

## ŞAHSİYET HAKLARI İLE İLGİLİ MESELELER (\*)

Yazan : Prof. Dr. W. SIEBERT

Çeviren : Dr. Bilge ÖZTAN

1. *Giriş: 1) Şahsiyetin tehlikeye maruz kalması*: Şahsiyet meselesi, son senelerde hukukî tartışmalarda ve içtihatlarda üzerinde fazla durulmaya başlanan bir konu halini almıştır (1). Şahsiyete ve onun korunmasına gösterilen çabanın nedenleri, totaliter devlet idarelerinin fertlere karşı olan tutumları sonucunda ortaya çıkan olaylarda ve toplumdaki menfaat gruplarının fertlerde yarattığı endişede saklıdır. Bu endişelerin yanında aynı zamanda, teknik alandaki ilerlemeler de şahsiyete verilmesi gereken önemi arttırmakta, özellikle şahsiyetin iç ve dış himayesinin ve ferdin kendi vicdanına karşı olan sorumluluğunun ele alınması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Ferdin toplumla ilişkisini ele alan meseleler, ferdin topluma zorunlu bağlılığını açık bir şekilde ifade eden toplum düzeni düşüncesiyle yakından ilgilidir. Bunun yanında, ferdin fertle ilişkilerini, diğer bir deyişle, insanlar arasındaki bağları derinlemesine inceleyen etüdler de önem kazanmıştır. Burada çözümü gereken mesele, şahsiyetin özel hukuk yönünden geniş ölçüde bir korunmaya ihtiyaç gösterip göstermediğidir: «Aca-ba, şahsiyet insanların birbirleriyle olan ilişkilerinde herkes tarafından hürmet edilmesi gerekli bir kavram mıdır?» (2).

Günümüzde herşeye daha fazla nüfuz eden aleniyet ve herşeyi kendi kuvveti altına almaya çalışan teknik, şahsiyetin iç ve dış sahalarına olan müdahalelerini de tahmin edilmeyen bir şekilde ve genişlikte arttırmıştır. Bu nedenle şahsiyet meseleleri bu-

(\*) NJW 11. Jahrgang 1958 Heft 36, sh. 1369-1374'den çevrilmiştir. (Çev. not.)

(1) Karşılaştırmız. **Hubmann**, Das Persönlichkeitsrecht, 1953, (Beiträge zum Handels-, Wirtschafts- und Steurrecht, H. 4 Köln, Böhlau 1953, 264 S. DM. 17, 80). Makale Hubmann'ın bu eserini bir kitap tahlili şeklinde geniş ölçüde değerlendirmektedir. Makalenin mahzur görülemeyecek geçikmesinde belki bir tek fayda görülmektedir. O da Hubmann'ın temas ettiği meselenin değişikliğe uğramaksızın hala aktüel olmasıdır.

(2) **Hubmann**, Persönlichkeitsrecht, Sh. 6.

gün ciddi olarak ele alınmayı gerektiren konular olmuştur. İnsan iradesinin, pozitif ilimlerin ortaya çıkışından bu yana bu ilimler vasıtasıyla dünyayı tekniğe bağlı kılma çabasında olduğu ve hatta bütün canlıları tekniğin kuvvetine teslim etmek için beklediği ilk defa zamanımıza açıkça görülmektedir (3). İnsanların diğer insanlar için sadece teknik bir vasıta olması zorunluğu başlangıçta hernekadar farkedilememişse de, devrimizin tanıtıcı vasfı olmuş ve durumu izleyenleri endişe de bırakmıştır (4).

Bu gelişmenin etkileri, şahsiyetin bütün sahalarında belli olmaktadır. İnsan zekâsının yaratıcılığı, aleniyeti, basından ses alma cihazlarına kadar, hertürlü vasıta ile çoğaltarak, yayma imkânını bulmuştur. Ses alma cihazlarına alınan her kelime hemen hemen sahipsiz mal olarak kabul edilmektedir. Aynı şekilde bilgilerin ve haberlerin mahiyeti, bunların cinsi ve veriliş yolları değişik problemler ortaya çıkmaktadır. Basın, radyo, fotoğraf, ses alma cihazları gerçekleri milyonlarca defa çoğaltmaktadırlar. Fakat doğru olmayanların, hatalı bilgi veya malûmatların da yayılmasında aynı artış görülmektedir. Bu itibarla *Freud* bu ilerlemelerden haklı olarak — bugün hepimizin hakikatı bulmak için, bir hatanın sadece çok az insanı yanılttığı eski zamanlardakinden çok daha fazla çaba göstermek zorunluluğu ile karşı karşıya kalmış bulunuyoruz — sonucunu çıkarmaktadır. (5) Bugün basına, radyo veya teyplere geçebilecek her şey için sert tedbirlerin alınması gerekmektedir.

Teknik, şahsiyetin özel sahasına açık bir şekilde müdahale etmek istidadındadır. Ses alma cihazları ve diğer modern dinleme âletleri insanların özel gizli sahalarını ortadan kaldırma yolundadırlar (6). Hiç kimse bu sahada teknik ilerlemenin daha nereye kadar gideceğini bilememektedir; fakat mutlak bir kesinlikle bilinen husus, tekniğin bu alanda bugüne kadar kesintisiz bir ilerleme içinde olduğu ve yakın bir gelecekte ferdin diğer şahısların gözlerin-

(3) **Heidegger**, Holzwege (1950), Sh. 267.

(4) Karşılaştırınız. meselâ, **Heidegger**, age., **Max Bense**, Technische Existenz (1949); **Jaspers**, Die geistige Situation der Zeit, 4. Bası (1932); **Hans Freyer**, Theorie des gegenwärtigen Zeitalters (1955); **Guardini**, Das Ende der Neuzeit 5. Bası, (1954); **Gehlen**, Die Seele im technischen Zeitalter- Sozialpsychologische Probleme in der industriellen Gesellschaft (1957).

