

25625

SERAP HELVACI

NO: 53

KİŞİLİK İŞLEMİ HAKLARI
(MÜNHASIRAN ŞAHSA BAĞLI HAKLAR)

(Doktora Tezi)

İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü

**T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ**

ÖZEL HUKUK

1993

SERAP HELVACI

NO: 53

KİŞİLİK İŞLEMİ HAKLARI
(MÜNHASIRAN ŞAHSA BAĞLI HAKLAR)

(Danışman: Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ)

İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü

ÖZEL HUKUK

1993

KİŞİLİK İŞLEMİ HAKKI
(Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar)

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR.....	V
BİBLİYOGRAFYA.....	VIII
§ 1. GİRİŞ.....	1
I. GENEL OLARAK.....	1
II. KİŞİLİK İŞLEMİ HAKLARI.....	4
1. Kavram.....	4
A. Tarif.....	4
B. Sınıflandırma.....	5
2. Terim Sorunu.....	12
§ 2. KİŞİVARLIĞI HAKLARI İÇİNDE KİŞİLİK İŞLEMİ HAKLARININ KONUMU.....	19
I. KİŞİVARLIĞI HAKLARI.....	19
II. KİŞİVARLIĞI HAKLARININ İÇERİĞİ.....	21
1. Kişilik Hakkı.....	21
2. Mutlak Nitelikte Aile Hakları.....	22
3. Nisbi Nitelikte Aile Hakları.....	22
4. Kişilik İşlemi Hakları.....	23
A. Kişivarlığı alanında ileri sürülen talep hakları.....	23

B. Dar anlamda hak sayılmayan imkân hakları.....	34
C. Kişivarlığı alanı yenilik doğuran hakları.....	35
§ 3. VARLIĞI KİŞİYE BAĞLI HAK KAVRAMI İÇİNDE KİŞİLİK İŞLEMİ HAKLARININ YERİ.....	39
I. VARLIĞI KİŞİYE BAĞLI HAK KAVRAMI.....	39
II. KİŞİLİK İŞLEMİ HAKLARININ YERİ.....	40
§ 4. INTUITUS PERSONAE UNSURU TAŞIYAN İLİSKİLER KAVRAMI KARSISINDA KİŞİLİK İŞLEMİ HAKLARININ KONUMU.....	43
I. KAVRAM.....	43
II. DERNEKLER AÇISINDAN DURUMUN İNCELENMESİ.....	48
§ 5. HAK VE FİİL EHLİYETİ AÇISINDAN KİŞİLİK İŞLEMİ HAKLARININ ÖZELLİĞİ.....	54
I. HAK EHLİYETİ.....	54
II. FİİL EHLİYETİ.....	55
1. Sınırlı Ehliyetsizler.....	55
A. Genel olarak.....	55
B. Kişilik işlemi hakları açısından.....	57
2. Tam Ehliyetsizler.....	58
A. Genel olarak.....	58
B. Kişilik işlemi hakları açısından.....	59

C. Kişilik hakkı açısından hak	
ehliyeti.....	62
a. Hayat, sağlık ve vücut	
bütünlüğü.....	65
b. Özel hayatın korunması.....	66
c. Şeref ve haysiyetin korunması....	67
d. İsim üzerindeki hak.....	68
e. Davalar.....	69
aa. Tazminat davaları.....	69
aaa. Manevi tazminat	
davası.....	69
bbb. Maddi tazminat	
davası.....	73
bb. Koruyucu davalar.....	74
D. Sonuç.....	74
§ 6. KİŞİLİK İŞLEMİ HAKLARINDA TEMSİL SORUNU.....	76
I. GİRİŞ.....	76
II. KANUNİ TEMSİL.....	78
III. İRADİ TEMSİL.....	83
IV. GÖRÜŞMÜZ.....	85
V. KABUL ETTİĞİMİZ AYIRIM.....	87
1. Tam Ehliyetsizlerde Kanuni Temsilcinin	
Kullanabileceği Kişilik İşlemi Hakları.....	89
2. Tam Ehliyetsizlerde Kanuni Temsilin Kabul	
Edilmediği Kişilik İşlemi Hakları.....	90

3. Sınırlı Ehliyetsizlerde Kanuni Temsilcinin Rızasının Arandığı Kişilik İşlemi Hakları.....	91
VI. TARTIŞMALI OLAN BAZI KİŞİLİK İŞLEMLERİ AÇISINDAN KONUNUN İNCELENMESİ.....	91
1. Manevi Tazminat Davası.....	91
2. Koruyucu Davalar.....	94
3. İsmi Değiştirilmesi.....	96
4. Boşanma Davası.....	98
5. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Magdurun Rızası.....	104
6. Ölüme Bağlı Tasarruf Yapmak Veya Tasarrufa Sonradan Yapılacak İlave ve Tadiller ya da Vasiyetnameden Dönme.....	111
7. Evlâd Edinme.....	119
§ 7. SONUÇ.....	121

KISALTMALAR

agk.	: adı geçen karar
AHF	: Ankara Hukuk Fakültesi
AHFD	: Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
art/Art	: article/Artikel
ATF	: Arrts du Tribunal fdral suisse
ATD	: Adli Tıp Dergisi
Av.	: Avukat
AY	: Anayasa
b.	: bend
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C	: Cilt
c.	: cümle
CC (CCS)/ZGB	: Code civil suisse/Zivilgesetzbuch
CO	: code des obligations
ev.	: Çeviren
Diss.	: Dissertation
DK	: Dernekler Kanunu
dn	: dipnot
DHF	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi
E	: Esas
d	: dition
f	: fıkra

FF	: Feuille fédérale
HD	: Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İKİD	: İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Jdt	: Journal des tribunaux
K	: Karar
karş.	: karşılaştırınız
md.	: madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MHAUM	: Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi
MHE	: Mukayeseli Hukuk Enstitüsü
MK	: Medeni Kanun
no/N	: numara
NPHK	: Nüfus Plânlaması Hakkında Kanun
RG	: Resmi Gazete
RDS	: Revue de droit Suisse
RDT/ZVW	: Revue de droit de tutelle/ Zeitschrift für Vormundschafswesen
S	: Sayı
Sem jud.	: La semaine judiciaire
sh	: sahife

RSJ/SJZ	: Revue Suisse de Jurisprudence/ Schweizerische Juristen-Zeitung
T	: Tarih
TDN	: Tibbi Deontoloji Nizamnamesi
TŞSTİDK	: Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
vd	: ve devamı
Vol	: Volume
vs	: vesaire
Yarg	: Yargıtay
Yeni MK Önt.	: Yeni Medeni Kanunun Öntasarısı
YHD	: Yasa Hukuk Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
RSJB/ZBJV	: Revue de la Société des juristes bernois/ Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins

BİBLİYOGRAFYA

- AKINTÜRK Turgut : Aile Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978.
- AKÜNAL Teoman : Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul 1988.
- ALBISSER Heinrich : De l'exercice des droits strictement personnels par l'interdit, RDT, 21. Jahrgang, 1966, sh.135 vd.
- ARPACI Abdülkadir : Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 1973.
- ARSEBÜK Esat : Medeni Hukuk II, Aile Hukuku, Kısım I, Ankara 1940 (Aile).
- ARSEBÜK Esat : Borçlar Hukuku, Umumi Esaslar, Ankara 1937.
- ATAAY Aytekin : Medeni Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler - Genel Kavramlar, 3. Bası, İstanbul 1980 (Genel Teori).
- ATAAY Aytekin : Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım, Giriş - Hakiki Şahıslar, 3.Bası, İstanbul 1978 (Şahıslar)
- ATAAY Aytekin : Medeni Hukukta Evlâd Edinme, 1. Fasikül, Giriş - Evlâd Edinmenin Meydana Gelmesi, İstanbul 1957 (Evlâd Edinme)

- ATAAY Aytekin : Medeni Hukuk, Genel Teori - Şahıslar Hukuku - Aile Hukuku, Uygulama Çalışmaları, 2. Bası, İstanbul 1966 (Uygulama)
- ATAAY Aytekin : Boşanma Davasında Gayrimümeyyiz Olan Davacının Kanuni Temsili, İÜHFM, C.XV, S.1-4, İstanbul 1960, sh.193 vd.(Boşanma).
- ATAAY Aytekin : Eşinin Evlad Edinmesine Onamını Bildirmesi Gereken Öteki Eşin Ayırt Gücünden (Temyiz Kudretinden) Yoksunluğu, İHFM, C.XXXVIII, S.1-4, İstanbul 1973, sh.439 vd.
- ATAAY Aytekin : Medeni Hukukta İsmi Değiştirilmesi, İBD, C.XXIX, 1955, S.11, sh.497 vd. (İsmi Değiştirilmesi)
- ATAAY Aytekin : Yaş Tashihi Davası - Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar, MHAD, S.1, 1957, sh.29 vd. (Yaş Tashihi)
- AYAN Mehmet : Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Doktora Tezi, Ankara 1991.
- AYİTER Nuşin : Miras Hukuku, Ankara 1986.
- BAUMANN Werner : Die höchstpersönlichen Rechte des Bevormundeten, RDT, 11.jahrgang, januar 1956, Nr 1, sh.1 vd.

- BAYRAKTAR Köksal : Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanuna İlişkin Düşünceler, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.I, Yıl 1, 1979, S.2, sh.15 vd. (Organ Nakli)
- BAYRAKTAR Köksal : Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972.
- BELGESAY Mustafa R. : Türk Kanunu Medenisi Şerhi, 3. Kitap, 4. Baskı, İstanbul 1952.
- BİLGE Necip : Borçlar Hukuku (Özel Borç Münasebetleri), Ankara 1971.
- BİRSEN Kemaleddin : Medeni Hukuk Dersleri, Umumi Esaslar-Şahsın Hukuku - Aile Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1958.
- BUCHER Andreas : Personnes physiques et protection de la personnalité, 2è. édition, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1992 (Bucher,A).
- BUCHER Eugen : Berner Kommentar, das Personenrecht, 2. Abteilung, Erster Teilband, Art.11-26 ZGB, Bern 1976 (Kommentar).
- BUCHER Eugen : Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965.

- BÜHLER/SPÜHLER : Berner Kommentar, das Familienrecht,
Band II, 1.Abteilung, 1.Teilband,
2.Hälfte, die Ehescheidung, Art.137-
158 ZGB, Bern 1980.
- COSMAN Rudolf : La capacité civile en droit suisse,
thèse, Genève 1941.
- ÇİLİNGİROĞLU Cüneyt : Tıbbi Müdahaleye Rıza, Yüksek Lisans
Tezi, İstanbul 1993.
- DESCHENAUX Henri/
STEINAUER Paul H. : Personnes physiques et tutelle, 2è
édition, Berne 1986.
- DESCHENAUX Henri/
TERCIER Pierre : Le mariage et le divorce, Berne 1985
(Le mariage).
- DESCHENAUX Henri/
TERCIER Pierre : La responsabilité civile, 2è édition,
Berne 1982.
- DİKMEN Cemil : Boşanma Halinde Manevi Zarar ve
Tazmini, YHD, C.IV, S.2 (Şubat),
1981, sh.173 vd.
- DURAL Mustafa : Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler,
3. Bası, İstanbul 1987 (Gerçek
Kişiler).
- DURAL Mustafa : Miras Sözleşmeleri, İstanbul 1980.

EGGER August

(çev.Av.Volf ÇERNİS): İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, C.I,
Giriş ve Kişinin Hukuku, Ankara 1947
(C.I).

EGGER August

(çev. Tahir ÇABA) : İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Aile
Hukuku, C.II, 1.Kısım, Evlenme
Hukuku, İstanbul 1943 (C.II/1).

EGGER August

(çev.Av.Volf ÇERNİS): İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Aile
Hukuku, C.II, 3.Kısım, Vesayet,
Ankara 1955.

ENGEL Pierre

: Traité des Obligations en droit
suisse, Neuchâtel 1973.

EREN Fikret

: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I,
4. Bası, Ankara 1991 (Genel
Hükümler).

EREN Fikret

: Türk Medeni Hukukunda Ölümle Bağlı
Tasarrufların İptali Davası, Ankara
1966.

ERTAŞ Şeref

: Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve
Miktarının Tesbiti, Prof.Dr.İlhan E.
Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul
1990, sh.65 vd.

- ESENER Turhan : Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-
İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından
Salahiyete Müstenid Temsil, Ankara
1961.
- FEYZİOĞLU Necmettin : Aile Hukuku, 3.Baskı, Bu baskıyı
hazırlayanlar: Cumhur ÖZAKMAN/Enis
SARIAL, İstanbul 1986.
- FRANKO Nisim İ. : Seref ve Haysiyete Tecavüzden Dogan
Manevi Zararın Tazmini, Doktora Tezi,
Ankara 1973.
- GALLIKER Franz : Die Ausübung der höchstpersönlichen
Rechte durch den urteilsfähigen und
den urteilsunfähigen Bevormundeten,
Dissertation, Basel 1950.
- GHESTIN Jacques/
GOUBEAUX Gilles : Traité de droit civil, Introduction
générale, Paris 1977.
- GONTERSWEILER-
LUCHINGER Ursula : Die Wahrung höchstpersönlicher Rechte
handlungsunfähiger und beschränkt
handlungsfähiger Personen,
Dissertation, Winterthur 1955.
- GÖNENSAY Samim/
BİRSEN Kemaleddin : Miras Hukuku, Yeniden çıkaran
Kemaleddin Birsen, 2. Bası, İstanbul
1963.

- GROSSEN Jacques M. : Traité de droit civil suisse, Tome II, 2, les personnes physiques, Fribourg 1974.
- GUILLIOD Olivier : Le consentement éclairé du patient Autodetermination ou paternalisme ?, thèse, Neuchâtel 1986.
- GUILLIOD Olivier/
- GUINAND Jean : Validité et efficacité du testament biologique, RDS 1988 I, sh.401 vd.
- GUINAND Jean : La protection de la vie privée, in Conférences universitaires, Neuchâtel 1977, sh.127 vd.
- GUINAND Jean/
- STETTLER Martin : Droit Civil II, Successions (art 457-640 CC), 2è édition, Fribourg 1992.
- GÜRDÜĞAN Burhan : Boşanma Davalarında Usul Hükümleri, AHF, 50. Yıl Armağanı, C.II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, sh.205 vd.
- GÜRSOY Kemal Tahir : Manevi Zarar ve Tazmini, AHFD 1973, C.XXX, S.1-4, sh.7 vd. (Manevi Zarar).
- GÜRSOY Kemal Tahir : Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti, Ankara 1955.
- HAFTER Ernst : Berner Kommentar, Band I, Personenrecht, 2.Auflage, Bern 1919.

- HATEMİ Hüseyin : Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul
1992 (Kişiler).
- HATEMİ Hüseyin : Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve
Sonuçları (Özellikle BK 65 Kuralı),
İstanbul 1976.
- HATEMİ Hüseyin/
SEROZAN Rona : Aile Hukuku, İstanbul 1993.
- HATEMİ Hüseyin/
SEROZAN Rona/
ARPACI Abdülkadir : Borçlar Hukuku Özel Bölüm İstanbul
1992.
- HEGNAUER Cyril : Droit suisse de la filiation et de la
famille (art.328-359 CCS), 3è
édition, Berne 1990.
- HUBMANN H. : Das Persönlichkeit, 2è édition,
Cologne 1967.
- İMRE Zahit : Medeni Hukuka Giriş (Temel Kavramlar,
Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri ve
Hakiki Şahıslar Hukuku), 3. Bası,
İstanbul 1980 (Giriş).
- İMRE Zahit : Türk Miras Hukuku, 4. Bası, İstanbul
1978.

- İMRE Zahit : Gayrimümeyyizlerin Hakları Kullanma
Ehliyetsizliğine ve Bunun
İstisnalarına İlişkin Meseleler,
Prof.Dr.Tahsin Bekir Balta'ya
Armağan, Ankara 1974, sh.335 vd.
(Armağan).
- İMRE Zahit/
ERMAN Hasan : Miras Hukuku, İstanbul 1989.
- JACCARD Marc : La représentation des incapables
privés de discernement dans
l'exercice de leurs droits
strictement personnels, étude de
droit suisse, thèse, Lausanne 1955.
- JÄGGI Peter : Fragen des privatrechtlichen Schutzes
der Persönlichkeit, RDS 79 II (1960),
sh.133a vd.
- KARAHASAN Mustafa R.: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.I,
İstanbul 1989.
- KARDİÇALI Mustafa : La préjudice moral et sa réparation
en droit suisse, thèse, Paris 1939.
- KILIÇOĞLU Ahmet : Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın
Yoluyla Saldırılarından Hukuksal
Sorumluluk, Doktora Tezi, Ankara
1982.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip: Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul
1987.

KOCAYUSUFPASAĞLU Necip: Miras Hukuku, 2. ve 3. Basılara Ek
Kitap, İstanbul 1992 (Ek Kitap).

KOCAYUSUFPASAĞLU Necip: Kişilik Haklarını Koruyan Manevi
Tazminat Davasına İlişkin Yeni
Gelişmeler (MK 24, BK 49), MHE,
Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler
I. Sempozyumu, Ankara 21-22 Ekim
1977, İstanbul 1980, sh.141 vd.
(Manevi Tazminat).

KÖMÜRCÜOĞLU/ERGÜNEY : Şahıs, Aile ve Miras Hukuku, Ankara
1951.

KÖPRÜLÜ Bülent : Medeni Hukuk, Genel Prensipler-
Kişinin Hukuku, 1-2.Kitaplar, 2.Bası,
İstanbul 1984 (Medeni Hukuk).

KÖPRÜLÜ Bülent : Miras Hukuku Dersleri, 2. Bası,
İstanbul 1985.

KÖPRÜLÜ Bülent/

KANETİ Selim : Aile Hukuku, İstanbul 1985-1986.

KURU Baki/

ARSLAN Ramazan/

YILMAZ Ejder : Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 5.
Baskı, Ankara 1993.

LADOR Jacques : Des droits strictement personnels,
thèse, Besançon 1933.

- OGUZMAN Kemal : Medeni Hukuk Dersleri, Giriş-
Kaynaklar- Temel Kavramlar, 6.Bası,
İstanbul 1990 (Medeni Hukuk)
- OGUZMAN Kemal : Aile Hukuku Dersleri I, Giriş -
Nişanlanma - Evlenme - Boşanma,
İstanbul 1990 (Aile)
- OGUZMAN Kemal : Miras Hukuku, 5.Bası, İstanbul 1991
(Miras).
- OGUZMAN Kemal : Tıpta Hastanın Muvafakatinin
Alınmasının Hukuki Yönü, Adli Tıp
Dergisi, Yıl 1989, C.V, S.1-2, sh.81
vd.
- OGUZMAN Kemal : İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve
Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka
Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve
Özellikle Manevi Tazminat Davası
Bakımından Yapılan Değişiklikler,
Prof.Dr.Haluk Tandoğan'ın Hatırasına
Armağan (1925-1988), Ankara 1990,
sh.7 vd. (Armağan).
- OGUZMAN Kemal/
ÖZ Turgut : Borçlar Hukuku Dersleri, C.II,
İstanbul 1991.

OGUZMAN Kemal/

SELiçi Özer : Kişiler Hukuku Dersleri (Gerçek ve
Tüzel Kişiler), 5.Baskı, İstanbul
1993.

ÖZTAN Bilge : Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara 1983.

ÖZTAN Fırat/

ÖZTAN Bilge : İlga, Boşluk, Birlikte Yürürlükte
Olma Kavramları Açısından Medeni
Kanun'un 24/a-III 'üncü Maddesi
Karşısında Medeni Kanun'un 85/II'inci
Maddesinin Durumu, Prof.Dr.Jale G.
Akipek'e Armağan, Konya 1991, sh.245

ÖZSUNAY Ergun : Medeni Hukuka Giriş, 5.Bası, İstanbul
1986 (Giriş).

ÖZSUNAY Ergun : Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler,
Tüzel Kişilerin Genel Teorisi,
Dernekler, Vakıflar, İstanbul 1982
(Tüzel Kişiler).

ÖZSUNAY Ergun : Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu,
4.Bası, İstanbul 1979 (Gerçek
Kişiler).

- ÖZSUNAY Ergun : Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, MHAUM, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, sh.31 vd.
- ÖZTRAK İlhan : Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücuu, Ankara 1964.
- PEDRAZZINI M. Mario/
- OBERHOLZER Niklaus : Grundriss des Personenrechts 3. Auflage, Bern 1989.
- PERRIN Jean-François: Droit Civil V, Droit de l'association (art.60-79 CC), Fribourg 1992.
- PIOTET Paul : Précis de droit successoral, 2è édition, Berne 1988.
- POSTACIOĞLU İlhan : Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.
- SARIAL Enis : Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuki İlişkiler, Doktora Tezi, İstanbul 1986.
- SAYMEN Ferit Hakkı : Türk Medeni Hukuku II, Şahsın Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1960 (Şahsın Hukuku).

- SAYMEN Ferit Hakkı : Manevi Zarar ve Tazmini Sureti,
Doktora Tezi, İstanbul 1940 (Tez).
- SAYMEN Ferit Hakkı : İğtihat Eleştirisi, İBD 1952,
C.XXVI, S.2, sh.89 vd.
- SAYMEN Ferit Hakkı/
- ELBİR K. Halid : Türk Medeni Hukuku, C.III, Aile
Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1960.
- SCHÄRER J. Christian: Der Grundsatz der materiellen
Höchstpersönlichkeit der letztwilligen
Verfügung, Dissertation, Berne 1973.
- SCHNYDER Bernhard : RSJB, 129. Jahrgang, 1993, Heft 2,
sh.110.
- SCHWARZ Andreas B.
(çev.Bülent DAVRAN) : Borçlar Hukuku Dersleri, C.I,
İstanbul 1948.
- SEROZAN Rona : Kişilik Hakkının Korunması ile ilgili
Bazı Düşünceler, MHAD, Yıl 11, S.14,
1977, sh.93 vd.
- SEROZAN Rona : Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara
İntikali, Prof.Dr.İlhan E.
Postacıoğlu'na Armagan, İstanbul
1990, sh.279 vd. (Armagan)
- STETTLER Martin : Droit Civil I, Représentation et
protection de l'adulte, 3è édition,
Fribourg 1992 (Adulte).

- STETTLER Martin : Traité de droit privé suisse,
Vol.III, Tome II,1, le droit suisse
de la filiation, Fribourg 1987.
- ŞENER Esat : Eski ve Yeni Miras Hukuku (Şerh),
Ankara 1988.
- TANDOĞAN Haluk : Notions préliminaires à la théorie
générale des obligations, Genève
1972 (Obligations).
- TANDOĞAN Haluk : Türk Mes'uliyet Hukuku (Akid Dışı ve
Akdi Mes'uliyet), Ankara 1961
(Mes'uliyet).
- TANDOĞAN Haluk : Sahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı
Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın
Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel
Hayatın Korunması, AHFD, C.XX, S.1-4
(1963), sh.1 vd.
- TEKİNAY S. Sulhi : Medeni Hukukun Genel Esasları ve
Gerçek Kişiler Hukuku, 6.Bası,
İstanbul 1992 (Genel Esaslar).
- TEKİNAY S. Sulhi : Türk Aile Hukuku, 7.Baskı, İstanbul
1990 (Aile)
- TEKİNAY S. Sulhi : Kişilik Haklarına İlişkin Yasal
Değişiklikler Hakkında Eleştiriler,
Prof.Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına
Armağan (1925-1988), Ankara 1990,
sh.55 vd.

TEKİNAY S. Sulhi/

AKMAN Sermet/

BURCUOĞLU Haluk/

ALTOP Atilla : Tekinay Borçlar Hukuku, Genel
Hükümler, 7.Baskı, İstanbul 1993
(Tekinay Borçlar).

TERCIER Pierre : Le nouveau droit de la personnalité,
Zürich 1984 (Personnalite).

TERCIER Pierre : Contribution à l'étude du tort moral
et de sa réparation en droit suisse,
thèse, Fribourg 1971.

TUNÇOMAĞ Kenan : Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel
Hükümler, İstanbul 1976.

UÇAKHAN Sema Güleç : Maddi Tazminat Hesapları, Ankara
1986.

ÜSTÜNDAĞ Saim : Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II,
5.Bası, İstanbul 1992.

VALLEUR Francis : L'intuitus personae dans les
contrats, Paris 1938.

VELİDEDEOĞLU H. Veldet: Medeni Hukuk, İstanbul 1969.

VELİDEDEOĞLU H. Veldet: Türk Medeni Hukuku, 3.Bası,
İstanbul 1963 (TMH).

VELİDEDEOĞLU H. Veldet: Türk Medeni Hukuku, C.I, Cüz 1,
Umumi Esaslar, 6.Bası, İstanbul 1959
(Umumi Esaslar).

VELİDEDEOĞLU H. Veldet: Türk Medeni Hukuku, C.I, Cüz 2,
Şahsın Hukuku, 6.Bası, İstanbul 1960
(Şahsın Hukuku).

VELİDEDEOĞLU H. Veldet: Türk Medeni Hukuku, C.II, Aile
Hukuku, 5.Bası, İstanbul 1965.
(Aile Hukuku).

von TUHR Andreas

(çev.Emile THILO) : Partie générale du Code fédéral des
Obligations, Premier volume: essence
et contenu de l'obligation-
obligations résultant d'un contrat,
d'un acte illicite ou d'un
enrichissement illégitime, Lausanne
1933 (C.I).

von TUHR Andreas

(çev.Emile THILO) : Partie générale du Code fédéral des
Obligations, second volume: exécution
des obligations-effets de
l'inexécution- extinction-modalités-
pluralité de créanciers ou de
débiteurs-cession des créances et
reprise de dette, 2è édition,
Lausanne 1934.

YAVUZ Cevdet : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler,
C.II, İstanbul 1993.

YAZICI Hilmi/

ATASOY Hasan : Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile ilgili Yargıtay Tatbikatı 1952-1970, Ankara 1970.

ZEVKLİLER Aydın : Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler, Aile Hukuku, Ankara 1992 (Medeni Hukuk).

ZEVKLİLER Aydın : Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları (1982-1983 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni), DÜHF, Yıl 1983, S.1, Diyarbakır 1983, sh.1 vd.

KİŞİLİK İŞLEMİ HAKKI
(MÜNHASIRAN SAHSA BAĞLI HAKLAR)

§ 1. GİRİŞ

I. GENEL OLARAK

Hukukun temelini oluşturan en önemli kavramlardan biri olan hak, öğretilerde çeşitli şekillerde tanımlanmış, bugüne kadar tek bir tanım üzerinde uzlaşılamamıştır. WINSCHIED'in savunucusu olduğu "irade teorisi" adı verilen, hakkı "hukuk düzeni tarafından fertlere tanınan bir irade hakimiyeti" olarak tanımlayan görüşten farklı olarak, JHERING tarafından savunulan "menfaat teorisi" diye adlandırılan, hakkı "hukuken korunan menfaat" olarak tarif eden ikinci bir görüş de mevcuttur. Birinci görüş, "hakkın muhtevasını belirtmediği; ikinci görüş ise, "iradeyi gözönüne almayıp sadece menfaati gözönüne aldığı" için eleştirilmiştir. Bugün, karma görüş adı altında, çoğunluğun kabul ettiği klâsik bir tanımla tanımlayacak olursak "hak, hukuken korunan ve bundan yararlanılması hak sahibinin veya onun temsilcisinin iradesine bağlı kılınan menfaattir¹".

¹. TANDOĞAN, Haluk, *Notions préliminaires à la théorie générale des obligations*, Genève 1972, sh.32-34; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 6.Bası, İstanbul 1992, sh.129; OGUZMAN, M.Kemal, *Medeni Hukuk Dersleri, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar*, 6.Bası, İstanbul 1990, sh.95; ÖZSUNAY, Ergun, *Medeni Hukuka Giriş*, 5.Bası, İstanbul 1986, sh.236; KÖPRÜLÜ, Bülent, *Medeni Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin*

Kişinin iradesinin yöneldiği menfaatin ilişkin olduğu alan hakkın konusunu oluşturur. Hakkın konusu esya, malvarlığı, başka bir hak olabileceği gibi hak sahibinin kendi kişilik alanı da olabilir. Hak sahibi olmak kişiye özgüdür.

Haklar konularına, niteliklerine, amaçlarına, kullanacak kişiye göre çeşitli yönlerden ayrımlara tâbi tutulmuşlardır². Tezimizin konusunu oluşturan kişilik işlemi hakları (münhasıran şahsa bağlı haklar) iste bu ayrımlardan "kişivarlığı hakları" içinde yer alır.

Tezimizde, "tüzel kişilerin kişilik işlemi hakları" konusuna, bilinçli olarak, yer verilmemiştir. Biz, Medeni Kanun'un 46. maddesi karşısında tüzel kişilerin kişilik işlemi haklarının varolmadığı kanaatindeyiz. Kişilik işlemi hakları; özellikle iradi temsil düşmanlığını vurgulamak için gerçek kişilerin kişivarlığı alanlarında kabul edilen bir kavramdır. Tüzel kişilerde ise, kişilik işlemi hakları kural olarak sözkonusu değildir (MK.md.46). Sadece manevi

Hukuku, 1-2.Kitaplar, 2.Bası,Istanbul 1984, sh.16; İMRE, Zahit, Medeni Hukuka Giriş (Temel Kavramlar, Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku), 3.Bası, İstanbul 1980,sh.241; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Medeni Hukuk, İstanbul 1969, sh.56; Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, C.I-cüz 1, Umumi Esaslar, 6.Bası, İstanbul 1959, sh.206; ATAAY, Aytekin, Medeni Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler-Genel Kavramlar, 3.Bası, İstanbul 1980, sh.363-364, ZEVKLİLER, Aydın, Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler - Tüzel Kişiler, Aile Hukuku, Ankara 1992, sh.99.

². Malvarlığı hakları-Sahısvarlığı hakları, Mutlak haklar-Nispi haklar, Yararlanma hakları-Düzenleme hakları, Devredilebilen haklar-Devredilemeyen haklar, Bağımlı haklar-Bağımsız haklar...gibi.

tazminat alanında, tüzel kişilerin manevi tazminat isteyip isteyemeyecekleri konusundaki tartışmada, kişilik işlemi hakları sözkonusu olabilir. Bu alanda da, esasen, nişanın bozulması, boşanma ve butlan, babalık davası, cismani zarar ve ölüm hallerindeki özel manevi tazminat talepleri, tüzel kişi için sözkonusu olamaz. Ancak, "ismin gasbı" ve bir de "Borçlar Kanunu madde 49 alanında" manevi tazminat talebi sözkonusu olabilir ki; Borçlar Kanunu madde 49 alanında tüzel kişilerin manevi tazminat isteyemeyeceği yine Medeni Kanun madde 46'ya dayanılarak baskın görüş olma yolundadır³.

Aslında, manevi tazminat talebi hakkının tüzel kişiye tanındığı hallerde de, bizzat "tüzel kişilik" kavramının temelinde olduğu gibi, bir gerçeklik değil, bir varsayım sözkonusudur. Şu halde, sırf tüzel kişinin manevi tazminat talep edebileceği istisnai durumları gözönüne alarak, tüzel kişilerin kişilik işlemi haklarını ayrıca incelemeye gerek görmedik. Derhal belirtelim ki, "kişilik işlemi hakkı" kavramı ile "kişilik hakkı"nın ve "intuitus personae" unsuru olan sözleşme kavramının - tezde yapmaya çalıştığımız gibi- ayrılması ve kavram sınırlarının

³. TERCIER, Pierre, Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse, thèse, Fribourg 1971, sh.64-65, 153 vd; KOCAYUSUFPASAĞLU, Necip, Kişilik Haklarını Koruyan Manevi Tazminat Davasına İlişkin Yeni Gelişmeler (MK.24, BK.49), MHE, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21-22 Ekim 1977, İstanbul 1980, sh.149-150 ve sh.150 dn.25'de anılan yazarlar; FRANKO, Nisim İ, Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Dogan Manevi Zararın Tazmini, Doktora Tezi, Ankara 1973, sh.190 vd.; SEROZAN, Rona, Kişilik Hakkının Korunması ile İlgili Bazı Düşünceler, MHAD, Yıl 11, S 14, 1977, sh.108-109.

belirlenmesi halinde, tüzel kişilik alanında kişilik işlemi haklarından bahsedilmemesinin daha uygun olduğu anlaşılabacaktır.

II. KİŞİLİK İŞLEMİ HAKLARI

1. Kavram

A. Tarif

Kişilik işlemi hakkı kavramı kanunda tarif edilmemiş, Medeni Kanun madde 16 cümle 2 de sadece hakkın varlığı belirtilmiştir. Bu maddenin me'hazı olan İsviçre Medeni Kanunu madde 19/2'de kişilik işlemi hakkı kavramını tarif etmez. Öğreti ve içtihat, genelde örnekler ile bu tür hakların sınırlarını çizme yoluna gitmiştir.

GROSSEN'e göre dar olarak, en derin insanî duygulara bağlanmış, bir üçüncü kişinin işe karışmasını istememe ortak özelliğine sahip haklardır⁴.

BUCHER ise, genel bir tarif vermenin zorluğunu vurguladıktan sonra, kişilik işlemi haklarının ancak olumsuz bir şekilde nitelendirilebileceğini, çünkü bu hakların ortak özelliklerinin kullanılmalarının ilgilinin malvarlığını ilgilendirmemesi veya dolaylı ya da yan olarak

⁴. GROSSEN, Jacques Michel, Traité de droit civil suisse, Tome II, 2, Les personnes physiques, Fribourg 1974, sh.46.

ilgilendirmesi olduğunu belirtmektedir⁵.

DESCHENAUX/STEINAUER, İsviçre Medeni Kanunu madde 19/2 nin Almanca ve İtalyanca metninden yola çıkarlar. Kişilik işlemi hakkı öyle bir haktır ki, mümeyyiz küçük veya mümeyyiz kısıtlıya sadece insan olmaları vasfı (kişilikleri) nedeni ile (doğrudan bağlantılı olarak) tanınmıştır⁶.

HAFTER⁷, kişiliği koruyan veya malvarlığı hakkı niteliği olmayan haklar olarak tanımlamakta, daha sonra da örnekler vermektedir.

