.112).

⁸³ Bkz. SIEGLE, s.125, dpn.467-468’de yer verilen kararlar.

⁸⁴ Bkz. SIEGLE, s.125, dpn.469-470’de yer verilen kararlar.

korunması yönünde başvurusu üzerine yaptığı değerlendirmede, ‘Law and Order’ adlı TV-dizisinde kendisine isim benzerliği olan, görsel açıdan benzeyen, hayat hikayesi yönünden ciddi benzerlikleri bulunan ve nihayetinde dizide de rüşvet ödenmesi konusuyla bağlantılı olarak gündeme getirilen kurgusal karakterle anılan gerçek kişi avukat arasında eşleşen ve benzerlik içeren hususların çokluğu yanında, makul ortalama bir okurun bu rüşvet olayını gerçekmiş gibi algılayabileceğinden hareketle davacıya hak vermiştir⁸⁵. Yine Esra davasıyla kısmen benzerlik taşıyan, bir romanın uyuşmazlık konusu olduğu ‘Smith v. Stewart’ davasında hakimler, romanda tasvir edildiği varsayılan davacı lehine karar vermiştir. Davadaki uyuşmazlık, davacının gençlik aşkı ve aynı zamanda romanın yazarı olan davalının, aralarındaki aşk hikayesini detaylı olarak ele alması ve kendisinden esinlendiği kurgusal karakteri gerçek kişiliğiyle örtüşmeyen ancak makul ortalama bir okurun gerçekmiş gibi algılamasına imkan tanıyarak olumsuz şekilde tanıtması üzerine ortaya çıkmıştır. Georgia Eyalet Yüksek Mahkemesi söz konusu olumsuz tanıtım ve tasvirleri şeref ve haysiyetin ihlali olarak değerlendirmiş, ele alınması gereken diğer bazı hususlar açısından sonrasında davacı lehine karar verecek olan jüri karar mekanizmasının yolunu açmıştır⁸⁶. Dolayısıyla, Amerika hukuk uygulamasında yakın tarihli içtihatlarda kişilik hakkının korunmasına ağırlık verilmesine yönelik bir yaklaşımın ağırlık kazandığı görüldüğünden, geçmişte neredeyse toptan bir şekilde sanat özgürlüğü lehine savunulan bakış açısından artık vazgeçildiğini ifade etmek mümkündür⁸⁷.

b. İhlal Eşiği

Uygulamada genel kabul gören yaklaşıma göre, kişilik hakkının korunmasının uyuşmazlığın en başında, doğrudan sanat özgürlüğünün eser sahibine sağladığı koruma karşısında önem açısından geride olması için hiç bir hukuki dayanak yoktur. Kişilik hakkının ihlaline ilişkin eşik, makul ortalama bir okuyucunun eserdeki kurgusal karakterleri gerçek kişilerle özdeşleştirdiğinin⁸⁸ anlaşıldığı anda aşılmış olacak; kişilik hakkının ağır şekilde ihlali bu noktada gerçekleşmiş olacaktır.

⁸⁵ Batra v. Wolf No.116059/04 (N.Y.Sup.Ct.Mar.14, 2008).

⁸⁶ Smith e al. v. Stewart 2008 WL 820751 (Ga.App.Mar.28, 2008), (SIEGLE, s.126).

⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. SIEGLE, s.117 vd.

⁸⁸ BVerfGE 119, 1, 26- Esra.

2. Hukuka Aykırılık

Çalışmamızın başında değindiğimiz üzere, kişilik haklarına yönelik her müdahale (ör: hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde) hukuka aykırılık içermeyebilir. Kişilik hakkının korunması ve sanat özgürlüğü arasındaki menfaat dengesi gözetilirken, kişilik hakkına müdahalenin hukuka aykırı nitelikte olduğu ve daha da ötesinde kişilik hakkının ağır şekilde ihlal edildiği hallerde, kişilik haklarının korunması daha ağır basacaktır.

a. Kişilik Hakkının Ağır Şekilde İhlal Edilmesi

Esra davasında Alman Anayasa Mahkemesi hakimleri temel haklar arasındaki menfaat çatışmasında, sanat özgürlüğünün ancak kişilik haklarının ağır şekilde ihlal edildiği hallerde geri planda tutulması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bu şekilde ağır bir kişilik hakkı ihlali olup olmadığını belirlemek için bazı kriterler geliştirilmiştir: Öncelikle sanatçının eserinin içeriğinin gerçek kişilere dayanarak oluşturulduğunu ne kapsamda okuyucuya yansıttığı belirlenmelidir. İkinci olarak, okuyucu kurgusal kişiler ve gerçek kişiler arasındaki ilişkiyi, bağlantıyı keşfetmiş ise, ortaya çıkan kişilik hakkı ihlalinin ne derece ağır olduğunun tespit edilmesi gerekir⁸⁹.

i. Sanatsal (Kurgusal) Anlatım Altında Yakın Gerçeklik İlişkisi

Sanat eseri ile reel dünya karşısında bağımsız hale getirilmiş, yeni estetik bir dünya yaratma çabası içine girilir. Sanat özgürlüğü karşısında kişiliğin korunmasına ilişkin değerlendirmenin, eserin etkilerini salt sanat dışı sosyal alan açısından değil, eserin kendine has estetik özelliklerini de gözetmek suretiyle gerçekleştirilmesi gerekir⁹⁰. Eserin reel dünya, eserdeki kurgusal kişiliklerin de kendilerinden esinlenen gerçek kişiler karşısında bağımsızlığının sağlanması gerekir.

ii. Kurgusal Kişiliğin Gerçek Kişilik Karşısında Yabancılaştırılması

Sanatçı meydana getirdiği eserin hayal ürünü olduğunu sözlü olarak veya yazılı şekilde beyan edebilir ki; eser başlangıç ve önsözlerinde bu tür ifadelerle sıklıkla rastlanmaktadır. Böylelikle sanatçı bu irade açıklaması ile, haklı ya da haksız olsun, bir anlamda ifade ve sanat özgürlüğünü

⁸⁹ BVerfGE 119, 1, 27- Esra.

⁹⁰ BVerfGE 119, 1, 28- Esra.

kullandığına işaret etmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, eserdeki karakterlerin, olayların serbestçe oluşturulduğu, hayal ürünü olduğu; yaşayan yahut ölü insanlarla benzerliklerin tesadüfi olup, bu yönde bir benzerlik oluşturma niyeti de olmadığı vb. ifadelerini içeren önsöz, son sözler, film jenerikleri tek başına sanat özgürlüğünün üstün kılınmasına yeterli değildir. Bu tür savunmalar eser sahibinin eseri aracılığıyla üçüncü kişilerin kişilik hakkına dahil değerleri ihlal ettiği durumlarda, eser sahibini kurtarmaya yeterli değildir. Eser sahibi bu gibi hallerde, eser içeriğinin kurgusal olduğu, hayal ürünü olduğu yönündeki savunmasını eserindeki kurgusal karakter ve olaylar ile gerçek kişiler arasındaki farklılıkları (eserin gerçeklik karşısında bağımsızlaştırılmasını) ortaya koyarak kuvvetlendirmelidir⁹¹. Eserde alıntı, belge ya da rapor gibi objektif sayılabilecek bilgilendirme teknikleri kullanıldığı oranda, eserin gerçekle olan bağlantısı o derece güçlenir ki, yazarın eserinin gerçeklikle ilgisi olmadığı yönündeki savı artık zayıflar⁹².

