

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ

MENFAATLER TAKDİRİNİN PRENSİPLERİ

Yazan : Dr. Manfred Rehbinder

Çeviren : Prof. Dr. Turgut Kalpsüz

I. Bir Hukukî Mesele Olarak Menfaatlerin Takdiri Konusu

Hukuk nizamı gayesi bakımından bir barış nizamıdır. Ancak bu tesbit, her sosyal ihtilâfın hukuka aykırı sayılmasını gerektirmez. Sosyal hayatın çeşitli kesimlerinde şahsî menfaatlerin, yabancı menfaatlerin ihlâli suretiyle gerçekleştirilmesi uğruna yapılan sayısız kuvvet mücadelelerine şahit olur ve bunları hukuka aykırı bulmayız. Makûl hudutların tecavüz edilmemiş olması şartıyla iktisadî rekabet yahut iş hayatındaki çarpışma, bu nevi kuvvet mücadelelerinin açık misâllerini teşkil eder¹. Genel olarak her birimizin menfaatlerinin çemberini görünmez bir hale gibi etrafında taşıdığı söylenebilir². Her sosyal temasta bir kimsenin menfaatleri çemberi, diğerininki ile kesişmektedir. Şüphesiz karşılaşan «sosyal taraflar»ın menfaatleri birbirinden farklı olabilir; Bunların bazıları birbirine paraleldir, fakat pek büyük bir kısmı birbirinin zıddıdır ve tam aksi istikamette karşılaşır. Bu son halde hakikî bir menfaatler çatışması söz konusu olur. Çatışmadan doğan ihtilâf, uzlaşma yolu ile halledilemediği takdirde bir menfaatler mücadelesi ortaya çıkar. Bu menfaatler mücadelesine, hukuk nizamı, ancak sosyal hayatın ağır bir surette ihlâlini önlemek için gerekli olan hallerde, bir barış nizamı olarak müdahale eder. Binaenaleyh

¹ Bu hususta teferruatlı literatür için, basın hukukuyla ilgili monografimin, bu makalede yenileştirilerek sunulmuş olan kısmına bakınız: **Rehbinder, M.** : Die öffentliche Aufgabe und rechtliche Verantwortlichkeit der Presse, Berliner Abhandlungen zum Presserecht, Bd. I, Berlin 1962, sh. 57-75.

² **Hans Ornstein**'in bu isabetli teşhisi için bkz. **Ornstein, H.** : Macht, Moral und Recht, 1946, sh. 57.

menfaat mücadelelerinin büyük bir kısmı, bu yüzden diğer bazı hukukî nimetlerin de zarar görmesi ihtimâli mevcut olmadığı takdirde, hukuken caizdir; hatta bu sınırlar içerisinde hukuktan arı bir sahadan bahsedilebilir. Özellikle içtimaî alanda cereyan eden kuvvet mücadeleleri buraya girer.

Diğer bazı hallerde ise, hukuk nizamı, menfaatler mücadelesinin kendisine göre cereyan edeceği kaideleri, tabir caizse onun oyun kaidelerini, tesbit eder. Serbest rekabete dayanan bugünkü iktisad modelimiz, «müşteriler için mücadele» esasını benimsemekle, sıhatli bir ayıklama prensibi olarak, doğrudan doğruya menfaatler mücadelesinden hareket etmektedir.

Bunun tam aksine, hukuk nizamının tarafsızlığını muhafazada ısrar etmediği, menfaatler mücadelesine şu veya bu menfaati himaye etmek suretiyle müdahale ettiği sayısız durumlar vardır. Böyle hallerde korunan menfaate vaki her tecavüzün, hukuka aykırı olduğu karinesi mevcuttur ve bu karine ancak hususî bir sebeple bertaraf edilebilir. Diğer bir ifade ile belli bir menfaat, hukukî bir nimet olarak, açıkça tecavüzlere karşı korunmuşsa, bu hukukî nimeti istihdaf eden bir menfaatler mücadelesi kaideten caiz değildir; meğer ki, onu haklı gösteren hususî bir sebep mevcut olsun. Bu ise ancak, tecavüz edenin menfaatinin, hukukî açıdan tecavüze uğrayanın menfaatinden daha ağır basması halinde söz konusu olur; böyle bir halde aslında hukuk nizamınca korunan hukukî nimet, ağır basan mukabil menfaat karşısında ikinci plâna geçer. İşte menfaatler takdiri prensibinin temeli budur.