(5) **Freud**, «Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten» tarafından düzenlenen bir çalışmada «Tonband -Aufnahmen, Zulässigkeit und Grenzen ihrer Verwendung im Rechtsstaat» isimli konferansında alenilik ve gizlilik üzerinde konuşmuştur. (1957) Sh. 12 ff., 19.

(6) Karşılaştırınız. **Süss**, Geheimsphäre und moderne Technik, Festsch. f. **H. Lehmann**, Bd. 1 (1956) S. 189 f.

den veya kulaklarından saklı kalabilecek kendine has bir sahasının kalmayacağıdır. Aleniyet, bugüne kadar ferдин gizli kalmış düşünce âlemine de müdahale etmektedir; ferдин kendine has gizli özel sahasına dahil olan düşüncelerini yalan makineleri ile ortaya koymak mümkün olacaktır.

2. *Pozitif hukukta şahsiyet* : Zamanımızın bir özelliği olan şahsiyete genel tecavüz meselesi karşısında pozitif hukukun gerekli koruyucu hükümleri kapsayıp kapsamadığı sorusu haklı olarak sorulabilir; zira, teknik alandakilerin hukukçu ve kanun koyuculardan daha hızlı hareket etmiş olmaları tehlikesi mevcuttur.

a) Kanunumuz, bazı şahsî varlıklar üzerinde, fertlere hâkimiyet hakkı veren, pozitif hukukça tanzim edilmiş münferit hakları hükme bağlamıştır. Meselâ, § 12 BGB münferit bir şahsiyet hakkı olan «ismi» ele almıştır. İsim, şahsiyetin önemli bir kısmını teşkil etmekte ve ferdi dış âleme tanıtılmaktadır (7). İsim üzerindeki hak, mutlak bir hak olarak korunmaktadır. Bu hak herkese karşı korunmuştur; isme yapılan hukuka aykırı bir tecavüz, ferde ismini koruma hakkı vermektedir; hukuka aykırı kusurlu bir tecavüz ise § 825 fıkra 1 BGB'ye göre tazminat talebi hakkını doğurmaktadır (8).

Ayrıca, § 823 fıkra II BGB diğer kanun maddeleri ile korunan şahsiyet haklarını da himaye etmiştir. Meselâ, StGB 185 vd. ile hükme bağlanan haysiyetin korunması meselesi, şayet StGB 185 vd. daki maddelerden herhangi birinin şartları gerçekleşmiş ise, hususî hukuk yönünden de § 823 fıkra II ile de himaye edilir. Ayrıca § 824 ticarî itibarı (9) ve § 825 kadının şeref ve haysiyetini himaye eden tedbirlere yer vermiştir.

Münferit şahsiyet hakları ile ilgili diğer bir misâl ferдин kendi hakkındaki malûmat üzerindeki hakkıdır. Bu hak § § 22 KUG (10) da korunmuştur. Bu maddeye göre bir şahıs hakkındaki bilgi sadece o şahsın rızası ile yayılabilir veya alenileştirilebilir (11). Bundan

(7) İçtihatlarda ve doktrinde hakim fikir bu yoldadır. Bakınız. RGZ 69, 119, 47; **Enneccerus-Nipperdey**; Allg. Teil, 14. Bası, 1. Band (1952) Sh. 215 ve 276; **Neumann-Duesberg**, NJW 50, 15; **Soergel-Siebert** (Soergel, 8. Bası, Bd. 1, 1952) Vorbem. 11 vor § 12; **Staudinger-Coing** (Staudinger, 11. Bası, Bd. I, 1956) § 12 Anm. 18a,

(8) Tecavüzün men'i ve zarar tazmini talepleri Bkz. **Soergel-Siebert**, § 12 bem. IV.

(9) Bununla ilgili olarak meselâ, RGZ 148, 122.

(10) 9.1.1907 (RG Bl. S. 7).

(11) Zamanın meşhur şahısları hakkında malûmat verme bunun bu istisnasını teşkil etmektedir. Bkz. RG, JW. 28, 421; RGZ 125, 80.

başka, şahsiyet haklarının sözkonusu olduğu, edebiyat, heykeltraşlık fotoğrafçılık sahalarındaki kadar diğer sanat sahalarında da aynı şekilde herkes buluş hakkına sahiptir; bu hak bir şahsiyet hakkıdır; görünüşteki sınırsız elden ele geçmesi gerçeğine rağmen, yine hak yarat sahibine bağlıdır (12). Şahsiyet hakkı özellikle, ihtira beratında ve isminin bildirilmesi hakkını mücide veren ve bu yönden ihtira beratından ayrılan mucit haklarında ortaya çıkar. Mucit ihtira beratının alınması ve patentin alenileştirilirken isminin bildirilmesini isteme hakkını haizdir (13). Kanun koyucu icat edeni, özellikle onun haklarını korumuş, buluşuna diğer fertlerin saygı göstermesini talep hakkını kendisine vermiştir (14).

b) İçtihatlar, şahsiyeti, pozitif hukukda mevcut şahsiyeti koruyan hükümlerin muhtevalarını aşarak, himaye etmektedir. Bugün kişinin haysiyeti, hukuka aykırı hertürlü ihlâlê karşı korunmaktadır. Bu ihlâllerde kusur şartının aranmadığı açıkça bilinmektedir. Bütün mutlak hakların himayesinin § 12, 862, 1004 (15) BGB' de ifadelerini bulmuş olan hukukî esaslardan birine dayanılarak müdafaa edilmesi kabul edilmekle beraber, mahkemeler önemli sayılacak bir adım daha atmış ve sübjektif haklar için tanınan bu himayeyi hukuk tarafından mutlak olarak korunan bütün diğer hukukî durumlara yaymıştır. Pratik alanda bu himâye, özellikle, insan haysiyetinin korunması meselesinde önem taşır (16). Bununla beraber, içtihatlar, haysiyetin hukuka aykırı ihlâlî halinde ortaya çıkan müdafaa hakkını § 823 fıkra I anlamında «diğer haklardan» biri olarak tanımamıştır (17).