Bu konuda bir doktora tezi yazan LADOR⁸ ise kişilik işlemi haklarını, kişivarlığı hakları kapsamına giren, hiçbir ekonomik gaye hedeflemeyen ve konusu hukuka uygun tüm manevî ve fikrî değerlerin gerçekleştirilmesi olan haklar, olarak tarif eder.

B. Sınıflandırma

Kişilik işlemi hakları öğretide çeşitli ayrımlara tâbi

⁵. BUCHER, Andreas, Personnes physiques et protection de la personnalité, 2^e édition, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1992, sh.56, no.163.; STETTLER, Martin, Droit civil I, Représentation et protection de l'adulte, 3^e édition, Fribourg 1992, sh.34, no.42.; STETTLER, Martin, Traité de droit privé suisse, Vol.III tome II, 1, Le droit suisse de la filiation, Fribourg 1987, sh.434.

⁶. DESCHENAUX, Henri/STEINAUER, Paul-Henri, Personnes physiques et tutelle, 2^e édition, Berne 1986, sh.59.

⁷. HAFTER, Ernst, Berner Kommentar, Band I, Personenrecht, 2. Auflage, Bern 1919, Art.19, no.10

⁸. LADOR, Jacques, Des droits strictement personnels, thèse, Besançon 1933, sh.41.

tutulur⁹. En yaygın ayırım, ögretide ilk defa GALLIKER tarafından yapılan¹⁰, kanunî ve iradî temsil yasağının sözkonusu olduğu, sadece hak sahibi tarafından kullanılabilen mutlak kişilik işlemi hakları ile bunların dışında kalan hakları kapsayan nisbî kişilik işlemi hakları ayırımıdır¹¹. GROSSEN'e göre; nişanın bozulması

⁹. EGGER'de, a) Yalnız hak sahibinin kullanabileceği, temyiz kudretinin yokluğu halinde kimsenin kullanamayacağı haklar, örneğin nişanı bozma

b) Temyiz kudretinin mevcudiyeti halinde yalnız bizzat hak sahibinin, temyiz kudretinin yokluğu halinde ise kanunî temsilcisinin kullanabileceği haklar, örneğin kişilik hakları

c) Yalnız küçük veya mahcurun bizzat, fakat ancak kanunî temsilcinin rızası ile kullanabileceği haklar, örneğin nişanlanma, evlenme

d) Gerek kullanmaya ehil olmayan kimsenin gerekse kanunî temsilcinin kullanabileceği fakat herbirinin diğerinin katılımı olmadıkça kullanamayacağı haklar, örneğin ismin değişmesi, evlatlığa alınmak

e) Şahsî muhtevaya rağmen yalnız kanunî temsilcinin kullanabileceği haklar, örneğin alelade babalık davası, olarak kişilik işlemi haklarını tasnif yoluna giderek derecelendirmekte, yalnız bunun bazı noktalarda henüz tamamen sabit olmadığını da eklemektedir (EGGER, August, (çev. Av. Volf Çernis) İsviçre Medeni Kanunu Serhi, C.I, Giriş ve Kişinin Hukuku, Ankara 1947, sh.201 vd.). Ancak, yazarın sınıflandırmayı yaparken neye dayandığı, ölçüsünün ne olduğu anlaşılamamaktadır.

¹⁰. Franz GALLIKER verdiği tarifte kanunî temsilcinin hiçbir zaman kullanamayacağı haklar "absolut höchstpersönliche Rechte" ve hak sahibinin temyiz kudretini haiz olmadığı durumlarda kanunî temsilciye yasak olmayan haklar "relativ höchstpersönliche Rechte" arasında ayırım yapar (Die Ausübung der höchstpersönlichen Rechte durch den urteilsfähigen und den urteilsunfähigen Bevormundeten, Diss., Basel 1950, sh.60). Buna karşılık tarif birini diğerinden ayıracak hiçbir kriter içermez.

¹¹. STETTLER, Adulter, sh.38, no.54.; STETTLER, sh.434-438; GROSSEN, sh.46-48; BUCHER, A., sh.55, no.154, no.161, sh.56; GONTERSWEILER-LÜCHINGER, Ursula, Die Wahrung Höchstpersönlicher Rechte Handlungsunfähiger und Beschränkt Handlungsfähiger Personel, Diss., Winterthur 1955, sh.14 vd.; ARPACI, Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 1993, sh.51; DURAL, Mustafa, Türk Medeni Hukukunda

(MK.md.84), evlenmenin feshi (MK.md.115-118), boşanma davası, nesebin reddi davası (MK.md.242-244), tanıma (MK.md.291), babalık davası, vasiyetname tanzimi veya iptali, hayat sigortasından yararlanacak olanın seçimi mutlak kişilik işlemi haklarındandır.

Yazara göre, nisbî kişilik işlemi hakları ise kendi içinde üçe ayrılır:

a) Sadece hak sahibi tarafından kullanılabilen ancak kanunî temsilcinin de rızasının gerekli olduğu haklar: Nişanlanma¹² veya evlenme gibi....

b) Temyiz kudretini haiz kişilerin tek başına kullanabilecekleri, fakat yokluğu halinde kanunî temsilcinin de kullanabileceği haklar: Birçok kişilik hakları bu sınıfa girer¹³,

c) Hem hak sahibi hem de kanunî temsilci tarafından birlikte kullanılan haklar: Evlat edinme, kazaî rüştü isteme, ismin değiştirilmesi¹⁴ gibi...

Gerçek Kişiler, 3.Bası, İstanbul 1987, sh.90-91; İMRE, Zahir, Gayrimümeyyizlerin Hakları Kullanma Ehliyetsizliğine ve Bunun İstisnalarına İlişkin Meseleler, Prof.Dr.Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara 1974, sh.351 vd.

¹². Fakat mümeyyiz küçük veya mümeyyiz kısıtlı MK.md.310 anlamında evlilik vaadinde bulunabilir, ATF 67/1941 II 76 = JdT 1941 I 445.

¹³. Failin savunma hakkı, (ATF 68/1942 IV 158 = JdT 1943 I 255); bazı özgürlüklerin kısıtlanmasına karşı kamu davası açma hakkı, (ATF 65/1939 I 266 = JdT 1940 I 76); veya haczedilememelik kuralının delinmesi halinde şikâyet hakkı, (ATF 68/1942 III 115 = JdT 1943 II 3; ATF 72/1946 III 1 = JdT 1947 II 3; ATF 88/1962 III 7 = JdT 1962 II 34) örnek olarak verilmektedir, GROSSEN, sh.47-48.

¹⁴. Bu konuda bkz. SCHNYDER, Bernhard, RSJB, 129 Jahrgang, 1993, Heft 2, sh.110.

GROSSEN'e göre, kişilik işlemi hakkının hangi sınıfa dahil olduğu konusunda bir tereddüt söz konusu olursa, bu durumda "eşyanın tabiatından" ilham almalı ve sınırlı ehliyetsizin çıkarları gözönüne alınmalıdır. Eğer bu çıkarlar koruma gerektiriyorsa ve özel duygular da bahis konusu değilse, genel kurala dönmenin ve kanunî temsilcinin rızasını aramanın yeridir¹⁵.

Bu ayırım, mutlak kişilik işlemi haklarını kanunî ve iradî temsil yasağının söz konusu olduğu haklar olarak nitelerken; bunun dışında kalanları nisbî kişilik işlemi hakları olarak sınıflandırmakta, dolayısıyla ikinci grupta temsilin söz konusu olduğunu kabul etmektedir. Bu konuya daha ayrıntılı olarak "kişilik işlemi haklarında temsil sorunu" paragrafında yer vereceğimiz için burada sadece nisbî kişilik işlemi haklarından sayılan "kanunî temsilcinin katılımının gerekli olduğu durumlarda", bizce gerçek anlamda bir temsilin söz konusu olmadığını, ancak Medeni Kanun madde 16 cümle 2'nin bir istisnasının söz konusu olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

DESCHENAUX/STEINAUER, öğretide kişilik işlemi haklarını çeşitli şekillerde tasnif etme alışkanlığını eleştirmekte ve bu tür sınıflandırmaları gerek kanunun sistemine uygun olmadığı, gerekse bu tür bir tespitin

¹⁵. GROSSEN, sh.46-48.

STETTLER'e göre ise rızanın gerekliliği kanun koyucunun aradığı durumlarda söz konusu olur. Böylece ne öğretisi ne de içtihat nisbî kişilik işlemi hakları listesini uzatamaz. Yukarıda sayılmayan kişilik işlemi haklarında sınırlı ehliyetsiz tam ehliyetlinin haklarına sahiptir, Adulte, sh.38-39, no:55-56,.

tehlikeli olduğu gerekçeleri ile reddetmektedirler. İsviçre Medeni Kanunu madde 19/2 (MK.md. 16/c.2) sınırlı ehliyetsizlerin kişilik işlemi haklarını kullanmakta kanunî temsilcilerinin rızasına muhtaç olmadıkları hükmünü getirerek genel bir kural tespit etmiştir. Bu kural tüm kişilik işlemi hakları için geçerli değildir. Bir takım kişilik işlemi hakları vardır ki bu kuralın dışında kalırlar. Tasnif etmek yerine, kanun maddelerini ele alarak buradan genel kural ve istisnalarını çıkarmak daha isabetli olur. Yazarlara göre,

İsviçre Medeni Kanunu madde 19 cümle 2 nin kapsamı dışında kalan başlıca haller şunlardır:

- Nisânlama: Mümeyyiz küçük ile mümeyyiz kısıtlı, eğer kanunî temsilcinin rızası sözkonusu ise sorumlu tutulabilir [CCS art.90 al.2 (MK.md.82/2)].

- Kanunî temsilcinin rızası evlilik için ve evlenmeye ehliyet için gereklidir [CCS art.96 al.2, 98 ve 99 (MK.md.88/2,md.90 ve 91)].

- Evlenme mukavelesini akd veya tadil yahut feshetmek için temsilcinin izni gereklidir. Eger vasi sözkonusu ise, vesayet makamının da izni lazımdır (MK.md.405 bent 9); ayrıca kanunî temsilci mukaveleyi de imzalamak zorundadır [CCS art.183 ve 184 (MK.md.172 ve 173)].

- Onbeş yaşını bitiren ve temyiz kudretini haiz küçük vasiyetname yapabilir (onbeş yaşından küçükler kanunî temsilcinin rızası ile dahi vasiyetname yapamaz) [CCS art.467 (MK.md.449)].

- Fiil ehliyetine sahip olan, miras mukavelesi ile

tasarrufta bulunabilir [CCS art.468 (MK.md.450)].

- Tanıma beyanında bulunan kimse küçük veya kısıtlı ise veli veya vasisinin de rızası gereklidir [CCS art.260 al.2 (Yeni MK.Önt.281/2)].

İsviçre Medeni Kanunu madde 19/2 deki genel kurala tâbi olan kişilik işlemi hakları ise :

- Kişilik hakkına yapılan tecavüzleri kabullenme hakkı (ameliyata rıza göstermek hakkı, resminin kullanılmasına rıza gösterme hakkı...) [CCS art.28 (MK.md.24)].

- İsviçre Medeni Kanunu madde 28/1' de ve 29' da öngörülen davaları açma hakkı [CCS art.28 al.1 ve 29 (MK.md.24a ve md.25)]. Malî karakter taşımadıkları sürece tespit, önleme, durdurma davaları veya malî sonuçlu olsa bile manevi tazminat davalarını sınırlı ehliyetsizler kanuni temsilcilerinin izni olmadan açabilirler (MK.md.24a, 25 ve 85, BK.md.47 ve 49). Buna karşılık sırf malî sonuçlu çıkarların korunması, kişilik işlemi haklarının kullanılması değildir. Sınırlı ehliyetsizler kanuni temsilcinin izni olmadan maddî tazminat davası açamazlar.

- İsmi değiştirilmesini isteme hakkı (öğretinin çoğunluğu tarafından benimsenen kanunî temsilcinin rızasının gerekliliği kanunun sistemine aykırıdır¹⁴) [CCS art.30 (MK.md.26)].

- Nişanı bozma hakkı.

- Evliliğin feshi davası açmak hakkı ve boşanma.

¹⁴. ATF 99/1973 Ia 561-566 = JdT 1974 I 325-330; BUCHER, A, sh.224, no.823.

- Nesebin reddi davası açmak hakkı¹⁷.
- Tanımaya itiraz davası açma hakkı (CCS art.260a vd.).
- Babalık davası açma hakkı (CCS art.261 vd.).
- Evlat edinilmeye rıza gösterme hakkı; evlatlığın ailesinin rızası veya eşin rızası [CCS art.265, 265a, 266 al.2 (MK.md.254 ve 255)].
- Kısıtlının kısıtlama kararının kaldırılmasını istemek işlemine ve küçüğün kısıtlama kararının verilmesi işlemine katılması hakkı.
- Beraat eden suçlunun tazminat talebinde bulunması hakkıdır^{18 19}.

Türk Hukuku'nda ZEVKLİLER²⁰ de kişilik işlemi haklarını, kullanılmaları açısından kural ve ayırık durumlar olmak üzere ikiye ayırmakta, ayırık durumları da a) yasal temsilcinin izninin gerektiği durumlar, b) yasal temsilcinin işleme katılması gereken durumlar, c) yalnızca hak sahibi tarafından kullanılabilen ve iradi temsilci de atanamayan durumlar, d) sınırlı ehliyetsizlerin hiç kullanamayacağı kişilik işlemi hakları olarak kendi içinde

¹⁷. Geniş bilgi için bkz. HEGNAUER, Cyril, Droit suisse de la filiation et de la famille (art.328-359 CCS), 3è édition, Berne 1990 sh.45.

¹⁸. Her ne kadar bir ayırım yapmadan genel olarak "tazminat talebi"nden söz ediyorsa da, maddî tazminat talebi kişilik işlemi haklarından olmadığına göre, bir manevî tazminat talebi hakkının sözkonusu olduğu açıktır.

¹⁹. DESCHENEUX/STEINAUER, sh.60, no:223, sh.61-62, no:228,230-231.

²⁰. ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, sh.266 vd.

dörde ayırmaktadır. Biz, yazarın yaptığı ayrıma katılmamakta, özellikle dördüncü grupta saydığı hakları kişilik işlemi hakkı olarak kabul etmemekteyiz²¹.

2. Terim Sorunu

Türk hukuk mevzuat ve öğretisinde kullanılan, içinde kişi veya şahıs ile ilgili kelimelere yer veren terimler karışıklığa yol açacak niteliktedirler. Bu duruma en güzel örnek, belirli bir kişiye (borçluya) karşı ileri sürüldüğü için, yanlış olarak, Roma Hukukundan gelme bir alışkanlıkla şahsî haklar olarak da adlandırılan alacak haklarıdır. Alacak haklarının şahsi hak olarak nitelendirilmesi isabetli değildir. Bir kişi ile bir eşya arasında hukukî ilişki kurulamayacağı, aynî haklar dahil, bütün hakların esyaya değil kişiye karşı ileri sürüleceği hatırlandığında kullanılan terimin isabetsiz olduğu bir kez daha ortaya çıkmaktadır²². Şahsi hak teriminin, "kişivarlığı hakkı, kişiye bağlı hak, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak" terimleri ile yarattığı karışıklık ise ayrı bir sorundur. Şimdi kısaca bu terimlere göz atacak olursak:

Kişivarlığı hakkı, para ile ölçülemeyen, malî değeri olmayan, hak sahibinin gerek kendi üzerindeki gerek diğer kişiler üzerindeki devredilememe ve miras yolu ile geçmeme

²¹. Bu konuda bkz. § 3 II.

²². TANDOĞAN, Obligations, sh.13; ENGEL, Pierre, Traité des Obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973, sh.24; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, 4.Bası, Ankara 1991, sh.60-61.

özelliklerine sahip haklarıdır.

Hak sahibi tarafından başkalarına devredilemeyen, ölüm ile sona eren, miras yolu ile intikâl etmeyen haklar kişiye bağlı (şahıs ile kaaım, varlıkları kişiye bağlı) haklardır. Bu haklardan bazıları malî bir değer arzedebilir. Bu yönü ile kişivarlığı haklarından ayrılır.

Kişilik işlemi hakları ise, öğretilde genellikle kabul edilen tanıma göre, kural olarak, kanunî temsilcinin rızası olmaksızın hak sahibi tarafından bizzat kullanılması mümkün olan, kanunî bazen de iradî temsile düşman, malî değer taşımayan ve kişivarlığı alanında yer alan haklardır²³.

Terim kargaşası, Türk uygulamasında halen sürmektedir. Nitekim, bir Yargıtay kararında yanıltıcı olarak, mümeyyiz küçüğün şikayet hakkı kişiye bağlı olarak nitelendirilmektedir. Oysa kişilik hakkı denmeli idi²⁴. Bir başka Yargıtay kararında ise nişanlanma sözleşmesi için "kişivarlığı sözleşmesi" terimi kullanılmaktadır²⁵. Buna karşılık Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 1992/12639 Esas, 1993/259 Karar, 22.1.1993 Tarihli kararında; doğru olarak, evlâd edinme sözleşmesinin kaldırılması davası kişilik işlemi hakkı olarak nitelenmektedir²⁶.

²³. HATEMİ, Hüseyin, Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, sh.71; ATAAY, Genel Teori, sh.367; ÜZSUNAY, Giriş, sh.240; DURAL, Gerçek Kişiler, sh.89; ARPACI, sh.50; VELİDEDEOĞLU, Umumi Esaslar, sh.249-250.

²⁴. Yarg.5.CD. E.1991/2596 K.1991/2908 T.29.5.1991 (YKD. C.XVIII, Ekim 1992, S.10, sh.1632).

²⁵. Yarg.3.HD. E.1991/7780 K.1992/6187 T.23.3.1992 (YKD. C.XVIII, Temmuz 1992, S.7, sh.1033).

²⁶. YKD. C.XIX, Ekim 1993, S.10, sh.1481.

Kişilik işlemi hakları, fransızca "droits strictement personnels" teriminin kapsamını karşıladığı halde, almanca "höchstpersönliche Rechte" teriminin anlamına tekabül etmemektedir²⁷. Alman doktrinde terim farklı bir anlamda kullanılmaktadır. Almanca "höchstpersönliche Rechte" kavramına, temsil düşmanı ve devredilemeyen tüm haklar, özellikle de Medeni Kanun madde 721 ve 748'de düzenlenen ve nitelikleri sebebiyle hak sahibinin ölümüyle sukut eden intifa ve sükna hakları, kişinin medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olup olmadığına bakılmaksızın dahil edilir. Dolayısı ile, kişilik işlemi haklarını içine alan ancak intifa, sükna gibi varlıkları kişiye bağlı malvarlığı haklarını da kapsayan geniş bir terimdir²⁸.

İsviçre Hukukunda ise, İsviçre Medeni Kanununun 1896 tarihli Fransızca öntasarısının 7. maddesinde "Yeterli düzeyde sagduyu sahibi küçükler ve kısıtlılar, kanunî temsilcilerinin izni olmaksızın, hak sahibi olabilir, taahhütlerini ifa edebilir ve tam (saf) olarak kişiye bağlı tüm hakları kullanabilirler" hükmü yer almakta, almanca metinde ise bu tip haklar için "höchstpersönlich" ifadesi

²⁷. Höchstpersönliche Rechte: Yapıları dolayısıyla hak sahibine kişi olarak öylesine sıkıca bağlı haklardır ki, devredilemezler ve hak sahibinin ölümü ile sona ererler. Örnek: Dernekde üyelik hakları, intifa hakkı vs. (Creifelds, Rechtswörterbuch, 11.Auflage, München 1992) HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona, Aile Hukuku, İstanbul 1993, sh.30-31'den naklen.

²⁸. LADOR, sh.29-32; HATEMİ, Kişiler, sh.72; HATEMİ/SEROZAN, (Hatemî), sh.30; EGGER, C I, sh.201; ATAAY, Genel Teori, sh.394-395; ATAAY,Aytekî, Yaş Tashihi Davası-Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar, MHAD, 1957, S 1, sh.30 dn 1.

kullanılmakta idi. Daha sonra, İsviçre Hukuku'nda, malvarlığı alanına giren alacak hakları, Roma Hukuku gelenegi sürdürülerek, Türk Hukuku'nda olduğu gibi "droits personnels" (=latince jus personam = şahsî hak) olarak nitelendirildiği için²⁹, bu kullanıştan ayırmak üzere "strictement" kelimesi eklenerek "purement personnel" [tam (saf) olarak kişiye bağlı] terimi, "droits strictement personnels" (kişilik işlemi hakkı) terimine ve "höchstpersönlich" ise "Rechte die ihnen, um ihrer Persönlichkeit willen zustehen" e dönüştü. Gerçekte İsviçre'nin alman kesimi hukukçuları mutad olarak "höchstpersönlich" terimini bizim anladığımız anlamda kişilik işlemi haklarını ifade etmek için kullanmaktadırlar. Ancak bu, bir fikre göre, "Rechte die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen" şeklindeki ağır, karışık ve dolaylı ifadeden kaçmak içindir³⁰.

BUCHER, "höchstpersönliche Rechte" teriminin İsviçre Hukuk dilinde bazen, mesela şükna hakkı (varlıkları kişiye bağlı malvarlığı hakkı) için de kullanıldığını³¹, pasaport için de yine Graubünden Kanton Mahkemesi'nin³² bir kararında "höchstpersönliches papier" dendiğini, ancak bu kullanışın İsviçre Medeni Kanunu'nun 19. maddesinin

²⁹. TANDOĞAN, Obligations, sh.13, ENGEL, sh.24.

³⁰. LADOR, sh.34-35.

³¹. Graubünden Kanton Mahkemesi, 1960 no.13, sh.59 (BUCHER, Eugen, Berner Kommentar, Das Personenrecht, 2.Abtteilung, Erster Teilband, Art.11-26 ZGB, Bern 1976, Art.19 no 216'dan naklen).

³². Graubünden Kanton Mahkemesi, 1961, no:38, sh.102,104 (BUCHER, Kommentar, Art.19 no 216'dan naklen).

ikinci cümlesindeki kavram ile ilişkisi olmadığını belirtmektedir³³.

EGGER³⁴ ve HAFTER³⁵ da Almanca ibarede belirlenen "kişilik dolayısıyla haiz olunan" ın kapsamını bugün anladığımız kişilik işlemi hakları anlamında değil, "kişivarlığı hakları" kapsamında almaktadırlar. Daha sonra, Alman hukukundaki höchstpersönliche Rechte terimine de atıf yapıldığından, varlığı kişiye bağlı haklar da anılmak suretiyle terimin kapsamı büsbütün belirsiz hale gelmektedir.

Bizim hukukumuzda kişilik işlemi hakları, Medeni Kanunun 16.maddesinin 2.cümlesinde "münhasıran şahsa merbut haklar" olarak adlandırılmış, Yargıtay ise bu hakları belirtmek için, son zamanlarda, "kişiye sıkı surette bağlı haklar" terimini kullanmaya başlamıştır³⁶. SAYMEN, bu haklara "şahsa bağlı haklar" demektedir³⁷, ancak bu haklar yaygın olarak "şahsa veya kişiye sıkı surette bağlı haklar" ya da "münhasıran şahsa bağlı haklar" terimleri ile ifade

³³. BUCHER, Kommentar, Art.19 no:216.

³⁴. EGGER, C I, sh.200-201.

³⁵. HAFTER, Art.19, no.10.

³⁶. Yarg. 4.HD. E.1987/2870 K.1987/5521 T.6.7.1987 (YKD. C.XIII Ekim 1987 S.10 sh.1483-1484); Yarg. 3.HD. E.1987/1768 K.1987/3765 T.7.4.1987 (YKD. C.XIII Ağustos 1987 S.8 sh.1149-1156).

³⁷. SAYMEN, Ferit Hakkı, Türk Medeni Hukuku, II Şahsın Hukuku, 2.Bası, İstanbul 1960, sh.113; SAYMEN, Ferit Hakkı, İctihat Eleştirmesi (İBD. 1952 C XXVI S.2 sh.90).

edilmektedir. OGUZMAN³⁸"sahsen kullanılacak haklar" olarak isimlendirmeyi uygun görmekte, HATEMİ ise, yukarıda bahsettiğimiz karışıklığı önlemek için "kişilik işlemi hakları" terimini teklif etmektedir³⁹. Yazara göre, geniş anlamda kişilik işlemi hakkı terimi içine kişilik işlemleri yapma konusunda hak ehliyetine sahip olma durumları ve usulî işlemleri de kapsamak üzere işlem yapma kavramına giren manevî tazminat talep etme ve dava açma, dar anlamı ile de kurulmuş kişilik işlemlerine bağlı kişivarlığı alanı yenilik doğuran hakları girmektedir. Bu durumda, geniş anlamı ile de kullanılacak olursa, bütün kişilik işlemi hakları kişilik işlemi yapma haklarıdır. Ayrıca, yazar, gerek Bucher'in de şerhinde İsviçre Medeni Kanunu'nun 19. maddesi ile ilgili başlığında "höchstpersönliche Geschäfte" terimini kullanmasının⁴⁰, gerekse İsviçre Medeni Kanunu madde 19/2'nin Almanca metnindeki "kişilikleri dolayısıyla (sınırlı ehliyetsizlerin) haiz olduğu hakları", ibaresinin yer almasının, seçtiği terimi desteklediği görüşündedir.

Biz de kişilik işlemi hakları terimini⁴¹ diğer

³⁸. OGUZMAN, Medeni Hukuk, sh.112; OGUZMAN, M.Kemal/ SELİÇİ, Özer, Kişiler Hukuku Dersleri (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 5. Bası, İstanbul 1993, sh.50.

³⁹. HATEMİ/SEROZAN, (Hatemi), sh.31.

⁴⁰. BUCHER, Kommentar, Art.19, no.217.

⁴¹. TUNÇOMAĞ da, kişilik işlemi haklarını, "temsil olanakı bulunmayan ve bu açıdan insanın tamamen hür ve bağımsız davranmasını gerektirecek şekilde kişiliği ilgilendiren işlemler" olarak tarif eder. TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C I, Genel Hükümler, Altıncı Bası, İstanbul 1976, sh.156.

ZEVKLİLER de, bu hakların temelde kişiliğin özü ile kişilik alanı ile ilgili olduğunu belirtmektedir, Medeni Hukuk, sh.105.

terimlere tercih etmekte, İsviçre Medeni Kanunu madde 19/2'nin almanca metni gözönüne alındığında, bu terimin kullanılmasını daha isabetli bulmaktayız. Bu nedenle tezimizin bundan sonraki bölümlerinde de, münhasıran şahsa bağlı hak terimi yerine kişiliği ilgilendiren işlemleri yapma hakkı, kısaca kişilik işlemi hakları terimini kullanmaya devam edeceğiz.



ATAAY'ın bir makalesinde de kişilik işlemi hakları "hak sahibinin şahsiyetini yakından ilgilendiren hakların dermeyeranına yarayan ve bizatihi mali bir mahiyet taşımayan haklar" olarak tanımlanır, Yaş Tashihi, sh.34.

§ 2. KİŞİVARLIĞI HAKLARI İÇİNDE KİŞİLİK İŞLEMİ HAKLARININ KONUMU

Haklar, konularına göre, malvarlığı hakları ve kişivarlığı hakları olarak ikiye ayrılmaktadır. Kısaca, nakdî değeri olan yani para ile ölçülebilen bir değere sahip bulunan dolayısı ile malvarlığı içinde yer alan ve prensip olarak devrolunabilmeleri ve miras yolu ile geçmeleri mümkün olan haklar olarak tarif edilen malvarlığı hakları⁴² tez konumuzun dışında kaldığı için, aşağıda sadece kişivarlığı hakları üzerinde durulacaktır.

I. KİŞİVARLIĞI HAKLARI

Kişivarlığı hakları, kişinin tüm manevi haklarının toplamından oluşur. Bu nedenle kişivarlığı hakları, malvarlığı dışı, dolayısıyla para ile ölçülemeyen, manevi bir değere sahip ve kişilerin manevi kişisel değerleri üzerinde geçerli olan haklardır. Özellikleri, başkalarına devredilemez, miras yolu ile geçemez, hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlandamaz, haczedilemez ve bunlardan

⁴². GHESTIN, Jacques/ GOUBEUX, Gilles, *Traité de droit civil, Introduction Générale*, Paris 1977, sh.152 vd.; TANDOĞAN, *Obligations*, sh.34 vd.; VELİDEDEOĞLU, *Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku*, 3.Bası, İstanbul 1963, sh.82 vd.; VELİDEDEOĞLU, *Umumi Esaslar*, sh.242 vd.; HATEMİ, *Kişiler*, sh.67-68; ATAAY, *Genel Teori*, sh.391-392, ZEVKLİLER, *Medeni Hukuk*, sh.101 -102.

feragat edilemez oluşlarıdır⁴³. Bu hakların tümü kişiye bağlıdır, oysa malvarlığı haklarının sadece bir kaçı bu özelliği taşır. Ancak, bazı durumlarda malvarlığı ve kişivarlığı hakları arasında kesin bir ayırım yapmanın imkânsız olduğu kabul edilir⁴⁴.

GHESTIN/GOUBEAUX da kişivarlığı haklarının en tipik örneğini teşkil eden kişilik hakkı ile malvarlığı arasındaki ilişkiyi ele alarak, şeref ve haysiyete veya vücut bütünlüğüne vs. tecavüzü halinde nasıl tazminata hükmedileceği sorusunu sormaktadırlar. Yazarlar, bu durumda, kişivarlığı haklarının, parasal bir hesabın konusunu oluşturacaklarını, tabii ki bunun, kişivarlığı haklarının malvarlığı hakları içinde mütalaa edilmeleri için yeterli sayılamayacağını, ancak bu ilişkinin "kişi ve malvarlığı arasında bir çeşit birleştirme" sağladığını da gözardı etmemek gerektiğini belirtmektedirler⁴⁵.

Kişivarlığı haklarının ihlâli halinde, kişinin manevi tazminat talep etmesi ve bu çerçevede manevi tazminata hükmedilmesinde, kişivarlığı haklarının "maddi" bir içerik taşıdığı; dolayısıyla bir "malvarlığı" değerini ifade ettiği sonucu çıkarılamaz. Bu nedenle, biz bu görüşe, "hakkın konusu olan hukuken korunmuş menfaatin" malvarlığı

⁴³. GHESTIN/GOUBEAUX, sh.154 vd.; TEKİNAY, Genel Esaslar, sh.129-130; İMRE, Giriş, sh.245 vd.; KÖPRÜLÜ, Medeni Hukuk, sh.63; ATAAY, Genel Teori, sh.392; VELİDEDEOĞLU, Umumi Esaslar, sh.248; VELİDEDEOĞLU, TMH, sh.87, ZEVLİLER, Medeni Hukuk, sh.102.

⁴⁴. GHESTIN/ GOUBEAUX, sh.155; VELİDEDEOĞLU, TMH, sh.82-83; ATAAY, Genel Teori, sh.392-393.

⁴⁵. GHESTIN/GOUBEAUX, sh.155.

değeri olup olmamasına göre ayırım yapılabileceği, para ile giderimin ancak bir "giderim aracı" olarak düşünüldüğü noktasından hareketle katılmıyoruz⁴⁴.

II. KİŞİVARLIĞI HAKLARININ İÇERİĞİ

Kişivarlığı hakları kendi içlerinde, birincil kişivarlığı hakları ve ikincil kişivarlığı hakları olarak ikiye ayrılmaktadırlar. Klâsik ayırım da, birincil kişivarlığı hakları aşağıdaki haklardan oluşur.

1. Kişilik Hakkı

Kişilik hakkı, kişivarlığı haklarının en tipik örneğini teşkil eder. Bu hak, mutlak ve birincil kişivarlığı haklarından biridir. Kişilik hakkının koruduğu çeşitli değerler vardır. Şu halde çeşitli kişilik haklarından söz etmek yerine tek bir kişilik hakkının koruduğu değerlerden bahsetmek daha doğru olur. Ancak insan hakları kuramında henüz buna koşut bir aşamaya varılmamıştır. Tek bir insan hakkının koruduğu değerlerden değil, temel hak ve hürriyetlerden söz edilmektedir. Kamu Hukuku alanında, belki de, bunun sebebi, her münferid kişivarlığı değerinin tereddütsüz biçimde korunabilmesidir. Ne var ki, aynı sonuca "kişilik hakkı" veya "insan hakkı"nın koruduğu münferid değerler sayılarak da varılabilir ve

⁴⁴. Bu konuda ayrıca bkz. ATAAY, Genel Teori, sh.392.

nazari bakımdan dahadogru olur.

2. Mutlak Nitelikte Aile Hakları

Aile hukuku alanında bir kimsenin bir başkasının kişiliği üzerinde mutlak bir iktidar hakkı tanıdığı haller olarak tarif edilir. (Örneğin, vesayet, velayet, ev reislği...). Bunlar başkasının kişilik alanına ilişkin yetkililerdir. Mutlak nitelikte aile hakları olarak isimlendirilen bu haklar, batı hukukundaki son eğilimler de gözönüne alındığında, bu haklar mutlak haklardan sayılmayıp, bir görev, kamu gözetiminde gerçekleştirilen bir aile hukuku ödevi olarak görülmektedirler. Bu aile hukuku ödevlerinin ilgili kişiye karşı değil de, üçüncü kişiye karşı mutlak haklara benzer şekilde korunduğu söylenebilir. Hatta bu alanda mutlaka mutlak hak koruması benzerliğinden söz etmeğe bile gerek yoktur. Velayet ve vesayet gibi aile hukukuna ilişkin ödevlerin kamu gözetiminde gerçekleşmesi dolayısıyla üçüncü kişilere karşı da kamu hukukundan gelen bir etki ile korunduğu söylenebilir. Ama hala yaygın olarak bunlara mutlak aile hukuku hakları olarak adlandırılmaktadırlar.

3. Nisbi Nitelikte Aile Hakları

Aile hukukundan doğan, hak sahibinin şahsına bağlı olup başkasına devredilemeyen ve kural olarak mali bir değere sahip olmayan haklar nisbi nitelikte aile

haklarıdır. Nafaka talebi gibi mali değer taşıyanlar malvarlığı haklarına girerken eşler arasında sadakat ve müzaheret yükümü (MK. md.151/f.3), çocuğun ana ve babasına riayet mecburiyeti (MK.md.264/f.2, c.1...) gibi aile vazifeleri de kişivarlığına girer.