Çatışan menfaatlerin bizzat kanun tarafından takdir edilmiş olması mümkündür: Meselâ, mülkiyetin hak sahibi olmıyan bir kimseden hüsnüniyetle iktisabına dair hükümler (Alman Medenî Kanununun 932. ve müteakip m.leri) asıl malik ile iktisap eden arasındaki menfaat ihtilâfını, kısmen malikin, kısmen iktisap edenin menfaatlerine üstünlük tanımak suretiyle halleder.

İstimplâk hukuku, özel kişilerin mamelekî menfaatleri ile amme menfaati arasındaki çatışmayı düzenler. Tevkif müessesesi ile ilgili ceza muhakemeleri usulü hükümleri, ammenin müessir bir ceza takibatındaki menfaati ile fertlerin, kişisel hürriyette mündemiç menfaatleri arasındaki ihtilâfı halle çalışır ve nihayet örfî idare ile ilgili amme hukuku, medenî hukuk ve ceza hukuku hükümleri, menfaat ihtilâflarının bizzat hukuk nizamı tarafından çözümlenmesinin klâsik misâllerini teşkil eder. Umumî bazı hukuk prensiblerinin tatbiki müstesna, kanun vaznı bütün bu hallerde gerekli

menfaatler takdirini bizzat yapmış bulunmaktadır. Binaenaleyh bütün bu hallerde meri hukuk icabı —mevzuat sebebi ile— (de lege lata) menfaatlerin takdiri hususî bir güçlük arz etmez.

Fakat hakim tarafından hukukun tatbiki ve yaratılması sırasında tevessül edilen menfaatler takdirinde durum farklıdır. *Alman Medenî Kanununun* 243. maddesi ile *Alman Haksız Rekabet Kanununun* 1. maddesinde olduğu gibi, bir tip haline ifrağ edilen belli vakia grupları için umumî bazı esasların tesbiti, imtiyaz bahşeden idarî tasarruflardan rücu imkânının düzenlenmesi ve bilhassa yeni bir takım hukukî müesseselerin yaratılması, hakimin yapacağı, bu manada kanun dışı bir menfaatler takdirinin vazifesini teşkil eder. Son zamanlarda Alman Hususî Hukukunda, menfaatlerin takdiri ile ilgili, halli büyük güçlük arz eden bir mesele vardır: Şahsiyet hakkı ve bir mesleği icra etmek hakkı gibi, iki yeni ve mutlak hakın muhtevalarının tesbiti ve sınırlandırılması meselesi. Bir kimsenin şahsî ve iktisadî faaliyetleri ile ilgili neşriyat yapan bir basın ne dereceye kadar ammenin haber almadaki menfaatına istinad edebilir? «Bu bir menfaatleri takdir meselesidir» deniyor. Fakat müşahhas halde böyle bir menfaatler takdirinin kendisine göre icra olunacağı esasları gösteren bir hukuk kaidesine rastlanmıyor. Gerçekten bu meseleyi halleden bir kanun hemen hemen yok gibidir. 1794 tarihli *Prusya Devletlerinin Umumî Hukukunu havi Kanunda* (A L R) bu hususla ilgili bir kaç temel prensibe yer verilmiştir; ama bunlar dahi sadece sübjektif hakların çatışmasına taallük eder. 1867 tarihli *Portekiz Medenî Kanununda*, A L R'in hükümleri aşağı yukarı aynen tekrar edilmiştir.