- 
- (12) Telif hakları üzerinde muayyen yetkiler mahfuz tutulabilir. Meselâ bir eserın değiştirilmesi (§ 9 LITUG ve § 12 KUG), bkz. RGZ 79, 397; 110, 393; 123, 312; **Ulmer**, Urheber und Verlagsrecht (1951) özellikle sh. 222 vd.; **de Boor**, Urheber-und Verlagsrecht (1917) özellikle sh. 11 vd., 47 vd. ve 169 vd.; **Elster**, Urheber-und Erfinder-Warenzeichen-und Wettbewerbsrecht, 2'nci bası, (1928) sh. 43 vd. 86 vd.
- (13) Bkz. § 36 ve § 3,5 Pat G.
- (14) İcat hakkı şahsiyet hakkı olarak patent müessesesinin henüz kurulmadığı zamanlarda önem kazanmıştır. Bu yolla mucidin haklarının korunması imkânı aranmıştır. Bunun için bkz. LG Mainz, GRUR 50, 44; Benkard, GRUR 50, 481; Farklı düşünüş için bkz. OLG Hamburg, GRUR 50, 82; Lindenmaier, GRUR 49, 309.
- (15) Bundan başka §§ 1027, 1029, 1065 fıkra 2, 1090 fıkra 2, 1134, 1192, 1227 BGB, § 47 Pat G. § 24 WZG, § 15 Gebr MG. § 14 Ge. MG.
- (16) Kıyaslayınız. özellikle RGZ 148, 123; 153, 210; 170, 317; OHG. NJW 49, 24; BGH. NJW 51 352 GRUR 51, 283.
- (17) Kıyaslayınız. Özellikle RGZ 140, 393; **Neumann-Duesberg**, Das gesprochené Wort im Urheber-und Persönlichkeitsrecht, (1949) S. 180.

İçtihatlar, § 12 BGB'deki hükümden ismin, sadece bir varlığı diğerlerinden ayırdedebilmek için kullanılmadığını, bu özelliği aşan, şahsiyeti ferdileştiren, yani ferdi kendine has özellikleri ile dış âleme tanıtmaya yarayan bir vasfı da taşıdığını kabul etmişlerdir. Bu itibarla, yabancı bir şahsiyete has olan ismin, her türlü haksız kullanılması halinde, ismi haksız şekilde kullanan şahsa § 12 BGB'ye başvurma imkânı verilmektedir. İsimle kendine has bir durum kazanan şahsiyet, üçüncü şahıslara karşı ve dış âlemlerle olan ilişkilerinde haksız iddialara karşı korunmuştur. RG «ismin, onu taşıyan ferdin şahsiyeti ile olan sıkı bağlılığını» gözönünde tutmuştur (18).

İçtihat ve doktrin § 826 BGB'de sözkonusu olan şahsiyetin himayesinin, ahlakî ve iktisadî karar verme serbestisini de kapsadığı neticesini çıkarmıştır (19). Bu madde sadece iftiraları değil, aksine şuurlu bir ihtiyatsızlıkla doğru olmadığını bilmeksizin haysiyet ihlâl edici, örf ve adete aykırı iddiaları ve hatta bazı hallerde bu çeşit iddiaların doğruluğuna rağmen, bunların yayılma halini de kapsamaktadır (20). İçtihat, ticari işletmelerde sözkonusu olan hakları, § 823 fıkra I BGB'deki «diğer hak» kavramına dahil ederek, bu hakları (21) doğrudan doğruya olan tecavüzlere karşı korumuş (22) ve bunları şahsiyet hakkı olarak kabul etmiştir. Nihayet pratik bakımdan şahsiyet haklarının en mühim yayılma sahası firma, marka ve rekabet hukuku sahalarındadır (23).

3. *Genel bir şahsiyet hakkı mı?* Birkaç şahsiyet hakkı üzerinde yapılan kısa bir inceleme, şahsiyetin münferit şahsiyet hakları ile geniş ölçüde korunduğunu ortaya koyar. Buna rağmen şahsiyet haklarının bir kısmı bugüne kadar hukukî bir himayeden mahrum kalmıştır. Meselâ, iş üzerindeki şahsiyet hakkı. Herne kadar iş gücünü takdimde her şahıs serbestse de, bu hak «diğer haklar» anlamında bir şahsiyet hakkı olarak tanınmamıştır (24). Ka-

(18) Kıyaslayınız. RGZ 74, 308 Graf Zeppelin olayı); Aynı şekilde **Reiser**, Wettbewerbs-und Warenzeichenrecht, 3. Bası, (1954) S. 262. ff. 268, **Soergel-Siebert** Vorbem. I ve Bem. II 3 zu § 12.

(19) RGZ 104, 327; 140, 392.

(20) RGZ 140, 396; Coing SJZ 47, 641.

(21) Teslim edenin veya alanın tesiri ile meydana gelen tahriplere karşı değil.

(22) Zengin sayıda içtihatlardan bazıları. RGZ 60, 6; 61, 366; 102, 225; 116, 151; 126, 96; Son zamanlardaki doktrinden Hubmann, ZHR 117, 41 vd; **Schippel**, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, 1956.