4. Kişilik İşlemi Hakları

Birincil kişivarlığı haklarında dördüncü bir ayırım olarak kişilik işlemi haklarını sayabiliriz. Yaygın olarak, maddî değeri olmayan, ancak hak sahibi tarafından kullanılabilen, kanuni temsilcinin rızasına gerek göstermeyen ve yine kural olarak kanuni temsilci tarafından kullanılamayan kanuni, bazen de iradî temsile düşman olan haklar olarak tarif edilen bu haklar, kişivarlığı hakları içinde yer alırlar. Bu kavram altında sadece dar anlamdaki "haklar" toplanmazlar⁴⁷. Geniş anlamdaki kişilik işlemi haklarını ise üç ana başlık altında sınıflandırabiliriz:

A. Kişivarlığı alanında ileri sürülen talep hakları

Kişilik işlemi haklarının bir özelliği de maddî değerlerinin olmamasıdır. Ancak hakkın maddî değerinin olmaması unsuru araştırılırken talep eden açısından hak sahibinin hakkı kullanırken amaçladığı gayenin ekonomik mi yoksa manevî mi olduğuna bakmak gerekir. Yoksa, hakkın

⁴⁷. PEDRAZZINI, M.Mario/ OBERHOLZER, Niklaus, Grundriss des Personenrechts, 3.Auflage, Bern 1989, sh.87.

maddi degerinin olmaması, hakkın kullanılması taraflara ve özellikle hak sahibine hiç bir parasal menfaat getirmeyeceği anlamına gelmez⁴⁸.

Kişilik işlemi haklarının diğer bir özelliği de devredilemez ve miras yolu ile geçemez oluşlarıdır. Borçlar Kanunu madde 49'da manevî tazminat isteminin devri ve mirasçılara intikali konusunda 4.5.1988 değişikliğinden önce bir hüküm bulunmamakta idi. Buna karşılık nişanın bozulması durumunda manevî tazminat istemi ile ilgili Medeni Kanun madde 85 fıkra 2'de " manevî tazminat davası mirasçıya intikal etmez. Şu kadar ki, miras açıldığı zaman iddia kabul edilmiş veya dava ikame olunmuş ise, mirasçılara intikal eder. " hükmü mevcuttur. Manevî tazminat isteminin kişilik işlemi haklarından olduğu noktasından hareket eden yazarlar, manevî tazminat isteminin devredilebilmesini kabul etmemekteydiler. Bu görüşü savunan yazarlara göre, devir ile manevî tazminatın mağduru tatmin etme özelliği kaybolmakta idi⁴⁹. Bazı

⁴⁸. Manevi tazminatta, davalının nakdi edasından her ne kadar mağdurun mameleki istifade ederse de, edanın sebebi şahsi ve manevi bir elemdir. Von TUHR Andreas, (çev.Emile Thilo), Partie générale du Code fédéral des Obligations, Premier volume: Essence et contenu de l'obligation-Obligations résultant d'un contrat, d'un acte illicite ou d'un enrichissement illégitime, 2è. édition, Lausanne 1933, § 16, sh.106;

⁴⁹. Von TUHR, C I, § 16, sh.107 ve Von TUHR, Andreas, (çev. Emile THILO), Partie générale du Code fédéral des Obligations, second volume: exécution des obligations-effets de l'inexécution-extinction-modalités-pluralité de créanciers ou de débiteurs-cession des créances et reprise de dette, 2è édition, Lausanne 1934, § 94, sh.729, dn.17, SAYMEN, Ferit Hakkı, Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, Doktora Tezi, İstanbul 1940, sh.217 vd.; KARDİÇALI, Mustafa, La préjudice moral et sa réparation en droit suisse, thèse Paris, 1939, sh.110; FRANKO, sh.212; HATEMİ/

yazarlar ise manevî tazminat isteminin kişilik işlemi hakkı olduğunu kabul etmekle beraber, bunu devir için bir engel olarak görmemekteydiler. Hak sahibi bu hakkını öne sürme iradesini devir ile birlikte açıklamaktaydı⁵⁰.

Mirasçılara geçmesi açısından, yine çoğunluğun kabul ettiği görüşe göre Medeni Kanun madde 85 fıkra 2 kıyas yolu ile Borçlar Kanunu madde 49'a uygulanmalı, manevî tazminat istemi kabul edilmiş⁵¹ veya dava açılmış olmadıkça⁵² miras yolu ile geçmesi mümkün olmamalıydı⁵³. Medeni Kanun madde 85 genel nitelikteydi, kanunkoyucu düzenleme hatası yapmıştı, bu adı geçen kuralın niteliğine halel getirmezdi⁵⁴.

SEROZAN, (Hatemi), sh.62.

⁵⁰. TANDOĞAN, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku (Akid Dışı ve Akdi Mes'uliyet), Ankara 1961, sh.334, ayrıca dn.18'de anılan yazarlar; TUNÇOMAĞ, sh.502.

⁵¹. "Bunun için miktarın kararlaştırılmış olması gerekmez". TERCIER, Pierre, Le nouveau droit de la personnalité, Zurich 1984, sh.264.

⁵². ATF 95/1969 II 503= JdT 1971 I 233.

⁵³. TERCIER, sh.174; Von TUHR, C.I, § 16, sh.106 - 107; ŞENER, Esat, Eski ve Yeni Miras Hukuku (Şerh), Ankara 1988, sh.300; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, sh.689-690; HATEMİ/SEROZAN, (Hatemi), sh.63; SEROZAN, sh.111. Ancak yazar davanın açılmış olmasını yeterli bulmayıp, bu alacağın mahkeme hükmü ile de somutlaşmasını şart koşmakta idi.

⁵⁴. "...aynı mevzuları ayrı ayrı hükümlere tabi tutmak hukuku zenginleştirmez. Belki daha karışık ve anlaşılmaz bir hale sokar. Başka bir sarahat olmamasına göre kanunun yalnız nişanın bozulması hakkında manevi tazminat talebi hakkının mirasçıya intikal etmeyeceğine dair olan hükmünü esas bir kaide olarak kabul etmek ve kanun meskut geçtiği yerlerde de bu esası tatbik eylemek lazım gelir " ARŞEBÜK,

Nitekim Yeni Medeni Kanun Öntasarısı'nın 25 inci maddesinde de paralel bir hüküm yer almaktadır⁵⁵.

Bir başka görüş, manevi tazminat talebinin kural olarak mirasçılara geçmeyeceğini kabul etmekle birlikte, ancak miras bırakan sağlığında herhangi bir şekilde sözkonusu talebini ileri sürmüş, bu konuya ilişkin iradesini dış aleme aksettirmiş ise, bu durumda talebin mirasçılara geçeceğini kabul etmekteydi⁵⁶.

Üçüncü görüşe göre ise, manevi tazminat alacağı hiç bir sınırlama olmadan mirasçılara geçer. Onlara göre, bu bir talep hakkıdır. Talep haklarının mirasçılara sınırsız geçebilmesi ana kuraldır. Bunun aksini kabul edebilmek için istisnaların yasada açıkça gösterilmiş olması gereklidir. Dolayısıyla mağdurun ölümünden önce, dava açma arzusunu

Esat, Borçlar Hukuku, Umumi Esaslar, Ankara 1937, sh.85; ayrıca bkz. SAYMEN, Tez, sh.218; SENER, sh.300; KARDİÇALI, sh.110; TERCİER, sh.171; TERCİER, Pierre, sh.263 vd.; TUNÇOMAĞ, sh.502.

⁵⁵. Yeni MK Önt. madde 25: Manevî tazminat talebi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez ve miras yoluyla intikal etmez. Şu kadar ki, miras bırakan tarafından açılmış manevî tazminat davası mirasçıya intikal eder.

⁵⁶. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, 3.Bası, İstanbul 1987, sh.33-34.

Avukata manevi tazminat davası açması için vekaletname verilmesi mağdurun istegini yansıttığı gerekçesi ile mirasçıya intikal açısından yeterli görülmektedir. Önemli olan alacağı ileri sürmek hususundaki iradenin belli olmasıdır. TERCİER, sh.170; TANDOĞAN, Mes'uliyet, sh.334-335; KARAHASAN, M.Resit, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C.I, İstanbul 1989, sh.566-567; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sh.33, dn.8e. Aksi fikir için bkz. Von TUHR, C.I, § 16, sh.106-107, dn.13; SAYMEN, Tez, sh.221, dn.30.

açıklamış olması zorunlu değildir³⁷.

Yargıtay'a göre manevi tazminat isteme hakkı, kişiye sıkıca bağlı bir karakter taşır³⁸. Ve bu karakterin doğal bir sonucu olarak da başkasına devredilemez ve kural olarak mirasçılara geçmez. Ancak, Yargıtay, buradaki "geçer"i bir kararında³⁹ "miras açıldığı zaman tanınmış veya borçlu dava edilmiş bulunmuşsa mirasçılara geçer" tarzında anlamakta, diğer kararında ise⁴⁰ "dava açma iradesini izhar etmiş olmasını" yeterli bulmaktadır.

Federal Mahkeme de "dava açılması" gereğini geniş olarak yorumlamakta ve bu anlamda mağdurun manevi tazminat istemi iradesini açıkça ortaya koymasını yeterli bulmaktadır⁴¹.

Alacağın üçüncü kişiye devredilebilmesi ise genel olarak kabul edilmektedir⁴². Ancadevir borçlunun borcunu

³⁷. OFTINGER, K., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, 2. Auflage, Zürich 1958, § 8, sh.260 - 261 (GURSOY, Kemal Tahir, Manevi Zarar ve Tazmini, AHFD 1973, C 30, S.1-4, sh.11'den naklen); GURSOY, Manevi Zarar, sh.11; TANDOĞAN, Mes'uliyet, sh.335.

³⁸. Yarg. 4. HD. E.1976/5877 K.1977/6987 T.16.6.1977 (YKD. C IV Aralık 1978, S.12, sh.1957).

³⁹. Yarg. 9.HD. 23.7.1970 E.7205 K.7888 (İBD. 1973, C XXXVII sh.848).

⁴⁰. Yarg.4.HD. 12.6.1981 E.7633 K.8362 (YHD, 1982, S.5, sh.693 vd.); YHGK. 11.2.1983 E.1981/4-70 K.1983/123 "... şayet mağdur manevi tazminat talep hakkını ileride de arama arzu ve iradesini temliknamede izhar etmiş ... ise, o zaman manevi tazminat isteginin de temellük eden kimseye intikal ettiğinin kabulü icap eder" (YKD. C.IX, Eylül 1983, S.9, sh.1283. Aksi fikir için bkz. aynı karar, karşı oy yazısı (I), sh.1286 vd.).

⁴¹. ATF 104/1978 II 235=JdT 1979 I 546.

⁴². ATF 95/1969 II 503= JdT 1971 I 233.

tanınması veya alacaklının sonucu isteme iradesini açıkça gösterdiği durumlarda mümkündür. Art.165 CO (BK.md.163) gereği, yazılı bir şekilde alacak üçüncü bir kişiye devredildiği zaman devreden, açıkça iradesini belli etmektedir.

Federal Mahkeme'ye göre, bu, temlik kurumunun amacına da aykırı değildir. Aslında kişilik işlemi karakterine sahip alacaklar devredilemez. Ancak edimin tabiatı alacaklının değişmesi ile zorunlu olarak değişmiyorsa veya devir sonrası alacak kanun koyucunun arzuladığı amaca ulaşabiliyorsa, devir kabul edilebilir. Manevi tazminatta, eğer alacaklı hakkını ivazla temlik ediyorsa, devralan üçüncü kişiden alacağı ivazla, ivazsız temlik ediyorsa, alacağından üçüncü kişinin yararlanacağını görmekle, tazminatın ona sağlayacağı doyumu elde etmiş olur.

Manevi tazminatın konusu bir miktar paranın ödenmesi olduğu için alacaklının değişmesinden borçlu etkilenmez. Borçlu açısından üçüncü kişiye veya mağdura ödemek arasında hiçbir fark yoktur, bir yarar da söz konusu değildir⁴⁹.

İsviçre Medeni ve Borçlar Kanunu'nda yapılan ve 1.7.1985 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren değişiklik manevi tazminat davasının devredilmesine ve miras yoluyla geçmesine ilişkin hüküm içermemektedir. Bu değişikliğin mimarı TERCIER her ne kadar " Contribution a l'étude du tort moral et de sa réparation en droit suisse " adlı tezinde " de lege ferenda " art.93 al.2 CCS (MK.md.85/f.2)

⁴⁹. TERCIER, sh.177-178; TERCIER, personnalité, sh.264.

nin yerine art.28 CCS.'ye "manevi tazminat davası ancak mağdur dava açtıktan veya borçlu vermek zorunda olduğu tazminat miktarını tanıdıktan sonra temlik edilebilir ve mirasçılara devredilebilir" hükmünün getirilmesini uygun bulmakta⁴⁴ olduğunu söylemekte ise de, bu yönde bir değişiklik yapılmamıştır.

Türk Hukuku'nda ise 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucu Medeni Kanun'a ilave edilen 24a'nın 3 üncü fıkrası ile " manevi tazminat talebi karşı tarafça kabul edilmekçe devredilemez, ancak miras yoluyla intikal eder"⁴⁵ hükmü getirilmiştir⁴⁶. Demek ki fail manevi tazminat istemini kabul etmiş ise devir mümkündür. Ancak burada manevi tazminat isteminin devri değil, bir alacağın devri sözkonusudur⁴⁷. Çünkü tarafların anlaşmasından

⁴⁴. TERCIER, sh.177, dn.2.

⁴⁵. ZEVLİLER, bu düzenlemeyi tutarlı bulmamakta, maddenin "ileri sürülen manevi tazminat talebinden doğacak haklar karşı tarafça kabul edilmedikçe bunlar devredilemez, ileri sürülen manevi tazminat talebinin sonuçları mirasçılara geçer" biçiminde kaleme alınmasında yarar olduğunu savunmakta; gerekçe olarak da, kişilik işlemi haklarının henüz kullanılmadan başkalarına devredilemeyeceğini ve bu hakların mirasçılara da geçmeyeceğini göstermektedir, Medeni Hukuk, sh.463.

⁴⁶. TEKİNAY, Manevi tazminat hakkının devir ve intikal kabiliyetinin düzenlenmesi gereken yerin MK.md.24 değil de, BK.md.49 ya da alacağın temlikine ilişkin BK.md.162 ve mirasın iktisabına ilişkin MK.md.539 olması gerektiğini savunmaktadır, TEKİNAY,S.Sulhi, Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler, Prof.Dr.Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (1925-1988), Ankara 1990, sh.60.

⁴⁷. TERCIER, personnalité, sh.264; OGUZMAN,Kemal, İsviçre ve Türkiye'de Medeni Kanun ve Borçlar Kanununda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler, Prof.Dr.Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (1925-1988) Ankara 1990, sh.44; OGUZMAN,Kemal/ÖZ,Turgut,

sonra, anlaşmaya dayanan bir alacak hakkı doğmuştur. Fail, alacağı devralan üçüncü kişiye anlaşmadan doğan borcu ifa etmek zorundadır; borcunu ifa etmezse, üçüncü kişi borcun ifası için dava açabilir.

Hükümde dava sonucu mahkeme ilâmında somutlaşan manevî tazminat alacaklarının devredilebileceği yer almamakta ise de bunun öncelikle devir kabiliyetine sahip olduğu kabul edilmelidir⁴⁸.

Yine aynı fıkroda manevi tazminat isteminin hiçbir koşula (karşı tarafın kabulü ve dava açılmış olması gibi) tâbi olmadan mirasçılara intikal edeceği yer almaktadır. Bu durumda mirasçılar manevi tazminat davası açabileceklerdir. Yeni hüküm manevi tazminat isteminin kişilik işlemi olma niteliği ile bağdaşmamaktadır. Kişilik işlemi hakları miras yoluyla geçmezler.

Bu noktadan hareketle, bir görüşe göre, "norm koyucu günün değişen değer hükümlerini gözönünde tutarak, Medeni Kanun'a ilave ettiği 24a maddesi ile manevi tazminat talebinin intikalinde sübjektif teoriden ayrılmış ve Alman Hukuku'na hakim olan objektif görüşü benimsemiştir. Norm koyucunun manevi tazminatın mirasçılara intikalini kabul etmesinin sonucu olarak, manevi tazminat talebini alelade bir alacak hakkı saydığı görüşünü benimsemek gerekir. Dolayısıyla, kanunkoyucu manevi tazminat talebini şahsa

Borçlar Hukuku Dersleri, C.II, İstanbul 1991, sh.173. Aksi fikir için bkz. TANDOĞAN, Mes'uliyet, sh.334, TEKİNAY, Borçlar, sh.246.

⁴⁸. TEKİNAY, sh.60; OĞUZMAN/ÖZ, sh.420.

sıkı sıkıya bağlı bir hak saymamıştır. Kabul edilen görüş, manevi tazminat talebinin mameleki nitelikli bir hak olduğu ve diğer mameleki haklar gibi mirasçılara geçeceğidir"⁶⁹.

Diğer bir görüşe göre ise⁷⁰, ancak, Medeni Kanun madde 85 fıkra 2'de yer aldığı gibi karşı tarafın kabulü ya da mahkeme ilâmında somutlaşması ile para borcu haline geldikten sonradır ki öncelikle kişilik işlemi hakkı olan manevi tazminat istemi bir alacak hakkına dönüşmektedir; işte bu aşamadan sonra miras yoluyla geçebilir ya da devredilebilir, olması gerektiği kabul edilmelidir.

Hiç değilse, Medeni Kanun madde 24a fıkra 3'ün uygulanması daraltılarak, sadece, hak sahibi hiç bir dava açmadan, talep ileri sürmeden ve sarih olarak da feragat

⁶⁹. ÖZTAN, Bilge/ ÖZTAN, Fırat, İlga, Boşluk, Birlikte Yürürlükte Olma Kavramları Açısından Medeni Kanun'un 24/a-III'üncü Maddesi Karşısında Medeni Kanun'un 85/II'inci Maddesinin Durumu, Prof.Dr.Jale G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, sh.258-259.

SEROZAN'a göre de, manevi tazminat artık eskisi gibi gönül aleminin duygusal ögesi değil. Düpedüz "mameleki karakter" taşıyor. SEROZAN, Rona, Manevi Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali, Prof.Dr.İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, sh.281.

⁷⁰. TEKİNAY, sh.60; TEKİNAY, Borçlar, sh.690, 696; OBUZMAN, Armağan, sh.45, dn.124; OBUZMAN/ÖZ, sh.173-174, dn.269. Ancak OBUZMAN davanın açılmış olmasını yeterli görmekte, ayrıca hükme bağlanması şartını aramamaktadır. HATEMİ de "ancak" ile başlayan ikinci cümlecğin "ancak dava açılmış ise miras yolu ile intikal eder" tarzında olması gerektiğini belirtmektedir. BK 47'nin uygulama alanında esasen yakınlarla tereke dolayısıyla intikal etmemiş olan bir talep ve dava hakkı tanınmıştır. Bunun dışında kalan hallerde, kişivarlığı değerlerinde uğradığı zarar dolayısıyla bir miktar para isteme hakkı, sadece zarar görene, kişilik hakkı ihlâl edilene ait olmalıdır. O bu hakkını kullanmış ve karşı taraf belirli meblağı kabul etmiş veya dava açılmış ise, ancak bu takdirde devredilebilme veya intikal söz konusu olmalıdır, HATEMİ/SEROZAN, (Hatemi), sh.63.

etmeden öldüğü hallerde, mirasçılarına manevi tazminat davası açabilme yetkisinin tanınmasını; hak sahibi kişiliğini koruma amacı ile diğer davaları açmış yahut talepleri ileri sürdüğü halde manevi tazminat konusunda suskun kalmış ise, ölümünden sonra, zamanaşımı süresi dolmamış bile olsa mirasçılarının dava açamamalarının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁷¹.

Kanaatimizce öncelikle gerek devir gerekse mirasçılara geçmesi açısından 3444 sayılı Kanunla farklı uygulama getirilmesi bir tutarsızlık oluşturmaktadır. Medeni Kanun madde 24 fıkra 3'de "temlik" açısından aranan kabul "intikal" açısından da aranmalıydı⁷² ve madde "eger manevi tazminat istemi iradesi açıkça ortaya konulmuş veya istem karşı tarafça kabul edilmişse temlik edilebilir ve mirasçılara intikal edebilir" şeklinde olmalıydı. Bizce böyle bir hüküm manevi tazminat isteminin kişilik işlemi hakkı karakterine de aykırılık teşkil etmez. Çünkü kişilik işlemi olan manevi tazminat istemek konusundaki iradedir. Bir kez bu irade açıkça ifade edildikten sonra, hak bu özelliğini yitirir ve mirasçılar veya üçüncü kişi tarafından kullanılabilir.

Metnin bugünkü hali Medeni Kanun madde 85 fıkra 2 ile, Medeni Kanun madde 24a fıkra 3 arasında da bir çelişki doğurmakta, dolayısıyla Medeni Kanun madde 24a fıkra 3'ün,

⁷¹. HATEMİ/SEROZAN, (Hatemi), sh.64.

⁷². TEKİNAY, sh.61; SEROZAN da, aksi fikirle de olsa, "intikal" için aranmayan "kabul (tanıma)" gereğinin temlik için aranmasını açık bir tutarsızlık olarak eleştirmektedir, Armagan, sh.280.

Medeni Kanun madde 85 fıkra 2'yi değiştirip değiştirmedigi sorununu da ortaya çıkarmaktadır. Öğretide, nişanın bozulması alanında Medeni Kanun madde 85 fıkra 2'nin özel kural sayılması görüşü çoğunluk tarafından kabul grmektedir⁷³. Ayrıca Hatemi, sadece Medeni Kanun madde 85 değil, Medeni Kanun madde 143 fıkra 2 alanında da Medeni Kanun madde 85 fıkra 2'nin tercih edilmesini daha uygun bir yorum olarak kabul etmektedir. Bilindiği üzere, boşanma halinde 1988 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra da manevî tazminat davası aılabilmesi kabul edilmektedir. Dolayısıyla boşanma hükmünün kesinleşmesinden kısa bir süre sonra ölen eşin mirasçıları, eski eşe karşı Medeni Kanun madde 24a fıkra 3 gereğince manevî tazminat davası açma imkânı kazanmaktadırlar. İşte bu durumu doğru bulmayan yazar, bu nedenlerle tüm aile hukuku alanında Medeni Kanun madde 85 fıkra 2'nin uygulanmasını istemektedir⁷⁴.

Buna karşılık, "nceki özel hükümle sonraki genel hüküm çatıştığı zaman kanun koyucunun amacına göre bir sonuca varmak gerektiği..."⁷⁵ veya "Medeni Kanun'un 85/II

⁷³. ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, sh.464; KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim, Aile Hukuku, İstanbul 1985-1986, sh.59; TEKİNAY, Aile, sh.59; GZMAN, Kemal, Aile Hukuku Dersleri I, Giriş- Nişanlanma- Evlenme- Boşanma, İstanbul 1990, sh.57; GZMAN/SELİİ, sh.103; HATEMİ/SEROZAN, (Hatemi), sh.63.

⁷⁴. HATEMİ/SEROZAN, (Hatemi), sh.63, 258-259.

⁷⁵. KOCAYUSUFPAşAOğLU, Necip, Miras Hukuku, 2. ve 3. basılara Ek Kitap, İstanbul 1992, sh.53-54, dn.2. Yazar bu görüşüne rağmen 3444 sayılı Kanunla yapılan değişikliği "isabetsiz" bulmaktadır.

nci maddesinde gai boşluk"⁷⁶ ya da "örtülü boşluk, gerçek olmayan boşluk"⁷⁷ olduğu gibi değişik gerekçelerle Medeni Kanun madde 24a hükmüne Medeni Kanun madde 85 fıkra 2 karşısında üstünlük tanıyan, özel hükümlerin bu genel kural karşısında varlık nedenini yitirdiklerini kabul eden yazarlar da vardır.

Bizce de, var olan düzenleme karşısında, isabetsiz de olsa, Medeni Kanun madde 24a fıkra 3 hükmüne üstünlük tanımak gerekir. Uygulamanın özellikle aile hukuku alanında yol açacağı sakıncaları da gözardı etmemekteyiz. Ancak Medeni Kanun madde 85 fıkra 2'yi hiç olmazsa bu alanda yaşatmaya çalışmak yerine yeni bir değişikliğe gidilmesi ve Medeni Kanun madde 24a fıkra 3 ile Medeni Kanun madde 85 fıkra 2'nin değiştirilerek gerek maddeler arası gerekse "temlik" ve "intikal" açısından varolan gelişmelerin düzeltilmesi kanımızca daha doğru olur. Çelişen bu iki hükmün aynı kanunda geçerli olduğunu kabul etmek mirasçılara devir açısından kişilik işlemi hakları arasında da bir derecelendirmeye gitmek olur ki, bu da zaten bir çok konuda tartışmalı olan kurumu iyice karmaşık bir konuma sokar.

B. Dar anlamda hak sayılmayan imkân hakları

Bunlar Borçlar Hukuku alanında müstakil haklar değildirler. Kişiliğe ve hak ehliyetine bağlı, insanlara

⁷⁶. ÖZTAN/ÖZTAN, sh.261-262.

⁷⁷. SEROZAN, Armağan, sh.287.

tanınmış imkânlardır. Kişiliğin sona ermesi ile ortadan kalkarlar. Örneğin satım akdi yapma hakkı yoktur. Ancak satım akdi kurulduktan sonra malvarlığı veya alacak veya mülkiyet hakkı doğar. Oysa kişivarlığı alanındaki haklarda bir özellik vardır. Aslında, belirli bir davranışı, bir hukuki işlemi yapma imkânına sahip olmak, gerçek anlamda hak olarak nitelenemez⁷⁸. Ne var ki, İsviçre-Türk Hukuku'nda bu imkanların "intuitus personae" özelliğini, bir başka deyişle, bu sözleşmeleri bizzat yapma gereğini belirtmek için "evlenme hakkından, nişanlanma hakkından, ölüme bağlı tasarruf yapma hakkı" ndan sözedilir. Bu açıdan temel haklara yaklaşmaktadırlar. Ayrıca kişiliği yakından ilgilendirdikleri ve kanuni temsil düşmanlıkları dolayısıyla kişinin bizzat kullanması gereken haklar oldukları için de, temel haklar başlığı altında ele alınan "özgürlük" burada da sözkonusudur. Kısaca, kişilik işlemi haklarının temelinde "kişi özgürlüğü" adı verilen geniş anlamda insan hakkı bulunmaktadır⁷⁹.

C. Kişivarlığı alanı yenilik doğuran hakları

Bunlar ikincil nitelikte kişilik işlemi haklarındandır. Aynı zamanda ikincil kişivarlığı haklarını oluştururlar. Bir hukukî ilişkinin yanında bulunurlar.

Eugen BUCHER, yenilik doğuran hakların kullanılmasının

⁷⁸. Bu konuda bkz. BUCHER, Eugen, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen 1965, sh.187 vd.

⁷⁹. GONTERSWEILER-LÜCHINGER, sh.2 vd.

bir kişilik işlemi hakkı niteliğinde olmadığını ileri sürmektedir⁸⁰. Tabii ki malvarlığı hakları alanına giren ikincil haklar kişilik işlemi hakkı değildir. Buna karşılık kişivarlığı hakları kapsamına giren yenilik doğuran haklar kişilik işlemi hakkıdır. Örneğin boşanma talebi, mevcut bir hukuki duruma son vererek yeni bir hukukî durum yaratmak amacını güttüğünden, haklı sebebin varlığı halinde boşanmayı mahkemeden talep hakkı yenilik doğuran haklardandır. İlk bakışta yenilik doğuran haklar ikincil malvarlığı hakları olarak gözüküyorsa da, boşanma ve nesebin reddi gibi manevi değere sahip haklar kişivarlığı haklarındanındır. Ve kişilik işlemi hakkı karakterini taşırlar.

İtiraz ve def'ilerin kişilik işlemi hakkı sayılıp sayılmayacağı sorununa gelince; itiraz dermeyeran etmenin bir olay ileri sürmek, def'i dermeyeran etmenin ise bir irade beyanı ile bir hakkı kullanmak olduğunu gözönüne aldığımızda⁸¹ itirazların değil de davalının iradesine tabi olan def'ilerin "hak" olarak nitelenebileceği ve dolayısıyla kullanılmaları sonucu kişilik alanında bir ilişki kuran veya bozan yenilik doğuran haklardaki def'i türünden savunmaların, kişilik işlemi hakkı sayılabileceği görüşündeyiz.

HAFTER⁸², babalık davasına karşı savunmanın kişilik

⁸⁰. BUCHER, Kommentar, Art.19, no.325.

⁸¹. von TUHR, C I, § 3, sh.23; TUNÇOMAĞ, sh.55.

⁸². HAFTER, Art.19, N.10.

işlemi hakkı niteliğinde olmadığını, Federal Mahkeme'nin 1916 tarihli bir kararına⁸³ dayanarak, ileri sürmektedir.

Eğer babalık davasındaki bütün savunmaları (çokluk def'i, iffetsizlik def'i vs.) "itiraz" niteliğinde kabul edecek olursak, dosya münderecatından anlaşıldığı durumlarda hakim tarafından itirazlar re'sen nazara alınabileceğine göre, kişilik işlemi hakkı sayamayız. Oysa, def'iyi davalı ileri sürmedikçe, hakim re'sen gözönüne alamaz. Hakkı kullanıp kullanmamak hak sahibinin iradesine bırakılmıştır. Bu nedenle, ancak, def'i niteliğinde olabilecek savunmaların ileri sürülmesi kişilik işlemi hakkı sayılabilir⁸⁴.

Aynı sorun Medeni Kanun madde 134 fıkra 2'de yer alan "karşı tarafın daha fazla kusurlu olduğu" savunması üzerinde de çıkmaktadır. Her iki eş de kusurlu ise, evlilik birliğinin temelden sarsılması şartı gerçekleşmesine rağmen, dava açma hakkı kusuru daha az olan eşe aittir. Eğer kusuru fazla olan eş davacı durumunda ise, bu hususun davalı eş tarafından ileri sürülmesi, bazı yazarlara göre⁸⁵ "hakkın doğmadığı itirazı" sayılır. Ancak, burada

⁸³. ATF 42/1916 II 557. HAFTER, Art.19 N.10'dan naklen.

⁸⁴. Karş. HAFTER, Art.19, no.11a'daki açıklamalar.

⁸⁵. BÜHLER/SPÜHLER, Berner Kommentar, das Familienrecht, Band II, 1.Abteilung, 1.Teilband, 2.Hälfte, die Ehescheidung, Art.137-158 ZGB, Bern 1980, Art.142, no.118 ve orada anılan yazarlar; HATEMİ/SEROZAN, (Hatemi), sh.234-235; ZEVLİLER, Medeni Hukuk, sh.821.

bir "def'i" nin sözkonusu olduğu da ileri sürölmektedir⁸⁴.



⁸⁴. DESCHENAUX/TERCIER, Le mariage et le divorce, Berne 1985, no.573, sh.112. Yazarlara göre, İsviçre Medeni Kanunu madde 142 fıkra 2'nin davalıya gerçek bir def'i hakkı verdiği görüşü fazla ileri giden bir görüştür. Bu hükümde davalının açıkça boşanmaya rıza göstermediği zaman hakimin gözönünde bulunduracağı bir maddi dava şartının varlığını görmek daha doğru olur.

§ 3. VARLIĞI KİŞİYE BAĞLI HAK KAVRAMI İÇİNDE KİŞİLİK İŞLEMİ HAKLARININ YERİ

I. VARLIĞI KİŞİYE BAĞLI HAK KAVRAMI

Haklar hak sahibine bağılılıkları yönünden, varlığı kişiye bağlı haklar ve varlığı kişiye bağlı olmayan haklar olmak üzere bir sınıflandırmaya tâbi tutulmuştur. Biz, kişiye bağlı fakat devredilebilen irtifaklarla da karışabilir düşüncesiyle sadece "kişiye bağlı hak" terimi yerine "varlığı kişiye bağlı hak" terimini kullanmayı tercih ettik.

Varlığı kişiye bağlı haklar, kişiden ayrılmayan dolayısıyla ne sağlararası muameleler ile ne de ölüme bağılı tasarrufla başkalarına devredilemeyen, miras yolu ile de ölenin mirasçılara geçmeyen haklardır. Sahipleri ile birlikte yaşar, onların ölümlü ile de son bulurlar. Varlığı kişiye bağılı haklar içerisinde, mali bir değeri bulunmayan kişi varlığı hakları ile; intifa hakkı (MK.md.717), sükna hakkı (MK.md.748), velayet altındaki çocuğun malları üzerindeki istifade hakkı (MK.md.280), zarurete düşen kimselerin usul ve fûruularına erkek ve kız kardeşlerine karşı haiz oldukları nafaka isteme hakkı (MK.md.315) gibi mali ve iktisadi bir değeri gösteren malvarlığı hakları da girmektedir. Görüldüğü gibi bu çeşit hakların kapsamının tayininde esas olarak alınması gereken ölçü para ile ölçülememek değil devrolunamaması ve miras yoluyla intikal edememesidir.

Bir istisna olarak, aynı hak olan intifa hakkının kullanılmasının bir başkasına devredilebileceği Medeni Kanunumuz tarafından kabul edilmiştir (MK.md.730). Bu intifa hakkının varlığı kişiye bağlı niteliğini değiştirmez çünkü intifa hakkı değil intifa hakkının kullanılması bir başkasına geçirilebilir⁹⁷.

Varlığı kişiye bağlı olmayan haklara gelince, genellikle mali değer taşıyan haklar olup bir üçüncü kişiye hayatta veya miras yolu ile devredilmesine olanak bulunan, ölümle mirasçılara geçen haklardır.

II. KİŞİLİK İŞLEMİ HAKLARININ YERİ

Kişilik işlemi hakları ise, varlığı kişiye bağlı haklar içinde yer alan özel bir gruptur⁹⁸. Hakların kullanılma biçimleri ve tarzları yönünden sınıflandırılmasıdır. Burada gözönüne alınan ölçü hakkın kimin tarafından kullanılabileceğidir. Bu haklar esas itibariyle, yalnız hak sahibi tarafından kullanılabılırler. Hakkın kullanılmasına mutlaka hak sahibinin kendisinin karar vermesi, hakkın kullanılmasının onun iradesine dayanması gerekir.