A L R de yer alan menfaatlerin takdiri ile ilgili belli başlı kaideler şunlardır:

«Aralarında gerçek bir tezağ mevcut olduğu takdirde, vatandaşların şahsî hak ve menfaatleri, müşterek refahın temini gayesini istihdaf eden hak ve mükellefiyetlerden sonra gelir.» (Başlangıç Hükümleri, m. 74)

«Kanunlar bir hak bahşetmiş oldukları kimseye, o hakkın kendisi olmaksızın kullanılamıyacağı vasıttan faydalanmak yetkisini de vermiş sayılırlar.» (Başlangıç Hükümleri, m. 89 ve Portekiz Medenî Kanunu, m. 12)

«Hususî hükümlerin ademi mevcudiyeti halinde, bir menfaat sağlamak maksadı ile hakkını kullanan kimse, sadece bir zararın vukuuna mani olmak maksadıyla hareket edenden sonra gelir.»

(Başlangıç Hükümleri, m. 96; aynı şekilde Portekiz Medenî Kanunu, m. 14)

«Çatışan haklar aynı mahiyette oldukları takdirde, hak sahiplerinden her biri, bu iki hakkın da aynı zamanda kullanılması için gerekli olduğu nisbette, kendi hakkından feragat etmek mecburiyetindedir.» (Başlangıç Hükümleri, m. 97; aynı şekilde Portekiz Medenî Kanunu, m. 15)

Nadir istisnalar bir yana, kanun vazınının genel olarak menfaatlerin takdiri meselesine temas etmemiş olmasının sebebini, *Müller-Erzbach*'in belirttiği gibi, hukuk ilminin gerekli ön çalışmayı yapmamış bulunmasında aramak lâzımdır³. Nitekim son zamanlarda Almanyada bu konuda, zikre değer sadece bir araştırma yapılmıştır ki; bu, *Hubmann*'ın, bilâhare iktisadî bakımdan *Kraft*⁴ ve ceza hukuku bakımından *Lenckner*⁵ tarafından işlenmiş ve derinleştirilmiş olan «Menfaatler Takdirinin Esasları»⁶ isimli makalesinden ibarettir.

Şimdi menfaatlerin takdiri ile ilgili en önemli görüşleri açıklamama müsaadelerinizi rica ederim:

II. Çatışan Menfaatlerin Himayeye Lâyük Olup Olmadıklarının Tesbiti

Bugün menfaatlerin takdiri 3 safhada gerçekleşmektedir:

Önce çatışan menfaatlerin aslında hukuken himayeye şayan, meşrû menfaatler olup olmadıkları tesbit edilmektedir. Sonra madî hadiseleri nazara alarak bir değerlendirme yapılmakta, daha doğrusu, vasıta ile gaye arasındaki uygunluk meselesi incelenmektedir. Kazai içtihatlarda sistematik mülâhazalarla bu inceleme hükmün sonunda yer alır. Nihayet iki haklı menfaatin karşılaştırılması suretiyle son bir değerlendirme daha yapılmakta, yani menfaatler dar manada takdir edilmektedir.

Çatışan menfaatlerin hangisinin himayeye lâyük olduğunu tesbitten ibaret bulunan safha, kaideten büyük bir güçlük arzetmez. Evvelâ hukuk veya örf ve adet nizamının «değersiz» hükmü ile damgaladığı menfaatleri, hukuken ehemmiyetsiz menfaatler ola-

³ Müller-Erzbach, R. : Wohin führt die Interessenjurisprudenz? 1932, sh. 48.

⁴ Kraft, A. : Interessenabwaegung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht, 1963, sh. 7-91.

⁵ Lenckner, T. : Der rechtfertigende Notstand, 1965, sh. 70-203.