(23) Kıyaslayınız, **Sorgel-Siebert**, § 12 Bem. V.

(24) RGZ 51, 373; 64, 155.

nun koyucu, aileye karşı duyulan hürmet hissini (25) neticesi olarak, aile fertlerine ve aynı sulbtan gelenlere aynı soyadını taşıma hakkını tanıyarak bir ayırma ve özelleştirme yapmakta ise de bunun yarında bu fert grubunu diğer himaye yolları ile de koruması ihtimali de mevcuttur (26). Teknik çağın yukarıda belirtilen tehlikelerinin tehdidi karşısında şahsiyeti münferit haklarla değil, herkese karşı ileri sürülebilecek mutlak hak olarak genel bir şahsiyet hakkının kabulü ile koruma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Böyle genel bir şahsiyet hakkı şimdiye kadar tanınmış olan özel şahsiyet haklarının bir dereceye kadar temelini teşkil edip, şahsiyet sahasına vaki olacak yeni tecavüzlere karşı tesirli bir şekilde karşı koyabilecek hükümleri kapsayan umumî bir hüküm (Generalklausel) olarak kabul edilmelidir.

Genel bir şahsiyet hakkının lehindeki düşünceler hernekadar hissedilir derecede kuvvetlenmişse de bugüne kadar içtihat ve doktrinde bu mesele üzerinde tam bir anlaşmaya varılamamıştır (27). Genel bir şahsiyet hakkının kabulüne karşı olanlar, sebeplerin hukuk doğmatığı alanında olduğunu, herşeyden evvel de mutlak hak doktrininin kendine has olan hususiyetlerini ileri sürmektedirler. Pratik sahada da, genel bir prensipten, hukukî emniyetsizliklerin ortaya çıkacağından ve fertlerin birbirleri ile olan münasebetlerinde gerginleşme olabileceğinden bahsetmektedirler.

Sübjektif hakların mahiyetinden, insanın tabiatı icabı, daima şahsiyet ve bir mâmelek ile mücehhez olduğu ileri sürülmektedir. Sübjektif hak, şahsa dış âlemde var olan herhangi bir şey üzerinde, ferdin başka hiçbir yolla sahip olamayacağı bir hâkimiyet hakkı bahşeder (28). Ayrıca sübjektif hakkın varlığı için bir hakkın kendisine bağlı olacağı bir süjeden başka, dış âlemde mevcut bir objenin de varlığı gerekir. Şahıs esas itibariyle sübjektif bir hakkı olmaksızın kendine dış âlemde bir hâkimiyet sahası yaratamaz (29). Herşeyden önce genel bir şahsiyet hakkının, şahsiyetin çok yönlü-

(25) Mahkeme annesinin mezarını oğlunun ziyarete hakkı olduğunu § 226 dan RGZ 72, 251 kararı ile çıkarmıştır.

(26) Aynı fikirde **Neumann-Duesberg** NJW 50, 14.

(27) Kıyaslayınız. Doktrin ve mahkeme kararları hakkında bu görüş için **Hübmann** Persönlichkeitsrecht S. 2 Anm. 2.

(28) v. **Tuhr**, Der allg. Teil des Deutschen Bürgerl. Rechts Bd. I (1910), sh. 151; **Staudinger-Riezler** (Staudinger, 10. Bası, Bd. I, 1935), Vorbem. 17 sh. 56.

(29) Bkz. **Neumann-Duesberg**, Das gesprochene Wort im Urheber-und Persönlichkeitsrecht (1949) S. 179; RGR Komm. z. BGB, 10. Bası (1953), s. 823 Anm. 9; **Planck**, Komm. z. BGB. 4. Bası (1913), Vorbem 3 vor § I.

lüğü dolayısıyla şahsî varlıkların neler olduğunu belirtecek bir muhtevaya sahip olamayacağıdır. Herhalde genel bir şahsiyet hakkının ihlâli, bu ihlâlin hukuka aykırı olup olmadığını tesbit için gerekli şartları ihtiva eden tipik bir hadise olarak var olmayacaktır (30).

Mutlak hakların muhtevasından hareketle genel bir şahsiyet hakkına itiraz edilmektedir. Zira herkese karşı korunması istenen manevî şahsî değerler ve ferdiyeti tanıtıcı unsurlar yoktur (31). Mutlak haklar, ihlâli herkese karşı yasaklanmış olan haklardır. Buna mukabil, şahsiyet hakkında daima şahsiyet sahasına vuku bulan bir tecavüz halinde, ihlâl eden varlıkla, tecavüze uğrayan varlık arasında menfaatler muvazenesinin kurulması sözkonusudur (32). Nihayet, genel şahsiyet hakkı umumî bir prensip olup, hâkime verilmiş açık bir kaidedir (33). BGB diğer hukuk sistemlerinin aksine haksız fiil sahasında bu umumî prensibi reddetmektedir.

*II — Genel şahsiyet hakkının doğuşu ve gelişimi:* Hubmann (34) genel bir şahsiyet hakkının kabulü ve gelişimi üzerinde hazırladığı eserinde özellikle, yukarda kısaca belirttiğimiz güçlüklerin üzerinde durmuştur. Hubmann isabetli olan bir görüşten hareketle, genel bir şahsiyet hakkındaki münakaşaların hususî hukuk doğmatığında bu hakla ilgili tek tek ana sorunların hallinde lehinde ve aleyhinde ileri sürülen tartışmalara dayanmadığı sonucuna varmaktadır. Herşeyden önce, meselenin incelenmesinde, şahsiyet kavramı altında ne anlaşıldığı, batı medeniyet âleminin ve hukuk şuurunun bu kavrama hangi kapsamı verdiği ve bu meselelerle ilgili olarak şahsiyet kavramının hukukla olan özel ilgisinin ne mahiyette olduğudur. Yukarda belirtilen araştırmaların sonuçlarına dayanılarak soru tekrarlanabilir. Acaba, mutlak haklar sahasında şahsiyetin himayesini ihtiva eden hükümlere yer verebilir mi