⁹⁷. Her ne kadar MK:md.730/f.1 de "intifa hakkı başkasına ferag edilebilir" ibaresi mevcut ise de mehz İsviçre Medeni Kanunu "intifain kullanılması bir başkasına geçirebilir" hükmünü taşımaktadır.

⁹⁸. TEKİNAY, manevi tazminat isteme hakkının malvarlığı haklarından olmasına rağmen kişilik işlemi hakkı niteliğinde olduğunu, bu sebeple, kişilik işlemi haklarını kişi varlığı haklarından ibaret saymanın doğru olmayacağını belirtmektedir. Genel Esaslar, sh.131-132.

Alman Hukuku'nda varlığı kişiye bağlı hak ile kişilik işlemi hakkı terimleri arasında ayırım yapılmamakta, her iki hak için de "Höchstpersönliche Rechte" terimi kullanılmaktadır. Türk ve İsviçre Hukukları'nda ise varlığı kişiye bağlı hak kavramı içinde yer alan kişilik işlemi hakları kullanılmaları açısından özel bir sınıflandırmaya tabi tutulmaktadırlar.

Kişilik işlemi haklarının kullanılması tam fiil ehliyetine sahip olmayan mümeyyiz küçük ve mümeyyiz kısıtlılarda özellik gösterir. Sınırlı ehliyetsizler bu hakları prensip olarak kanuni temsilcilerinin izin veya icazetlerini almadan kullanabilirler. Oysa sınırlı ehliyetsizler kural olarak yaptıkları hukuki muamelelerde kanuni temsilcilerinin rızalarını almak zorundadırlar (MK.md.16/c.1).

Kişilik işlemi haklarının özellikleri, mali bir değer arzetmemeleri, üçüncü kişilere devrolunamamaları ve miras yolu ile geçmemeleridir. Kural olarak sınırlı ehliyetsizlerin kullanmaları açısından kanuni temsil yasağı sözkonusudur, ancak bazen iradi temsile de cevaz verilmez. Oysa kişilik işlemi haklarının dışındaki varlığı kişiye bağlı haklar yine hak sahibi tarafından kullanılmalıdır ama isterse hak sahibi başkasına temsil yetkisi vererek hakkını temsilci aracılığıyla da kullanabilir⁹⁹.

Kişilik işlemi haklarının nitelikleri sayılırken varlıkları kişiye bağlı haklardan olmaları yanında, mutlak

⁹⁹. KÖPRÜLÜ, Medeni Hukuk, sh.65; BİRSEN, Kemaleddin, Medeni Hukuk Dersleri, Umumi Esaslar-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, 4.Bası, İstanbul 1958, sh.153.

hak niteliği taşıdıklarını da ileri sürenler vardır⁹⁰. Kişilik hakkı mutlak haktır. Kişilik işlemi haklarının ise bir çoğu, ikinci paragrafta belirttiğimiz gibi, ya kullanılmadan önce teknik anlamda hak değil bir imkân, bir hürriyettir ya da kişivarlığı alanı yenilik doğuran haklarıdır. Bir kısmı da kişivarlığı alanında ileri sürülen talep haklarıdır. Şu halde "kişilik işlemi hakları mutlak haklardandır" denmesi doğru değildir.

Sonuç olarak, varlığı kişiye bağlı olan hakların kapsamı, başkalarına devir kabiliyeti taşıyıp taşımadığına, kişilik işlemi haklarının ise, ancak hak sahibi tarafından bizzat kullanılması gerekliliğine ve kural olarak kanuni temsile izin verip vermediğine bakılarak tayin olunur.

Kişivarlığı haklarının tümü kural olarak varlığı kişiye bağlı haklardır. Her kişilik işlemi hakkı da kişivarlığı hakkıdır, dolayısı ile aynı zamanda varlığı kişiye bağlı haklardandır. Ancak kişivarlığı haklarının tümü aynı zamanda kişilik işlemi hakkı değildirler. Her varlığı kişiye bağlı hakkın da kişilik işlemi hakkı olması gerekmez. Aile hukuku alanında olsa bile, malvarlığı hakkı niteliğini taşıyan haklar kişilik işlemi hakkı sayılmazlar. Örnek olarak nafaka talebi hakkını verebiliriz. Bunlar terekeye geçmeyen malvarlığı haklarıdır. Kişivarlığı hakkı ve varlığı kişiye bağlı hak kavramlarının kapsamı daha geniştir.

⁹⁰. GONTERSWEILER-LÜCHINGER, sh.10.

5 4. INTUITUS PERSONAE UNSURU TAŞIYAN İLİŞKİLER

KAVRAMI KARŞISINDA KİŞİLİK İŞLEMİ HAKLARININ KONUMU

I. KAVRAM

Intuitus personae (kişiliğin gözönünde tutuluşu) unsuru taşıyan ilişkilerde, bir taraf için diğer tarafın belirli bir kişi olması manevi veya ekonomik büyük çıkarlar içerir. Kişiliğin gözönünde tutuluşunun her zaman, ilişkinin diğer tarafı üzerinde karar verici etkisi vardır. Bir başkası olsaydı bu ilişki kurulmayacak olmalıdır. Diğer bir deyişle, her zaman sebep ilişkisi vardır; ve genellikle hukuki ilişki bu belirli şahıs karşıda olmadığı sürece kurulmaz. Bazı durumlarda, gözönüne alınması belirleyici olan kişi hukuki ilişkinin taraflarından biri olmayabilir. Taraf olmayan kişinin, sözleşmenin kurulmasında, taraflar üzerinde etkisi vardır⁹¹. Intuitus personae niteliği taşıyan sözleşmelerde, ilke olarak, kişiye bağımlılık sözkonusudur. Dolayısıyla, kişi bu kadar önemli olunca, sözleşmenin özündeki bu sebep ilişkisinin varlığı hukuki sonuçlar doğurabilir. Kişi özel olarak seçildiği için kişinin itibarı taraflarca izlenilen amacın bir parçası olmuştur. Bu esaslı noktada hata amacın gerçekleşmesini

⁹¹. VALLEUR, Francis, L'intuitus personae dans les contrats, Paris 1938, sh.98.

imkansız kılacağı için sözleşme "iptal edilebilir" ⁹².

Kişi ya da kişiliğin önemli olduğu durumlarda, hukuki ilişkide borçlu bir üçüncü kişiyi ikame edemez; borcu bizzat ifa etmelidir. Çünkü ihtiyaç nedeni ile herhangi bir kişi değil, memnun edecek en yetenekli ve en güvenilir bulunan kimse seçilmiştir. Örneğin, vekalet, hizmet ve eser sözleşmelerinde durum böyledir⁹³.

Aile Hukuku sözleşmelerinde de tartışmasız kişi gözönüne alınır. Bu sözleşmeler özel tabiattadırlar, taraflar arasında hayat birliği veya samimi ilişkiler yaratmaya yönelmişlerdir. Sevgi üzerine kurulmuşlardır. Bu tür sözleşmelerde fiziki kimlik medeni kimlik kadar gözönünde tutulur. Genelde iki taraf açısından da intuitus personae niteliği sözkonusudur. Örneğin, evlenme, nişanlanma, evlat edinme, tanıma. Tanıma her ne kadar sözleşme değilse de intuitus personae unsuru taşır, kişi üzerinde hata belirleyicidir.

Güven duygusu üzerine kurulmuş sözleşmelerde, ilke olarak, bilgi, yetenek, iş ahlakı gibi bireyin vasıfları gözönünde tutulur. Manevi değerler de bazı sözleşmelerde temel olarak gözüktür (hizmetçi, kasiyer, muhasebeci ile yapılan sözleşmelerde olduğu gibi). Ödeme gücü de belirleyici olabilir. Buna karşılık din, milliyet ve ırk

⁹². Akidin şahsının akdin yapılmasına müessir olduğu hallerde şahısta hata 24. maddenin 2. numarasına göre esaslı bir hatadır. Von TUHR, § 59, sh.427, dn.1.

⁹³. Bu sözleşmelerde intuitus personae unsuru hakkında geniş bilgi için bkz. HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, sh.316-317, 335 vd., 354, 365, 381, 396-397, 404.

prensip olarak gözönünde tutulamaz⁹⁴.

Intuitus personae unsuru bazı durumlarda sözleşmenin doğasında vardır. Bir takım şartlarla dışarıda bırakmak mümkündür. Bazı durumlarda doğasında olmasa dahi irade ile sözleşmeye sokulabilir. Genelde, borçlunun kişiliğinin getirdiği sevgi ya da güven duygusu -ki bu güven bazen edimin yerine getirilmesindeki kaliteyi hedefler veya edimin yerine getirileceği garantisini içerir- intuitus personae niteliğinin sözleşmeye girmesinde etkili olur. Alacaklının, sözleşmeden doğan borcu seçtiği kişinin bizzat ifa etmesinde büyük bir çıkarı vardır ve borç genelde bir yapma borcudur. Bu tüm yapma borçlarının intuitus personae özelliği taşıdığı sonucuna varmaz.

Verme borçları için borçlunun kişiliği - istisnalar haricinde- pek önemli değildir. Ancak bu borçlarda da, edimin gerçekleşmesinin veya sözleşmenin ifasının garantilenmesi gibi düşüncelerle, kişi önemli hale gelebilir.

Yapmama borçları ise çoğunlukla intuitus personae niteliği taşır. Örneğin bir artist bir başka rakip firmanın yapacağı filmde oynamamayı taahhüt eder. Sözleşmenin konusu belli bir kişinin çalışma alanının yasaklanmasıdır. Bu kişinin vasıfları sebebiyle sözleşme kurulmuş, kişi gözönüne alınmıştır. Borcu mirasçılara geçmez, borçludan başkası tarafından ifa edilemez, üçüncü kişilere temlik edilemez, alacaklının borcu bizzat borçlunun yerine

⁹⁴. VALLEUR, sh.103-104.

getirmesinde çıkarı vardır⁹³.

Intuitus personae'ın tüm sonuçları, işleyişi, hukuki ilişkilerde kişinin itibarı diğer kişinin rızası ile belirlenir fikrine dayanır⁹⁴. Genel bir deyişle, âkid tarafların sözleşmeyi yapma iradeleri üzerinde taraflardan birinin veya her ikisinin kişiliklerinin etkili olduğu durumlarda intuitus personae'dan sözedilir⁹⁷. Sadece belirli kişi akdin diğer tarafınca gözönüne alındığından, kurulan ilişki mirasçılara geçmez, ölümle sona erer. Ne saclararası bir işlemle ne de ölüme bağlı tasarrufla bir üçüncü kişiye devredilemez⁹⁸, bizzat yerine getirmek zorundadır. Çünkü güven kişiseldir. Bu da iflasın bazı durumlarda sözleşmeyi sona erdirebileceğini açıklar.

Intuitus personae'ın kapsamı her zaman aynı değildir. Gerek zaman içinde gerekse sözleşmeden sözleşmeye değişkenlik ve çeşitlilik arzeder. Zaman içinde, çünkü belli borçlar için normal olarak gözönüne alınan vasıflar bugün geçmişe göre değişiktir.

Intuitus personae unsuru hak kavramı ile ilgili bir nitelik değil, bir sözleşme niteliğidir. Burada sözleşme yerine ilişki de diyebiliriz. Borçlar Hukuku alanında bir sözleşmede güven kuramına göre belirlenen ortak amaç, kişisel niteliklerin önemli ve belirleyici olduğunu gösteriyorsa, intuitus personae unsurunun varlığından

⁹³. VALLEUR, sh.41-42, 96.

⁹⁴. VALLEUR, sh.318.

⁹⁷. HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, sh.316.

⁹⁸. ENGEL, sh.588.

bahsedilir. Aile ve kişiler hukuku alanında da esasen ayrıca belirtmeye gerek olmaksızın gerçek kişiler arasında sözkonusu olabilecek aile hukuku sözleşmeleri intuitus personae unsuru olan sözleşmelerdir. Tüzel kişiler alanında gerçek kişi ile tüzel kişi arasındaki ilişki de kanaatimizce gerçek kişiler arasında bir aile hukuku sözleşmesi sözkonusu olmadığı için bir kişilik işlemi değildir. Şu halde bu işlemin yapılması ve ilişkiden doğan hakların kullanılması da kişilik işlemi sayılamaz. İşte biz bu sebeple intuitus personae özelliği bulunan sözleşmelerin ve ilişkilerin daha geniş kapsamlı bir kavram oluşturduğunu, bütün kişilik işlemlerinde eğer bu işlem bir sözleşme ise, bu unsurun bulunduğunu ancak kişilik işlemi niteliğinde olmayan Borçlar Hukuku sözleşmelerinin, bazılarında da bu niteliğin bulunabileceğini belirtmiş oluyoruz. Bu ayrımı yaparken hakkın niteliği olan varlığı kişiye bağlı oluş ile sözleşmenin niteliği olan intuitus personae unsurunu da birbirine karıştırmamak gerekir. Kanaatimizce bütün bu hususlar karıştırıldığı için yanlış anlamalar ve yanlış sınıflandırmalar olmaktadır. Her kişilik işlemi niteliğindeki aile hukuku sözleşmesinde intuitus personae unsuru vardır. Mesela evlenme sözleşmesinde sadakat ve müzaheret yükünün ifası yardımcı şahsa bırakılamaz veya borcun ifasının yardımcı şahsa bırakılamayacağı gibi, borçlu sıfatının devri sözkonusu olamaz. Ancak intuitus personae niteliği olan her sözleşme kişilik işlemi demek değildir. Mesela bir iş görme sözleşmesinde işi göreceğinin nitelikleri önemliyse elbette ne bu sözleşme kişilik

işlemi olacaktır ne de bu sözleşmenin yapılması imkânı kişilik işlemi hakkı sayılacaktır.

Sonuç olarak, intuitus personae niteliği olan sözleşmelerin ve bu sözleşmelerden doğan ilişkilerin tümü, kişilik işlemi hakkı kapsamına alınamaz. Malvarlığı alanında da bu niteliğe rastlanması, "her kişilik işleminde kişiye bağımlılık niteliği görüldüğünü, ancak her kişiye bağımlı ilişkinin kişilik işlemi olmadığını" gösterir.

II. DERNEKLER AÇISINDAN DURUMUN İNCELENMESİ

Derneğe üye olma hakkı ve dernekle ilgili diğer hakların kısaca üye-dernek ilişkisinin intuitus personae niteliği mi taşıdığı, yoksa kişilik işlemi hakkı özelliğinde mi olduğu tartışmalıdır.

Dernekler Kanununun 1. maddesinde derneklerle ilgili olarak "kazanç paylaşma dışında, kanunlarla yasaklanmamış belirli ve ortak bir gayeyi gerçekleştirmek üzere, en az yedi gerçek kişinin, bilgi ve çalışmalarını sürekli olarak birleştirmeleri suretiyle oluşturdıkları" kişi toplulukları tanımına yer verilmiştir. Hüküm intuitus personae niteliğinin varolduğu sonucuna vardırarak hiçbir ibare taşımamaktadır. Temel olarak, kişilerin işbirliğinden sonuç çıkmaktadır. Dernek üyesinin kişiliğinin gözönünde tutulmasının ne kadar belirleyici olduğunu araştırmak lâzımdır.

Derneğe kurucu üye olabilmek için gerçek kişi olma, fiil ehliyetine sahip olma ve onsekiz yaşını bitirmiş olmak

gerekir (DK.md.4/f.1). Normal üyelik için de aynı şartlar aranır (DK.md.16/f.1). Bu durumda öğreti çoğunlukla tam ehliyetsizler ile sınırlı ehliyetsizlerin⁹⁹ gerek kurucu gerekse normal üye olamayacağını kabul etmektedir¹⁰⁰. Buna karşılık HATEMİ, mümeyyiz kısıtlının dernek kuruculuğu veya üyeliği hakkından yoksun bırakılmaması gerektiğini Medeni Kanun madde 406 bent 3'ü gerekçe göstererek savunmaktadır¹⁰¹. Yazara göre, dernek üyesi veya kurucusu olma işlemi Medeni kanunda sayılan yasak işlemlerden değildir; ancak mümeyyiz kısıtlıya bazı yükümler de yüklediği için, bu kişiler kanuni temsilcilerinin muvafakati ile kurucu veya normal üye olabilmelidirler¹⁰².

Üye, tüzel kişiliğe sahip bir kişi topluluğuna, tüzel kişinin statüsünde yer alan hak ve yükümlülüklerle tabi olmak üzere katılan kişiye denir. Üyelik ise üye ile tüzel kişi arasında kanun ve tüzel kişinin statüsünden

⁹⁹ Dernekler Kanununun gerek kurucu gerekse normal üyelik için onsekiz yaş şartını getirmiş olmasından dolayı, burada sınırlı ehliyetsizlerden sadece mümeyyiz kısıtlıların anlamak gerekir.

¹⁰⁰ AKÜNAL, Teoman, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul 1988, sh.85, 99; OĞUZMAN/SELİÇİ, sh.140-143; ZEVLİLİLER, Medeni Hukuk, sh.599.

¹⁰¹ "Şirkete girme" bakımından, o da kişisel sorumluluk veya önemli bir sermaye tahsisini gerektiren şirketlerde vesayat ve nezaret makamlarının da muvaffakati ile, vesayat altında bulunan kimseye ehliyet tanınmıştır. Dernek üyeliğine nasıl engel olabiliriz? Hatemi, Kişiler, sh.142.

¹⁰² Hatemi, Kişiler, sh.142. Ayrıca sınırlı ehliyetsizlerin derneğe üye olabileceği hakkında bkz.COSMAN, Rudolf, La capacité civile en droit suisse, thèse, Genève 1941, sh.132.

kaynaklanan çeşitli hak ve yükümlülükleri kapsayan hukuki ilişkiye verilen addır¹⁰³.

Kişilerin derneklere üye olup olmama konusunda özgürlükleri bulunduğu gibi derneklerin de, ilke olarak, başvuranları üyeliğe alıp almama özgürlükleri vardır¹⁰⁴. Tüzüklerinde üyelik için aranan şartları diledikleri çerçevede düzenleyebilecekleri gibi, bu şartları gerçekleştirmiş olan herkesi üyeliğe kabul zorunda da değildirler.

Öğretide kabul gören baskın görüşe göre üyelik hakları kişilik işlemi haklarındandır¹⁰⁵. Üye hakkın kullanılıp kullanılmaması hususunda kararı kendisi verir. Nitelikleri gereği başkalarına devredilemeyecekleri gibi üyenin ölümü ile de son bulurlar. Miras yolu ile mirasçılara geçmeleri söz konusu değildir. Bu durum, bize alınmamış olan İsviçre Medeni Kanunu'nun 70. maddesinin 3. fıkrasında "Üyelik sıfatı temlik edilemez ve mirasçılara da geçmez" hükmü ile ifade edilmektedir. Başkalarına devri mümkün olmadığı için üyelik haklarının haczi veya rehnedilmesi de mümkün değildir. Bu haklar kural olarak temsil de kabul etmez.

¹⁰³ AKÜNAL, sh.95.

¹⁰⁴ Yarg. 2.HD. E.614 K.1811 T.5.3.1987 (İKİD. Yıl:27 Temmuz 1987 S.319, sh.5011-5012).

¹⁰⁵ BUCHER,A, sh.56 no.160; BUCHER'e göre, derneğe üye olmanın yanında dernek kurma işlemi de kişilik işlemi haklarındandır, Kommentar, Art.19, N.281; ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, sh.266, 285, 597; KÖPRÜLÜ, Medeni Hukuk, sh.483.

ÖĞÜZMAN/SELİÇİ'ye göre, üyelik kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hukuki durumdur, sh.140, 154; ÖZSUNAY, Ergun, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler, Vakıflar, İstanbul 1982, sh.228.

"Her üyenin genel kurulda bir oy hakkı vardır, üye oyunu bizzat kullanmak zorundadır" hükmünü getiren Dernekler Kanunu madde 18 de bu durum düzenlenmiştir. Oysa, 2.3.1988 tarih 3415 sayılı kanunla yapılan değişiklikten¹⁰⁴ önce, üye, genel kurulda oyunu bizzat kullanabileceği gibi diğer bir üye aracılığı ile kullanabilme imkanına da sahipti. Ancak değişiklik ile üyenin genel kurulda temsili imkanı ortadan kalkmıştır¹⁰⁷. HATEMİ bu değişikliğin sebebi olarak üyelik haklarının kullanılmasında "intuitus personae" unsuru olmasını göstermektedir. Yazar, « bu unsuru taşıyan sözleşmelerde, "sözleşmenin devri" mümkün olmadığı gibi, kural olarak bazı borçların ifası için borçlunun şahsı önemli ise, borcun ifası da başkasına devredilemez. Dernek-üye ilişkisinde de durum aynıdır. Üye olmak "kişilik işlemi hakkının kullanılmasıdır" denecek yerde, "kişinin niteliklerinin önemli olduğunu" söylemek daha doğru olacaktır. Tarafların niteliğinin daha önemli olduğu sözleşmeler ölüm ile sona ererler. Taraflık sıfatı külli halefe geçmez. Sağlıkta da devri söz konusu olamaz. "Intuitus personae" ilişkiler kapsamına giren üye-dernek ilişkisi de böyledir » diyerek, üyelik haklarını kişilik

¹⁰⁴ RG. 11.3.1988 S.19751.

¹⁰⁷ PERRIN, İsviçre'deki baskın görüş doğrultusunda, tüzükte bir açıklık bulunmadığı takdirde oy hakkının temsil yolu ile kullanılmasının kabul edilmemesi gerektiğini İsviçre Hukuku açısından kabul etmektedir. PERRIN, Jean-Francois, Droit Civil V, Droit de l'association (art.60-79 CC.), Fribourg 1992, sh.71.

işlemi hakkı kabul eden çoğunluğun görüşünden ayrılmaktadır¹⁰⁸.

Bize göre de, üye ile dernek arasındaki sözleşme intuitus personae niteliği taşır. Herhangi biri değil, "o" kişi belirli vasıfları taşıdığı için dernek üyeliğine kabul edilmiştir. Sözleşmenin karşı tarafı için kişinin itibarının karar verdirtici etkisi vardır. Kural olarak, tüzükte aranan şartları gerçekleştirmiş herkesi üyeliğe kabul zorunluluğu olmadığına göre, o kişi yerine, tüzükte aranan şartları haiz başka bir kişi olsaydı belki de sözleşme kurulmayacaktı.

Dernek üyeliği sıfatı mirasçılara geçmez, üçüncü kişilere temlik edilemez. Aksinin kabulü halinde intuitus personae'ya tecavüz söz konusu olur. Çünkü bu, sözleşmedeki kişinin yerini diğer dernek üyelerince seçilmemiş bir başka kişinin alması demektir ki bu da kabul edilemez. Dernek üyesinin ölümü dernegin faaliyetlerini engelleyecek nitelikte değildir, dernek yaşayanlar arasında devam eder.

Son olarak şu noktaya da değinmek istiyoruz. GALLIKER, vakıf kurma işlemini de kişilik işlemi haklarından saymaktadır¹⁰⁹. Oysa vakıf kurma işlemi Medeni Kanunun 392. maddesi gereğince yasak işlemlerden olduğu için, vasi

¹⁰⁸. HATEMİ, Kişiler, sh.164. Ayrıca yazar "kişiye bağımlı sözleşme (intuitus personae sözleşme)" niteliğinin, sadece Medeni Hukuk tüzel kişileri için söz konusu olduğunu, bu tüzel kişilerde, "üyeliğin külli halefe intikali" veya "üyelik sıfatının devri" kurallarının, ancak bir tür "icaba davet" sayılması, Ticaret Hukuku tüzel kişilerinin ise, kendi içinde mütalaa edilmesi gerektiğini sözlerine eklemektedir.

¹⁰⁹. GALLIKER, sh.75.

vesayeti altındaki kimsenin malını vakfedemeyeceği gibi, sınırlı ehliyetsizin kendisi de bu işlemi yapamaz. Bu durumda kişilik işlemi hakkı Medeni Kanun madde 16 cümle 2 uyarınca sınırlı ehliyetsizin kendi başına bizzat yapabileceği bir işlem olduğuna göre, GALLIKER'in bu işlemi kişilik işlemi hakkı olarak nitelemesini anlayamamaktayız. Kanuni temsil yasağının sözkonusu olduğu her durumda kişilik işlemi hakkının varolduğu sonucuna varmak yanlıştır. Kanuni temsil yasağını kişilik işlemi haklarının ayırıcı unsuru ya da belirleyici özelliği olarak gören düşünceye katılmıyoruz.



§ 5. HAK VE FİİL EHLİYETİ AÇISINDAN KİŞİLİK İŞLEMİ

HAKLARININ ÖZELLİĞİ

Kişiliğin en önemli unsurlarından birini oluşturan ehliyet, hak ehliyeti ve fiil ehliyeti olmak üzere ikiye ayrılır. Medeni Kanun madde 23'de yer aldığı gibi kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Ehliyeti sınırlandırmak amacı ile yapılan anlaşmalar iyiniyete aykırı, dolayısıyla b  t  l sayılmalıdır. Sınırlamalar, sadece kanundan doğabilir.

I. HAK EHLİYETİ

Hak ehliyeti denince her insana tanınmış borçlara ve haklara sahip olabilme ehliyeti akla gelmelidir. Ayrılamama ve devredilememe özelliklerine sahip bu nitelik, bütün insanlara sadece insan olmaları nedeni ile tanınmıştır.

Hak ehliyeti, kişilikle başlar ve sona erer. Kişilik ise çocuğun sağ olarak tamamiyle doğduğu andan başlar, öl  m ile sona erer. Sağ doğmak şartı ile çocuk ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir. İlke olarak hak ehliyetinde eşitlik söz konusudur. Bütün insanlar hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve y  k  ml  l  klere ehil olmada eşittirler. Eşitlik, yaşı, cinsiyet, nesep, yabancılık, temyiz kudretine sahip olmama, akıl hastalığı, kötü şöhret ve mahkumiyet gibi durumlarda bazen sınırlanmaktadır.

II. Fiil EHLİYETİ

1. Sınırlı Ehliyetsizler

A. Genel olarak

Fiil ehliyeti kişinin kendi iradi davranışları ile kendisini hak ve borç sahibi kılabilme ehliyetidir. Mümeyyiz ve reşit olmak, kısıtlı olmamak fiil ehliyetinin şartlarıdır. Bilindiği gibi sınırlı ehliyetsizler fiil ehliyetine sahip değildirler. Ancak ehliyetsizlikleri bazı noktalarda sınırlandırılmıştır. Kural ehliyetsiz olmalarıdır, ehliyet ise istisnadır. Mümeyyiz küçük ve mümeyyiz kısıtlılar kanuni temsilcilerinin rızaları olmadıkça bizzat kendi fiilleri ile borç altına giremezler, tasarruf işlemleri yapamazlar¹¹⁰. Karşılıksız kazanmada ve kişilik işlemi haklarını kullanmakta bu rızaya muhtaç değildirler. Haksız fiillerinden doğan zararlardan, temyiz kudretine sahip oldukları için sorumludurlar. Bazı özel durumlarda sınırlı ehliyetsizlerin ehliyetleri genişletilmiştir. Anne ve babanın rızası ile aile dışında

¹¹⁰ Her ne kadar MK.md. 16/c.1 "iltizam edemezler" ibaresini taşımaktaysa da hükmün tasarruf işlemlerini de kapsadığı kabul edilmektedir. MK.md.394/f.1 hükmü de bu görüşü destekler. Bu konuda bkz. ARPAÇI, sh.54; ATAAY, Aytekin, Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım, Giriş-Hakiki Şahıslar, 3.Bası, İstanbul 1978, sh.89; DURAL, Gerçek Kişiler, sh.97; SCHWARZ A.B. (çev. Bülent DAVRAN), Borçlar Hukuku Dersleri, C.I, İstanbul 1948, sh.200; ÖZSUNAY, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4.Bası, İstanbul 1979, sh.63; OĞUZMAN/SELİÇİ, sh.47; KÖPRÜLÜ, Medeni Hukuk, sh.224; ZEVLİLER, Medeni Hukuk, sh.197-198.

yaşayan çocuk onlara karşı olan borçları saklı kalmak kaydıyla kazancından istediği gibi tasarruf edebilir (MK.md.283/c.2). Vesayet altındaki kimse kendi tasarrufuna bırakılan malları ve vasinin izni ile çalışarak kazandığı malları bizzat idare etmek hakkına da sahiptir (MK.md.398). Bir meslek veya sanatla uğraşması için ana ve babası tarafından kendisine verilen malların idaresi ve yararlanma hakkı çocuğundur (MK.md.284). Kendisinin Sulh Mahkemesi tarafından bir meslek veya sanatla uğraşmasına açıkça veya örtülü olarak izin verilen vesayet altındaki kimse, bu sanat ve mesleğin gerektirdiği her türlü fiili yapabilir (MK.md.396).

Önemli bağışlama, kefalet ve vakıf kurma işlemleri ise kanuni temsilci tarafından dahi yapılamaz. Vasinin yapamayacağı bu işlemler için izin vermesi de sözkonusu değildir (MK.md.392, MK.md.269). Borçlar Kanunu madde 348 fıkra 3'e göre de "işçi, akdin yapıldığı zaman resit değilse rekabet memnuiyetine dair olan şart batıldır". Öğreti, işçinin resit olmaması durumunda, bu husustaki sözleşmeye onun kanuni temsilcisinin izin ya da icazet vermesinin sözleşmeyi geçerli kılmayacağı görüşündedir. Ancak, mümeyyiz kısıtlılar açısından bu durum hukuken mümkün görünmektedir¹¹¹.

¹¹¹. YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C.II, İstanbul 1993, sh.25; BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku (Özel Borç Münasebetleri), Ankara 1971, sh.239; ZEVLİLER, Medeni Hukuk, sh.284; ARPACI, sh.58-59.

B. Kişilik işlemi hakları açısından

Sınırlı ehliyetsizler açısından kişilik işlemi haklarının özelliği, kural olarak, kanuni temsilcinin rızasını almadan kullanılabilmeleridir. Bu tür haklarda kanuni temsilcinin temsilci sıfatı ile işlem yapması ve sonuçlarının sınırlı ehliyetsiz için doğması mümkün değildir. Kişilik işlemi hakları sınırlı ehliyetsizin istisna olarak ehliyetli sayıldığı hallere girer. Ana kural, bu olmakla beraber, bazı kişilik işlemi haklarının kullanımında kanuni temsilcinin izni ya da katılımı kanundan doğan zorunluluktur. Bu durum, özellikle kişi özgürlüğünün temel olduğu kişilik işlemlerinde (örneğin evlenme hakkı), kişisel özgürlük ile vesayet müessesesi arasında bir bağdaşmazlık yaratıyorsa da burada amaç vesayet altındaki kişinin korunması olduğundan amaç üstün tutulur¹¹².

Dava ve taraf ehliyetleri açısından bakıldığında, dava ehliyeti maddi hukuktaki fiil ehliyetinin¹¹³, usul hukuku açısından ifadesi olmasına karşılık; taraf ehliyeti, hak ehliyetinin usul hukukundaki görünümüdür¹¹⁴. Bu

¹¹². EGGER, August, (çev.Av.Volf ÇERNİS), İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Aile Hukuku, C.II, 3.Kısım, Vesayet, Ankara 1955, md.407 (391) no 9; ALBİSSER, Heinriche, De l'exercice des droits strictement personnels par l'interdit, RDT, 21 Jahrgang, 1966, sh.136.

¹¹³. HUMK.md.38: Davaya ehliyet Kanunu Medeni ile tayin olunmuştur.

¹¹⁴ ÜSTÜNDAG, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, C.I-II, 5.Bası, İstanbul 1992, sh.278,281; KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 5. Baskı, Ankara 1993, sh.208, 215; ARPACI, sh.18; ATAAY,

nedenle, dava ehliyeti açısından, sınırlı ehliyetsizin kanuni temsilcisinin rızasına ihtiyacı vardır. Kural Medeni Kanun madde 16 cümle 1'deki işlemler için geçerlidir. Sınırlı ehliyetsizlerin tek başlarına hareket etmekte yetkili olduğu konularda dava ehliyetleri mevcuttur¹¹⁵. Bunlardan biri olan kişilik işlemi hakları ile ilgili davalarda dava ehliyetine sahiptirler. Kanuni temsilcinin rızasına gerek olmadan kendi başlarına dava açabilirler¹¹⁴. Taraf ehliyetine ise, her gerçek kişi sağ doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü andan ölümüne kadar sahiptir.

2. Tam Ehliyetsizler

A. Genel olarak

Tam ehliyetsizler ise temyiz kudretini haiz olmayanlardır. Fiil ehliyetinden tam anlamı ile yoksundurlar. Yaptıkları tüm hukuki işlemler, kanundaki istisnalar saklı kalmak kaydıyla, hükümsüzdür (MK.md.15). Temyiz kudretine sahip olmadıkları için, kural olarak, haksız fiil sonucu vermiş oldukları zararlardan sorumlu

Sahıslar, sh.94.

¹¹⁵ Buna karşılık, karşılıksız kazanmalar açısından, sınırlı ehliyetsizin dava ehliyeti dava sonunda maddi zarara uğrayabileceği gerekçesi ile reddedilmektedir. ÜSTÜNDAĞ, sh.284; KURU/ARSLAN/YILMAZ, sh.208,216.

¹¹⁴ İMRE, boşanma davasının açılmasında, dava sonucu mümeyyiz kısıtlının bazı mali külfetler altına gireceği gerekçesi ile kanuni temsilcinin rızasını aramaktadır, Giriş, sh.410.

degildirler. Ancak, kusursuz sorumluluk halleri açısından tam ehliyetsiz de meydana gelen zarardan sorumludur. Haksız fiilinden de hakkaniyet gereği sorumlu tutulabilir (BK.md.54/f.1). Temyiz kudretinin geçici olarak kaybından sorumlulukları da söz konusu olabilir (BK.md.54/f.2).