Kurgusal anlatım altındaki yakın gerçeklik ilişkisini değerlendirirken, kurgu karakterlerin ve olayların gerçek kişiler karşısında sanatsal şekillendirme araçlarıyla bağımsız hale getirilip getirilmediği (yabancılaştırılma), bu yapılmışsa ne kapsamda yapıldığını belirlemek gerekir. Eser sahibininin kurgusal karakteri yaratırken kendisinden ilham aldığı kişi tanınabilir olsa dahi, okuyucu/izleyici sunulan hikaye örgüsü ve bilgilerin tamamen hayali olduğunun farkına varabiliyorsa, bu halde kişilik hakkı ihlali gündeme gelmeyecektir⁹³. Bununla birlikte bu bakış açısı eser sahibi anılan durumda tasvir edilen gerçek kişinin kişiliğine ve hayat hikayesine ilişkin -hayali dahi olsa- çarpıtmalarda bulunmamış ise, genel kabul görebilir. Eserde yer alan kurgu karakter gerçek kişiden ayırıştırılmadığı sürece eser sahibi şu hallerde sorumlu kılınabilir: 1. Eserde yer alan olay ve bilgiler gerçektir ve bunların açıklanması özel

⁹¹ BELLİCAN, s.575. Alman hukukunda kurgu karakterin gerçek kişi karşısında yabancılaştırılması kriteri Mephisto kararında tek başına ağır kişilik hakkı ihlali değerlendirmesine esas teşkil etmişken; Esra kararında bu değerlendirmede gözetilen kriterlerden biri olmuştur (BVerfGE 30, 173, 195, 198- Mephisto; BVerfGE 119, 1, 28- Esra). Fransız hukuk uygulamasında ise, mahkemeler okuyucuların gerçek ile kurguyu ayırt edemediği durumlarda eser sahibi aleyhine karar vermekte, bu gibi hallerde eser sahiplerinin hayal ürünü-kurgu savunması kabul görmemektedir (OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 542).

⁹² OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 557.

⁹³ Bkz. OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 542.

hayata saygı gösterilmesini isteme hakkından doğan kanuni yükümlülüğün ihlali sonucunu doğurur. 2. Eserde aktarılan olay ve bilgiler gerçek dışıdır ve bu durum tasvir edilen gerçek kişinin topluma yanlış tanıtılması (misrepresentation of personality) sonucunu doğurur⁹⁴.

iii. Kurgu Karinesi

Sanat özgürlüğünü güvence altına alma odaklı yaklaşım, okuyucudan esere rüşünü ispat etmiş muamelesi yapmasını, yani eser yaratımını salt ifade özgürlüğünden ayırdetmesini ve gerçek durumların tasviri ile soyut ve sanatsal/kurgusal ifade ve açıklamaları (kurgu) arasındaki farkı algılayabilmesini, görebilmesini bekler. Dolayısıyla bir sanatsal eser öncelikle gerçek yaşamdan ayrılan bir kurgu ürünü olarak görülmelidir⁹⁵. Kişilik hakkı ile sanatçının sanat özgürlüğü arasında çıkan çatışmanın çözümünde yazılanların, aktarılanların karine olarak kurgu kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu yaklaşım 'kurgu karinesi' (Fiktionalitätsvermutung) olarak nitelendirilir. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi Esra kararındaki değerlendirmelerinde edebi bir eserin (romanın) öncelikle kurgu olarak görülmesi gerektiğine işaret etmiştir. Bu noktada, anılan romanda da olduğu üzere, eserdeki kişi ve olayların gerçek olmadığı, gerçekle benzerliğinin tamamen tesadüf olduğu yönündeki uyarı yeterli olmayabilecek; bir başka deyişle, bu karinenin aksi ispat edilebilecektir⁹⁶.

iv. Kişilik Hakkı İhlalinin Ağırlığı

Sanat özgürlüğünün sınırı olarak ortaya çıkan kişilik hakkı ihlallerinde, kişilik hakkı değerlerine ve bu değerlerin ele alınmasına göre (ör:özel hayatın gizliliğinde alan teorisine göre) ihlalin ağırlığı farklı ortaya çıkabileceğinden, her bir müdahalenin ne ağırlıkta (yoğunlukta) kişilik hakkı ihlali teşkil edeceği, kişilik haklarının korunması ve sanat özgürlüğü menfaat dengesi açısından belirleyici olacaktır. Örneğin, Alman Anayasa Mahkemesi yerleşmiş içtihatlarında gizlilik alanı

⁹⁴ Bkz. OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 542; BELLİCAN, s.576.

⁹⁵ BVerfGE 119, 1, 28- Esra; SIEGLE, s.77.

⁹⁶ Okurla yazar arasındaki varsayımsal (fiktif) sözleşme ve kurgu karinesi hakkında bkz. BELLİCAN, s.585, dñn.140; Alman Anayasa Mahkemesi'nin eserin öncelikle kurgu olarak görülmesi gerektiği değerlendirmesi ve sonrasında Esra davasına ilişkin yorumu için bkz. BVerfG: Grenzen der Kunstfreiheit durch den Persönlichkeitsschutz, GRUR 2007, s.1089, (95), (96).

açısından diğer alanlara nazaran mutlak bir korumanın gündeme geleceğini vurgulamaktadır⁹⁷.

v. Je-desto Formel (Ne kadar...- O kadar ... Ölçütü)

Mephisto kararında temel alınan ölçüt, kurgusal kişiliğin esinlendiği, kendisinden ilham alındığı gerçek kişi karşısında yabancılaştırılması, ondan bağımsızlaştırılması idi. Alman Anayasa Mahkemesi Esra kararında bu ölçütü ilke olarak korumakla birlikte, kişilik hakkının ağır şekilde ihlal edilmesi gereğini de dikkate alarak iki yönlü 'Je-desto Formel' (Ne kadar...-O kadar...) ölçütünü yeni bir yaklaşım olarak geliştirmiştir. Buna göre, gerçek kişilik ile kurgusal kişilik ne kadar çok kesişme içerisinde ise, kişilik hakkının ihlali o kadar ağır basacaktır. Sanatsal tasvir, kişilik hakkının özel olarak korunan değerlerine ne kadar çok dokunuyorsa, kişilik hakkı ihlalinden kaçınmak için o kadar yoğun kurgulama (Fiktionalisierung) yapılması gerekir⁹⁸.

3. Değerlendirme

Alman hukukunda kişilik hakkının korunması ve sanat özgürlüğüne ilişkin menfaat çatışmasına ilişkin olarak, 1971 tarihli Mephisto kararıyla karşılaştırıldığında, Esra kararıyla (geliştirilen yaklaşım ve ölçütler ışığında) -her ne kadar kitabın yayınlanması ve dağıtılması yasaklanmış olsa da- sanat özgürlüğünün gücünü arttırdığı dile getirilmektedir⁹⁹. Kurgu karinesinin kabulü, eser sahibinin belirli sınırlar çerçevesinde herkesi bir eser karakteri için model olarak kullanabilme serbestisi, ağır bir kişilik hakkı ihlalinin varlığının aranması eser sahibinin hukuki platformda elini güçlendiren hususlar olmuştur.