- (30) Özellikle Alman Mahkeme Kararları (RG) bu yoldadır. Bkz. RGZ 51, 373. Aynı görüşte **Baumbach-Hefermehl**, Wettbewerbs-und Warenzeichenrecht, 5'inci Bası 1951 sh. 24.
- (31) **Enneccerus-Lehmann**, Recht der Schuldverhältnisse, 13'üncü Bası, (1950), sh. 882 vd., 15'inci Basıda kısmen farklı (1958), § 233 I 3, sh. 936 vd., **H. Lehmann**. Allg. Teil des BGB, 10'uncu Bası (1957), § 12 I 2, 11'inci Basıda daha farklı (1958), sh. 76.
- (32) **Neumann-Duesberg**, age., sh. 179; **Enneccerus-Lehmann**, 13'üncü Bası, sh. 882; **H. Lehmann**, age.
- (33) **Schulz-Schaeffer**, Das subjektive Recht im Gebiet der unerlaubten Handlungen (1915) sh. 135; **Wieruszowski**, DRZ 27, 225.
- (34) **Hubmann**, Das Persönlichkeitsrecht (1953); yukardaki bir numaralı dip notuna bkz.

ve acaba hukuk nizamı tarafından münferit şahsî varlıkların hi-mayesi yanında şahsiyet varlığını bir bütün olarak koruyan genel bir hak ileri sürülebilir mi? (35).

1. *Hubmann*, batı kültür ve hukuk şuurunda şahsiyetin daima korunduğuna işaret etmektedir (36). Eğer yunan felsefesi ferdiyeti ortaya çıkarmışsa roma hukuk düşüncesi de ferdin toplum içindeki yerini ve hukuk düzeni içindeki hürriyetini yaratmıştır (37). Klâsik kavrama göre, insan bütün yaratıklarla tabii bir akrabalık halindedir ve kâinatın kademeli yapısında yer almaktadır. Ortaçağdaki hıristiyanlık ilk olarak insanı, tabiatın üstüne çıkarmış, Allahın sureti oluşu dolayısıyla, Allahla olan ilişkisini tanımış ve insana şimdiye kadar düşünülmemiş bir kıymet izafe etmiştir (38). Yeni çağda ise insan, bütün iç ve dış bağlardan kendini kurtararak, var oluşunun şuuruna varmaya başlamış ve doğuştan kendisinde mevcut tabii şahsiyetinin değerini takdir etmiştir. Bu son ve en büyük adımı ile, şahsiyetin tanınması için dinî, fikrî ve vicdanî baskılara karşı mücadele başlamıştır. İngiliz ve Fransız hukuk felsefesi ve devlet teorileri, Alman klâsizmi ve idealizmi şahsiyetin değerinin tanınmasının gerekliliğini savunarak bu fikri kuvvetlendirmişler ve şahsiyetin tanınması zorunluluğunu genel şuurun mal etmişlerdir. Klasik çağda şahsiyet, kıymetini kâinatın içindeki yerinden, ortaçağda Allaha karşı olan özel durumundan alırken, şimdi şahıs olması dolayısıyla kendi kendisinden almaktadır (39).

2. Genel bir şahsiyet hakkının tanınması için bioloji, fenoloji ve felsefe donelerine dayanarak şahsiyet varlığını somut bir hale getirmek için *Hubmann*'ın gösterdiği çabalar özel bir önem taşımaktadır (40).

Manevî şahsiyetin üç unsurunu, insan haysiyeti, ferdiyeti, ve şahsî teşkil eder. Bütün insanlarda müşterek, şahsiyet varlığının üstünde bir kavram olarak insan haysiyeti, ferdin şuurunda ve buna bağlı olarak kültür alanında, kendi kendini yetiştirme sahasında manevî vazifelerin ifasında belirir. İnsan varlığının özelliği, her insanda sorumluluk duygusunun farklı bir şekilde ortaya çıkmasına yol açmış; böylece, ferdiyetin kendine has yeganeliği aynı zamanda diğer insanların yaratamayacağı bir varlık olarak gerçekleş-

(35) *Hubmann*, age., sh. 5, 255.

(36) *Hubmann*, age., sh. 6 vd.

(37) *Hubmann*, age., sh. 11 vd.

(38) *Hubmann*, age., sh. 18 vd.

(39) *Hubmann*, age., sh. 28 vd.

(40) *Hubmann*, age., sh. 39 vd.



mesi sonucunu yaratmıştır (41). Nihayet, insanın kendi kendisi ile diğer insanlarla ve manevî değerlerle olan ilişkisi, aynı zamanda bu ilişkilerde kendine haslığı saklı tutması, şahsiyetini yaratır. Burada, özellikle ferdin manevî kararlarında ve doğrudan doğruya kendisinin verdiği hükümlerdeki riziko da şahsiyetin değerini, bağımsızlığını, ve ahlakî muhtariyetini ortaya çıkarır (42).

Şahsiyet, malların kazanılmasında ve değer hükümlerinin gerçekleşmesinde (ferdin çok yönlü iç kapasitesi ile) bir dokuma gibi birbirine geçmiş dış münasebetleri karşısında tam yaratıcı bir dinamizme sahip bir varlık olarak belirir, Hubmann'ın formüle ettiği gibi — şahsiyet, ferdin toplumda kendi yaratıcı gücü ile mükemmelleşmeye yönelmiş, kendine has bir varlık oluşudur —, (43).