Tam ehliyetsizler adına bütün işlemler, prensip olarak, kanuni temsilcileri tarafından yapılır. Önemli bağışlama, vakıf kurma ve kefalet (MK.md.392, 269/f.1)ten oluşan kısaca yasak işlemler denilen bu üç işlem kanuni temsilci tarafından dahi yapılamaz.

B. Kişilik işlemi hakları açısından

Tam ehliyetsizler açısından kişilik işlemi haklarının özelliği, bu hakların kullanılması kararının bizzat hak sahibi tarafından verilmesi gerekliliğinden doğmaktadır. Gayrimümeyyizler temyiz kudretinin yokluğu nedeniyle iradi yetenekten yoksun bulunduklarından, kişilik işlemi haklarını kullanabilmeleri mümkün değildir. Bizzat hak sahibinin karar verme zorunluluğu olduğu kabul edilince de kanuni temsil düşmanlığından sözedilir. Bu sonuç herkes tarafından kabul edilmemektedir.

ARPACI'ya göre kişilik işlemi haklarının hiç kullanılamaması tam ehliyetsizin hak ehliyetini de ortadan kaldıracığından, kanunun açıkça getirdiği sınırlamalar ve tam ehliyetsizin korunması ihtiyacı dışında bu konuda temsile izin verilmesi gerekir. Aksi takdirde hak ehliyeti Medeni Kanun madde 8 hükmünün öngörmediği biçimde

sınırlandırılmış olur. Hak ehliyeti ise ancak kanun hükümleri ile sınırlanabilir¹¹⁷.

DURAL da kişilik işlemi haklarının tümünün tam ehliyetsizlik durumunda kanuni temsilci aracılığı ile kullanılamaması fiil ehliyetsizliğini aşip belirli ölçüde hak ehliyetsizliği sonucunu doğuracağı görüşündedir¹¹⁸.

ATAAY ise mutlak temsil düşmanlığını Medeni Kanunun 8. maddesinin medeni haklardan yararlanma ehliyeti hususunda koyduğu genellik ve eşitlik prensiplerine aykırı bulmaktadır¹¹⁹.

JACCARD, bu konuda değişik bir yaklaşımda bulunmakta, bir hakkın sahipliği ile hak ehliyeti arasında ayırım yapmaktadır. Hak sahipliğinde "sahip olabilme" değil "sahiplik" sözkonusudur. Hak sahipliği doğal olarak hak ehliyetini de içerir, fakat tersi doğru değildir. Örneğin, evlenme hakkı sahibi olmak için Medeni Kanun madde 8'in öngördüğü anlamda insan olmak yetmez, evlenme ehliyetine de sahip olmak gerekir. Bunun için gerekli yaşa ulaşmak [evlenme rüşdü (MK.md.88)], akıl hastası olmamak (MK.md.89/f.2), temyiz kudreti (MK.md.89), bulaşıcı hastalık taşımamak ve temyiz kudretine sahip küçük ve kısıtlılar için de kanuni temsilcilerinin rızası (MK.md.90,91) gereklidir. Birinin eksikliği halinde kişi hak ehliyetine sahip olduğu halde evlenme ehliyetine sahip değildir, dolayısı ile evlenme hakkı sahipliği yoktur.

¹¹⁷ ARPACI, sh.52-53.

¹¹⁸ DURAL, Gerçek Kişiler, sh.90.

¹¹⁹ ATAAY, Şahıslar, sh.119-120.

Fiil ehliyeti ile hak sahipliği arasında da fark vardır. Temyiz kudretinin yokluğu fiil ehliyetini etkilese de hak sahipliğini her zaman etkilemez. Ancak temyiz kudretini haiz kişiler fiil ehliyetini kullanabilir. Oysa mümeyyiz olmayan kişi de hak sahibi olabilir.

Hak sahipliğinin sözkonusu olduğu yerde onu kullanma imkânı da zorunlu olarak vardır. Buna karşılık öğrenilmesi gereken, gayrimümeyyiz bu ya da şu hakkın sahibi olup olmadığıdır. Hak sahipliğini kabul edersek eşitlik veya çıkar gibi gerekçelerle kanuni temsilciye müdahale hakkına izin vermeye de gerek kalmaz. Ayrıca hukuki kavramlarla açıklanabilme imkânı doğduğu için daha emin olmaktadır.

Hakkın varlığı için temyiz kudretinin şart koşulduğu durumlarda temyiz kudretinin yokluğu hak sahibi olmayı engeller. Böyle bir durum sözkonusu değilse hak kanuni temsilci tarafından kullanılabilir. Gayri mümeyyizlerde temsilin sınırı hak sahipliğine bağlıdır¹²⁰.

JACCARD'ın bu görüşü, gayrimümeyyizlerin, Medeni Kanun'un 129 ve 130. maddelerinde düzenlenen boşanma sebeplerinden birinin varlığı halinde diğer eşe tanınan af hakkına sahip bulundukları halde, kanuni temsilcinin bu hakkı kullanamayacağı noktasından eleştirilmektedir. Kanaatimizce ARPACI bu nedenle "tam ehliyetsizin korunması ihtiyacı"nı da bu konuda gözetilmesi gereken ikinci ölçü

¹²⁰ JACCARD, Marc, La représentation des incapables privés de discernement dans l'exercice de leurs droits strictement personnels, étude de droit suisse, thèse, Lausanne 1955, sh.30 vd.

olarak getirmek ihtiyacını hissetmiştir¹²¹. Çünkü her iki yazarın da kabul ettiği ölçü, "hak sahipliği durumunda" veya "hak ehliyetine kanunun açıkca getirdiği sınırlamalar dışında" kanuni temsile izin verilmesi, uygulamada aynı sonuca varmaktadır ve aynı noktalardan eleştiriye açıktır.

Bize göre de, gayrimümeyyizler açısından kişilik işlemi haklarında mutlak temsil düşmanlığını kabul eden görüşe katılmak imkânsızdır. Ancak, kişilik işlemleri açısından, kural olarak, gayrimümeyyizler de hak ehliyetine sahiptirler. Ancak, kişilik işlemlerinde hak ehliyetinin varlık şartı olarak temyiz kudretinin arandığı durumlarda hak ehliyetleri yoktur. Hak ehliyeti var kabul edilip de sadece fiil ehliyetinin olmadığı durumlarda ise koruma kuralının tersine sonuç verip vermediğine bakmak gerekir.

Konuya taraf ehliyeti açısından bakıldığında ise, her gerçek kişi yaşadığı sürece taraf ehliyetine sahip olduğu için tam ehliyetsizler de bu ehliyete sahiptirler. Kanuni temsilcileri aracılığıyla temsil edilirler.

C. Kişilik hakkı açısından hak ehliyeti

Son olarak, tartışmalı olan gayri mümeyyizlerin kişilik değerleri tecavüze uğrayabilir mi, tam ehliyetsizler Medeni Kanun madde 24 anlamında hak ehliyetine sahip midirler ? sorularına kısaca bir göz atmak istiyoruz.

Kişilik hakkı, hak sahibinin ayrılmaz bir biçimde

¹²¹ Arpacı, sh.53.

sahip olduğu bedenî, ahlâkî, sosyal ve psîşik değerlerden oluşan ve koruyan bir mutlak haktır¹²². Bireyin kişisel alanının temelini oluşturan değerlerin korunmasını hedefleyen kişiliğin korunması ile ilgili genel hükümler Medeni Kanunun 23, 24 ve Borçlar Kanununun 49. maddelerinde yer almaktadır. Medeni Kanun madde 23 kişiliği hukuki işlemle tecavüzlere karşı, madde 24 ise haksız fiille yapılan tecavüzlere karşı korumaktadır.

Kişilik hakkı kavramı, kişilik işlemi hakkı kavramı ile karıştırılmamalıdır. Kişilik işlemi hakkının temelinde de kişilik hakkı vardır, ne var ki kişilik işlemi hakkı ile kişilik hakkı özdeş değildir. Buna rağmen Türk öğretisinde de İsviçre'de olduğu gibi, iki kavramın karıştırıldığı görülür¹²³. Bir Yargıtay kararında da¹²⁴ "isim, kişiye sıkı sıkıya bağlı şahsi bir haktır" denmektedir. Öncelikle isim değil, isim üzerindeki hak denmeli idi. Sonra isim üzerindeki hak kişilik hakkıdır, kişilik işlemi hakkı değildir. Ancak, ismin değiştirilmesi hakkı, kişilik işlemi hakkı olabilir. Şahsi hak terimi de doğru değildir ve yanıltıcıdır.

¹²² TERCIER, personnalité, sh.18, no.103, sh.48, no.314; DESCHENAUX/STEINAUER, sh.135; DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre, La responsabilité civile, 2è. éd., Berne 1982, sh.46; BUCHER, A, sh.121, no.413; VELİDEDEOĞLU, TMH. 3.Bası, sh.205; TEKİNAY, Genel Esaslar, sh.249; DURAL, Gerçek Kişiler, sh.112; ARPACI, sh.97; ATAAY, Şahıslar, sh.122; ÖZSUNAY, Gerçek Kişiler, sh.97; HATEMİ, Kişiler, sh.103.

¹²³. UÇAKHAN, Sema Güleç, Maddi Tazminat Hesapları, Ankara 1986, sh.

¹²⁴. Yarg.18.HD. E.1992/411 K.1992/1351 T.13.3.1992 (YKD. C.XVIII, Haziran 1992, S.6, sh.915).

Kişilik işlemi hakları, hak sahibi olan gerçek kişiye dar olarak bağlı bazı hakların kullanılması ile ilgilidir. Buna karşılık, kişilik hakkı herkesin sahip olduğu değerlerden oluşur. Sadece gerçek değil tüzel kişiler de korumadan yararlanır. İkisinin yaklaştığı nokta, kişilik hakkına bağlı bazı hakların aynı zamanda kişilik işlemi hakkı olmasıdır^{125 126}.

Kişilik hakkı, insan hakkı veya temel hak kavramları ile ilgilidir. Diğer bir deyişle; Devletler Hukuku'nda "insan hakkı", Anayasa Hukuku'nda "temel hak ve hürriyetler" olarak karşımıza çıkan kavram; Medeni Hukuk'ta da "kişilik Hakkı" olarak belirlemektedir. Bazı kişilik işlemi hakları temel hürriyetler kavramında olduğu gibi, kişi hürriyetinin eyleme geçirilmesi ile ilgilidir. İşte bu gibi kişilik işlemi haklarının temeli, kişilik hakkı çerçevesine giren kişi hürriyetidir (evlenme, nişanlanma, ölüme bağlı tasarruf yapma gibi...). Diğer kişilik işlemi hakları ise, Medeni Hukuk tekniği açısından da hak niteliğindedir. Manevi tazminat isteminin¹²⁷ ise özel bir durumu vardır. Para biçiminde isteninceye kadar kişilik işlemi hakkı niteliğindedir. İstendikten sonra alacak hakkı

¹²⁵. BUCHER, A, sh.123 no.421. Kanaatimizce "kişilik hakkına bağlı" yerine "kişiliğe ilişkin, kişiliğe bağlı" gibi bir ibare kullanılması daha doğru olabilir.

¹²⁶. Yarg. 4.HD. E.1987/2870 K.1987/5521 T.6.7.1987 (YKD. C.XIII Ekim 1987 S.10, sh.1483-1484).

¹²⁷. "Manevi tazminat isteme hakkı münhasıran şahsa bağlı haktır" Yarg. 4.HD. E.1981/7633 K.1981/8562 T.12.6.1981 (YHD. 1982, C.V S.5 sh.693 vd.); YHGK. E.1981/4-70 K.1983/123 T.11.2.1983 (YHD. 1984, C.VII, S.9, sh.252).

niteliğinde sayılabilir. Buna karşılık maddi tazminat isteme hakkı kişilik işlemi haklarından değildir¹²⁰.

Medeni Kanun madde 24 "tecavüz halinde" başlığını taşımakta, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına tecavüz edilen kişinin hakimden tecavüzde bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceğini hükme bağlamaktadır. Bu hüküm ve devamından çıkacak sonuç, "tecavüz" ün ana unsurlardan biri olduğudur. Tecavüz ve zarar kavramları kişilik hakkının korunması açısından çok önemlidirler. Koruyucu davaların (tecavüzün önlenmesi, durdurulması, tesbit gibi) konusunu tecavüz, tazminat davalarının konusunu mağdurun maruz kaldığı zarar oluşturur. Tecavüz oluşmamışsa zarar da oluşmaz. Bu durumda, tam ehliyetsizin Medeni Kanun madde 24 anlamında hak ehliyetine sahip olup olmadığının tesbiti lâzımdır. Ancak varlığı halinde kişiliğin korunması sözkonusu olur. Kural olarak, tam ehliyetsiz, hak ehliyetinin varlık şartı olarak temyiz kudretinin bütün haklara sahiptir.

Şimdi bu konuda kısaca kişilik hakkının konusunu oluşturan belli başlı bir kaç degere göz atalım.

a. Hayat, sağlık ve vücut bütünlüğü

Kişinin bedenî bütünlüğü üzerindeki hakkı kişilik hakkının en önemlisidir. Hayat hakkı, sağlık ve vücut bütünlüğü, Anayasamızın 17. maddesi ile de koruma altına alınmıştır. Her insan, hiçbir ayırım gözetmeden, tek bir

¹²⁰. RSJ 1977 sh.110 vd. no.40.

nedenle, insan olmakla, bütün bu haklara sahip olur. Sadece var olmak hakkın tanınması için yeterlidir, dolayısıyla tam ehliyetsiz de her gerçek kişi gibi bu haklara sahiptir. Temyiz kudretini haiz olmayan kişinin hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü herkes kadar önemlidir, tecavüze uğrayabilir, yara alabilir. Sonuç olarak, tüm gerçek kişiler bu konuda hak ehliyetine sahiptirler.

b. Özel hayatın korunması

Herkes özel hayatına saygı duyulmasını isteme hakkına sahiptir. Kendine ait bilgilerin üçüncü şahıslarca öğrenilmesini istemeyebilir. Günden güne gelişen teknoloji karşısında özel hayatın her zamankinden daha fazla korunmaya gereksinimi vardır.

Öğreti¹²⁹ ve Federal Mahkeme¹³⁰ tarafından, genel olarak, kişinin hayat alanı "kamuya açık alan, özel alan ve gizlilik alanı" olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Medeni Kanun madde 24 tarafından getirilen koruma kural

¹²⁹. HUBMANN, H., Das Persönlichkeit, 2è. édition, Cologne 1967, sh.269 vd.; JÄGGI, Peter, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, RDS 79 (1960) II, sh.225a vd.; GROSSEN, sh.91 vd.; BUCHER, A, sh.134 no.477 vd.; GUINAND, Jean, La protection de la vie privée, in: Conférences universitaires, Neuchâtel 1977, sh.130-131; TERCIER, personnalité, sh.67, no.466; DESCHENAUX/STEINAUER, sh.145; TANDOĞAN, Haluk, Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, AHFD, C XX, S.1-4 (1963), sh.26; DURAL, Gerçek Kişiler, sh.143 vd.; İMRE, Giriş, sh.149; KÖPRÜLÜ, Medeni Hukuk, sh.283-284; ÜZSUNAY, Giriş, sh.126 vd.; ZEVLİLER, Medeni Hukuk, sh.395 vd.

¹³⁰. JdT 1972 I 242.

olarak kişinin özel ve gizlilik alanlarının korunmasını içerir. Kişinin bu iki alanına yapılan her türlü müdahale, o kişinin kişilik hakkına tecavüz olarak kabul edilir. Temyiz kudretine sahip olmayanın da özel hayatının sırlarına ve özgürlüğüne tecavüz söz konusu olabilir, onun özel hayatı da korunmalıdır.

c. Şeref ve haysiyetin korunması

Kitle iletişim araçlarındaki gelişmeye paralel olarak artan şeref ve haysiyete tecavüz, kişilik hakkına tecavüz içinde en sık rastlananıdır. Göreceli bir kavram olan şeref ve haysiyet, insanın insan olması nedeniyle doğuştan sahip olduğu temel değerlerden biridir, sosyal konum, geliştiği ortam gibi olgulara bağlı olarak kişiye göre değişir. Bir tecavüzün, kişinin şeref ve haysiyetini küçültüp küçültmediğini öğrenmek için "normal vatandaş" açısından objektif kriterlere başvurmak gerekir¹⁹¹. Söz, yazı, resim vs. ile yapılan bir beyan, eğer normal bir vatandaşda kişinin kendisinden beklenen niteliklerinde eksilme olduğu fikri uyandırıyorsa, ortada şeref ve haysiyete tecavüz söz konusudur¹⁹².

¹⁹¹. JdT 1982 I 98 vd.; BUCHER, A, sh.138 no.492.

¹⁹². GROSSEN, sh.86-87; TERCIER, personnalité, sh.70, no.482; KILIÇOĞLU, Ahmet, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1982, sh.74; İMRE, Giriş, sh.465; DURAL, Gerçek Kişiler, sh.135; ÖZSUNAY, Giriş, sh.117.

Şerefi, iç şeref (insanlık onuru) ve dış şeref (itibar) olarak ikiye ayıran ERTAŞ, kişinin dış şerefinin, kişinin toplum içindeki mesleki, politik, ekonomik statüsüne göre değiştiğini kabul ederken, sadece iç şeref

Gayrimümeyyizlerin durumuna gelince, herkesin asgari ölçüde bir insanlık şerefi ve başkasının gözden düşürücü yargılara varmasını engellemeye hakkı vardır. Temyiz kudretinden yoksun dahi olsa, gayrimümeyyiz de toplumda bir yere sahiptir ve onun da şeref ve haysiyetine tecavüz sözkonusu olabilir.

d. İsim Üzerindeki hak

Kanun kişiyi başkasından ayırt etmeye ve tanınmasına yarayan tüm işaretleri korur. Özellikle özd ve soyadını kapsayan kullanılması zorunlu adlar, Medeni Kanunda düzenlenmemiş olan müstear ad, lâkap, kısaltılmış veya temsili adlar korumanın kapsamındadırlar¹³³. İsim üzerindeki hakka¹³⁴ sahip olmak ve onun korunması için temyiz kudretini haiz olmak gerekmez. Her birey hiçbir ayırım gözetmeden bu hakka sahiptir. Tam ehliyetsizin, bilincine sahip olmasa dahi adının gasbı veya ona tecavüz mümkündür¹³⁵.

açısından herkesi eşit hukuki korunmaya sahip saymaktadır, ERTAŞ, Şeref, Manevi Tazminatın Hukuki Niteliği ve Miktarının Tespiti, Prof.Dr.İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, sh.67 dn 5.

¹³³. JdT 1967 I 609.

¹³⁴. " İsim kişiye sıkı sıkıya bağlı şahsî bir haktır". Yarg. 3.HD. E.1987/1768 K.1987/3765 T.7.4.1987 (YKD. C.XIII Ağustos 1987 S.8 sh.1150); Yarg. 18.HD. E.1992/ 411 K.1992/1351 T.13.3.1992 (YKD. C.XVIII, Haziran 1992, S.6, sh.915).

¹³⁵. JACCARD, ismin değiştirilmesinde, temyiz kudretine sahip olmayan bir kişinin bu hakka sahip olmasında genelde duygusal sebeplerin belirleyici olduğunu savunmaktadır. Bu konuda bir de örnek vermekte, tabii

e. Davalar

aa. Tazminat davaları

aaa. Manevi tazminat davası

Tecavüzün kişi üzerindeki etkisi manevi tazminat davası açısından önemlidir. Bu durumda acaba temyiz kudretinden yoksun biri manevi zarara uğrayabilir mi sorusu akla gelmektedir. Bunun cevabı manevi zarar kavramına verilecek anlama bağlıdır. Manevi zarar kavramı "kişiliğe yapılan tecavüz sonucu mağdurun duyduğu elem ve acı" olarak tarif edilirse, bunu gayrimümeyyizin hissetmesinin sözkonusu olamayacağı ileri sürülebilir. O zamanda, ortada zarar olmayınca tazminat davasının konusu da kalmadığına göre, tam ehliyetsizler manevi tazminat davası açamazlar. Ancak manevi tazmini elem ve acının eş anlamlısı olarak değil de daha geniş düşünürsek, onu malvarlığının azalması ile kendini göstermeyen veya hemen göstermeyen bütün acılara deva olarak¹³⁴ kabul edersek, gayrimümeyyiz de zarara uğrayabilir.

Öğretide kişilik hakkı tecavüze uğrayan mağdurun kişiliğinde ne zaman manevi tazminata yol açacak bir manevi zararın oluşacağı konusunda iki görüş ileri sürülmektedir.

babasının ailesinde kabul görmüş evlilik dışı bir çocuk, yasal fürûu olduğu için tanınması ve evlad edinilmesi mümkün olmadığı babası tarafından adının verilmesi isteniyorsa bu durumda haklı sebebin gerçekleştiğini kabul etmektedir, sh.45.

¹³⁴. JACCARD, sh.47; ENGEL, sh.354.

Objektif görüŖe göre manevi zarar, "kiŖilikte veya kiŖisel değerlerde meydana gelen bir eksilme" olarak anlaŖılmalıdır. Objektiftir, çünkü mağdurun psikolojik varlığı üzerinde olabilecek azalmanın etkisini dikkate almaz.

Sübjektif görüŖe göre ise, ki bu görü isviçre-Türk Hukukunda baskındır, manevi zarar, zarar görenin kiŖilik hakkına yapılan tecavn onun psikolojik varlığı üzerindeki etkisinden oluşur¹³⁷. Diğer bir deyiŖle, kiŖi, uğradığı tecav sonucu fiziki veya manevi acılar duyar, bu nedenle ruhsal dengesi bozulur, yaŖama sevincini yitirirse manevi tazminat talep edebilir.

Yargıtay da, manevi zararı sübjektif görüŖe göre tanımlamaktadır¹³⁸.

TERCIER, bu iki görüş birleŖtirerek tek bir tanım vermeye alıŖmıŖtır. Yazara göre, manevi zarar "kiŖilikte objektif olarak meydana gelen azalma + mağdurun meydana gelen azalmanın bilincine varması sonucu çektiği acı" sonucu oluşur¹³⁹.

Objektif veya sübjektif görüşlerden birinin

¹³⁷. TERCIER, sh.51 vd.; KOCAYUSUFFPAŖAOęLU, Manevi Tazminat, sh.144 vd.; TEKINAY, Borçlar, sh.665.

¹³⁸. "...Davacının telefonun sık sık, gereksiz yere, sabah erkenden ve gece geç vakitlere kadar aranması ve tanımadığı kiŖilere ve ilgisiz sözlere muhatap olması, onun duygu hayatının bir parçası olan "ruhi ahengine" bir saldırı niteliğindedir ve bununla davacının "evinde huzurlu yaŖama ortamı ve hakkı" önemli ölçüde etkilenerak bozulmuŖtur...". Yarg. 4.HD. E.1990/11596 K.1991/11230 T.23.12.1991 (YKD. C.XVIII, Ŗubat 1992, S.2, sh.199-200); Yarg. 4.HD. E.1978/6441 K.1979/3677 (YKD. C.VI, Ŗubat 1980, S.2, sh.213-214).

¹³⁹. TERCIER, sh.56 vd.

benimsenmesi durumunda tam ehliyetsizlerin manevi zarara uğrayıp uğramayacakları konusunda uygulamada bazı farklılıklar ortaya çıkacaktır¹⁴⁰. Objektif görüş benimsenirse, temyiz kudretini haiz olmayanlar manevi tazminat talebinde bulunabileceklerdir. Oysa kişiliklerinde objektif bir eksilme meydana geldiği halde, temyiz kudretinin yokluğu ya da genç yaşları dolayısıyla hiç bir acı hissetmeyenlerin durumu, sübjektif teorinin benimsenmesi durumunda ne olacaktır ? Bütün bu kişilerin de diğerleri kadar korunmayı hak ettikleri, manevi zararın bahsettiği korumadan ayırık tutmanın haksızlık olduğu bir gerçektir. Koma hali, bilinç kaybı, akıl hastalığı, yaş küçüklüğü gibi sebeplerle manevi zararı hissedemeyecek olanların özel durumundan, zarar veren, hakkaniyete aykırı olarak yararlandırılmamalıdır¹⁴¹.

Federal Mahkeme tamamen ve sürekli olarak bilincini yitirmiş bir genç kıza yüklü miktarda tazminat ödenmesini kabul etmiştir¹⁴². TERCIER'e göre tamamen bilincini yitirmiş olanlar, örneğin bitkisel hayattakiler, prensip olarak tecavüzü hissedemezler, dolayısıyla onlara verilecek tazminat da amacına ulaşamaz. Ayrıca eğer tecavüzün hissedilmesi için idrak yeteneği gerekiyorsa manevi zarar oluşmaz. Dolayısıyla mağdur tam olarak maruz kalmadığı bir zararın tazminini de talep edemez. Buna örnek olarak da,

¹⁴⁰. Ortaya çıkabilecek diğer farklılıklar hakkında bkz. TERCIER, sh.62 vd.; KOCAYUSUFPASOGLU, Manevi Tazminat, sh.149-150.

¹⁴¹. ERTAS, sh.89.

¹⁴². ATF 108/1982 II 430=JdT 1984 I 111.

şeref ve haysiyete yapılan tecavüz gösterilmektedir¹⁴³.

Yazara göre, bazı tecavüzler, örneğin vücut bütünlüğüne yapılan tecavüzler, yakınların kaybı gibi, temyiz kudretine sahip olmasa da mağdur tarafından hissedilir. Hatta bu tür acıları bastırarak, anlayacak yetenek ve güçte olmadıkları için, bu kişilerin daha fazla manevi zarara uğradıkları bir gerçektir. Manevi tazminatın da amacına ulaştığından hiç şüphe yoktur¹⁴⁴.

Dolayısıyla, bütün bu nedenler gözönüne alındığında temyiz kudretinden yoksun olanların manevî zarara maruz kaldıklarını kabul etmek yerinde olur.

Ayrıca TERCIER temyiz kudretinin göreceli bir kavram olduğunu da unutmamak gerektiğini hatırlatarak, bu nedenle bir genelleştirmeye gitmek yerine, her olayda, mağdurun hissedeceği acının takdirini hakime bırakmanın uygun olacağını kabul etmektedir. Özellikle temyiz kudretinin kaybının geçici olduğu durumlarda, tecavüz de kalıcı sonuçlar doğuruyorsa, ileride hissedilecek acıları da hakim

¹⁴³. TERCIER, personnalité, sh.269, no.2039; TERCIER, sh.63.

OGUZMAN/SELİĞİ de, manevî zarara uğradıktan sonra temyiz kudretini kaybedenler adına kanunî temsilcinin manevi tazminat davası açabileceğini kabul etmekte, tecavüze uğradığı sırada temyiz kudretine sahip olmayanlar bakımından ise konunun tartışmalı olduğunu belirtmekte fakat bir görüş bildirmemektedirler, sh.104 dn.138.

¹⁴⁴. JACCARD'a göre temyiz kudretinin hakkın kaybedilmesi üzerinde bir etkisi yoksa da tazmin şekli üzerinde bazı etkileri vardır. Manevi zarar para ile onarılamayacağına göre manevi tatmin amacı güder. Gayrimümayyizin bu tür bir hazzı duyamayacağı ileri sürüldüğüne göre para dışında bir tazmin şekline, kararın ilanı gibi, gitmek uygun olur. sh.53.

gözönüne almak zorundadır¹⁴⁵.

Bu özellikle küçük çocuklar ve cenin açısından önem arzeder. Her ne kadar kişilik hakkının tarifini yaparken "sadece varolmaları nedeniyle doğumlarından ölümlerine kadar" diyorsak da ceninin de sosyal kişiliğine gelecek tecavüzün önlenmesi kanuni temsilcileri aracılığıyla mümkündür. Doğduktan sonra kendisine verilen zarar nedeniyle tazminat davası açılabilir¹⁴⁶.

Tam ehliyetsizin manevi tazminat davasında davalı sıfatı taşıyıp taşımayacağı sorusuna gelince, gayrimümeyyizlerin kusuru sözkonusu olamayacağına göre, kural olarak, onların aleyhine manevi tazminat davası da açılamaz. Ancak, hakkaniyet gerektiriyorsa hakkaniyet sorumluluğundan yararlanarak manevi tazminat isteminin tam ehliyetsizlere karşı da ileri sürülebilmesi adalet hislerine uygun düşer.

bbb. Maddi tazminat davası

Maddi tazminat davası malvarlığını ilgilendirdiği ve maddi sonuçlu olduğu için kişilik işlemi haklarından değildir. Buna karşılık ZEVKLİLER, kişilik hakkına saldırı

¹⁴⁵. TERCİER, sh.64. Ayrıca bkz. TEKİNAY, Borçlar, sh.688 dn.8b; FRANKO, sh.175 vd.; ERTAŞ, sh.89.

¹⁴⁶. Yarg. 4.HD. E.1983/7784 K.1983/8331 T.12.10.1983 (YKD. C.IX Aralık 1983, S.12, sh.1750); Yarg. 4.HD. E.1984/6447 K.1984/7849 T.23.10.1984 (YKD. C.XI Mart 1985, S.3, sh.344-345).

Karşı fikir için bkz. SEROZAN, sh.108.

dolayısıyla maddi tazminat davası açma hakkını kişilik işlemleri haklarından sayar¹⁴⁷.

bb. Koruyucu davalar

Koruyucu davaların açılabilmesi için hukuka aykırı bir müdahalenin yanında tecavüzün önlenmesi davasında tecavüzün meydana geleceğine dair kesin belirtiler olması (tecavüz tehlikesinin ciddi ve yakın olması), tehlikenin varlığını sürdürmesi; tecavüzün durdurulması davasında tecavüzün devam ediyor olması; tesbit davasında ise sona eren tecavüzün etkisinin devam etmesi şartları da aranmaktadır. Hakimden tecavüzün önlenmesini, durdurulmasını veya tesbitini kişiliği tecavüze uğrayan kişi isteyebilir. Tecavüze uğrayanın temyiz kudretine sahip olmadığı durumda, onun adına kanuni temsilcisine dava açma hakkını tanımak lâzımdır. Çünkü bu davaların açılabilmesi için gerekli ve yeterli olan hakkın doğumu için tecavüz veya tecavüz tehdidinin varlığıdır¹⁴⁸.

D. Sonuç

Bu kısa incelemeden çıkan, gayrimümeyyizin kişilik hakkı açısından hak sahibi olduğudur. Kişilik hakkı, yaş, cinsiyet vs. farklılığı gözetmeden, doğumundan ölümüne kadar tüm gerçek kişilere tanınmıştır (MK,md.8, 27). Bu

¹⁴⁷. ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, sh.266, 307.

¹⁴⁸. JACCARD, sh.48-49.

değerlerin korunmasından yararlanabilmek için hakların bilincinde olmak, tecavüzün sonuçlarını sezmek, kısaca fiil ehliyetine sahip olmak gerekli değildir. Hak ehliyetine sahip olan her kişi tecavüz halinde, kişilik hakkının korunmasını isteyebilir. Cenin dahi -sınırlı da olsa- bu hakka sahiptir. Koruma kişinin onuru nedeniyle verilmiştir, varolması yeterlidir¹⁴⁹. Zayıflıkları nedeniyle ehliyetsizler diğerlerinden belki de daha fazla korunmalıdır. Özellikle çocuk, fiil ehliyetine sahip olmasa dahi, geniş bir korumadan yararlandırılmalıdır. Dış dünyayı büyükler kadar iyi tanımaz, oradan kendisine yönelecek tecavüzlere aynı güçte katlanamaz, daha fazla zarara uğrar. Bu nedenle kuvvetlendirilmiş bir korumaya muhtaçtır. Her ne kadar eşitlik prensibi söz konusu ise de, hakim kişinin ve durumun özelliklerini de gözönüne almak zorundadır.

¹⁴⁹. DESCHENAUX/STEINAUER, sh.31.

5 6. KİŞİLİK İŞLEMİ HAKLARINDA TEMSİL SORUNU

I. GİRİŞ

Küçükler yaşları dolayısıyla bazı reşitler ise akıl zayıflığı, sarhoşluk, yaşlılık vs. gibi sebeplerle işlerini idare etmekten yoksundurlar. Onlarla ilişkiye girecek üçüncü kişilerin çıkarı veya kendi çıkarları ve kişisel korunmaları açısından fiil ehliyetleri ellerinden alınmıştır. Ancak hukuk sahnesinden tamamen çekmek yerine; kanunkoyucu, vesayet ve velayet müesseseleri sayesinde onları kanuni temsilciler aracılığı ile tekrar hukuk dünyasına kazandırılmıştır. Kanuni temsilci, ehliyetsizi¹⁵⁰ korumak ve onu Medeni Kanun madde 391 gereği tüm hukuki işlemlerinde temsil etmekle yükümlüdür. Aksinin kabulü halinde amaçlanan koruma hedefine ulaşamazdı. Gayrimümeyyizin çıkarları sahip oldukları hakların bir üçüncü kişi tarafından kullanılmasını gerektirmektedir. Eger ehliyetsiz temyiz kudretinden yoksun ise kanuni temsilcilerin yetkileri daha geniş, buna karşılık mümeyyiz küçük ve kısıtlılarda daha dardır. Tam ehliyetsiz ancak kanuni temsilcisi aracılığıyla hak kazanır ve borç altına girer. Ancak, Medeni Kanun madde 391'e (art.497 CCS) rağmen, kanuni temsilcinin temsil yetkisi mutlak olarak sınırsız değildir. Bir çok sözleşme vardır ki

¹⁵⁰. Kanun metni her ne kadar "küçüğü" diyorsa da, biz Yeni Medeni Kanunun Ön Tasarısı doğrultusunda "vesayet altındaki kişi" olarak anlıyoruz.

temsilci hiçbir şekilde akdedemez. Bu sınırlamalar çeşitli şekillerde olabilir. Bazı sözleşmeler, kanun tarafından ehliyetsiz adına yapılması fazla muhataralı (rizikolu) ve tehlikeli olduğundan yasaklanmıştır [örneğin kefalet, bağışlama, vakıf kurma (MK.md.392) gibi]. Bazılarında ise Medeni Kanun madde 405'e göre Sulh Mahkemesi'nin izni¹⁵¹ ya da Medeni Kanun madde 406'ya¹⁵² göre Sulh Mahkemesi'nin izni alındıktan sonra Asliye Mahkemesi'nin de onayı aranmaktadır. Demek ki kanuni temsilci malvarlığı haklarını Medeni Kanun madde 392 ve 269'daki yasak işlemler haricinde, mümeyyiz olmayan kişi adına kullanır.