Gerek anılan içtihatlar gerekse değinilen genel bilgiler ışığında bir değerlendirme yapmak gerektiğinde; kişilik hakkı ile sanat özgürlüğüne ilişkin temel haklar arasında bir menfaat çatışması çıktığında doğrudan bir hakkın diğerine üstün kılınması hiç bir zaman mümkün olmayıp, somut olayın özellikleri dikkate alınarak çatışma anılan iki haktan biri lehine çözüme kavuşturulmalıdır. Karşılıklı menfaatlerin tartılması ve değerlendirilmesi sürecinde hangi hakkın ağır basacağı somut olayın özellikleri ve menfaat değerlendirilmesinde geliştirilen kimi ölçütler sayesinde ortaya konulabilir. Yukarıda yer yer değindiğimiz ölçütleri

⁹⁷ BVerfGE 119, 1, 29, 30- Esra.

⁹⁸ BVerfGE 119, 1, 30- Esra; SIEGLE, s.78.

⁹⁹ GRIMM, s.30. Anılan bu sebeplerle, Esra romanına ilişkin yasağın sanat özgürlüğünü en alt seviyeye çekip çekmediğine ilişkin sorunun yanıtı olumsuz olacaktır, HAHN, s.102.

burada biraraya toparlamak gerekirse; eser türüne özgü değerlendirme¹⁰⁰, okurun esere ilişkin algısı (okurun/izleyicinin eserde anlatılanları gerçek olarak algılayıp algılamadığı ve eğer öyleyse bu algının ne yoğunlukta, kapsamda olduğu)¹⁰¹, tasvir edilen kişinin toplumdaki konumu¹⁰², esere konu olan olayın ne zaman gerçekleştiği/gerçekleşmesinden bu yana geçen zaman¹⁰³, eserin kamuya sunulmuş şekli (eserin sunulduğu medya ortamının genişliği)¹⁰⁴ gibi hususların gözetilmesi menfaat değerlendirmesinde önem taşır. Belirtmek gerekir ki, eserdeki yaratıcılık düzeyi de bu noktada dikkate alınabilir ölçütlerden biridir. Hakkında kişilik haklarının ihlali tartışması yapılan bir eserde, eserdeki dil/anlatım yüksek bir yaratıcılık düzeyi ve özgünlüğü yansıtıyorsa; sanatsal çabanın, tutkunun okuyucuya/izleyiciye çok da yansıtılmadığı, olanı aktarmaya dayalı bir esere nazaran farklı bir değerlendirme yapılmalı, menfaat

¹⁰⁰ Özellikle mizah içerikli eserler ve karikatür eserlerinde bu türün kendine has özelliği dikkate alınmalıdır, zira bu tür eserler nitelikleri gereği yabancılaştırmayı ve/veya abartmayı konu almaktadır. Bu tür eserlerde kanımca hoşgörü eşiği diğer pek çok esere nazaran daha yüksek olmalıdır; kişilik hakkı ihlali açısından türe özgü sınırların tasvir edilen kişi açısından kendisinden katlanılması beklenemeyecek ölçüde aşılması gerekir (bkz. BELLİCAN, s.587). Temel haklara ilişkin menfaat dengesinde bu hususun (kişilik hakkının ağır şekilde ihlal edilmesi) değerlendirilmesinde, eserin medyada yayılma hızı ve genişliği, kişinin toplumdaki konumu gibi unsurların göz önüne alınarak bir sonuca varılması yerinde olur (Bkz. BECKER, Bernhard von: Rechtsfragen der Satire, GRUR 11/2004, s. 913).

¹⁰¹ OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 557.

¹⁰² Tasvir edilen kişi kamuya mal olmuş veya halihazırda kamuoyunun dikkatini çeken bir kişi ise genel ilke ve kurallar daha katı bir şekilde uygulama konusu olacaktır. Bu kişiler hakkında kamuoyunun bilgi edinme, aydınlanma menfaatini gerekçe olarak öne sürmek ve kabul ettirmek kolaylaşacaktır (OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 557; BELLİCAN, s.587).

¹⁰³ Yazarın güncel olayları kalemine taşıırken, geçmişte olmuş olaylara ilişkin yazarken gösterdiği özene nazaran daha da dikkatli olması gerekmektedir. Özellikle, artık hayatta olmayan kişiler konu alındığında, sanat özgürlüğünün kişilik haklarının karşısında daha ağır basması olasılığı artar (OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 557).

¹⁰⁴ Eserin kamuya ulaştırılmasında vasıta olan iletişim aracı kişilik hakkı ihlalinin sürekliliği ve ağırlığı bakımından yapılacak değerlendirmede rol oynar. Zira eserin kamuya sunulma türü kişilik hakkı ihlalinin yoğunluğunu arttırabilecektir. Örneğin, kişinin gizlilik alanına dahil unsurların, bazı sırlarının bir kitapta veya radyo oyununda açıklanması yerine, bir senaryo haline getirilerek filme alınması ve filmin gösterime girmesi daha yoğun bir etki meydana getirmeye müsaittir. Yine bir kez gösterilen Tv-dizisinin, filmin ortaya çıkaracağı etkiyle, tekrarlanan gösterimlerin meydana getireceği etki de farklı olacaktır (von BECKER, s.105; BELLİCAN, s.588).

çatışmasında sanat özgürlüğü, yani eser sahibi lehine yorum yapılması daha kolay olmalıdır¹⁰⁵.

D. Hukuki Koruma

Kişilik hakkına dahil değerlerin (tasvir edilen kişinin şeref ve haysiyetini ve/veya özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkını) ihlali söz konusu olduğunda, bu yönde iddiada bulunan kişi TMK m.25 çerçevesinde, saldırı tehlikesinin önlenmesi, saldırıya son verilmesi, saldırının hukuka aykırılığının tespiti, bunlarla birlikte düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayınlanması talebinde bulunabilir. Bunun yanında, maddi tazminat, manevi tazminat ve hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekaletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin talepte bulunma hakkı da saklıdır.

Kişilik haklarının ihlalinin basın yoluyla gerçekleşmesi durumunda Basın Kanunu'nun ilgili hükümleri de (Basın Kanununun cevap ve düzeltme hakkına ilişkin hükümleri), genel hükümlerin yanında, devreye girer. Basın Kanununda cevap ve düzeltme hakkına ilişkin hükümler (m.14-19) sadece süreli yayınlar açısından öngörülmüştür. Bununla birlikte, örneğin roman gibi süreli olmayan yayınlar yönünden cevap ve düzeltme hakkını engeller yönde bir hüküm de mevcut değildir. Doktrinde, süreli olmayan yayınlarda hukuka aykırı basın açıklamasında bulunana karşı bu yolla saldırıya uğrayan kişinin cevap ve düzeltmesini yayımlamasının veya yalan ve/veya yanlış açıklamaların düzeltilmesinin bir durdurma davası şekli olarak kabul edilebileceği ve bu davadan önce de bu tür bir düzeltmeye ihtiyati tedbir yoluyla hükmedilebileceği ifade edilmektedir¹⁰⁶.