Bu izahla genel bir şahsiyet hakkı için aşağıdaki muhteva ortaya çıkar.

a) Ferdin özelliklerinin gelişmesi ve bunların ortaya çıkmasında sarfettiği çaba, şahsiyetin gelişmesinin korunması zorunluluğunu ortaya çıkarır.

b) Ayrıca, şahsiyetin kapsadığı sahanın da himâyesi gerekir, yani ferdin kendisine veya üçüncü şahıslara karşı olan görevlerini ifade, ferdin manevî görevlerini yerine getirmesinde, gerekli olan ölçüde, kuvvet ve kıymet ilişkileri ile korunması zorunluluğu vardır.

c) Şahsiyetin çok yönlülüğü ve çeşitliliği şu suali ortaya çıkarmaktadır. Acaba, insan topluluklarının ortalama nizam tarzı olarak kabul edilen hukuk, manevî şahsiyet varlığını bir bütün olarak kavrayacak veya koruyacak durumda mıdır? Sadece şahıs varlığı ile hak idesi, ahlâk ve pozitif hukuk arasında yapılacak bir kıyaslamada da hukuk nizamının, şahsiyeti koruma ile görevli olduğu sonucuna varılır (44). Manevî varlıkların genel mantıkla tanınması nedeniyle, hukuk nizamına şahsiyeti ve şahıs varlığındaki kıymetleri geliştirmesi görevi verilmiştir. Genel kültür ve hukuk şuuru hukuk nizamının manevî değer olarak asgarî muhtevasını teşkil ettiği oranda hukuk nizamına, şahsın manevî görevlerini yerine getirmesi ve onun gerçekleştirdiği değerleri koruması için tesir eder. Şahsiyet çok yönlülüğü, ilişkileri ve çabası ile kazuistik bir tesbitten uzaklaşma zorunluluğu yaratmaktadır. Ayrıca, tek tek şahsiyet

(41) Hubmann, age., sh. 46 vd.

(42) Hubmann, age., sh. 51 vd.

(43) Hubmann, age., sh. 62.

(44) Hubmann, age., sh. 69 vd, özellikle 82 vd. ve 84 vd.

haklarının sayılması da boşluklarla dolu bir durum ortaya çıkacaktır. Buradan Hubmann'ın tezi ortaya çıkmaktadır. «Tek, tek olan şahsiyet haklarının yanında kanunen henüz korunmamış şahsiyet varlıklarını himâye için genel bir şahsiyet hakkının varlığı gerekmektedir» (45).

4. Genel bir şahsiyet hakkı talebi hukukta geniş ölçüde sözkonusu olmuştur (46). Hukuk felsefesi ve tabii hukuk temsilcileri şahsiyet hakkını, şahsa, şahıs olması dolayısıyla ait olan ve bu itibarla her hukuk nizamı tarafından tanınması gerekli tabii bir hak olarak kabul ederler. Genel hukuk şuurunda tabii hukuk düşünceleri, hürriyet ve insan haklarının geniş izahı ile gerçekleştirilmiştir. Bunu müteakkip, şahsiyet hakları ile ilgili hükümler bütün Avrupa devletlerinin anayasalarında yer almıştır (47). 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu şahsiyetin korunmasını, kanunda genel bir şahsiyet hakkı hükmüne yer vererek gerçekleştirmiştir (48). 1949 tarihli Bonn Anayasa'sı (Art. 1 fıkra 1 ile) insan şeref ve haysiyetini (Art. 2 ile) şahsiyetin serbestçe geliştirilmesi ana hakkını garanti altına almıştır.

5. Anayasanın ilk maddeleri ile hükme bağladığı şahsiyet hakkı, sadece devlet kudretini bağlayan bir hak olarak değil (49) aynı zamanda fertlere karşılıklı olarak şahsiyetlerine hürmet etmeleri ile ilgili mutlak geniş bir hak vererek, genel bir şahsiyet hakkına yaklaşmaktadır. BGH Art. 1, 2 GG'e dayanarak hususi hukukça da muteber genel bir şahsiyet hakkı tanımıştır (50). Mahkeme bu ka-

(45) Hubmann, age., sh. 88.

(46) Bkz. Coing Grundzüge der Rechtsphilosophie (1950) özellikle sh. 135, 170; Messner, Das Naturrecht, (1950) sh. 226; Julius Binder, Die philosophie des Rechtes (1923), sh. 433; O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. I (1895) sh. 702 vd; Köhler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, 2'inci Bası (1917) sh. 131.

(47) Bkz. Jellinek, Die Erklärung der Menschen-und Bürgerrechte, 4'üncü Bası (1927).

(48) ZGB 28 «Şahsî menfaatlerinde tecavüze uğrayan kimse, hâkimden tecavüzün men'ini talep edebilir..».

(49) Bkz. Bonner Kommentar Erl. zu Art 1GG; Maunz, Deutsches Staatsrecht, 5'inci Bası (1956), § § 13 vd; v. Mangoldt-Klein, Das Bonner GG. 2'inci Bası (1955), Grundrechte Verbem. Jerusalem, SJZ 50, 1 vd.