Sınırlı ehliyetsizler ise, Medeni Kanun madde 16 gereğince kanuni temsilcinin rızası olmadan, kendi fiilleri ile borç altına giremezler. Medeni hakları kullanma

¹⁵¹. Gayrimenkulün alım satımı ve terhini ve sair aynı bir hak tesisi; alelade işletme ve idare ihtiyaçları haricinde menkulatın alım satımı; alelade idare ihtiyaçları haricinde inşaat; ödünç verme ve alma; kambiyo taahhütleri altına girmek; bir seneden fazla müddetle arazi ve üç seneden veya ondan fazla müddetle akar kira ve isticarı; vesayet altında bulunan kimsenin bir sanat veya meslek ile iştigaline müsaade; vasi tarafından hemen yapılması lazım gelen muvakkat tedbirler müstesna olmak üzere husumet, sulh, tahkim ve konkordato akdi; evlenme mukavelesi akdi ve miras taksimi; borç ödemekten aciz beyanı; vesayet altında bulunan kimsenin hayatı üzerinde sigorta akdi; çiraklık mukavelesi akdi; vesayet altındaki kimsenin bir terbiye veya muavenet müessesesine konulması; vesayet altında bulunan kimseye yeni bir ikametgah ittihazı.

¹⁵². Vesayet altındaki kimsenin evlatlık olması veya başka birini evlat edinmesi; vatandaşlık hakkını iktisap veya ondan feragat; iktisadi bir teşebbüsün iktisabı veya tasfiyesi ve vesayet altındaki kimsenin şahsi mesuliyetini veya mühim bir sermaye tahsisini icap ettiren bir şirkete girmesi; kaydı hayat ile maaş veya irat itasına veya kaydı hayat ile infaka dair mukaveleler akdi; miras kabul veya reddi veya bir miras mukavelesi akdi; küçüğün mezun kılınması; vasi ile vesayet altında bulunan kimse arasında akdolunan mukavelelerin tasdiki.

açısından getirilen sınırlamalardaki amaç üçüncü kişiyi değil sınırlı ehliyetsizi korumaktır. Kısaca ifade etmek gerekirse Medeni Kanun madde 16 cümle 2'de belirtilen istisnalar - karşılıksız kazandırma ve kişilik işlemi hakları- dışında, Medeni Kanun madde 392'deki yasak işlemler saklı kalmak şartı ile kanuni temsilcinin rızasını alarak tam ehliyetlinin yapabileceği bütün işlemleri yapabilirler.

II. KANUNİ TEMSİL

Kişilik işlemi haklarında dikkat edilmesi gereken bir nokta fiil ehliyeti ile temsil sorununu birbirinden ayırmak gerektiğidir. Bu da fiil ehliyetinde "hak sahibi yalnız olarak bu hakkı kullanabilir mi?", temsilde ise "hak sahibi bu hakkı kullanabilecek tek kişi mi?" sorularına vereceğimiz cevaplarla belirlenir. Öncelikle temsil, kanuni temsil ve iradi temsil olmak üzere ikiye ayrılır. Iradi temsil, temsil olunan kimsenin kendisini temsil ettirmek için mümessile tek taraflı bir hukuki muamele ile yetki vermesidir. Kanuni temsil ise kanundan doğan temsil yetkisidir¹⁵³. Dolayısıyla, "hak sahibinin kanuni temsilcisi hak sahibi adına bu hakkı kullanabilir mi?", "hak sahibi üçüncü bir kişiye hakkı kendi yerine kullanma yetkisi bahsedebilir mi?" sorularına verilecek cevapların

¹⁵³. ESENER, Turhan, Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Bakımından Salahiyete Müstenid Temsil, Ankara 1961, sh.11-12; ayrıca bkz. ENGEL, sh.78; Von TUHR, C I, § 43, sh.305-306; TUNÇOMAĞ, sh.397-399; TEKİNAY, Borçlar, sh.168.

olumlu olması durumunda birincisinde kanuni temsil, ikincisinde ise iradi temsile cevaz vardır¹⁵⁴.

Aslında temsil imkânsızlığı kanunda formüle edilmemiştir. Medeni Kanun madde 16 cümle 2 sınırlı bir şekilde, kişilik işlemi haklarını mümeyyiz küçük ve mümeyyiz kısıtlıların rızaya muhtaç olmadan kullanabileceklerini belirtmektedir. Yoksa bu haklarda kanuni temsil düşmanlığını gösteren ne bir ibare ne de bir hüküm kanunda yer almamaktadır. Aksine, Medeni Kanun kanuni temsilcilere genel yetki vermekte hatta vesayet altındaki kişinin sahip olduğu yetkilerden çok daha yaygın bir yetki tanımaktadır. Kanuni temsilci ehliyetsizin hukuki hayata katılımını sağlamaktadır. Kanuni temsilcinin iradesi vesayet altındakinin iradesi gibi kabul edilmekte, kötü niyet veya iyiniyet onda değer kazanmaktadır. Kanuni temsilcinin aklında hakkı kullanma iradesi doğmakta, kendi adına hiçbir hak ilişkisi içine girmemekte sadece vesayet altındaki adına ve hesabına hareket etmektedir. Buna rağmen öğretide, kural olarak kişilik işlemi hakları temsil yetkisinin dışında tutulmaktadır.

Kural bu olmakla birlikte, kişilik işlemi haklarının tümünü kanuni temsilcinin müdahalesinden muaf tutarsak, o zaman tam ehliyetsizler bu haklardan yoksun kalacaktır. Çünkü tam ehliyetsiz hakkı kullanabilecek durumda değildir ve kanuni temsilcisi de onun yerine kullanma yetkisine sahip değildir. Bu görüşümüzün doğal sonucu olarak, hak ortadan kalkmaktadır. Bu da ehliyetsizin kişilik işlemleri

¹⁵⁴. DESCHENAUX/STEINAUER, sh.60, no.225-226.

açısından hak ehliyeti sahibi olmadığı sonucuna götürmektedir. Bu nedenle öğreti ve içtihat, bazı hallerde, kanuni temsilcinin kişilik işlemi haklarını gayrimümeyyiz adına temsil yolu ile kullanabilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Öte yandan, kanun koyucunun asıl amacı ehliyetsizi korumak olduğu için bu haklardan bir takımının kullanımı mümeyyiz küçük ve kısıtlılar için dahi kanuni temsilcinin rızasına bağlı tutulmuştur.

Mümeyyiz küçük ve kısıtlılar, ilke olarak kişilik işlemi haklarının kullanımında tamamen bağımsızdırlar. İşlem koruması amaçlanan kişinin çıkarlarına açıkça zarar verecek olsa dahi vasi ya da veli bu hakların kullanımına hiçbir şekilde karışamaz. Ancak bu genel bir kural olup, kanunda yer alan özel hükümlerde aksi öngörülebilir¹⁵⁵. Bu nedenle Yeni Medeni Kanunun Ön Tasarısının 16. maddesinin 2. fıkrasında " kanunda aksi öngörülmedikçe, karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı olarak bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir" şeklindeki düzenleme "kanunda aksi öngörülmedikçe" ibaresini taşıdığı için kanaatimizce daha doğrudur.

Baskın öğreti ve içtihat tarafından, kişilik işlemi haklarında prensip olarak kanuni temsil yasağı kabul edilmemişse, bu hakların doğası nedeniyledir. Buna karşılık JACCARD'a göre kişi temyiz kudretini haiz değilse kanuni temsil düşmanlığını kişilik işlemi haklarının doğası

¹⁵⁵. MK.md.16/c.2'nin koyduğu genel kural kanunda yer alan özel normlarla veya yargıcın hukuk yaratması ile delinebilir. Bu nedenlerle, temsil düşmanlığının derecesini yargıç takdir eder (MK.md.4), EGGER, C I, sh.201.

getirmez. Eger temyiz kudretinin hak sahipliği üzerinde hiçbir etkisi yoksa gayrimüeyyiz hak sahibidir, temsiline cevaz vardır. Gayrimüeyyizin çıkarı kanuni temsilcinin onun adına bu hakkı kullanmasını gerektirir. Kısaca, sadece hak sahipliğinin yokluğu temsil düşmanlığını getirir. Gayrimüeyyizin hak sahibi olduğu tüm hakları nitelikli bir üçüncü kişinin kullanmasına izin vermek, koruma gayesine varmak için en iyi çözüm yoludur. Yazara göre, kanunî temsilcinin yetki alanının çok geniş olması, tam ehliyetsizler açısından kişilik işlemi haklarında kanunî temsilin kabulü için bir başka nedeni daha oluşturur. Kişilik işlemi olduğu için gayrimüeyyizin hakkı temsil yolu ile kullanmasını yasaklamak bir taraftan kanunî temsilin özel karakteri ile diğer taraftan vesayet ile ilgili hükümlerin tümü ile gelişkiye düşmektir. Kişilik işlemi haklarının kullanımı bakımından kanuni temsilcinin görevinin diğer herhangi bir hakkın kullanımına nazaran daha zor olduğu bir gerçektir. Fakat zor imkânsızın es anlamlısı değildir, imkânsız olduğunu kabul ettiğiniz anda bu ehliyetsizin kişiliğini yakından ilgilendiren bütün sorunları takdir etmek hakkını kanuni temsilcilik yetkisi alanından almak anlamına gelir. Unutmamak gerekir ki kanuni temsilcinin yetki alanı (vasi ise vesayet dairesinin onayı saklı kalmak üzere) çok geniştir ve kanunkoyucu, yalnız maddi çıkarlar değil manevi çıkarlar sözkonusu olduğunda da, kanunî temsilciye geniş yetkiler vermekte tereddüt etmemiştir. Kısaca kanuni temsilcinin rızasına tabi tutulan bir kaç hakka bakacak olursak, örneğin evlenme hakkı,

burada dahi kanuni temsilci ehliyetsizin gerçek çıkarını aramakla görevlidir. O zaman aynı kanuni temsilcinin bazı hakları kullanmasını kişilik işlemleri olduğu gerekçesiyle reddetmenin anlamı ne olabilir ? Üstelik gayrimümeyyizin davalı sıfatını taşıdığı bazı durumlarda da savunma hakkı bir kişilik işlemi karakteri arzedebilir. Ortak görüş bu durumda kanuni temsile cevaz verileceğidir. Kanuni temsilcinin yetkileri oldukça geniş ve hak da kişilik işlemi hakkı olmasına rağmen, kanuni temsilci bu yetkiye nasıl sahip oluyor? Eger kişilik işlemi karakteri kanuni temsil düşmanlığını getiriyorsa bu durumda da getirmelidir. Yazar, amacının kişilik işlemi haklarının varlığını reddetmek olmadığını bu hakların, kanuni temsil imkânsızlığının sonucu gibi görünmesini yani ikincil olarak görünmesini reddettiğini de vurgulamaktadır¹⁵⁴.

Buna karşı, özellikle Medeni Kanun madde 129 ve 130'da yer alan "af" hakkından hareket bir diğeri görüş gayrimümeyyizin kişilik işlemi haklarının tamamının kanuni temsilci tarafından kullanılabileceği tarzındaki görüşü kabul edilemez bulmakta ve nedenlerini de şöyle açıklamaktadır :

"Kişiyi sıkı sıkıya bağı hakların, hak sahibinin şahsiyetini yakından ilgilendiren ve çok defa onun hislerine tabi bulunması gereken haklar oldukları hususunun inkârı sonucunu doğuran bu görüş ifrat olarak nitelendirilebilir. Gerçekten, sahip bulunduğu bazı kişiyi sıkı sıkıya bağı hakların kanuni temsilci tarafından

¹⁵⁴. JACCARD, sh.26-29, 32-34, 93.

kullanılmasında gayrimümeyyizin hiçbir menfaati bulunmayabileceği gibi, bilakis gayrimümeyyizliği sebebiyle bilinemeyen hissiyatına aykırı bir durum yaratılabilmesi tehlikesi karşısında bunların kanuni temsilcisi tarafından kullanılmamasında menfaati vardır. Gayrimümeyyizin sahip bulunmasına rağmen kanuni temsilcinin kullanamayacağı bazı hakların varlığını kabul etmek gerekir. Örneğin Medeni Kanun madde 129 ve 130'un tanıdığı af hakkı¹⁵⁷".

Gayrimümeyyiz eşin zinayı affetme konusunda hak ehliyetine sahip olmadığını ve bu hakkın kanunî temsilci tarafından kullanılamayacak istisnai hallerden biri olduğunu, biz de kabul etmekteyiz. Ancak, bu, gayrimümeyyizlerin kişilik işlemleri haklarının kanunî temsilci tarafından kullanılacağı kuralının bir istisnasıdır. Koruma amacına ulaşmak için, gayrimümeyyizlerin hak ehliyetlerinin varlığını kabul ettiğimiz durumlarda, amacın tersine döndüğü istisnalar haricinde, amaca göre yorum ilkesi doğrultusunda kanunî temsilciye temsil yetkisi tanınmalıdır.

III. İRADİ TEMSİL

Bir kişilik işlemi hakkını kullanıp kullanmama kararını bir başka kişiye bırakmak imkânsızdır. Örneğin evlilik dışı bir çocuğu tanımak ya da tanımamak, boşanma davası açmak ya da açmamak yönünde karar verme yetkisi bir

¹⁵⁷. ATAAY, AYTEKİN, Medeni Hukuk, Genel Teori-Sahıslar Hukuku-Aile Hukuku, Uygulama Çalışmaları, 2.Bası, İstanbul 1966, sh.83.

başkasına devredilemez. Bu iradi temsilin kapsamına girmez. Buna karşılık, kişilik işlemi hakları kural olarak iradi temsile cevaz verir. Çünkü iradi temsilde, gerçekte hakkı kullanan hak sahibidir. Iradi temsil yetkisini haiz bulunan temsilcinin muvafakat beyanı asıl hak sahibinin rızasına ve verdiği yetkiye dayanır; o istemezse temsilci muvafakat beyanında bulunamaz¹⁵⁸. Kişilik işlemi haklarının kullanılması dava açılmasını gerektiyorsa, hak sahibinin temsilci (avukat) tayin etmesine hiçbir mani yoktur¹⁵⁹. Avukat aracılığı ile hak sahibinin çıkarlarının korunması imkân dahilindedir. Bu durumda hak sahibi malî bir bağlantıyı gerektirse bile vekâlet sözleşmesini kurabilir¹⁶⁰.

Kişilik işlemi haklarının mahiyeti dolayısıyla genel temsil yetkisi iradi temsil yoluyla verilemez. Ancak özel surette verilmiş iradi temsil yetkisine dayanılarak bu hakları kullanmak mümkündür. Örneğin özel surette yetkili kılınmış bir temsilci evlâd edinmeye ilişkin resmi senedi taraflardan biri adına yapabilir¹⁶¹.

İradî temsil, özel surette verilmiş dahi olsa, nişanlanmada, evlenmede, ölüme bağlı tasarruf yapmada,

¹⁵⁸. ATAAY, Yaş Tashihi, sh.31.

¹⁵⁹. RDT 37/1982 sh.116.

¹⁶⁰. RDT 37/1982, sh.116; RDT 39/1984 sh.65; BUCHER, A, no.153, sh.54-55; DESCHENAUX/STEINAUER, sh.60-61, no.227; STETTLER, Adulte, sh.39 no.57; STETTLER, sh.434.

¹⁶¹. TEKİNAY, Borçlar, sh.169 ve ayrıca dn.1h'de anılan yazarlar.

evlenme mukavelesi tanzim etmede ve tanımada imkânsızdır¹⁴².

İradî temsil tam ehliyetsizler açısından sözkonusu değildir. Kişi mümeyyzi değil ise, yetkilendirme işlemi de geçersizdir.

IV. GÖRÜŞÜMÜZ

Mutlak ve nisbî aile haklarını bir yana bırakacak olursak, kişivarlığı hakkı kapsamına bir kişilik hakkı bir de kişilik alanına giren değerlere ilişkin olarak işlem yapma hakları girer. İşte bu işlem yapma hakları kişilik işlemi hakkı olarak nitelendirilmektedir. Bu işlemlerden bir kısmı başlangıçta doğrudan doğruya kişilik alanı değerlerini koruyan kişilik hakkının ve buna bağlı olarak hak ehliyetinin sağladığı potansiyel imkâna dayanır. Ancak kişinin hak ehliyeti bu işlemi yapma açısından sınırlı ise esasen kişilik işlemi hakkı da mevcut değildir. Diğer bir deyişle bu işlemi geçerli sonuç doğuracak şekilde yapma imkânı yoktur. Malvarlığında bir aynî hak var olmadıkça aynî hakkın potansiyel varlığından söz edilmesinin nasıl anlamı yoksa kişilik işlemi hakkı hak ehliyetine dayanılarak gerçekleştirilmemişse ve gerçekleştirilemiyorsa bu hakkın nazarî varlığından da sözedilemez. Ancak kişinin bu açıdan hak ehliyeti varsa, mesela evlenme, nişanlanma gibi, kişilik işlemi haklarının varlığından söz edilebilir.

¹⁴². Von TUHR, C I, sh.286 dn.26; DESCHENAUX/STEINAUER, sh.60, no.227; TEKİNAY, Borçlar, sh.169; ZEVLİLER, Medeni Hukuk, sh.268.

Malvarlığı alanında bu anlamda işlem yapma haklarından ayrı ayrı sözetme yerine kişinin hak ve fiil ehliyetinden söz etmekle yetinilir.

Kişivarlığı alanında belki de insan hakları kuramından gelen münferid hakların ayrı ayrı sayılması eğilimi dolayısıyla henüz kurulmamış kişilik işlemleri içinde evlenme hakkı, nişanlanma hakkı gibi haklardan söz edilmektedir. Oysa bu alanda da hak yerine hak ehliyeti teriminin kullanılması kargaşayı önleyecektir. Böylece kişilik işlemi hakkı teriminin teknik anlamının kapsamı da biraz daha daraltılmış olacaktır.

Bu açıklamalardan sonra şunu da söyleyebiliriz ki, belirli kişilik işlemleri yapma hususunda esasen hak ehliyeti yok ise, kanuni temsilcinin de temsil etmesi söz konusu olamaz. Asilin hak ehliyeti yoksa, fiil ehliyetini kullanan kanuni temsilcinin temsilen yaptığı işlem de aynı yaptırım ile karşılaşır. Hatta Kanunun özel olarak düzenlediği bazı durumlarda bu müeyyide daha da ağır olur. Örneğin daimi surette gayrimüeyyiz kendisi evlenirse mutlak butlan, fakat kanuni temsilci onun adına irade açıklamışsa yokluk söz konusu olacaktır. Şu halde dar anlamdaki kişilik işlemi hakları alanına geçtiğimizde ancak gerçek anlamı ile temsil düşmanlığı sorunu ve bunun amacına göre yorumu gereği ortaya çıkacaktır. Hak ehliyeti varsa ki kişilik işlemi haklarında hak ehliyetinin varlık şartı kural olarak temyiz kudretidir, kanuni temsile cevaz verilmemesi ilgili kimsenin kişiliğini korumak içindir. Kişilik bu şekilde hem kanuni temsilciye karşı hem de iradi

temsil düşmanlığı sözkonusu olduğu ölçüde bizzat temsil yetkisi veren ilgilinin kendisine karşı korunmaktadır (MK.md.23/ f.2). Ancak bir ilişki kurulmuş ve butlan hükmü verilinceye kadar sonuç doğuruyorsa ilgili gayrimümeyyiz olsa dahi yenilik doğuran kişilik işlemi hakkı da doğmuş sayılır (evlenmeye son verme hakları gibi). Biz bu hakların kanuni temsilci vasıtasıyla kullanılmasına cevaz vermez isek, amaca göre yorum ilkesine uygun davranmamış oluruz. Şu halde esasen var olan doğmuş olan kişilik işlemi hakkının kullanılmasında kanuni temsile cevaz verilmelidir. Bu iradi temsil açısından sözkonusu olamaz. Çünkü kişi mümeyyiz değil ise yetkilendirme işlemi de geçersizdir. Mümeyyiz ise de kural olarak işlemi bizzat yapacak durumdadır.

V. KABUL ETTİĞİMİZ AYIRIM

Genel olarak kabul edilen, kişilik işlemi haklarının en derin insanî duygularla o kadar yakından ilgili olduğudur ki, bu haklar bir üçüncü kişinin karışmasına tahammül edemezler. Ancak bu kavramın içine bir ölçüde değişik nitelikte bir takım haklar girdiği için bazı farklılıklar yaratma gereği hissedilmiştir. Klâsik ayırımı ile kişilik işlemi hakları iki temel gruba ayrılır. Birinci grupta yer alan mutlak kişilik işlemi hakları yalnızca hak sahibi tarafından kullanılabilir, hiçbir şekilde temsile cevaz vermez. Dolayısı ile eğer hak sahibi temyiz kudretine sahip değilse hiç kimse bu hakları onun yerine kullanamaz.

İkinci grupta nisbî kişilik işlemi hakları yer alır ki, bunlar kanunî temsilcinin bazı müdahalelerini kabul edebilir veya zorunlu kılabilirler.

Nisbî kişilik işlemi hakları açısından Medeni Kanun madde 16 cümle 2'nin bir istisnası söz konusudur. İstisnai durumlar, kanunî temsilcinin bu işlemi temsilen yaptığı anlamına gelmez. Bu işlemlerde kanunî temsilcinin rızası kanun tarafından aranan bir şarttır. Dolayısıyla kanun hükmü gereğidir¹⁴³.

Ayrıca bu ayırım net olmayan bir takım kriterlere de oturtulmuştur¹⁴⁴. Bu nedenle içeriği yazardan yazara değişmektedir. Öyle ki bir takım yazarlarca mutlak kişilik işlemi haklarından kabul edilen bir hak, diğer bir kısım yazara göre nisbî kişilik işlemi hakları içinde yer alır. Özellikle boşanma davası açma hakkını bu konuda örnek verebiliriz. Diğer ayırımlar için de aynı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, sadece istisna olduğu için, kanun gereği kanunî temsilcinin katılımının veya rızasının arandığı durumları, nisbî kişilik işlemi hakları olarak adlandırmak "kişilik işlemi hakları içinde nisbî kişilik işlemi hakları grubu vardır ki, bu da genel kuralın istisnalarından oluşur" demek belki de bu tür eleştirileri uzaklaştırabilir.

Kanaatimizce, mutlak ve nisbî kişilik işlemi hakları

¹⁴³. "Baba veya vasi küçüğün bir muamelesine muvafakat ettikleri takdirde, bir mümessil gibi hareket etmiş olmazlar, kanuni müşavir gibi çocuğun veya vesayet altındaki kimsenin muamelesine iştirak etmiş olurlar" Von TUHR, C I, § 27, sh.184 dn.17.

¹⁴⁴. TERCIER, sh.163; JACCARD, sh.9

ayrımına gitmeden tam ehliyetsizlerde kanunî temsilcinin kullanabileceği kişilik işlemi hakları ve kanunî temsilin kabul edilmediği kişilik işlemi hakları ile sınırlı ehliyetsizlerde kanunî temsilcinin rızasının arandığı kişilik işlemi hakları olarak bir ayırımı yapmak en sağlıklı yöntemdir. Daha sonra da, ayrıca sadece tartışmalı olan bazı kişilik işlemi haklarına hem sınırlı ehliyetsizler hem de tam ehliyetsizler açısından ileride kısaca değinilmesi uygun görülmüştür.

1. Tam Ehliyetsizlerde Kanunî Temsilcinin Kullanabileceği Kişilik İşlemi Hakları

Tam ehliyetsizin çıkarlarını korumak amacıyla kural olarak gayrimüeyyizler açısından, kişilik işlemi haklarının kanuni temsilci tarafından kullanılmasını kabul etmekteyiz. Örnek olarak, özellikle Medeni Kanun madde 24a/f.1'de yer alan kişiliği koruyan davaları, madde 26/f.1'deki ismin değiştirilmesini, nesebin reddi davasını ve boşanma davasını sayabiliriz.

Kanunî temsil, idarî veya hukukî yargı usulünde tam ehliyetsizin davalı sıfatını taşıdığı durumlarda da söz konusu olur. İşte bu yüzden babalık davasında baba olduğu ileri sürülen kişi veli ya da vasisi tarafından temsil edilir.

Yine, rıza göstermek hakkı, özellikle de tam ehliyetsizin vücut bütünlüğüne tecavüz teşkil eden tıbbi bir müdahaleye rıza göstermek veya reddetmek hakkı ve

nişanın bozulması da (MK.md.84 vd.) temsile konu olur.

2. Tam Ehliyetsizlerde Kanuni Temsilin Kabul

Edilmediği Kişilik İşlemi Hakları

İstisna olarak, tam ehliyetsizin hak ehliyeti bir işlemi yapma açısından sınırlı ise, kişilik işlemi hakkı da hak ehliyetine dayanılarak gerçekleştirilemiyorsa, esasen kişilik işlemi hakkının varlığından söz edilemez. Asilin hak ehliyetinin olmadığı durumda hak ortadan kalkmakta, dolayısıyla kanunî temsilcinin de temsili söz konusu olamamaktadır. Bu nedenle, kişilik işlemi haklarında hak ehliyetinin varlık şartı kural olarak temyiz kudreti olduğuna göre, kanun hükmünce temyiz kudretinin arabdığı kişilik işlemleri açısından tam ehliyetsizlerde kanunî temsil kabul edilemez. Hak ehliyetinin var kabul edildiği ancak fiil ehliyetinin olmadığı durumlarda ise kanunî temsil yasağı amaca göre yorum ilkesi çerçevesinde koruma amacını gerçekleştiriyorsa bu durumda da kanunî temsile izin verilemez. Bu duruma örnek olarak ölüme bağlı tasarruf yapmak (MK.md.449-450) veya tasarrufa sonradan yapılacak ilave ve tadiller ya da vasiyetnameden dönmeyi (MK.md. 489) verebiliriz.

Aile hukukunda nişanlanma (MK.md.82), evlenme (MK.md.89, 109), evlenme mukavelesini akd veya tadil yahut feshetmede (MK.md.172) kanuni temsil kabul edilmemiştir. Zinayı affetme (MK.md.129/f.3) temsil yoluyla kullanılamaz.

Nesep hukukunda evlâd edinme (MK.md.253-255) hakkı da

temsil kabul etmez.

3. Sınırlı Ehliyetsizlerde Kanuni Temsilcinin Rızasının Arandığı Kişilik İşlemi Hakları

Sınırlı ehliyetsizler, temyiz kudretine sahip oldukları için, kişilik işlemi haklarını, kural olarak, kanunî temsilcinin katılımı olmaksızın kullanabilirler. Temsil yasağının amacı kişinin korunmasıdır. Ancak istisnai olarak, kanunî temsilcinin rızasının gerektiği bazı durumlar Kanunda düzenlenmiştir. Bunlara örnek olarak, nişanlanma (MK.md.82/f.2), evlenme (MK.md.90-91), evlenme mukavelesini akd veya tadil yahut feshetme (MK.md.172, 173; MK.md.405/b.9) ve gebeliğe son verme (NPHK md.6/f.1) evlâd edinme (MK.md.406/b.1), verebiliriz.

VI. TARTIŞMALI OLAN BAZI KİŞİLİK İŞLEMLERİ AÇISINDAN KONUNUN İNCELENMESİ

1. Manevi Tazminat Davası

Fiil ehliyetine sahip herkes (MK.md.9) dava açma ehliyetine de sahiptir. Sorun sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizler açısından ortaya çıkmaktadır.

Manevi tazminat davasının Medeni Kanun madde 16 cümle 2 anlamında kişilik işlemi karakteri taşıdığı ve kanuni temsilcinin kendi başına istediği gibi hareket edemeyeceği konusunda fikir birliği vardır. Bunun dışında temsil

sorununu kişinin mümeyyiz olup olmamasına göre ikiye ayırarak incelemek gerekir.

Magdur temyiz kudretine sahip küçük ya da kısıtlı ise kanuni temsilcinin rızası veya katılımı olmadan tek başına manevi tazminat davası açabilir¹⁴⁵. Aksine kanuni temsilci, sınırlı ehliyetsizin rızası olmadan dava açamamalıdır¹⁴⁶.

Fiil ehliyetine sahip olmayan kişilerin temsili ile ilgili sorunları çözerken iki temel ilkedен hareket edilir. Birincisi tecavüze uğrayanın özgürlüğüne saygı (Freiheit), ikincisi ise iradesi ne olursa olsun çıkarının araştırılmasıdır (Fürsorge)¹⁴⁷. Bu ilkelerden hareketle failden manevi tazminat isteyip isteyemeyeceğine karar vermek herşeyden önce magdura aittir¹⁴⁸. Davanın niteliğinin özelliği kişisel karar gerektirmektedir.

Magdur temyiz kudretine sahip değilse, o zaman değişik

¹⁴⁵. SJ 1980, sh.424; DESCHENAUX/STEINAUER, sh.62, no.231.

¹⁴⁶. TERCIER, personnalité, sh.263, no.1996.

¹⁴⁷. JÄGGI, sh.153a; TERCIER, sh.165.

¹⁴⁸. Bazı yazarlar, "magdurun önemini ve rolünü inkar etmeden, onun çıkarı için kanuni temsilcinin müdahalesini istemek yerinde olmaz mı?" sorusuna, "bu müdahale kanuni temsilciye mümeyyiz küçük veya kısıtlının açmak istediği davanın makul olup olmadığını inceleme fırsatını verir ve sınırlı ehliyetsizin pahalı ve uzun bir davaya düşüncesizce girmesini engelleyebilir" gerekçesiyle olumlu cevap vermektedirler (JÄGGI, sh.153a; TERCIER, sh.165). Ancak yine TERCIER, bir başka kitabında, "davacı açısından davanın açılmasının bazı riskler taşıdığı doğru olsa bile, temyiz kudretinin tanınması kişinin riskleri değerlendirebilecek ölçüde olduğunu kabul etmektir" demektedir, bu nedenlerle "bazı zamanlarda duyulan kararsızlıkların yersiz olduğunu" belirtmektedir (personnalité, sh.263, no.1998).

görüşler sözkonusudur. Federal mahkeme eski bir kararında¹⁴⁹ kanuni temsilcinin vesayet makamının izni ile de olsa gayri mümeyyiz adına manevi tazminat davası açamayacağını belirtmiştir. Manevi tazminat istemini mutlak kişilik işlemi hakları sınıfına dahil eden yazarlar da tazminat istenip istenmeyeceğine karar vermeye sadece magdurun yetkili olduğunu savunmaktadırlar. Ancak kişinin özgürlüğünü ne pahasına olursa olsun garanti altına almayı isterken, koruma vasıtalarından da yoksun tutmak sonucuna varmamak gerekir.

Buna karşılık bir çok yazar¹⁷⁰ kanuni temsilcinin gayri mümeyyiz adına davayı açabileceğini kabul eder¹⁷¹.

Eğer tam ehliyetsizin manevi zarara uğrayacağını kabul ediyorsak, o zaman kanuni temsilci aracılığı ile de olsa, ona manevi tazminat davası açma hakkını mutlaka tanımak lâzımdır. Ayrıca davanın kişisel niteliği üzerinde ısrar etmek ve bu nedenle de temsil kapsamı dışında bırakmak uygun olmaz. Unutmamak gerekir ki vasi ya da velinin sadece

¹⁴⁹. ATF 41/1915 II 555=JdT 1916 I 203.

¹⁷⁰. JACCARD, sh.49,52; TERCIER, sh.166; TERCIER, personnalité, sh.263, no.1999; ATAAY, manevi tazminat ile diğer kişiliği koruyan davaların (durdurma, önleme, tesbit) gayrimümeyyiz adına kanuni temsilci tarafından kullanılmasında menfaatin sözkonusu olduğunu, aksinin kabulünün Medeni Kanun'un hak ehliyeti hususunda koyduğu genellik ve eşitlik esaslarına aykırılık teşkil ettiğini savunmaktadır, ATAAY, Aytekin M., Boşanma Davasında Gayrimümeyyiz Olan Davacının Kanuni Temsili, İÜHFM.,C.XXV, S.1-4, İstanbul 1960, sh.201.

¹⁷¹. EGGER, nişanın bozulmasından dolayı manevi tazminat davası açmaya kanuni temsilcinin yetkili olmadığını, buna karşılık kişilik hakkının ihlalinden doğan manevi tazminat davasını ise açabileceğini kabul etmektedir. C I, sh.202-203.

parasal çıkarları değil şahsi çıkarları da koruma görevi vardır. Veli için Medeni Kanun madde 262 ve devamı maddelerinden, vasi için ise Medeni Kanun madde 353 fıkra 1 "vasi, vesayet altındaki küçüğün ve mahcurun şahsına takayyüd ve mallarını idare ve medeni tasarruflarda onu temsil eder..." ¹⁷² hükmünden bu sonuç çıkarılabilir. Ancak Medeni Kanun madde 405 bend 8 gereğince Sulh Mahkemesi'nin iznini alması gereklidir¹⁷³.

Manevi tazminat davasında, davalı konumunda bulunan sınırlı ehliyetsiz de, tam ehliyetsiz de mali çıkarların korunması söz konusu olduğundan, kanuni temsilci tarafından temsil edilir.

2. Koruyucu Davalar

Kişiliğin korunmasını sağlayan davalarda temsil sorununu çözmek için, durumu kişi özgürlüğü açısından ele alırsak, hakların kişilik işlemi nitelikleri dolayısıyla

¹⁷². Yeni MK. Önt. md.334/f.1 : Vasi, vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve onu temsil etmekle yükümlüdür.

¹⁷³. JACCARD, "manevi tazminat talebinin temlik edilemez ve mirasçılara geçemez oluşunu temsil düşmenliğine bağlamak uygun mudur? Gerçekten dava hiçbir şekilde kanuni temsilci vasıtası ile açılmaz anlamına mı gelmektedir?" sorularına "davanın kişiye sıkı sıkıya bağlı karakterinin doğal bir sonucunu bu hükümde görmek gerekmektedir. Tecavüz edilenin kullanmak istemediği bir hakkın üçüncü kişilerce kullanılması engellenmek istenmiştir, kanuni temsil yasağı getirilmek amacı taşımaz. Temlik yasağı kısıtlının kişiliğini korumaya yöneliktir; ayrıca, üçüncü kişinin her türlü sırları ifşa edeceği, acımasız olacağı vs. savları da kanuni temsilci için geçerli değildir. Çünkü kanuni temsilci kendi için değil, vesayet altındakinin çıkarı için davayı açmaktadır" cevabını vermektedir, sh.52.

kararın sadece ve sadece mağdura ait olması gerekmektedir.