Kimlerin ne kapsamda sorumlu olacağı hususuna gelince, Basın Kanunu'nun hukuki sorumluluk başlıklı 13.maddesinde, basılmış eserler yoluyla işlenen fiillerden doğan maddi ve manevi zararlardan dolayı süreli yayınlarda eser sahibi ile yayın sahibi ve varsa temsilcisinin; süresiz yayınlarda ise eser sahibi ile yayıncının, yayıncı belli değil ise basıncının müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu hükme bağlanmıştır¹⁰⁷. İzleyen fıkralarda ise yayının üzerinde hak sahibi olan veya

¹⁰⁵ OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 557.

¹⁰⁶ KILIÇOĞLU, s. 313.

¹⁰⁷ Anılan hüküm gereğince, yayıncı ile eser sahibi arasında akdedilen yayın sözleşmesi yahut benzeri bir sözleşmede yayıncının sorumluluğunu bertaraf eden hükümler mevcut

bu hakları devralan kişilerin sorumluluğuna ilişkin düzenleme yapılmıştır. Ele aldığımız konuya ilişkin olarak; tasvir edilen kişinin kişilik hakkına dahil değerlerine (ör: eserde tasvir edilenin şeref ve haysiyetini ihlal eden ifadelerin ya da gizlilik alanına dair hususların yer alması) bir kitap aracılığıyla müdahale söz konusu olduğunda, kitabın yazarıyla birlikte yayımcısının da sorumluluğu gündeme gelecektir¹⁰⁸.

Basın Kanunu'nun 13.maddesi çerçevesinde müştereken ve müteselsilen sorumluluğu olan eser sahibi ve yayımcı arasındaki ilişkinin

ise, bunlar üçüncü kişilere karşı etkili olmayacaktır. Yani eser sahibinin kitabında yer verdiği ifadelerinden ötürü üçüncü kişilerin zararı ortaya çıkarsa, tüm sorumluluğun eser sahibine ait olduğuna ve tüm zararların eser sahibince karşılanacağı sonucu çıkarılabilen akdi düzenlemeler üçüncü kişilerin talepleri karşısında etkili olmayacaktır. Zira üçüncü kişiler Basın Kanunu'nun 13.maddesi çerçevesinde müteselsilen sorumlu olanlardan herhangi birine başvurabilir. Eğer ki yayıncıya başvururlarsa, yayıncı daha sonra ödediği bedeli iç ilişki çerçevesinde eser sahibinden talep edebilecektir. Eser sahibinin yayıncı ile akdettiği sözleşmede bu tür kendi aleyhine getirilmiş ağır yükümlülüklerden kurtulması TBK m.26-27 aracılığıyla gerçekleştirilebileceği gibi, koşulları varsa 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5.maddesinde düzenlenen sözleşmelerdeki haksız şartlara ilişkin hüküm yoluyla da mümkün olabilir. Anılan hükümden faydalanabilmek için eser sahibinin anılan Kanun (TKHK m.3) gereğince tüketici sıfatını haiz olması gerekir. Şu durumda, yazarlığı meslek edinmiş, geçimini bu şekilde sağlayan bir yazar yayın hizmetini mesleki amaçla aldığından tüketici sayılamazken, mesleği yazar olmayan birinin anılarını yazması örneğinde bu kişi yayınevinden yayın hizmeti aldığında tüketici sayılabilecektir (BELLİCAN, s.577, dpn.116).

¹⁰⁸ Bu tür kişilik hakkı ihlallerinin radyo ya da televizyon vasıtasıyla gerçekleşmesi durumunda Basın Kanunu hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır. 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'un düzeltme ve cevap hakkı başlıklı 18.maddesinin 6.fıkrasında gerçek ve tüzel kişilerin kişilik haklarını ihlal eden yayın hizmetlerinden doğan maddi ve manevi zarardan dolayı medya hizmet sağlayıcı kuruluş ile birlikte programın yayımcısının müştereken ve müteselsilen sorumlu olacağı hükmüne bağlanmıştır.

Yine anılan kişilik hakkı ihlallerinin son yıllarda günlük yaşamın neredeyse ayrılmaz bir parçası haline gelen internet üzerinden yapılan yayınlar aracılığıyla gerçekleşmesi haline ilişkin olarak, 5651 sayılı 'İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun' ile bazı düzenlemeler öngörülmüştür. Anılan Kanunun 'İçeriğin Yayından Çıkarılması ve Erişimin Engellenmesi' başlıklı 9.maddesi çerçevesinde; internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi, doğrudan sulh ceza hakimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilir. İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik hakları ihlal edilen kişilerin talepleri doğrultusunda hakim erişimin engellenmesine karar verebilir (m.9/1,3).

hukuki niteliği somut olayın özelliklerine göre değişir. Gazete, dergi gibi süreli yayınlarda çalışan ve çalıştıran arasında TBK m.66'ya dayanan istihdam eden-müstahdem ilişkisi kurulabilir; burada anılan hükmün özel bir uygulaması söz konusudur. Bu çerçevede, yayın sahibi istihdam eden sıfatıyla sorumlu tutulduğuna göre, TBK m.66'daki kurtuluş kanıtını getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir. Buna göre, yayın sahibi yapılan açıklama ile şerefe, haysiyete ve özel hayata saldırılmaması (zararın doğmaması) için gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini (yani sorumlu yazı işleri müdürünü seçmede, ona talimat vermede ve onu denetlemede gerekli objektif özeni gösterdiğini), gerekli bu dikkat ve özeni gösterseydi dahi zararın doğumunu önleyemeyeceğini ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir¹⁰⁹. Süreli olmayan yayımlar açısından, yayımcının şeref, haysiyet ve/veya özel hayatı ihlal eden ifadelerin sahibi (yani eser sahibi) nedeniyle sorumluluğunun, istihdam edenin sorumluluğu olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmektedir. Zira yayımcı ile eser sahibi arasında bir istihdam eden müstahdem ilişkisi mevcut değildir¹¹⁰; buradan hareketle, yayımcı eser sahibine emir ve talimat verme yetkisine sahip değildir. Burada, yayımcının şeref, haysiyet ve/veya özel hayatı ihlal eden açıklamalardan dolayı ortaya çıkan sorumluluğu kusur sorumluluğudur. Bu noktada yayımcının kusuru, çoğu kez eserin kişilik haklarını ihlal ettiğine ilişkin araştırmayı yapmamak şeklinde özen yükümlülüğünün ihlaline dayanır¹¹¹.

Bir eser vasıtasıyla, yani eserde konu edilen kişilerin kişilik hakkı ihlali gündeme geldiğinde, uygulanabilecek yaptırım mekanizmaları eserin yayımının önlenmesi, durdurulması ve toplatılmasından ibaret değildir. Eserin toplatılmasından önce¹¹², uygun düşüğü ölçüde, kişilik

¹⁰⁹ KILIÇOĞLU, s. 486.

¹¹⁰ Şeref, haysiyet ve/veya özel hayatın gizliliğini ihlal eden ifade ve açıklamalar yayımcının emir ve gözetiminde çalışan kişilerin fiillerinden kaynaklanmışsa, yayımcı TBK m.66 gereğince sorumlu tutulabilecektir. Örneğin, yayıncıya ait yayınevinde çalışan dizgininin düzenleme ve düzeltmeler sırasında esere kişiliği ihlal edici eklemeler yapması gibi. Böyle bir durumda, yayımcı açıklama nedeniyle kişilik haklarında saldırıya uğrayan kişinin sadece maddi değil, manevi zararlarından da istihdam eden olarak sorumlu olacaktır (KILIÇOĞLU, s.498).