(50) BGH 27 numaralı Anm.; BAG, AuR 57, 217 = NJW 56, 359; Busmann JR 55, 202; v. Gamm, NJW 55, 1826 Greulich BB 53, 818; Hamann, Das GG. (1956), sh. 72; Koebel, NJW 55, 1337; Larenz, NJW 55, 521; Enneccerus-Nipperdey, age., § 100; H. Lehmann, age., sh. 72; RGR. Komm. age., Anm. 11 vor § 1; Staudinger-Coing, 11'inci Bası (1954) Vormer. 17 vd vor § 1; Shippel, Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (1956) sh. 36;

rarı ile şahsiyetin serbestçe gelişmesinin garanti edilmiş olduğunu ve şahsın şeref ve haysiyetinin kabul edildiğini ortaya koymaktadır (51). Şahsiyetin en yüksek hukukî bir varlık olarak kabulünü, ferdin gelişmesi ve varlığı için asgari şartları taşıyan bir kaide takip etmelidir. Art. 1 GG şeref ve haysiyetin kabulünü talep ettiği gibi, Art. 2/1 GG devlet içinde ferdin hayatını serbestçe geliştirme hakkı ile ilgili ana normunu ortaya koymaktadır. Her iki madde beraberce hukuk nizamı tarafından riayeti gerekli ve hususi hukuk yönünden bağlayıcı tesiri haiz olmak üzere şahsiyetin muhtevasını tesbit eder. Benim görüşüme göre, Art. 1, 2 GG'den doğrudan doğruya hususî hukuk bakımından mutlak hak olarak kabul edilecek genel bir şahsiyet hakkını çıkarmak çok şüphelidir. Art 2 GG. hususi hukuk ilişkilerinde her ne kadar bir programdan fazla ise de, § 12 BGB anlamında bir normdan da farklıdır. Hukuk nizamının bir kısmı olarak kabul edilen bu normları, hususi hukukta tam tahlil edilmiş, dogmatik bir norm olarak tesbit etmek ve kontrol imkânı olan bir inceleme yoluyla, müsbet hukuk haline getirmek mümkündür. Hususi hukuk yönünden böyle bir normun tatbik edilebilmesi için kanun maddeleriyle bir icra kuvvetine sahip olması gerekir. Bu çıkış noktasından hareket edildiğinde, Art 2 GG hususi hukuk sahasında müessirdir. Meselâ; §§ 138, 242 BGB'nin çevresi içinde, şahsiyet hakları sahasında bir kıyaslama yapılarak, yukarıda adı geçen tek tek maddelerden ve genel olarak şahsiyete verilen değerlerin tanınmasından mutlak bir hak yaratılabilir.

6. İnsanların kendilerini geliştirme hürriyetleri, sınırsız bir hürriyet tasavvuru olarak değil, serbest, fakat topluma bağlı bir ferdin hürriyeti olarak anlaşılmalıdır. Diğer haklar, anayasaya uygun nizam, örf ve adet, şahsiyet haklarının korunmasındaki menfaat yönünden, şahsiyetin gelişimine bir sınır tanımaktadır (Art. 2/1 GG) (52). Bu sınır sosyal düşüncelerin bir baskısı olarak müşahade edilebilir (53). Bu sosyal düşünce, fertlerden, diğer fertlerin kendi şahsiyetlerini, kendi kıymetlerini ve gayelerini gerçekleştirebilmek için şahsiyetlerinden fedakarlığı talep etmektedir. Bu sınırların genel neticelerle tesbiti mümkün değildir. Sınır, tek tek olan olaylara dayanarak zaman içinde hukuk şuurunun tekrar tekrar inceleyerek vardığı kararlara göre cemiyete bağlılık ve şahsiyete hürmet ilişkilerine göre tesbit edilir (54). Münakaşalı haller-

(51) 46 numaralı dipnotuna bkz.

(52) Bkz. **Mangold-Klein**, age., sh. 165 vd. **Hamann**, age., sh. 4; **Bonner Komm. Erl 11 1 b zu Art 2 GG**; **Herbert, Krüger**, NJW 55, 201 vd.

(53) Bu fikirde **Hubmann**, age., sh. 87.

(54) **Hubmann**, age., sh. 87 dipnot 298.

de sözkonusu olan hak ve menfaat arasında bir değer mukayesesi yapılır (55).

*III — Genel şahsiyet hakkının dogmatik izahı :* 1. Genel şahsiyet hakkının, hususi hukukumuzda mutlak bir hak olarak kabulü, Hubmann'ın ileri sürdüğü sebeplerden sonra ağır basmaktadır (56). Şahsiyet haklarının ve kıymetlerinin daima kuvvetle ileri sürülmesi ve nihayet ferdin şahsiyeti hakkında bütün hukuk nizamının tutumu, mamelek kavramından ortaya çıkan hak tarifine uymaktadır (57). Hakkın doğuşu «hukuk nizamı tarafından fert menfaatlerinin tatminine hizmet eden bir yetkinin fertlere verilmesi» (58) olarak tarif edilirse, bu yetkinin sadece ferdin kendi çevresini değil, şahsın kendisini de kapsadığı sonucuna varılır. Diğer şahısların ferdin şahsiyeti üzerinde bir hakimiyet kuramamaları (59) ferdin kendi şahsiyetine kendisinin hâkim olması, kendini geliştirmesi, insan oluşunun ortaya çıkardığı bir özelliktir. Kendine hâkimiyeti, insanı ahlâkî bir varlık olarak nitelendirir, var oluştaki özel görevlerin yerine getirilmesini mümkün kılar (60). Aynı şekilde şahsa tabii olarak verilmiş ve kıymet ifade eden şahsiyet, hakkın mahiyeti ile çelişme halinde değildir (61), çünkü fert şahsiyetine hürmet edilmesini talep edebilir ve vuku bulacak müdahalelerin men'ini isteyebilir. Bütün fertlere ait olan haklar hakkın varlığına yöneltilen bir itiraz olarak ileri sürülemez. Ayrıca, şahsiyetin mahiyetine olduğu gibi, şahsiyetin muhtevasına karşı hiçbir itiraz kuvvetle ileri sürülemez. Hubmann haklı olarak hukuk ilminin, insanın aklî olmayan itirazlar önünde boyun eğmesi ve kendisi için mukaddes olanı himayesiz bırakmaması üzerinde durmaktadır (62).