Kişinin korunması yönünden ele aldığımızda ise, hakların temel hak olma niteliğini gözönünde tuttuğumuzda bağımlı durumda bulunan mağdur, en azından diğer bireylerle eşit bir korumadan yararlanmalıdır. Bunu sağlamak da kanuni temsilciye düşer¹⁷⁴.

Sınırlı ehliyetsizler için, bireyin özgürlüğüne üstünlük tanıyan ilkeyi benimsemek ve kişiliğin korunmasına yarayan durdurma, önleme ve tesbit davalarını, sınırlı ehliyetsizlere tek başına açma hakkı tanımak uygun olur. Aksi görüş olarak¹⁷⁵ dava açmanın önemli para kaybına ve zarara yol açabileceğini, bu nedenle de kanuni temsilcinin rızasının gerekli olduğu savunulmaktadır. Bu görüşe karşılık:

- İleri sürülen sebeplerin, "her davaya uygulanabilir" olmaları nedeniyle, Medeni Kanun madde 16 cümle 2'nin kapsamını daraltma sonucu doğuracağı,

- Rızanın arandığı varsayımında, sınırlı ehliyetsizin korunmasının, kanuni temsilcinin itirazı durumunda, ciddi olarak zarara uğrayacağı,

- Ayrıca, bir kişinin temyiz kudretine sahip sayılabilmesi için eylemlerini (mali sonuçlu olanların da) sonucunu görebilecek nitelikte olması gerektiği savunulmaktadır¹⁷⁶.

Tam ehliyetsizler açısından ise davaların kişilik

¹⁷⁴. TERCIER, personnalité, sh.115, no.827.

¹⁷⁵. JÄGGI, sh.155a.

¹⁷⁶. TERCIER, personnalité, sh.116, no.831.

işlemi niteliklerine rağmen, kişinin korunması ön planda tutulmalı ve tam ehliyetsizler adına kanuni temsilci, Sulh Mahkemesi'nin de izni alınmak şartı ile, tam ehliyetsizi temsil edebilmelidir. Gayrimümeyyiz açısından önemli olan davanın bir an önce açılması, bunun sonucu olarak da zararın meydana gelmesinin önlenmesi veya kapsamının daraltılmasıdır. Kanuni temsilci de, böylece, temsil ettiği kişinin kişilik haklarına bir tecavüzün yapılmasını veya tekrarını engelleyerek koruma ve gözetme görevlerini yerine getirmektedir.

3. İsmi Değiştirilmesi

İsmi değiştirilmesi Medeni Kanun madde 16 cümle 2 anlamında kişilik işlemi haklarından¹⁷⁷. Temyiz kudretine sahip mümeyyiz küçük¹⁷⁸ ve mümeyyiz kısıtlılar bu hakkı tek başlarına kullanabilirler¹⁷⁹. Ancak bu konu öğretilerde tartışmalıdır. Bazı yazarlar¹⁸⁰ sınırlı ehliyetsizlerin yapacakları ismi değiştirilmesi talebine

¹⁷⁷. ATF 117/1991 II 7.

¹⁷⁸. Reşit olmayan bir kimsenin tek başına soyadını değiştirmesine MK.md.259, Soyadı Kanunu madde 5 ve Nüfus Kanunu madde 16 engeldir.

¹⁷⁹. BUCHER, A, sh.55 no.157, sh.224 no.823, sh.229 no.846; COSMAN, sh.111; LADOR, sh.75; OGUZMAN/SELİÇİ, sh.60.

¹⁸⁰. VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, C I, Cüz 2, Şahsın Hukuku, 6.Bası, İstanbul 1960, sh.75, 139; DURAL, Gerçek Kişiler, sh.189; ATAAY, Şahıslar, sh.204-205; ATAAY, Aytakin, Medeni Hukukta İsmi Değiştirilmesi, İBD, C.XXIX, 1955, S.11, sh.508; ZEVLİLER, Medeni Hukuk, sh.364; KÖPRÜLÜ, Medeni Hukuk, sh.324-325.

kanuni temsilcinin de katılması gerektiğini savunmaktadırlar. İsmi değiştirilmesi gibi önemli bir konuda tüm menfaatlerini hakkı ile idrak edebilecek durumda bulunmayan birini başı boş bırakmanın yerinde olmadığı düşüncesi ile kanuni temsilcinin katılımını menfaatler vaziyetine uygun bulmaktadırlar.

Tam ehliyetsizlerde kanuni temsilci ismi değiştirilmesi için tam ehliyetsiz adına dava açabilir¹⁰¹. Aksinin kabulü hak ehliyetinin genellik ve eşitlik ilkelerine aykırı düştüğü gibi, amaca göre yorum ilkesi ile de bağdaşmaz.

COSMAN, kanuni temsilciye tam ehliyetsiz adına bu hakkı tanıma konusunda sözkonusu talebin kişilik işlemi olması niteliği dolayısı ile, tereddüt etmekte, ayrıca ismi değiştirilmesi için gerekli olan nedenlerin de, örneğin komik isimler vs., ismi sahibi tam ehliyetsiz ise, genel olarak daha az önemli olduğunu vurgulamaktadır. Ancak yazar, bu durumun, temyiz kudretine sahip olmayan küçük açısından bakıldığında, muhakkak ki önemli olduğunu söylemekte ama ismi değiştirilmesi davası için kanunun bir süre öngörmediğini de hatırlatarak, kanuni temsilcinin temyiz kudretine sahip olmayan küçüğün temyiz kudretini kazanmasını beklemesini engelleyecek bir durumun da sözkonusu olmadığını sözlerine eklemektedir¹⁰².

¹⁰¹. ATF 117/1991 II 6 vd. Ayrıca bkz. SCHNYDER, sh.110.

¹⁰². COSMAN, sh.111, sh.111 dn.5.

4. Boşanma Davası

Boşanma davası açmak ve boşanma davasında savunmada bulunmak kişilik işlemi haklarındanandır. Bu nedenle mümeyyiz kısıtlıllar¹⁸³ boşanma davası açabilmek için kanuni temsilcilerinin izin veya icazetini almak zorunda değildirler, davayı tek başlarına açabilirler. Aleyhlerine açılan boşanma davalarında da bizzat savunmada bulunabilirler. Ne davacı ne de davalı sıfatını taşıdıkları durumlarda kanuni temsil hükümleri yürümez¹⁸⁴. Yargıtay İkinci Hukuk Dairesi, yanlış olarak, boşanma davası ile ilgili bir kararında¹⁸⁵ "...bir sene veya daha çok hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkum olan her reşid için bir vasi tayin olunur (MK.md.357)...o halde, davalının ... bir seneden fazla ceza ile mahkum olduğunun anlaşılması halinde ilgiliye vasi tayin ettirilmesi, duruşmanın vasi

¹⁸³. MK.md.11/f.2 gereği evlilik küçüğü reşit kıldığı için sınırlı ehliyetsizler açısından sorun sadece mümeyyiz kısıtlılları ilgilendirir.

¹⁸⁴. DESCHENAUX/TERCIER, Le mariage, sh.147; JACCARD, sh.59; LADOR, sh.83-84, 86-87; EGGER, August, (çev.Tahir ÇAĞA) İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Aile Hukuku, II Cilt, 1. Kısım Evlenme Hukuku, İstanbul 1943, sh.189 madde 143 (135) no.5; HATEMİ/SEROZAN, (Hatemi), sh.215; TEKİNAY, S. Sulhi, Türk Aile Hukuku, 7.Baskı, İstanbul 1990, sh.245; OGUZMAN, Aile, sh.151; FEYZİOĞLU, Necmettin F., Aile Hukuku, 3.Baskı, Bu baskıyı hazırlayanlar Cumhuriyet ÖZAKMAN-Enis SARIAL, İstanbul 1986, sh.351; ARSEBÜK, Esat, Medeni Hukuk II, Aile Hukuku, Kısım 1, Ankara 1940, sh.759; SAYMEN, Ferit H./ELBİR, K. Halid, Türk Medeni Hukuku, Cilt 3, Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1960, sh.259-260; AKINTÜRK, Turgut, Aile Hukuku, 3.Bası, Ankara 1978, sh.221-222; ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, 2.Bası, Ankara 1983, sh.259; DİKMEN, Cemil, Boşanma Halinde Manevi Zarar ve Tazmini, YHD, 1981, C.IV, S.2, sh.196-197.

¹⁸⁵. Yarg.2.HD. E.1986/7091 K.1986/7709 T.19.9.1986 (YKD. C.XIII, Nisan 1987, S.4, sh.521.

huzuru ile yürütölüp sonucuna göre karar verilmesi" gerektiğine hükmetmiştir. Oysa burada, eger davalı bizzat savunmada bulunamayacak durumda ise iradî temsil müessesesi devreye girmeli, mümeyyiz kısıtlının yine şahsen tayin ettiği bir avukat vasıtası ile davayı yürütebilmesi kabul edilmeliydi. Çünkü, vasi tayin edildiği halde, mümeyyiz kısıtlı, kişilik alanında kısıtlanmamaktadır. Bu açıdan EGGER, burada bir "magna charta libertatis" in söz konusu olduğundan bahsetmektedir¹⁰⁴.

Ancak, davanın bir avukat aracılığı ile takip edileceği durumda, bu avukat ile aralarında yapılacak olan ücret sözleşmesinin geçerli olması, kanunî temsilcinin muvafakatine bağlıdır¹⁰⁷.

Tam ehliyetsizler açısından ise öğreti ikiye ayrılmaktadır. Bir grup¹⁰⁰, Federal Mahkeme¹⁰⁹ ve

¹⁰⁴. EGGER, md.407 (391), no.9; BAUMANN, Werner, die höchstpersönlichen Rechte des Bevormundeten, RDT 11.Jahrgang, 1956, sh.1.

¹⁰⁷. TEKİNAY, Aile, sh.245 dn.10; DİKMEN, sh.197; Von TUHR, C I, § 42, sh.292; TUNÇOMAG, sh.413.

¹⁰⁰. COSMAN, sh.105; BAUMANN, sh.5-6; GROSSEN, sh.52; EGGER, C.II/1, sh.189-190 no.5 madde 143 (135).

¹⁰⁹. Federal Mahkeme vasinin boşanmak için karar alma insiyatifine sahip olmadığını ileri sürerek, boşanma davasında kanuni temsili tam ehliyetsizler açısından reddetmiştir, ATF 68/1942 II 144 = JdT 1942 I 601; ATF 77/1951 II 7 = JdT 1951 I 354; ATF 78/1952 II 99 = JdT 1953 I 6; ATF 85/1959 II 221 = JdT 1960 I 506.

Bazı kantonal mahkeme kararlarında tam ehliyetsizin çıkarının bu hakkın vasi tarafından kullanılmasını gerektirdiği sonucuna varılmıştır, 5 Ekim 1929 tarihli Bern Kanton Mahkemesi kararı, Mahkeme akıl hastası eş adına, akıl hastalığı dolayısıyla açılan boşanma davasına mütekebil olarak zina ve imtizaçsızlık nedeniyle açılan mütekebil davayı kabul ediyor. Ancak Federal Mahkeme 25 Haziran 1942 tarihli kararında reddediyor, RSJB no.66 sh.514; 27 Ocak 1942 Lucerne Kanton Mahkemesi kararı, ATF

Yargıtay'ın da bazı kararlarındaki¹⁹⁰ görüşüne uygun olarak tam ehliyetsiz eşe boşanma davası açma hakkı tanımamaktadır. Kanuni temsilcinin onun yerine açmasına da, gayrimümeyyizin çıkarı da söz konusu olsa hakkın kişilik işlemi niteliği dolayısı ile, karşıdırlar. Ancak Yargıtay'ımızın cana kast ve pek fena muamele, cürüm ve haysiyetsiz hayat sürme sebeplerine dayanan boşanma davalarında bu içtihatından ayrıldığı görülmektedir¹⁹¹.

Bugün bir çok yazar¹⁹² bu çözümü eleştirmektedir. JACCARD'a göre temyiz kudretinden yoksunluk konusunda ilke tam ehliyetsizin haklarının kanuni temsilci tarafından kullanılmasıdır. Medeni Kanun madde 16 cümle 2 buna sınırlı ehliyetsizler açısından bir istisna getirmektedir. GROSSEN, JACCARD'ın çözümünü ustaca bulduğunu söylemekte ise de, bu kanıtlamanın çıkarına rağmen, onun çok açık bir ilkeyi, kanuni temsilin kabul edilmediği haklar da olduğunu

68/1942 II 144.

¹⁹⁰. Yargıtay, akıl hastalığına müptela olan davacının vasisi tarafından açılan boşanma davasında verilen hükmü "... şahsa bağlı haklarından olan bu şekildeki bir boşanma davasını vasinin açıp yönetmeye yetkisi olmadığı" gerekçesiyle bozmuştur, Yarg. 2.HD. E.4619 K.4428 T.15.9.1966 (YAZICI,Hilmi/ATASOY,Hasan, Şahıs, Aile ve Miras Hukuku ile ilgili Yargıtay Tatbikatı 1952-1970, Ankara 1970, sh.262-263).

¹⁹¹. Yarg. 2.HD. E.2642 K.3059 T.3.6.1964 (İKİD. 1964, S.46, sh.3276-3277); Yarg. 2.HD. E.5923 K.1219 T.3.3.1947; Yarg. 2.HD. E.1480 K.1030 T.27.2.1950 (KOMURCUOĞLU/ERGÜNEY, Şahıs, Aile ve Miras Hukuku, Ankara 1951, sh.252).

¹⁹². JACCARD, sh.59 vd.; GALLIKER, sh.120; STETTLER, Adulte, sh.35 no.47; LADOR, sh.85; BUCHER,A, sh.60 no.175; DESCHENAUX/STEINAUER, no.971; ÖZTAN, sh.260-261; HATEMİ/ SEROZAN, (Hatemi), sh.215. Ayrıca bkz. BÜHLER/SPÜHLER, sh.204, Art.143, no 53.

görmemezlikten geldiğini vurgulamaktadır. Boşanmaya gelince, dava açma hakkı olan kişilerin, sebep olduğu halde hareketsiz kaldığı zamanlar olduğunu, dava ve çekinme arasında seçim yapmanın da ne vasiye ne de vesayet makamına bırakılamayacağını belirtmektedir ¹⁹³.

Tam ehliyetsize kanuni temsilci vasıtası ile boşanma davası açma hakkı tanıyan yazarlar da kendi içlerinde farklılıklar göstermektedirler. Bir grup yazar kanuni temsilcinin gayrimüeyyiz adına boşanma davası açabilmesi için bu konuda gayrimüeyyizin lehine bir menfaatin bulunması şartını arar ¹⁹⁴. İMRE, bu durumu eleştirmekte, menfaat şartı ve kriterini yetersiz bulmaktadır. Yazara göre, menfaat dava hakkının genel şartıdır, bu sebeple de "önemli zorunluluk" bulunması şartının aranması gerekir¹⁹⁵.

Diğer bir grup yazara göre ise gayrimüeyyizin şahsına yöneltilen bir tecavüz söz konusu olmalıdır. Tecavüz

¹⁹³. GROSSEN, sh.52.

¹⁹⁴. ATAAY, Uygulama, sh.195; ATAAY, Boşanma, sh.202, TEKİNAY, Aile, sh.248; OĞUZMAN, Aile, sh.151; FEYZİOĞLU, sh.352-353; GÜRDOĞAN, Burhan, Boşanma Davalarında Usul Hükümleri, AHF, 50. Yıl Armaganı, C.II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977 sh.210-211.

GÜRDOĞAN, "mahkemenin yalnız boşanma sebebinin varlığını değil, boşanmanın davacının menfaatine olup olmadığını da incelemesi gerektiğini ve bu incelemeyi boşanma davasına bakan hakimın değil, vasiye dava açma iznini verecek olan (MK.md.405/8) Sulh Hakiminin yapması icap ettiği" düşüncesindedir, sh.211.

¹⁹⁵. İMRE, Giriş, sh.394; İMRE, Armagan, sh.359-361.

sözkonusu değilse, kanuni temsilci boşanma davası açamaz¹⁹⁶.

Üçüncü grup ise kanuni temsilciye her durumda değil de, örneğin mutlak boşanma sebeplerinin varlığı halinde dava açmak yetkisinin verilmesini savunmaktadır. Onlara göre, diğer eşin zinası veya tam ehliyetsiz eşin canına kast eylemesi ya da ona pek fena muamelelerde bulunması durumlarında kanuni temsilciye boşanma davası açmak hakkının tanınmaması gayri mümeyyiz aleyhine olur¹⁹⁷.

Kanaatimizce, temsil aile hukuku alanında muhakkak kabul edilmelidir. Sadece temyiz kudretine sahip eşe boşanma davası açma hakkı tanıyan içtihatın eşler arasında eşitsizlik yarattığı ve bu konudaki fikir gelişimleri karşısında kabul edilemez olduğu gerçektir¹⁹⁸.

Federal Mahkeme yeni bir kararında¹⁹⁹ öğreti tarafından ileri sürülen gerekçeleri yeterli dolayısı ile eleştirileri yönlendirici bulmadığını söylemekte, ancak soruyu çözmeden belirsiz bırakmaktadır. Kararda, boşanmayı talep ettikten sonra temyiz kudretinin kaybolduğu özel

¹⁹⁶. POSTACIOĞLU, İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, sh.207-208; ayrıca bkz. Yarg. 2.HD. 3.3.1947 tarih 5923/1219 sayılı karar (KÖMÜRCÜOĞLU/ERGÜNEY, sh.252).

¹⁹⁷. JACCARD, sh.65 vd.; ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, sh.309; SAYMEN/ELBİR, sh.259-260; SAYMEN, Tez, sh.215; SAYMEN, sh.90; VELİDEDEOĞLU, H. Veldet, Türk Medeni Hukuku, C.II, Aile Hukuku, 5.Bası, İstanbul 1965, sh.23; ARSEBÜK, Aile, sh.761; ATAAY, Boşanma, sh.202, DİKMEN, sh.197; İMRE, Giriş, sh.394-395; HATEMİ/SEROZAN, (Hatemi), sh.215. Ancak İMRE ve HATEMİ dava açmak için Sulh Hukuk hakiminin izninin şart olduğunu da eklemektedirler.

¹⁹⁸. BUCHER, A, sh.60 no.175.

¹⁹⁹. ATF 116/1990 II 385 vd.

durum incelenmektedir. Bir kişilik işlemi hakkının sözkonusu olması nedeniyle davacının temyiz kudretini haiz iken açıklamış olduğu boşanma iradesinin, davanın düşmesi aracılığı ile ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı, davadan vazgeçildiği anlamında boşanmak iradesinin değiştiğini gösteren önemli işaretler²⁰⁰ olmadığı sürece de davanın devam etmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. Karar, tam ehliyetsizin ehliyetini yitirmeden önceki iradesini gösteren işaretleri gözönüne almayı tavsiye ederken, aynı gerekçede boşanma davasında temyiz kudretine sahip olmayan davacının iradesindeki değişikliğin hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağını da hüküm altına alınmaktadır.

Hakkında dava açılan eş açısından ise, öğreti²⁰¹ ve Federal Mahkeme, davalı eşin temyiz kudretinden yoksun olması durumunda kanuni temsilci vasıtasıyla temsil olunmasını kabul etmişlerdir. Federal Mahkemeye göre Medeni Kanun madde 133 (CCS art.141) hükmü ile de gayrimüeyyiz eşe karşı dava açılabilmesi kabul edilmiştir. Davalı tarafı kanuni temsilcinin temsil etmesi gerekir (MK.md.353,391; CCS art. 367,407). Fakat bu durumda Sulh Mahkemesi'nin izin vermesi gerekmektedir. Ancak kanuni temsilci davayı kabul ve karşı dava açma hakkına sahip değildir, davadan

²⁰⁰. Federal Mahkeme, ikinci derece mahkemesinde davanın görülmesi esnasında temyiz kudretini kaybeden davacının ilk derece mahkemesi hükmünü temyiz etmemesini önemli işaretlerden saymaktadır, agk, sh.393.

²⁰¹. LADOR, sh.87; DESCHENAUX/TERCIER, Le Mariage, sh.147 no.779; VELİDEDEOĞLU, Aile Hukuku, sh.233; OGUZMAN, Aile, sh.151; ATAAY, Uygulama, sh.49; SAYMEN/ELBİR, sh.260; TEKİNAY, Aile, sh.248; FEYZİOĞLU, sh.353; ÖZTAN, sh.260; GÜRDÜĞAN, sh.211.

vazgeçemez. Davalı eş, dava sırasında temyiz kudretini yitirmişse kanuni temsilci davaya devam eder²⁰².

5. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Magdurun Rızası

Hukuka uygunluk sebepleri, varoldukları bazı durumlarda 3. kişilerin kişiliklerine tecavüze izin veren olaylardır. Medeni Kanun madde 24 fıkra 2, üç çeşit hukuka uygunluk sebebi sayar: Şahsiyet hakkı ihlâl edilenin rızası, üstün nitelikte bir özel ya da kamu yararı ve kanun²⁰³.

Kişilik hakkı ihlâl edilenin rızasına dayanmayan, ki bu rıza kanunun ve ahlakın öngördüğü sınırlar içinde kalmak zorundadır, her tecavüz hukuka aykırıdır. Rıza prensip olarak hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. Herkes, kendisi için iyi olduğunu veya kabul edilebilir olduğunu düşünüyorsa, haklarını kullanmaktan vazgeçebilir. Bu demektir ki tecavüz eden hakkında koruyucu veya tazminat davaları açılmaz. Ancak tecavüz rızanın sınırları içinde kalmalıdır. Örneğin ameliyat için verilmiş yeterli bir rızanın yokluğu hekimin müdahalesini hukuka aykırı kılar²⁰⁴.

²⁰². ATF 85/1959 II 222-223; Ayrıca bkz. BÜHLER/SPÜHLER, sh.204 no.52, sh.205 no.54-55 Art.143.

²⁰³. Bu fıkranın eleştirisi için bkz. HATEMİ, Kişiler, sh.104-106.

²⁰⁴. ATF 108/1982 II 59 = JdT 1982 I 285; Ancak, ameliyat esnasında hastanın teşhis edilen ve bildirilenden daha kapsamlı bir ameliyata ihtiyacı olduğu görülürse, böyle bir durumda, genel anestezi altındaki hastanın verdiği rızanın genişlediği kabul edilmelidir. Ayrıca bu

Kişi, vücut bütünlüğü (yıllar sonra yapılacak ameliyata rıza), aile hayatı vs. gibi kişisel değerlerine ileride gelebilecek tecavüzlere önceden rıza gösteremez. Bu tür bir rıza Medeni Kanun madde 23 fıkra 2'nin kapsamına girer²⁰⁵. Demek ki, örneklerde de görüldüğü gibi, mağdurun rızası her durumda hukuka aykırılığı ortadan kaldırmamakta, Medeni Kanun madde 23, Medeni Kanun madde 24 fıkra 2'nin sınırını oluşturmaktadır. Medeni Kanun madde 23 fıkra 2 kuralı ihlâl edilmiş olduğu takdirde, hem hukuka aykırılık hem de ahlâka aykırılık birlikte söz konusu olacaktır. Ahlâk kuralları Borçlar Kanunu madde 19'un kapsamına giren ve ahlâk temeline dayanan yazılı hukuk kuralları değil, yazılı olmayan hukuk kurallarıdır. Yasaya uymamanın yaptırımı Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddelerinde varlığını bulur, bu hukuk kuralına uymaksızın yapılan ve kişilik hakkını ortadan kaldırmaya ya da aşırı sınırlamaya yönelik sözleşme hukuka aykırı nitelik taşır, mutlak butlanla bătıldır²⁰⁶.

Rıza kişilik işlemi haklarındanandır, temyiz kudretine sahip kişiler tarafından geçerli olarak verilebilir. Kural olarak, küçük ya da kısıtlı da olsa mümeyyiz kişiler rızaya

konuda bkz. OGUZMAN, Kemal, Tıpta Hastanın Muvafakatının Alınmasının Hukuki Yönü, ATD, 1989, C.V, S.1-2, sh.83; SARIAL, Enis, Saglararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, Doktora Tezi, İstanbul 1986, sh.69-70.

²⁰⁵. BUCHER, A, sh.126 no.440.

²⁰⁶. HATEMİ, Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK.65 Kuralı), İstanbul 1976, sh.48, 52, 154, 162.

ehildirler, bizzat kendileri tarafından açıklanır²⁰⁷. Temyiz kudreti, yapılacak akdin önemine göre ölçüldüğünde, eger küçük ya da kısıtlı vereceği rızanın tüm sonuçlarını öngörebilecek halde ise, tek başına rıza gösterebilmelidir²⁰⁸. Temyiz kudretini haiz olmayanlarda ise, rıza kanunî temsilci tarafından açıklanır. Vesayet söz konusu ise, vesayet makamının izni aranmalıdır. Ancak her iki durum için de tecavüzün tabiatına göre istisnalar söz konusu olabilir. Özellikle tıbbi müdahaleye rıza ya da karşı koymada sorunlar ortaya çıkmaktadır.

Öğretide bazı yazarlar, sınırlı ehliyetsizlerin kişilik işlemi haklarını kanuni temsilcinin iznine tabi olmadan kullanabileceklerini kabul etmekle beraber, kişinin bedeni üzerindeki bir takım girişimlere rıza göstermesini bundan ayırık tutmaktadırlar. Bu görüşe göre, sınırlı ehliyetsizin üzerinde tek başına işlem yapamayacağı kişilik işlemi haklarından biri de, vücut bütünlüğü üzerindeki haktır. Bir küçük, mümeyyiz de olsa, kanuni temsilcinin ısrarla karşı koyması durumunda beden bütünlüğüne yapılacak ve zararlı sonuçlar doğurma olasılığı bulunan girişimlere razı olamamalıdır²⁰⁹.

²⁰⁷. BUCHER, A, sh.55 no.156, sh.145 no.528; TERCIER, personnalité, sh.90 no.629; BAUMANN, sh.13; DURAL, Gerçek Kişiler, sh.119-120.

²⁰⁸. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70/c.1 inci maddesi hastanın küçük ya da kısıtlı olması halinde yapılacak her türlü ameliye için veli ya da vasinin rızasını arar.

²⁰⁹. ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, sh.419-420; ZEVKLİLER, Aydın, Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları (1982-1983 Öğretim yılı açılış dersi metni), DÜHF, Yıl 1983, S.1, Diyarbakır 1983, sh.21;

Karşı görüş²¹⁰ ise rızanın açıklanması bir kişilik işlemi hakkının kullanılması olduğu için, hasta anlayabilme ve karar verebilme yeteneğine kendisi sahip olduğu ölçüde rıza açıklamasında da kendisinin bulunabileceğini savunmaktadır.

Sınırlı ehliyetsizlerin, Medeni Kanun madde 16 cümle 2'den doğan bir hakkın kullanılması olduğu için, tıbbi müdahaleye rızalarını bizzat açıklayabileceklerini ancak onların korunması amacıyla, özellikle önemli tıbbi müdahaleler açısından kanuni temsilcinin de katılmasını yararlı bulan ortalama bir görüş de mevcuttur²¹¹.

Tam ehliyetsizlerde ise tam ehliyetsizin kanuni temsilcisinin hastanın üstün özel yararının sözkonusu olduğu durumlarda rıza gösterme veya itiraz etme yetkisi vardır²¹². Ancak gayrimüeyyiz hastanın üstün özel yararına olacak tıbbi müdahalelere (örneğin kan nakli) kanuni

ÖZÜZMAN, sh.82.

ÖZSUNAY da, ayırtım gücüne sahip küçüklerde, ayrıca küçüğün de aydınlatılmış rızasının alınmasının amaca uygun olacağı görüşündedir, Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, MHAUM, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, sh.51.

²¹⁰. SARIAL, sh.66; AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Doktora Tezi, Ankara 1991, sh.11; EGGER, C I, sh.203; İMRE, Armağan, sh.354.

²¹¹. ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1993, sh.56.

²¹². Müeyyiz olmayan kimse hakkında, kanuni temsilcinin rıza beyanında bulunmasını uygun görmemek, onun hayatını tehlikeye düşürmek, hatta sona ermesine olanak vermek gibi bir durum meydana getirir ki, böyle bir sonucu ne kamu yararı ne de kamu düzeni asla benimseyemez (KÖPRÜLÜ, Medeni Hukuk, sh.269).

temsilcinin hakkını kötüye kullanarak rıza göstermemesi durumunda hastaya bir kayyımın tayin ettirilmesi, gecikilmesinde sakınca bulunan durumlarda ise müdahaleye hemen başlanması lazımdır.

Özel bazı durumlarda ise olayın büyüklüğüne göre, gayrimümeyyizin adına kanuni temsilcinin geçerli olarak rıza verme yetkisi yoktur. Kanuni temsilci, gayrimümeyyizin deney için kullanılmasına, sakat bırakacak bir müdahaleye tabi tutulmasına, kısırlaştırılmasına veya bitkisel yaşamdan çıkması imkânsız olan bir durumda tedavisinin durdurulmasına rıza gösteremez²¹³. Son günlerini yaşayan bir hasta tedavisini sona erdirmeye kararını yalnız kendi verebilir. Ancak, tam ehliyetsiz duruma girmeden önce, kişi belki de yazılı olarak, açıkça iradesini belli etmişse ne olacaktır ? Bu irade çeşitli kapsamlarda olabilir. Eger hasta, bütün kan nakillerini reddettiğini beyan etmişse, hastanın hayatını kurtarmak için, üstün özel çıkar uğruna bu tür bir irade beyanı dikkate alınmamalıdır. Bu tür bir itiraz temyiz kudretine sahip bir hastadan geliyorsa, ancak çok özel durumlarda, yine hastanın üstün özel yararı gerekli kılıyorsa, itiraza rağmen tedaviye hemen başlanabilir²¹⁴.

²¹³. BUCHER, A, sh.60 no.178, sh.73 no.218, sh.145 no.528; STETTLER, Adulte, sh.36 no.48; ATF 114/1988 Ia 363 vd.

²¹⁴. BUCHER, A, sh.145 no.528; TERCIER, personnalité, sh.96 no.676. Her iki yazar da bu konuda örnek olarak, sezeryan sonrası yapılması gerekli olan kan nakline sırf dini inançları sebebiyle rıza göstermeyen anneyi ölüme terketmeyi göstermekte, bu durumu çocuğun çıkarı karşısında kabul edilemez bulmaktadırlar.

Oysa bitkisel hayattaki bir hasta, komaya girmeden önce, böyle bir durumun varlığı halinde suni olarak hayatta kalmak istemediğini bildirmişse, bir görüşe göre bu istek yerine getirilmelidir²¹⁵.

Bir başka görüşe göre²¹⁴ ise, temyiz kudretini yitirmeden önce kişinin böyle bir eyleme rıza göstermesi yeterli değildir. Aslında rıza gösteren gerekli ehliyete sahip olmadığı için rızayı geri aldığını geçerli bir şekilde açıklayamıyorsa, hukuki sonuç meydana gelmez ve bu tür bir anlaşma her zaman iptal edilebilmelidir (MK.md.23/f.2).

Varolan düzenleme açısından da, Medeni Kanun madde 23 anlamında kişilik hakkına aykırı ve Borçlar Kanunu madde 20 gereği bir kimsenin hayat hakkından vazgeçmesi ve öldürülmesine rıza göstermesi geçersizdir. Ayrıca hekimin de bilincini yitirmiş olan hastaya tıbbi müdahalede bulunma zorunluluğu vardır (TŞSTİDK.md.23; TDN.md.18)²¹⁷.

Acil bazı olaylarda hasta rıza gösterecek durumda değildir (örneğin bir trafik kazası sonucu yaralı ve baygın bir halde hastaneye getirilen hastanın durumu) ve kanuni temsilcisi de yoktur. Bu durumda hastanın üstün özel yararı

²¹⁵. STETTLER, Adulte, sh.36 no.48; GUILLOD Olivier/ GUINAND Jean, Validité et efficacité du testament biologique, RDS 1988 I, sh.401 vd.; GUILLOD Olivier, Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme ? thèse Neuchâtel 1986, sh.256.

²¹⁴. BUCHER, A, sh.72-73 no.218; ayrıca bkz. ÇİLINGİROĞLU, sh.49; ZEVLİLER, Medeni Hukuk, sh.417.

²¹⁷. Türk Ceza Kanunu açısından da ötanazinin kasden adam öldürme suçu olarak cezalandırılması konusunda tartışmalara ilişkin olarak bkz. BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972.

sözkonusu olduğu ölçüde hekimin müdahalesi hukuka uygundur. Farazi rızanın varlığı kabul edilir²¹⁸. Ya da kamu sağlığının korunmasına ilişkin durumlarda olduğu gibi (örneğin, bulaşıcı hastalıkların önlenmesi amacıyla yapılan aşılama) kanunların izin verdiği bir tıbbi müdahalede rıza olmasa dahi hukuka aykırılık unsuru yoktur (1982 AY.md.17/ f.2).

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 5. maddesi, organı verecek kişinin 18 yaşını doldurmuş ve temyiz kudretine sahip olması gerektiğini hüküm altına almaktadır. Bu hükme göre temyiz kudretine sahip kısıtlılar verici olabildikleri halde mümeyyiz küçükler verici olamazlar. Öğretide bazı yazarlar vericinin tam ehliyetli olması şartını ararlar²¹⁹. Bu şartı aramayan yazarlar organ vermenin kişilik işlemi hakkı olduğunu kabul etmekle birlikte kısıtlının rızası yanında kanuni temsilcinin de onayını aramaktadırlar²²⁰.