¹¹¹ KILIÇOĞLU, s. 497.

¹¹² Fransız hukuku uygulamasında da esere el konulması ve toplatılması, ifade veya sanat özgürlüğüne yapılabilecek en ağır müdahale olarak kabul edilmekte ve bu yola kişilik hakkı ihlalinin tolere edilemeyecek derecede ağır olduğu hallerde, istisnaen başvurulması gerektiği dile getirilmektedir. Doktrinde bazı yazarlar bu yaptırıma

hakkını ihlal eden kısımların romandan çıkarılması, sahnelerin filmde çıkarılması veya repliklerin teatral performanstan çıkarılması; tekzip yayınlama; eserde yer verilen karakter isimlerinin değiştirilmesi ya da ilgili mahkeme kararının eserle birlikte yahut ona dahil edilerek yayınlanması gibi uygulamalara karar verilmesi mümkündür¹¹³. Yine içeriğinden kişilik hakkı ihlaline yol açan unsurlar çıkarılmadıkça, örneğin bir TV filminin tekrar gösteriminin, bir sinema filminin dağıtımının ya da bir kitabın pazarlanmasının yasaklanması yönünde kararlar verilmesi mümkündür¹¹⁴. Ancak anılan tür değişiklikler veya ihlal unsuru kısımların eserden çıkarılmasının kişilik hakkı ihlalini ortadan kaldırmayacağı ya da eser sahibinin bu yönde rızası olmadığı anlaşılıyorsa, bu halde mağdurun hukuki güvenliği ancak eserin toplatılması ile -genel bir yasak mekanizmasının devreye sokulması ile- mümkün olabilecektir¹¹⁵.

Bir edebi eserde, sinema eserinde veya başkaca bir eserde kişilik hakkına dahil değerlerin ihlali söz konusu olduğunda bu şekilde kazanç elde edilmişse gerçek olmayan vekaletsiz iş görme (TBK m.530) hükümlerine başvurulabileceği gibi¹¹⁶, yine koşulları varsa maddi ve/veya

başvurulmasının ancak meydana gelen zararın başkaca yaptırım mekanizmalarıyla (ör:tazminat) karşılanmadığı hallerde haklı kabul edilebileceğini ifade etmektedir. Bu özellikle eserin kişilik haklarının ihlaline yol açan kısımlarının eserin diğer kısmından, bütünden bölünemez nitelikte olduğu hallerde gündeme gelir. Fransız hukukunda sık uygulama bulan ve tercih edilen yaptırımlardan biri ise okuyucunun bilgilenmesine yönelik olarak esere eklenen yargısal açıklamadır (communiqué judiciaire). Konuya ve 'Le grand secret' adlı kitabın bu şekilde yasaklanmasına ilişkin bkz. TREBES, s.151, 152-dpn.611, 153-154.

¹¹³ Konuya ilişkin farklı Fransız mahkemeleri kararları için bkz. OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 545, dpn.99-104 arası.

¹¹⁴ OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 545.

¹¹⁵ SIEGLE, s.186.

¹¹⁶ Eskiden bir kimsenin kişilik haklarının hukuka aykırı şekilde ihlal edilmesi neticesinde failin elde ettiği kazancın saldırıya uğrayan tarafından talep edilmesini düzenleyen özel bir hüküm mevcut değildi ve o dönemde bu yönde bir talebin vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca mümkün olup olmadığı tartışma konusu idi. 3444 sayılı Kanunla Önceki Medeni Kanuna ilave edilen 24/a maddesi bu imkanı açıkça belirtmekte olup, kişilik haklarının ihlali suretiyle elde edilen kazançların vekaletsiz iş görme hükümlerine göre talep edilebileceğini ifade etmişti. Aynı hüküm TMK m.25/3'de tekrarlanmıştır. Tanınan bu imkanın önemi kendini mağdurun elde edemeyeceği bir kazancı failin saldırı sayesinde elde etmiş olması durumunda gösterir. Zira mağdurun elde edemeyeceği bir kazancı fail saldırı sayesinde elde etmiş ise, mağdur için bir zarar söz konusu olmadığından maddi tazminat davası açılmaz. Bu kazancın ancak TBK m.530'dan

manevi tazminat talebinde bulunulabilir. Eğer kişilik hakkını ihlal eden kişi, bu ihlal mağdurunun elde etmek istemediği veya elde edemeyeceği bir kazancı anılan ihlal vesilesiyle elde etmişse, mağdurun bir zararı ortaya çıkmadığından, bu kazanç gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde istenecektir. Buna karşın, ihlalde bulunan mağdurun elde etmek istediği veya elde edebileceği bir kazancı ihlal vesilesiyle elde etmişse, bu kazanç mağdur yönünden mahrum kalınan kazanç şeklinde ortaya çıkan bir zarar olduğu için zararın giderilmesi maddi tazminat davasına konu olur. Örneğin, hayatıyla ilgili bir kitabı basıma hazırlamış A'nın kitabının kopyalarını çalıp kendi adıyla piyasaya süren ve bundan kazanç elde eden B'ye karşı maddi tazminat davası gündeme gelebilirken; A'nın asla yayınlama niyeti taşımadığı ve kasasında sakladığı anı yazılarını çalan, bunları roman haline getirerek kendi adıyla yayınlayan ve kazanç elde eden B'ye karşı gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeden dolayı dava açılabilir. Çünkü B, bu durumda, A'nın elde etmeye niyeti olmadığı bir kazancı elde etmiştir¹¹⁷.

Kişilik haklarını ihlal eden unsurlar içeren eserlerin yayımlanmasından, sahnelenmesinden vs. elde edilen kazancın davacıya verilmesine ilişkin olarak, bu kazancın elde edilmesinde kişilik haklarına saldırının etkisi ve oranı dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede kişilik hakkını ihlal eden ifade ve açıklamaların eserin bütününe oranı, bunların sürümdeki etkisi, süreli bir yayın ise kişilik hakkı ihlali teşkil eden yayının önceki yayınlara nazaran tirajda bir artış getirip getirmediği, önceki performansına nazaran daha çok izleyici çekip çekmediği gibi unsurlar göz önüne alınarak değerlendirme yapılmalıdır¹¹⁸.

kaynaklanan bu dava uyarınca talep edilmesi mümkündür (OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s.239-240).

¹¹⁷ DURAL/ÖĞÜZ, s.156. Yazarlar ayrıca kimi durumlarda hem maddi tazminat davasının hem de vekaletsiz iş görme davasının açılabilirliğini dile getirmektedirler. Çünkü aynı olay sebebiyle mağdurun hem kazançtan yoksun kalması hem de onun elde edemeyeceği kazancın fail tarafından elde edilmiş olması mümkündür. Böyle bir durumda, zarar tazminat davası, onu aşan kazanç ise vekaletsiz iş görme kurallarına göre istenebilecektir (s.157). Aksi yönde Arpacı, maddi tazminat ile vekaletsiz iş görme davalarının birbiri üstüne yığılmasının kabul edilemeyeceğini; davacının ya maddi tazminat isteyeceğini ya da davalının elde ettiği kazanca yöneleceğini belirtmektedir (ARPACI/Abdülkadir: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 2000, s.162).