2. Genel bir şahsiyet hakkı. § 823/1 BGB anlamında mutlak haklardan olup olmadığı münakaşalıdır (63). Genel bir şahsiyet

(55) Ekz. JZ 57, 523.

(56) Hubmann, age., sh. 105 vd. **Enneccerus-Lehmann Nipperdey**, age., § 72 I, II, **Staudinger-Coing**, age., Anm. 20 vor § 1; **Bussmann**, Gutachten zum 42. Deutschen Juristentag (1957), sh. 58; Bkz. Anm. 50.

(57) **Staudinger-Coing**, age., Anm. 20 vor § 1.

(58) **Enneccerus-Nipperdey**, age., § 72.

(59) **Bussmann**, age., sh. 58 vd.

(60) **Hubmann**, age., sh. 125.

(61) **Hubmann**, age., sh. 120.

(62) **Hubmann**, age., sh. 123.

(63) Aynı fikirde BGHZ 24, 77 = NJW 57, 1146; **Neumann-Duesberg**, sh. 1276; BGHZ 26, 354, = NJW 58, 827, BGH, BB 58, 748; Ayrıca bkz. **Süss**, Festschrift für **H. Lehmann**, I sh. 206 vd.; **Siebel**, ZHR 116 sh. 238;

hakkının batı kültür ve hukuku şuuruna göre ve Anayasada birinci derecede normlar arasında yer alması sonucunda § 823/1 BGB anlamında «diğer hak» olarak kabulü gerekmektedir. Anayasanın ruhu geniş bir şahsiyet hakkının himayesine uygundur ve § 823/1 BGB olmaksızın şahsiyet hakkının tanınması tesirsiz olur (64). § 823/1 BGB'ye genel şahsiyet hakkının dahil edilmesine karşı, bu maddenin sadece genel ve mutlak bir himâyeyi kapsadığını, halbuki genel şahsiyet hakkının karşılıklı menfaat muvazenesini düzenlediği itirazı yapıldığı zaman, — Humbann'ın açıkça işaret ettiği gibi (65) — § 823/1 BGB'deki «mutlak hak» kavramının kelimenin tam anlamıyla mutlak inhisari hakları ihtiva etmediği anlaşılır. Her hak, toplulukta bir haktır. İnsanların birbirleri ile beraber yaşamaya mecbur oldukları gerçeğinden hareketle, ferdin kendi hakları, bu hakların gösterdiği özelliklerin diğerlerinin menfaatleri ile olan ilişkisine göre, daraltılmalı veya genişletilmelidir (66). Bu «müşterek ipotek» bir hakkın sadece kısmi korunmasıyla mümkün değildir.

Genel bir şahsiyet hakkının kabulü, şahsiyet kavramının çok yönlülüğü ve tekniğin seri inkişafı dolayısıyla daima yeni ihlaller karşısında adil bir hal tarzı olacaktır. Fakat böyle bir umumi formülün § 823/1 BGB'nin hukuki mahiyetine aykırı olacağı ve emniyetsizliklere yol açacağı düşünülür (67). Belirli emniyetsizlikler — BGB'de eşit hak prensibinin sevkinde olduğu gibi — kabul edilmelidir. Ayrıca, emniyetsizlik tehlikesi zannedildiği kadar fazla değildir. Metod olarak menfaatlerini tartılması, hakkın şumulünün tayininde yani değildir (68). Asırlarca süren tartışmalar ile menfaatler muvazenesi için sağlam ana esaslar ortaya konmuştur. Böylece aşağıdaki imkânlar sözkonusu olur. İhtilâfsız yola atıf, rizikoyu paylaşma, veya muayyen hak ve taleplerin verilmemesi yoluyla bel-

---

**Greulich**, BB 53, 818; **Staudinger-Coing**, Anm. 17 vd. vor § 1; **KG**, NJW 56, 26; **Bussmann**, age., sh. 58 vd.; Aksi görüşte; **Enneccerus-Lehmann**, age., § 233; **Koebel**, NJW 55, 1337; **Reinhardt**, Acp 153 sh. 548; **Larenz**, NJW 55, 521; **LG Hagen**, BB 55, 489.

(64) **Neumann-Duesberg**, NJW 57, 1341.

(65) **Hubmann**, age., sh. 130 vd.

(66) **Enneccerus-Nipperdey**, age., § 72 I 2; **Bussmann**, age., sh. 61.

(67) Bkz. **Enneccerus-Lehmann**, kısmen aynı fikirde değildir. 15'inci Bası (1958), sh. 937 ve **Larenz**, Schuldrecht II 2'inci Bası (1957) § 66 sh. 336 vd.

(68) **Hubmann**, AcP 155, 86.

li ölçüde durdurma, zararın tesbiti. «Eşyanın tabiatı»nın (69) yardımı ile belki sosyal illiyet (Sozialadäquanz) (70) kavramı ile genel bir şahsiyet hakkının ilk genel sınırları belirtilir. Şüphesiz genel şahsiyet hakkında dış sınırların aşikâr bir şekilde belirtilmesi bu hakkın sınırsız genişleme tehlikesini tahdit güç bir meseledir. Hubmann'ın çalışması, genel bir şahsiyet hakkının tanınmasını hukuk sistematigi yönünden mümkün kılarak ve böylece muhtevayı müşahhaslaştırarak meseleyi hukuk ilmine ve pratiğine sokmuş olmakla büyük bir önem taşımaktadır.

- 
- (69) Bkz. **Radbruch**, Die Natur der Sache als juristische Denkform, Festschrift für Laun, 1948, sh. 157 vd.; **Stratenwerth**, Das rechtstheoretische Problem der «Natur der Sache» 1957.
- (70) **Emeccerus-Nipperdey**, age., § 209 II.