Gebeliğe son vermek için rıza gösterilmesinde ise, rıza ile birlikte, kadın velayet altında ise velinin izni, vesayet altında ise vasiinin izni ve Sulh Mahkemesi'nin de

²¹⁸. BUCHER, A, sh.146 no.529; TERCIER, personnalité, sh.96 no.675; DURAL, Gerçek Kişiler, sh.120; ÇİLİNGİROĞLU, sh.47, 50 vd.; ÖZSUNAY, sh.43. Ayrıca Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun madde 70'e göre geciktirilmesinde tehlike bulunan hallerde rıza aranmadan dahi müdahale mümkündür.

²¹⁹. BAYRAKTAR, Köksal, Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanuna İlişkin Düşünceler, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.I, Yıl:1, 1979, S.2, sh.16-17; ZEVLİLER, Medeni Hukuk, sh.420, 424; Özsunay, sh.104.

²²⁰. DURAL, Gerçek Kişiler, sh.126.

onayı aranır. Temyiz kudretine sahip olmayan kadınlarda ise kanuni temsilcilerin rızası yeterlidir. Sulh Mahkemesi'nin izni vasiinin rızasına eklenmelidir (NPHK madde 6/f.1). Rahmin tahliyesinin sağlık açısından derhal yapılmasının gerekli olduğu hallerde kanuni temsilci ve Sulh Mahkemesi'nin izninden vazgeçilebilir (NPHK madde 6/f.3).

6. Ölüme Bağlı Tasarruf Yapmak Veya Tasarrufa Sonradan Yapılacak İlave Ve Tadiller ya da Vasiyetnameden Dönme

Ölüme bağlı tasarruf terimi maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf ve şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf olmak üzere iki ayrı anlam taşımaktadır. Şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf ile miras bırakanın ölüme bağlı iradesinin hangi şekil ve kalıplar içinde açığa vurulması gerektiği (miras sözleşmesi, vasiyetname), maddi anlamda ölüme bağlı tasarruf ile ise, miras bırakanın ölüme bağlı olarak ne gibi emirler verebileceği belirtilmek istenmektedir²²¹. Ölüme bağlı tasarruflar yalnızca şekli bakımdan değil, maddi açıdan da kişilik işlemidir ve her iki anlamı ile de kişilik işlemi hakkı niteliğindedir. Böylece, ölüme bağlı tasarrufların, "şekli anlamda kişilik işlemi" ve "maddi

²²¹. KOCAYUSUFPASAOĞLU, sh.127 vd.; GÜRSOY, Kemal Tahir, Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Mal Vasiyeti, Ankara 1955, sh.5.

anlamda kişilik işlemi" niteliklerinden sözedilebilir²²².

Medeni Kanun madde 449 ve 450'de düzenlenen ölüme bağlı tasarruf yapma ehliyeti, fiil ehliyetinin özel bir görünüşüdür. Onbeş yaşını dolduran ve temyiz kudretine sahip olan herkes vasiyetname yapabilir (MK.md.449). Miras sözleşmesi yapmak için ise reşit ve temyiz kudretini haiz olmak lazımdır (MK.md.450)²²³.

Ölüme bağlı tasarruf yapmak kişilik işlemi haklarından olduğuna göre²²⁴ bizzat miras bırakan tarafından kullanılması gerekir. Bu durumda Medeni Kanun madde 16/

²²². Bu konuda bkz. SCHÄRER, J.Christian, Der Grundsatz der materiellen Höchstpersönlichkeit der letztwilligen Verfügung, Diss., Bern 1973. Yazar, "formelle Höchstpersönlichkeit" ve "materielle Höchstpersönlichkeit" terimlerini kullanır.

²²³. Madde her ne kadar temyiz kudretine sahip olmaktan sözetmiyorsa da öğreti oybirliği ile MK.md.11,12, 13'ün aradığı şartların miras sözleşmesi açısından da gerçekleşmesi gerektiğini kabul etmektedir. Ayrıca bkz. Yeni MK.Önt.md.427.

²²⁴. PIOTET, Paul, Précis de droit successoral, 2è.éd, Berne 1988, sh.58; GUINAND, Jean/STETTLER, Martin, Droit Civil II, 2è.éd, Fribourg 1992,sh.38; COSMANN, sh.110; KOCAYUSUFPASAOĞLU, sh.135, 146; AYİTER, Nusin, Miras Hukuku, Ankara 1986, sh.42; İMRE, Zahir, Türk Miras Hukuku, 4.Bası, İstanbul 1978, sh.101; İMRE, Zahir/ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, İstanbul 1989, sh.69; DURAL, Mustafa, Miras Sözleşmeleri, İstanbul 1980, sh.15; KÖPRÜLÜ, Bülent, Miras Hukuku Dersleri, 2.Bası, İstanbul 1985, sh.138; GÖNENSAY, Samim/ BİRSEN, Kemaleddin, Miras Hukuku, Yeniden çıkaran Kemaleddin BİRSEN, 2.Bası, İstanbul 1963, sh.42'de "...şahsa bağlı ve şahsen kullanılması lazım gelen haklar" olarak; BELGESAY, Mustafa Reşit, Türk Kanunu Medenisi Şerhi, 3.Kitap, 4.Baskı, İstanbul 1952, sh.30'da "şahsa bağlı hak" olarak nitelemektedirler.

Ayrıca bkz. Yarg. 2. HD. E.1978/3444 K.1978/3580 T.4.5.1978 "ölüme bağlı tasarruflar kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olup, doğrudan doğruya kullanılması zorunludur, bu konuda temsil hükümleri işlemez" (YKD. C.V, Haziran 1979, S.6, sh.779).

cümle 2 gereğince sınırlı ehliyetsizler kanuni temsilcilerinin rızasına gerek olmaksızın vasiyetname yapabilirler²²⁵.

Miras sözleşmesi açısından ise sınırlı ehliyetsizleri mümeyyiz küçük ve mümeyyiz kısıtlılar olarak iki grupta incelemek lâzımdır. Miras sözleşmesi yapabilmek için Medeni Kanun madde 450 (CCS art.468) uyarınca reşit olma şartı arandığına göre mümeyyiz küçükler de henüz reşit olmadıkları için, miras sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olmadıkları açıktır. Sorun mümeyyiz kısıtlılar açısından çıkmaktadır. Bunlar hem mümeyyiz hem de reşit olduklarına göre, tek başlarına miras sözleşmesi yapma ehliyetini haiz oldukları söylenebilir mi? Öğreti, mümeyyiz ve reşit olmalarına rağmen hacir altına alınmış olanların tam fiil ehliyetine sahip olmadıkları için miras sözleşmesi yapamayacaklarını çoğunlukla kabul etmektedir²²⁶. Yine Medeni Kanun madde 406 bend 5 (CCS art. 422/5) mirasın kabulü veya reddi veya bir miras sözleşmesinin yapılması için Sulh Hukuk Mahkemesi'nin kararı alındıktan sonra Asliye Hukuk Mahkemesi'nin de iznini arayan bir hüküm içermektedir. Bu hüküm mümeyyiz kısıtlılara kanuni

²²⁵. Akıl hastalığı yahut akıl zayıflığı nedeniyle hacredilmiş olan kimsenin temyiz kudretini haiz olmadığı kabul edildiğinden, vasiyetname yapılırken temyiz kudretinin varlığını iddia eden şahsın iddiasını ispat etmesi gerekir. GÖNENSAY/BİRSEN, sh.42; AYİTER, sh.44; BELGESAY, sh.30; İMRE, sh.106 vd.; İMRE/ERMAN, sh.71; Aksi fikir için bkz. ÖZTIRAK, İlhan, Tek Taraflı Ölüme Bağlı Tasarruflardan Rücuu, Ankara 1964, sh.42.

²²⁶. PIOTET, sh.58; İMRE, sh.108; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sh.141; OĞUZMAN, Kemal, Miras Hukuku, 5.Bası, İstanbul 1991, sh.111; DURAL, sh.15-62; İMRE/ERMAN, sh.72.

temsilcilerinin rızası ile miras sözleşmesi yapma hakkı tanındığı izlenimini uyandırmakta ise de, hükmün sadece miras sözleşmelerinde ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan taraf açısından geçerli olduğu, sınırlı ehliyetsiz olan mümeyyiz kısıtlıların ise kanuni temsilcilerinin rızası olsa dahi hiçbir şekilde, miras sözleşmesi yapamayacakları çünkü kanuni temsilcinin katılımı ile miras sözleşmesi yapmanın hakkın kişilik işlemi hakkı olması niteliğiyle bağdaşmadığı, öğretide çoğunluk tarafından savunulmaktadır²²⁷.

Buna karşılık mümeyyiz küçük ve kısıtlılar, miras sözleşmesinde karşılıksız kazanma sözkonusu ise taraf olabilirler. Bu takdirde sınırlı ehliyesizin kanuni temsilcisinin rızasına da ihtiyaç yoktur (MK.md.16/c.2). Eger sınırlı ehliyetsiz, ivazlı miras sözleşmesi sonucu sağlararası bir borç altına giriyorsa bu durumda karşılıksız kazanma sözkonusu değildir ve miras sözleşmesini ancak kanuni temsilcisinin rızası ile yapabilir (MK.md.16/c.1, md.394). Vesayet sözkonusu ise ayrıca Sulh ve Asliye Hukuk Mahkemelerinin onayı da gerekmektedir (MK.md.406/b.5). Miras sözleşmesine bu tür bir katılım ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan taraf açısından kişilik işlemi niteliği taşımaz²²⁸.

Sınırlı ehliyetsizin miras sözleşmesi ile mirasçı

²²⁷. GÖNENSAY/BİRSEN, sh.43-44; KOCAYUSUFPASAĞLU, sh.141; KÖPRÜLÜ, sh.142; İMRE, sh.108; AYİTER, sh.44; İMRE/ERMAN, sh.73.

²²⁸. COSMAN, sh.56,57; PIOTET, sh.58; GUINAND/STETTLER, sh.39 dn.68; STETTLER, sh.436 dn.58; KÖPRÜLÜ, sh.141.

atanmasının Medeni Kanun madde 16 cümle 2 anlamında bir karşılıksız kazanma sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Baskın görüş, miras sözleşmesi yapıldığı anda borç altına girilmediğini, mirasçının ölümü ile borcun doğduğunu, bu durumda da kanuni temsilcinin mirası red hakkı²²⁹ olduğu dolayısı ile karşılıksız kazanmanın varlığını kabul etmekte ve kanuni temsilcinin rızasının aranmaması gerektiğini ileri sürmektedir²³⁰.

Mirastan feragat sözleşmesinde ise miras bırakanda ölüme bağlı tasarrufta bulunma ehliyeti (MK.md.450) aranırken, mirastan feragat eden kişi fiil ehliyeti ile ilgili genel kurallara tabidir²³¹.

Bir kimse ölüme bağlı tasarruf yapmak ehliyetine sahip değilse, o konuda hak ehliyetine de sahip değildir, bu durumda da temsilin sözkonusu olamayacağı açıktır. Ehliyetsiz bir kimsenin geçerli bir şekilde ölüme bağlı tasarrufta bulunması imkânsızdır. Bu tasarrufa sonradan yapılacak ilâve ve tadiller ve vasiyetnameden rücu hallerinde de aynı kural geçerlidir. Kural Medeni Kanunda ve kaynak isviçre Medeni Kanunu'nda açık olarak yer almamakta ise de, bir takım hükümlerden örneğin ölüme bağlı tasarruflar için aranan şekil şartlarına bakıldığında

²²⁹. Sınırlı ehliyetsiz vesayet altında ise MK.md.406 bent 5 gereği mirasın kabulü veya reddi kanuni temsilci dışında Sulh ve Asliye Hukuk Mahkemelerinin de onayına tabidir. Velayet sözkonusu ise rıza yeterlidir.

²³⁰. DURAL, sh.70 vd.; KOÇAYUSUFPASAOĞLU, sh.141 vd. ve orada anılan yazarlar.

²³¹. KOÇAYUSUFPASAOĞLU, sh.144; İMRE, sh.109 dn.12.

(vasiyetnamenin vasiyet eden kimsenin el yazısı ile yapılması, imza olunması vs. MK.md.478-492) aynı sonuca varmak mümkündür.

Ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan taraf açısından ise bir kişilik işlemi sözkonusu olmadığı için gerek kanuni gerekse iradi temsil yolu ile miras sözleşmesi yapma imkanı mevcuttur. Bu tür taraf olmada Medeni Kanun madde 9 ve devamında yer alan genel ehliyet kuralları geçerlidir. Bu durumda tam ehliyetsizlerin de kanuni temsilcileri aracılığı ile miras sözleşmesi yapabilmeleri, vesayet altında iseler ayrıca Medeni Kanun madde 406 bend 5 gereği vesayet makamlarının da iznini almak suretiyle mümkündür.

Miras sözleşmelerinde, görüldüğü gibi, temsil yasağı sadece ölüme bağlı tasarrufta bulunan taraf için sözkonusudur. Ancak sözleşmenin iki tarafı da ölüme bağlı tasarrufta bulunuyorsa yasak her iki taraf için de geçerli olur ve ölüme bağlı tasarruf ehliyeti gündeme gelir.

Bir görüşe göre " mümeyyiz küçüğün miras bırakan sıfatı ile tek başına ya da kanuni temsilcisinin rızası ile veya kanuni temsilcisinin onun adına miras sözleşmesini yapamamasının sebebi bunun kişiye sıkı surette bağlı bir hak olması değildir. Çünkü, kişiye sıkı surette bağlı olma niteliğinin miras sözleşmesi yapılmasına engel olabilmesi için hakkın doğmuş olması gerekir. Oysa ...miras sözleşmesi yönünden hak ehliyeti ancak resit olma ile doğar...Bu nedenledir ki, mümeyyiz küçük, miras sözleşmesi yapmak kişiye sıkı surette bağlı bir hak olduğu için değil de daha

hak doğmadığı için, bu sözleşmeyi yapamaz²³²".

"...Mümeyyiz küçüklerden farklı olarak, mümeyyiz kısıtlılarda rüşt ve temyiz kudreti bulunduğundan hak doğmuş, fakat onun kişiye sıkı surette bağlı olması niteliği kullanılmasını engellemektedir²³³".

Fikrimizce bu görüşü kabul edecek olursak mümeyyiz küçük için sözkonusu olan hak ehliyetinden yoksunluk mümeyyiz kısıtlı açısından da sözkonusudur. Öğreti hacir altına alınmış olanların "tam fiil ehliyetine" sahip olmadıkları için miras sözleşmesi yapamayacaklarını kabul etmektedir. Tam fiil ehliyetine sahip olmanın şartları ise reşit olmak, temyiz kudretine sahip olmak ve kısıtlı olmamaktır. Madem ki kısıtlı olmamakda tam fiil ehliyetinin olumsuz da olsa şartlarından biridir, o zaman kısıtlı olan mümeyyiz mahcur için de miras sözleşmesi yönünden hak ehliyeti doğmamaktadır. Bu takdirde, bir ayrıma gitmeden, sınırlı ehliyetsizlerin miras sözleşmesi yapmak bir kişilik işlemi hakkı olduğu için değil de daha hak doğmadığı için bu sözleşmeyi yapamayacaklarını kabul etmek gerekir. Aksinin, gerekçe ile çeliştiği kanaatindeyiz.

Bize göre, ölüme bağlı tasarruf yapmak bir kişilik işlemi hakkının kullanılmasıdır²³⁴. Ancak, sınırlı ehliyetsizler, miras sözleşmesi yapma ehliyetine sahip olmadıkları için miras sözleşmesi yapma konusunda hak

²³². DURAL, sh.61-62.

²³³. DURAL, sh.63 dn 27.

²³⁴. Yarg. 2. HD. E.1983/978 K.1983/2735 T.29.3.1983 (YKD. C.X, Şubat 1984, S.2, sh.204).

ehliyetine de sahip degillerdir. Dolayısıyla bir kişilik işlemi hakkı olması sebebiyle değil hak ehliyetleri olmadıkları için ölüme bağlı tasarrufta bulunamazlar.

Vasiyetçi, bizzat düzenlemek zorunda olduğu ölüme bağlı tasarrufunun içeriğini de bizzat tayin etmelidir. Ölüme bağlı kazandırmanın lehdarının veya ölüme bağlı tasarruf konusunun belirlenmesi *kural olarak* üçüncü kişiye bırakılamaz²³⁵.

Kural bu olmakla beraber, örneğin Schärer, daha sonra, önceden tahmin edilemez gelişmeler ve ilişkilerin değişmesi dolayısıyla, üçüncü kişinin iradesinin işe karıştırılabileceği, "az sayıda ve belirli adaylar" arasından, üçüncü kişiye lehdar tayini imkanının verilebileceği kanaatindedir²³⁶.

İsviçre-Türk öğretisinde hakim olan düşünce, seçimin bir üçüncü kişiye bırakılmasına hiç bir şekilde cevaz vermez, istisna tanımaz²³⁷. Ancak bu sert çözümü eleştiren görüş de mevcuttur. "Üçüncü kişinin seçimi hangi objektif esaslara göre yapacağının bizzat miras bırakan tarafından ölüme bağlı tasarrufunda yeteri kadar

²³⁵. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, sh.146.

²³⁶. SCHÄRER, sh.200.

²³⁷. GURSOY, sh.52; EREN, Fikret, Türk Medeni Hukukunda Ölüme Bağlı Tasarrufların iptali Davası, Ankara 1966, sh.17; İMRE, sh.189 vd.; İMRE/ERMAN, sh.121-122; ATF 89/1963 II 278= JdT 1964 I 322 vd. Ancak İMRE, "murisin belirli şahısları gösterip bunlardan birisinin seçimini üçüncü kişiye bıraktığı durumda, durumun tamamıyla belirsiz bulunmadığı, sırf bu sebepten dolayı vasiyetin hükümsüzlüğü sonucuna kadar gidilmesinin fazlası ile sert bir davranış olacağı düşünülebilir" demektedir (sh.190, dn.17).

belirtilmiş olması" ve "seçilmesi öngörülen dar bir kişiler grubunun miras bırakan tarafından gösterilmiş olması" durumlarında temel kurala bir istisna tanınması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu iki şartın gerçekleşmesini hem mirasçı nasbında hem de vasiyet halinde aramakta, birinin noksanlığı halinde miras bırakanın mansup mirasçısının veya vasiyet alacaklısının belli edilmesini üçüncü bir kişiye bırakan tasarrufu geçersiz kabul etmektedir²³⁸.

7. Evlâd Edinme

Evlâd edinme iradesi bir kişilik işlemi hakkıdır. Ancak Kanun gereği, mümeyyiz kısıtlılar vesayet altında iseler evlâd edinebilmek için vasi ve vesayet dairelerinin de muvafakatini almak zorundadırlar (MK.md.406 bend 1). Velayet altında iseler, veli sıfatını haiz olanın izni yeterlidir.

Tam ehliyetsizler ise evlâd edinemez. Gayrimümeyyizlerin evlâd edinmesi "evlâd edinme" müessesesinin amacına da aykırıdır. Evlâd edinmenin şartlarından biri olan menfaat veya diğer haklı sebebin bulunması şartlarının gayrimümeyyizler açısından gerçekleşmesi imkânsızdır, hakim gerekli izni vermez (MK.md.256/c.3). Aslında istisnalar haricinde bu durum mümeyyiz kısıtlılar açısından da sözkonusudur²³⁹.

²³⁸. KOCAYUSUFPASOĞLU, sh.150-155.

²³⁹. ATAAY, Aytekin, Medeni Hukukda Evlâd Edinme, 1.Fasikül, Giriş-Evlâd Edinmenin Meydana Gelmesi, İstanbul 1957, sh.62.

Eşlerden birinin evlâd edinmesi diğer eşin rızasına bağlıdır (MK.md.255 c.1). Rızanın açıklanması bir kişilik işlemi hakkıdır, dolayısıyla temyiz kudreti bulunan kısıtlıılar bu rızayı kendi başlarına açıklayabilirler²⁴⁰.

14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı değişiklikten önce, yasada bir açıklık bulunmadığından, eşinin evlad edinmesine rıza gösterecek eşin tam ehliyetsiz olması durumunda öğretide; ehliyetli eşin evlad edinemeyeceği veya bu durumda tam ehliyetsiz eşin rızasının aranmaması gerektiği ya da kanuni temsilcinin onun yerine rıza açıklamasında bulunabileceği şeklinde tartışmalar yapılmakta idi. 3678 sayılı değişiklikle Medeni Kanun'un 255. maddesine eklenen "devamlı olarak temyiz kudretinden mahrum eşin rızası aranmaz, bu halde hakim temyiz kudretinden mahrum eşin kanuni mümessilini dinler, haklı sebeplerin varlığı halinde talebin kabulüne karar verir" hükmü ile bu tartışmalara son verilmiştir.

Evladlık bakımından ise, evlâdlığa alınmada verilecek rızanın tam ehliyetsizlerde, vesayet altında iseler vesayet dairelerinin muvafaktinin eklenmesi şartıyla kanuni temsilci tarafından kullanılması gayrimümeyyizlerin korunması amacına uygun düşer.

²⁴⁰. LADOR, sh.126; ATAAY, AYTEKİN, Eşinin Evlad Edinmesine Onamını Bildirmesi Gereken Öteki Eşin Ayırt Gücünden (Temyiz Kudretinden) Yoksunluğu, İHFM, C.XXXVIII, S.1-4, İstanbul 1973, sh.439.

§ 7.SONUÇ

Haklar, konuları itibariyle kişivarlığı hakları ve malvarlığı hakları olarak ikiye ayrılmaktadır. Kişivarlığı hakları mali değer takdir edilemeyen, manevi degere sahip haklardır. Kişivarlığı hakları içinde birinci sırada kişilik hakkı yer alır. Mutlak ve birincil bir kişivarlığı hakkıdır.

Kişivarlığı alanına dahil sayılan diğer bir hak grubu da başkasının kişilik alanına ilişkin yetkililerdir. Velayet, vesayet hakkı gibi. Mutlak nitelikte aile hakları olarak isimlendirilen bu haklar, batı hukukunda, son zamanlarda, bir görev, kamu gözetiminde gerçekleştirilen bir aile hukuku ödevi olarak görülmekte, mutlak haklardan sayılmamaktadırlar. Bu aile hukuku ödevlerinin üçüncü kişiye karşı mutlak haklara benzer şekilde korunduğu kabul edilmekte idi. Ancak artık bu alanda mutlaka mutlak hak koruması benzerliğinden de sözetmeye gerek yoktur. Çünkü velayet ve vesayet gibi aile hukukuna ilişkin ödevlerin kamu gözetiminde gerçekleşmesi dolayısıyla üçüncü kişilere karşı da kamu hukukundan gelen bir etki ile korunduğu söylenebilir.

Kişivarlığı alanına bir de nisbi nitelikte aile hakları girmektedir. Nafaka talebi gibi mali değer taşıyanlar malvarlığı haklarına girerken, eşler arasında sadakat ve müzaheret yükümü (MK.md.151/f.2) gibi aile vazifeleri de kişi varlığına girer. Şu halde mutlak ve nisbi nitelikteki aile haklarını bir yana bırakacak

olursak, kişivarlığı hakları kapsamına bir kişilik hakkı bir de kişilik alanına giren değerlere ilişkin olarak işlem yapma hakları yani kişilik işlemi hakları girer.

Kişilik işlemi hakkı kavramı kanunda tarif edilmemiş, Medeni Kanun madde 16 cümle 2'de sınırlı ehliyetsizlerin "münhasıran şahsa merbut hakları kullanmakta" kanuni temsilcilerinin rızasına muhtaç olmadıkları hüküm altına alınarak, mehz İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi (art.19/2 CCS), sadece hakkın varlığı belirtilmiştir. Öğreti ve içtihat genelde örnekler ile kavramın sınırlarını çizme yoluna gitmişler ve bir takım ayrımlara da tabi tutmuşlardır. Bu konuda en yaygın ayırım mutlak kişilik işlemi hakları ile nisbi kişilik işlemi hakları ayırımıdır. Biz bu ayrımı içeriğinin yazardan yazara değişmesi, bir kritere oturtulamaması gibi nedenlerle eleştirmekteyiz.

Bize göre kişilik işlemi hakları üç ana başlık altında toplanabilir: Kişivarlığı alanı yenilik doğuran hakları (boşanma, nesebin reddi gibi); kişivarlığı alanında ileri sürülen talep hakları (manevi tazminat isteme); dar anlamda hak sayılmayam imkân hakları (evlad edinme sözleşmesi yapma, evlenme, nişanlanma "hakları" gibi).

Bu işlemlerden bir kısmı, başlangıçta, doğrudan doğruya kişilik alanı değerlerini koruyan kişilik hakkının ve buna bağlı olarak hak ehliyetinin sağladığı potansiyel imkâna dayanır. Ancak kişinin hak ehliyeti bu işlemi yapma açısından sınırlı ise, esasen kişilik işlemi hakkı da mevcut değildir. Malvarlığında bir aynı hak var olmadıkça aynı hakkın potansiyel varlığından sözedilmesinin nasıl bir

anlamı yoksa kişilik işlemi hakkı da hak ehliyetine dayanılarak gerçekleştirilmemişse ve gerçekleştirilemiyorsa bu hakkın nazari varlığından da sözedilemez. Ancak kişinin bu açıdan hak ehliyeti varsa, kişilik işlemi haklarının varlığından sözedilebilir. Malvarlığı alanında bu anlamda işlem yapma haklarından ayrı ayrı söz etmek yerine, kişinin hak ve fiil ehliyetinden sözedilmekle yetinilir.

Kişivarlığı alanında belki de insan hakları kuramından gelen münferid hakların ayrı ayrı sayılması eğilimi dolayısıyla henüz kurulmamış kişilik işlemleri içinde, evlenme hakkı, nişanlanma hakkı gibi haklardan sözedilmektedir. Aslında bir hukuki işlemi yapma imkanına sahip olmak gerçek anlamda hak olarak nitelendirilemez. Bu nedenle, bu alanda hak yerine hak ehliyeti teriminin kullanılması kargaşayı önleyecektir. Böylece kişilik işlemi hakkı teriminin teknik anlamının kapsamı da biraz daha daraltılmış olacaktır.

Geniş anlamda kişilik işlemi hakkı terimi içine kişilik işlemleri yapma konusunda hak ehliyetine sahip olma durumları (diğer alanlarda hak olarak görülmesi dahi kişivarlığı alanında kişivarlığı sözleşmelerinin yapılması) ile işlem yapma kavramına giren kişivarlığı alanında ileri sürülen talep hakları; dar anlamı ile de kurulmuş kişilik işlemlerine bağlı kişivarlığı alanı yenilik doğuran hakları girmektedir. Bizim kişilik işlemi terimini tercih etmemizin nedeni, geniş anlamı ile de kullanılacak olsa, bütün kişilik işlemi haklarının kişilik alanını ilgilendiren işlem yapma hakları olmasıdır.

Kişilik işlemi haklarının teknik ve dar anlamı böylece belirlendikten sonra şunu da söyleyebiliriz ki; belirli kişilik işlemleri yapma hususunda esasen hak ehliyeti yok ise kanuni temsilcinin de temsili sözkonusu olamaz. Asilin hak ehliyetinin olmadığı durumda fiil ehliyeti bulunan kanuni temsilcinin temsilen yaptığı işlem de aynı yaptırım ile karşılaşır. Kanunun özel olarak düzenlediği bazı durumlarda bu yaptırım daha da ağırdır.

Öğretide yaygın olarak, kanuni temsil düşmanlığının kişilik işlemi haklarının ayırıcı unsuru olduğu kabul edilmektedir. Biz, kanuni temsili kişilik işlemi haklarının ayırıcı unsuru ya da belirleyici özelliği olarak gören düşünceye katılmıyoruz. "Temsil düşmanlığı vardır, o zaman kişilik işlemi hakkıdır" yanlış, "kişilik işlemi hakkıdır, bu nedenle temsil düşmanlığı sözkonusudur" önermesi daha doğrudur. Ve bu önermeyi de ancak sınırlı ehliyetsizler açısından kabul ediyoruz. Zira sınırlı ehliyetsizler, tam ehliyetsizlerin aksine temyiz kudretine sahiptirler ve bu sebeple de, kişilik işlemi hakları, kural olarak, kanuni temsilci tarafından kullanılamaz. Bizim de katıldığımız görüşe göre, temsil düşmanlığı unsur olarak değil de temyiz kudretine sahip ehliyetsizin yararlandığı genişletilmiş ehliyetin sonucu olarak görülmelidir. Diğer bir deyişle; burada Medeni Kanun madde 23 fıkra 2'de olduğu gibi, kişiliğin bizzat kişiye, hak sahibine karşı korunmasını amaçlayan bir yasak sözkonusudur (MK.md.23/f.2, MK.md.5 ve BK.md.19).

Daha önce de belirttiğimiz gibi, kişilik işlemi

haklarının temelinde geniş anlamda insan hakkı kapsamına giren kişinin eylem hürriyeti vardır. Üstelik bu eylem hürriyeti malvarlığı alanında değil kişilik alanında sözkonusu olmaktadır. Bu sebeple temsil yasağının anlamı da, Medeni Kanun madde 23 fıkra 2'de olduğu gibi kişilik alanındaki eylem hürriyeti kişinin kendisine karşı dahi korunmuş olduğuna göre, üçüncü kişilere karşı öncelikle korunmuştur. Şu halde temsil yasağının amacı yine kişinin korunmasıdır. Durum böyle olunca, amaca göre yorum yaptığımızda, temsil yasağı kurallarının tam aksine kişiyi korumama sonucu doğurduğu hallerde, ki bu gayrimümeyyizler için sözkonusu olur, kanuni temsile cevaz vermek gerekir. Gayrimümeyyiz küçüğün evlâd edinilmesinde olduğu gibi.

İradi temsil bakımından aynı gerekçe sözkonusu olamaz. Çünkü kişi mümeyyiz değil ise esasen yetkilendirme işlemi de geçersizdir. Mümeyyiz ise işlemi bizzat yapacak durumdadır.

Aslında hak ehliyeti olmadığı hallerde, ki kişilik işlemi haklarında hak ehliyetinin varlık şartı kural olarak temyiz kudretidir, temsilin de sözkonusu olamayacağı açıktır (akıl hastasının evlenmesi). Ancak bir ilişki kurulmuş ve butlan hükmü verilinceye kadar sonuç doğuruyorsa, ilgili gayrimümeyyiz de olsa yenilik doğuran kişilik işlemi hakkı doğmuş sayılır (evlenmeye son verme hakları gibi). Biz bu hakların kanuni temsilci vasıtasıyla kullanılmasına izin vermez isek amaca göre yorum ilkesine uygun davranmamış oluruz. Şu halde esasen var olan, doğmuş olan kişilik işlemi haklarının kullanılmasında kanuni

temsile cevaz verilmelidir.

Hak ehliyeti var kabul edilip de sadece fiil ehliyeti yoksa koruma amacının tam aksine döndüğü ve koruma kuralının ters sonuç verdiği durumlarda da kanuni temsil kabul edilmelidir. Ölüme bağlı tasarruf yapma gibi konularda koruma kuralının tersine sonuç verdiği söylenemez. Ancak, ıskat maddi anlamda ölüme bağlı tasarrufu açısından tereddüt edilebilirse de esasen mahrumiyet varsa bu sebep kendiliğinden sonuç doğuracağından, mahrumiyet sebebi olmayacak diğer ıskat sebeplerinin bir çoğunda, esasen, kanuni temsilciye bir başvurma hakkının tanınmasına gerek olmadığı düşünülebilir. Fakat bu gibi durumlarda kanuni temsilciye ıskat tasarrufu yapma hakkının tanınması yerine, akıl hastası babayı döven çocuk örneğinde olduğu gibi, korunmaya muhtaç olan kişileri koruyacak daha elverişli kanuni düzenleme yapılmalıdır. Bu husus korunmaya muhtaç kişilerin korunması alanına girer. Örneğin, bu gibi kötü muamelelere maruz kalan bir kimseye; eşi kötü muamele ediyorsa cana kast söz konusu olmaksızın pek fena muamele halinde dahi kanuni temsilciye boşanma davası açma hakkı tanıyarak beklenen mirasçılığı ortadan kaldırma imkânı vardır. Fakat kötü muamele eden eş değil de diğer bir mirasçı ise, öldürme teşebbüsü söz konusu olmadıkça, mahrumiyet söz konusu olamayacaktır. İşte bu gibi durumlarda kanuni temsilciye kişilik işlemi hakkı olan vasiyetname yapma imkânını tanımak değil, açık bir kanun kuralı ile koruma yetki ve görevi verilmiş yargı organlarına başvurarak gereken tedbirlerin alınması ve

murise çok kötü muamele eden kanuni mirasçının, durumun özel ağırlığı gerektiriyorsa, ölümden önce mirastan mahrumiyeti sonucunu doğuran bir yargı kararı verilmesi imkânının düşünülmesi gerekir. Bu konunun ayrıntıları kişilik işlemi hakkı konusunun dışına çıktığından sadece bu alanda kanuni temsil imkanı tanınmaması fakat korunmaya muhtaç kişilere koruma amacıyla düzenlenecek bir özel hukuk cezasının düşünülmesini tavsiye edebiliriz.

Son olarak, ögretide kişilik işlemi hakkı olarak kabul edilen derneğe üye olma hakkı ve dernekle ilgili diğer hakların kısaca üye-dernek ilişkisinin bizce yalnız intuitus personae unsurunu taşıdığını, bu çerçevede bir kişilik işlemi hakkının sözkonusu olmadığını vurgulamak istiyoruz (bkz. § 4).

Intuitus personae unsuru bulunan sözleşmeler ve ilişkiler daha geniş kapsamlı bir kavram oluşturur. Bütün kişilik işlemlerinde eğer bu işlem bir sözleşme ise bu unsur bulunmakta, ancak kişilik işlemi niteliğinde olmayan Borçlar Hukuku sözleşmelerinin bazılarında da bu unsura rastlanmaktadır. Bu ayırım yapılırken hakın niteliği olan varlığı kişiye bağlı oluş ile sözleşmenin niteliği olan intuitus personae unsurunu da birbirine karıştırmamak gerekir. Bütün bu hususlar karıştırıldığı için yanlış anlamalar ve yanlış sınıflandırmalar olmaktadır.

Kanaatimizce; önerdiğimiz ölçütler ve kavram sınırlamaları kabul edildiği takdirde, bu alandaki kavram ve terim kargaşası da sona ermiş olacaktır.