¹¹⁸ Bkz. KILIÇOĞLU, s.357. Yargıtay yayımlanmayan bir kararında, 'Turgut Nereden Koşuyor?' isimli kitap nedeniyle yazar Emin Çölaşan aleyhine zamanın Başbakanı ve eşi tarafından açılan davada yerel Mahkemenin kararını şu gerekçeyle bozmuştur: 'Kişilik

Sanat eserleri aracılığıyla ortaya çıkabilecek kişilik hakkı ihlallerinde akla gelebilecek bir diğer maddi tazminat kalemi, yasal mekanizmaları işletebilmek için yapılan harcamalar ve yine örneğin mağdurun uğradığı psikolojik yıkım, yaşadığı üzüntü nedeniyle yaptığı psikolojik tedavi masraflarıdır¹¹⁹. Yine Türk hukukundan farklı olarak, Alman hukuk uygulamasında kişiliği oluşturan unsurların ticari değeri haiz olduğu ve bu unsurlara ilişkin ihlalin gerçekleştiği durumlarda, makul lisans bedeline benzer bir şekilde tazminat talebinde bulunulabileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, Esra davası örneğinde olduğu gibi, sanat eserleri aracılığıyla ortaya çıkan kişilik hakkı ihlallerinde çoğunlukla şeref ve haysiyet, özel hayatın gizliliği gibi kişilik hakkına dahil unsurların ihlali gündeme geldiğinden, bu yaklaşım uygulama alanı bulamayabilir. Zira kişinin kendi eliyle şeref ve haysiyetini ihlal edeceği ve/veya mahremiyetine ilişkin bilgileri ifşa edeceği, bu hususları lisans sözleşmesine konu edeceği ekonomik bir değerlendirme alanı yoktur¹²⁰.

Roman, sinema veya başkaca eserler yoluyla şeref ve haysiyeti ve/veya özel hayatının gizliliği ihlal edilen kişinin başvurabileceği bir diğer yaptırım da manevi tazminattır. Basın açıklamaları ya da sanat eserleri aracılığıyla şeref, haysiyet ve/veya özel yaşamın ihlalinde maddi zarardan daha çok manevi zarar meydana gelir. Manevi zararın varlığı ve miktarının somut olarak belirlenebilmesi -maddi zararın aksine- her zaman mümkün değildir. Manevi zararın varlığı ve yüksekliği yargıcın serbestçe takdir ve tesbit edeceği bazı hal ve koşullardan çıkarılabilir. Yargıcın takdiri, davacıya yüklenen ispatın konusuna, olayların olağan akışına ve genel yaşam tecrübelerine göre, dava konusu ifade ve açıklamaların kişide manevi bir acı (seelische Schmerz), yoğun üzüntü doğurmuş olup olmamasına göre şekillenir¹²¹. Bu durum, dıştan somut olarak gözlenebilen bazı olaylardan, özellikle de saldırıya uğrayan kişinin tepki ve davranışlarından (ör: kendini eve kapatıp ruhsal bunalım içine

haklarına saldırı teşkil ettiği kabul edilen sözcüklerin sürüme etkisi ve kitap içindeki hacminin tüm kitap hacmine oranı göz önünde bulundurulmadan, maddi tazminat belirlenirken tüm kitap gelirinin baz alınması ve Borçlar Kanunu'nun 43.maddesine dayanılarak sonuca gidilmesi bozmayı gerektirmiştir' (KILIÇOĞLU, s.357, dpn.136; BELLİCAN, s.581-582, dpn.131).

¹¹⁹ SIEGLE, s. 207.

¹²⁰ SIEGLE, s. 207; OHLY/LUCAS-SCHLOETTER/ BEVERLEY-SMITH, s. 535; BELLİCAN, s.580

¹²¹ KILIÇOĞLU, s.398, dpn.246'da anılan yazarlar.

girme, aşağılık duygusu geliştirme, yaşam enerjisinin farkedilir şekilde kaybı, iş gücünü kaybetme, mesleğinden soğuma, çevresiyle görüşmeme (sosyal izolasyon) gibi¹²² çıkarılabilir. Yine manevi zarar dolaylı zarar olarak da ortaya çıkabilir. Örneğin, bir eserde (roman/film vb.) tasvir edilen gerçek kişiye yönelik gerçek dışı bir suç isnadına yönelik ifadelerin yer alması ve bunun ihbar olarak değerlendirilip o kişinin gözüne alınması/tutuklanması, görevinden alınması, bu nedenle nişanlısı tarafından terkedilmesi¹²³ gibi.

Kişilik haklarına saldırının ağırlığı hem hukuka aykırılığın derecesine hem de doğan zararın ağırlığına etki eder. Saldırı ne kadar ağır ise, hukuka aykırılık ve doğan zarar da o derece ağır olarak ortaya çıkar. Bununla birlikte günümüzde yasa koyucu her hukuka aykırı saldırının manevi tazminata yol açabileceğini kabul etmiştir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 58.maddesinde 'kusurun ve saldırının ağırlığı' koşullarına yer verilmemiştir¹²⁴. Basın açıklamaları veya sanat eserlerinde

¹²² Bkz. AEBI-MÜLLER, s.149.

¹²³ KILIÇOĞLU, s.398, dpn.248-249'da yer verilen kararlar.

¹²⁴ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49.maddesinin 3444 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki düzenlemesinde manevi tazminata hükmedilebilmesi için 'kusurun özel ağırlığı' bir koşul olarak aranmaktaydı; anılan Kanunla değişikliğe uğrayan 49.madde metninde ise zarar verenin kusurunun özel ağırlığından söz edilmediği gibi, kusurundan da hiç söz edilmemiştir. Ancak doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere, kusurdan söz edilmiş olması, kusursuz sorumluluğun benimsendiği anlamına gelmez. Yasa koyucu haksız fiilin koşullarının düzenlendiği eBK m.41'de kusur koşulunu açıkça düzenlemiş olduğundan, bir kez daha tekrardan kaçınılmıştır.

Saldırının ağırlığı hususuna gelince; eBK (eski) m.49 hükmü manevi tazminat talebi için - hemen yukarıda değindiğimiz üzere- sadece kusurun ağırlığından söz ederken, saldırının ağırlığı şartını aramamaktaydı. (Bu maddenin kaynağı olan İsviçre Borçlar Kanunu (Art.49 OR) aslı ise hem kusurun hem de ihlalin ağır olması şartını aramaktaydı. Ancak İsviçre yasa koyucusu anılan hükmü 1983 yılında değiştirmiş; kusurun özel ağırlığı koşulunu madde metninden çıkarmış, ihlalin özel ağırlığı yerine ise ihlalin ağırlığı koşuluna yer vermiştir.) Bununla birlikte o dönem öğretide ve mahkeme kararlarında – mehzaz Kanunun etkisiyle- manevi tazminat talepleri için sadece kusurun değil, (doktrinde bazı yazarlarca dile getirildiği üzere 'saldırının ağırlığı' şeklinde anlaşılması gereken) zararın da ağır olmasının şart olduğu kabul edilmekteydi. Ancak yine sonrasında İBK.'da yapılan değişikliğe paralel olarak, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 49.maddesinin 4.5.1988 tarihli ve 3444 sayılı Kanunla değişikliğe uğrayan metninde ise kusurdan söz edilmediği gibi, ihlalin ağır olmasından da söz edilmemiştir. Konunun Türk Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda ve her iki ülkenin uygulamasında izlediği süreç hakkında ayrıntılı olarak bkz. ERLÜLE, Fulya: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Ankara 2015, s.111 vd.

yer verilen ifade ve açıklamalar aracılığıyla kişilik haklarının ihlalinde çoğunlukla ağır bir saldırı gündeme gelir¹²⁵. Ancak bu mevcut yasal hükümler çerçevesinde varlığı zorunlu bir koşul olmayıp, esasen manevi tazminat miktarının takdirinde önem taşır.

Eserin ve eserde yer alan ifade ve açıklamaların niteliği manevi zararın varlığına ilişkin değerlendirmede temel rol oynar. Örneğin mizah içerikli eserler ve karikatür eserlerinde, eserde tasvir edilen gerçek kişinin sanatçının tasvirlerine katlanmasına ilişkin beklenti, diğer eserlerde olduğundan daha yüksektir. Yine kişinin özel hayatına ilişkin olmakla birlikte önemsiz görünen hususlara ilişkin bilgi açıklamaları ve değerlendirmelerinin de kişilik hakkını ihlal etmeyeceği, manevi zarara yol açmayacağı kabul edilebilir¹²⁶.

Manevi tazminatın amacı, haksız saldırı nedeniyle kişinin ruhsal incinme ve acısını telafi etmek, onu manen tatmin etmek olduğuna göre, bu tazminatın bir miktar paranın ödenmesinden başka yollarla da sağlanabileceği kabul edilmiştir (TBK m.58/II). Konumuza ilişkin olarak, yayın ve dağıtım yasağı da manevi tazminat davasının bir sonucu olarak ortaya çıkabilir ki, bir sanatçının karşılaşılabileceği en ciddi yaptırımlardan biri eserinin yayınının ve dağıtımının önlenmesidir. Eserdeki kurgusal karakterin kendisiyle özdeşleştiğini ve bu suretle şeref ve haysiyetinin ve/veya mahremiyetinin ihlal edildiğini ileri süren gerçek kişi eserin yayın ve dağıtımının durdurulmasının yanısıra para konulu manevi tazminat talebinde bulunduğu, her iki talebi de kabul görebileceği gibi, sadece yayının ve dağıtımın durdurulmasıyla yetinmek zorunda da kalabilir¹²⁷.

¹²⁵ Bir edebi eserde, sinema filminde tasvir edilen gerçek kişinin hayat hikayesine ilişkin, şeref ve haysiyetini ve yine özel hayatın gizliliğini ihlale yol açar nitelikte bazı açıklama ve olayların gerçekliğinin hiç araştırılmadan aktarılması; bazı dedikoduların gerçekmiş gibi yansıtılması ve bu şekilde tasvir edilen gerçek kişinin kamuoyu nezdinde farklı tanıtılması, şahsi ve/veya ticari itibarının zedelenmesi (bu yönde bkz. BGE 43 II 637; BGE 48 II 60).

¹²⁶ Kişinin ruhsal dengesini hafif şekilde sarsan durumların hayatın olağan akışına dahil olduğu, bu sebeple kişinin manevi bütünlüğüne yönelen her haksız davranışın kişilik hakkı ihlaline yol açmayacağı söylenebilir. (İsviçre hukuku çerçevesinde bkz. AEBI-MÜLLER, s.149).

¹²⁷ Okur sayısının ciddi bir bölümünü hukukçuların oluşturduğu Esra romanı ile ilgili son dava olma özelliğini taşıyan manevi tazminat davasında ise, son yetkili mercii Alman Federal Mahkemesi yazarın eski kız arkadaşının manevi tazminat talebini haksız bulmuştur. Böylelikle Federal Mahkeme'nin bakış açısı romanda Esra karakteri altında tasvir edilen kişinin 50.000 Euro tutarındaki manevi tazminat talebini kabul eden Münih

Son olarak, kişi yaşarken olduğu gibi, öldükten sonra da bir romana, sinema veya tiyatro eserine konu edilebilir ve bu eser aracılığıyla kişilik hakkına dahil değerleri ihlal edilebilir. Sağlığında şeref ve haysiyetin ve/veya özel hayatın gizliliğinin ihlali nedeniyle manevi tazminat talebinde bulunabilecek olan kişi öldükten sonra bir esere konu edinildiğinde -ölümle birlikte kişiliğin sona ermesiyle- gerek doğal gerek hukuki olarak bu imkandan yoksun kalır. Eğer sağlığında bu yönde talebini ileri sürmüştü¹²⁸, TMK m.25/IV uyarınca manevi tazminat talebi mirasçılara geçer. Böyle bir durum mevcut değilse, ölenin yakınları, ölen kişinin şeref ve haysiyetine ve/veya mahremiyetinin gizliliğine dair hukuka aykırılıklar içeren eserler karşısında münhasıran ölen kişi için değil, doğrudan kendi kişilik haklarına dayanarak¹²⁹ hukuki koruma mekanizmalarını işletebilirler (hatıra koruması)¹³⁰. Hatırayı koruma doktrini, ölen birisinin yakınlarının kişilik alanının ölüm olayıyla birlikte

Eyalet Mahkemesi'nin kararına karşı çıkan Münih Eyalet Yüksek Mahkemesi kararıyla örtüşmüş bulunmaktadır. Bu durum, kişilik hakkının ihlal edildiği sanat eserlerinde dağıtımın durdurulması yaptırımıyla tazminat ödenmesi yaptırımının kural olarak birlikte istenemeyeceği yorumlarına yol açmıştır. Doktrinde kişilik hakkına dahil değerleri ihlal eden roman hakkında dağıtım yasağının yanında bir de tazminata hükmetmenin istisna bir durum olacağı, Alman Federal Mahkemesi'nin bu kararının kişilik hakkı ile sanat özgürlüğü arasında bir denge arayışının sonucu olarak görülebileceği belirtilmektedir (BELLİCAN, s.583, dpn.135). Federal Mahkemenin kararına ilişkin bu yoruma genel olarak katılmakla birlikte; somut olayın özellikleri çerçevesinde dağıtım yasağının -eser sahibi yönünden ağır bir yaptırım olsa da- pek çok halde kişinin manevi bütünlüğünün ihlal edilmiş olmasından doğan zararı ortadan kaldırmayacağı düşüncesinden ve TBK m.58'in açıkça bu imkanı sunmasından hareketle, kanımızca koşulları varsa hem yayının ve dağıtımın durdurulması hem de tazminat yaptırımı birarada uygulanabilmelidir.

¹²⁸ Doktrinde TMK m.25/IV'de yeniden getirilen kural eleştirilerek, mirasbırakanın manevi tazminat isteminin 'sağlığında ileri sürmüş olmadıkça- mirasçılara geçmeyeceğine dair bu kuralın yol açacağı sakıncalara dikkat çekilmiş; bu tür sıkıntılıların doğrudan doğruya parayla ölçülebilen kişilik değerlerinin mirasçıya intikali konusundaki yeni eğilimlerle aşılmasının da zor olacağı ifade edilmiştir. Bu noktada, elde kalan ancak TMK m.25/IV'deki manevi tazminat isteminin miras bırakanca ileri sürülmesi koşulunu, miras bırakanın istemi ileri sürmeye ilişkin zımni, hatta belki farazi irade beyanlarının varlığı kabul edilerek 'gerçekleşmiş sayma' yolunu zorlamak olabilecektir (SEROZAN, Rona/ ENGIN, Baki İlkay, Miras Hukuku, Ankara 2012, s.107-108).

¹²⁹ BGE 117 II 50, s.56 (Gasvergiftung im Badezimmer); 109 II 353, s.359 ff. (Fall Irniger).

¹³⁰ KILIÇOĞLU, s.446. Ölüm sonrası (postmortal) kişilik koruması konusunda Türk-İsviçre hukuk çevresinin çekingen yaklaşımına karşın, Alman hukukunda çeşitli ve karmaşık yaklaşımlara yer verildiği görülmektedir (bkz. BELLİCAN, s.583, dpn.136). Bu konuda detaylı bilgi için bkz. PETEK, s.89 vd.

genişlediği, artık ölene karşı saygı duygularının da onların kişilik alanına dahil olduğu esasına dayanmaktadır. Böylelikle, yaşadığı süreçte sadece hak sahibine ait olan ve sadece onun tarafından korunabilen bazı değerler, ölümünden sonra yakınlarının kişilik alanına girdiği kabul edilerek korunmakta ve bu şekilde ölen kimse yakınlarının kişilik hakkı sayesinde dolaylı olarak korunmaktadır¹³¹.

KAYNAKÇA

- AEBI-MÜLLER, Regina: Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland, Bern 2005.
- ARPACI, Abdülkadir: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 2000.
- ATALAY, Esra: ‘Sanat Özgürlüğü Temel Hakkının Kapsamı ve Diğer Temel Hak ve Özgürlüklerle İlişkisi’, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi’, C.6, S.2, 2004, s.1 vd.
- BECKER, Bernhard von: Fiktion und Wirklichkeit im Roman- Der Schlüsselprozess um das Buch ‘Esra’- ein Essay, Würzburg 2006.
- BECKER, Bernhard von: ‘Der geschlossene Vorhang- Der Beschluss des BVerfG zum ‘ESRA’ Fall, K&R 2007, s.620 vd (Esra).
- BECKER, Bernhard von: Rechtsfragen der Satire, GRUR 11/2004, s.908 vd (Satire).
- BELLICAN, Cüneyt: ‘Şeref ve Haysiyetin Korunması, Özel Hayatın Gizliliği ve Sanat Özgürlüğü: Özel Hukuk Açısından Bir Değerlendirme’, Prof.Dr.Rona Serozan’a Armağan, C.I, İstanbul 2010, s.535 vd.
- DAMM, Renate/REHBOCK, Klaus: Widerruf, Unterlassung, und Schadenersatz in den Medien, München 2008.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2015.
- ERLÜLE, Fulya: Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Ankara 2015.
- FREY, Anna-Mirjam: Die Romanfigur wider Willen, Frankfurt am Main 2008.
- GRIMM, Dieter: ‘Keine Trumpfkarte im Fall Esra’, Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht müssen gegeneinander abgewogen werden’, Zeitschrift für Rechtspolitik (Rechtsgespräch), 1/2008, s.29 vd.
- HAHN, Richard: Persönlichkeitsrecht und Buch, ZUM 2008, s.97 vd.
- HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, İstanbul 2016.
- HEMPEL, Heinrich: Die Freiheit der Kunst, Zürich 1991.

¹³¹ Bkz. PETEK, s. 221, dpn.446’da anılan yazarlar.

- HUBMANN, Heinrich: Das Persönlichkeitsrecht, Köln Graz 1967.
- İMRE, Zahit: Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İHFD, C.29, S.1-4, s.145 vd.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 2013.
- LADEUR, Karl-Heinz/GOSTOMZYK, Tobias: ‘Mephisto Reloaded- Zu den Bücherverboten der Jahre 2003/2004 und der Notwendigkeit, die Kunstfreiheit auf eine Risikobetrachtung umzustellen’, NJW, 2005/9, s.566 vd.
- LADEUR, Karl-Heinz/GOSTOMZYK, Tobias: ‘Ein Roman ist ein Roman ist ein Roman?’, Zu den gerichtlichen Auseinandersetzungen um die autobiografischen Werke von Maxim Biller, Alban Nikolai Herbst und Birgit Kempker und der Notwendigkeit einer Rekonstruktion der Kunstfreiheit, ZUM 2004, s.426 vd (Roman).
- LARENZ, Karl/CANARIS, Claus, Wilhelm: Lehrbuch des Schuldrechts, München 1994.
- MÄRTEN, Judith Janna: Die Vielfalt des Persönlichkeitsschutzes, Pressefreiheit und Privatsphärenschutz in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, in Deutschland und im Vereinigten Königreich, Baden-Baden 2015.
- NEUMEYER, Jochen: Person-Fiktion-Recht, Verletzungen des Persönlichkeitsrechts durch Werke der fiktionalen Kunst, Baden-Baden 2010.
- OBERGFELL, Eva Ines: BGH, 21.6.2005- VI ZR 122/04. Kunstfreiheit und allgemeines Persönlichkeitsrecht-‘Esra’ (Anmerkung), Juristen Zeitung, 61.Jahrg., 4/2006, s.193 vd.
- OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku, Gerçek ve Tüzel Kişiler, İstanbul 2015.
- OHLY, Ansgar/LUCAS-SCHLOETTER, Agnes/BEVERLEY-SMITH, Huw: ‘Artistic Freedom Versus Privacy- A Delicate Balance. The Esra Case Analysed from a Comparative Law Perspective’, International Review of Industrial Property and Copyright Law, V.39, 5/2008, s.526 vd.
- OLLIER, Pierre-Dominique/GALL, Jean-Pierre: International Encyclopedia of Comparative Law, Volume XI- Torts, Chapter 10 Various Damages, Tübingen 1981.
- PASCHKE, Marian: Medienrecht, Heidelberg 2009.
- PETEK, Hasan: Kişilik Değerlerinin Ölümünden Sonra Korunması, Ankara 2015.
- RICKER, Reinhart: Rechte und Pflichten der Medien unter Berücksichtigung des Rechtsschutzes des einzelnen, NJW 1990, s. 2097 vd.
- SCHÖNBERGER, Simone: Postmortaler Persönlichkeitsschutz, Bielefeld 2011.
- SIEGLE, Miriam: Das Spannungsverhältnis von Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht, zur Problematik der Darstellung realer Personen in Kunstwerken, Baden-Baden 2012.

- TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992.
- TREBES, Anja: Zivilrechtlicher Schutz der Persönlichkeit vor Presseveröffentlichungen in Deutschland, Frankreich und Spanien (eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des einstweiligen Rechtsschutzes), Dresden 2002.
- WANCKEL, Endress: 'Der Schutz der Persönlichkeit bei künstlerischen Werken', NJW, 9/2006, s.578 vd.