⁶ Hubmann, H. : Grundsätze der Interessenabwaegung, AcP 155 (1956), sh. 85-134.

rak, beşerî menfaatler bütününden ayırmak gerekir. Hakikatı halde «*menfaat*» mefhumu çok geniştir. Menfaat, muayyen değer tasavvurlarını gerçekleştirmek ihtiyacıdır. Menfaatler nazariyesinin kurucusu *Philipp Heck*, menfaati, «*hayat nimetlerine karşı duyulan iştihak*» olarak tarif eder.⁷ Demek oluyor ki, beşerî bir istek olarak menfaat, çok farklı muhtevalara sahip olabilir. Fakat hukuken tanınan ve menfaatlerin hukukî takdirinde nazara alınması gereken menfaatler, sadece gerçekleştirilmesi hukuk nizamına veya ahlâk ve adaba aykırı düşmeyen menfaatlerdir. Yani önce hukuken himayeye şayan, diğer bir ifade ile meşru menfaatleri, tabii menfaatler bütününden ayırıp bir kenara koymak mecburiyetindediriz. Temyiz Mahkemesi, menfaatler nazariyesinin anladığı manada: «*Her kanunun temelini, kanunların tefsirinde, ilgili hukuk kaidesine esas olmuş bulunan menfaatler çatışmasından ve kaidenin öngördüğü menfaatler muvazenesinden hareket edilmesini gerektirecek şekilde, sosyal hayatı belli bir istikamette etkilemek maksadını güden bir menfaatler takdiri teşkil eder*»⁸ dediği zaman, hiç şüphesiz tabii menfaatleri ve bu suretle en geniş manada bir menfaatler takdirini kastetmektedir. Bizim burada mevzu bahis ettiğimiz manada menfaatler takdiri ise, sadece belli menfaatlerin çatışması halinde yapılacak menfaatlerin takdiri, yani herşeyden önce bir kere prensib olarak himayeye lâyık addedilen menfaatlerin değerlendirilmesidir.

Çok kere hukuk nizamı bizzat, muayyen bazı menfaatleri himayeye lâyık görmediğini bildirir. Ceza hukuku ve haksız fiil hukukunda hal böyledir. Bunun tam aksine, bazı hallerde de muayyen bir takım menfaatleri hukuken himayeye şayan gördüğünü açıklar. Anayasanın vatandaşların temel hakları ile ilgili kısmında yer alan değerler nizamı⁹ ile ceza hukukunda ceza tehdidi altında himaye edilen hukukî nimetler ve medenî hukukta mutlak ve nisbî olarak korunan haklar düşünülün. Diğer yandan, hukuk nizamının kendisine karşı sarahaten vaziyet almadığı bir menfaat dahi meşru olabilir, yeter ki, «*maddî durumun makûl ve hakkaniyete uygun bir şekilde değerlendirilmesi neticesinde onun meşru olduğu*

⁷ Heck, P.: Das Problem der Rechtsgewinnung, 1. Aufl., 1912, sh. 29; Heck, P.: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, sh. 37. Bundan baştan başka bkz. Mangk, A.: Interesse, Stier - Somlo - Elster: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. I, sh. 297 vd. Daha başka atıflar için bkz. Dombek, B.: Das Verhaeltnis der Tübinger Schule zur deutschen Rechtssoziologie, 1969, § 7 ve 18.

⁸ BGHZ 17, 266 ve 276

⁹ BVerfG 7, 198 ve 205

*anlaşılınsın*¹⁰. Sarıh hükümler mevcut olmasa da hukuk nizamı, umumî sosyal/etik değer tasavvurlarına göre «meşru» yahut modern hukuk nazariyatında kullanılan teknik tabir ile «sosyal bakımdan himayeye lâyık» (sozialadequat)¹¹ sayılan menfaatleri himaye eder. Burada aslolan, «*d ü r ü s t k i m s e l e r i n , h u k u k e n a y n ı d u r u m d a b u l u n a n l a r a r a s ı n d a k i s o s y a l m ü n a s e b e t l e r d e y a k ı ş ı k a l a n h u s u s l a r a d a i r g ö r ü ş l e r i*» dir¹².

III. Menfaatlerin Keyfiyete Göre Takdiri

Çatışan menfaatlerin meşru, daha doğrusu himayeye lâyık oldukları tesbit edildikten sonra ikinci safhaya, yani dar manada menfaatlerin takdirine sıra gelir. Bu ise, başlıca iki ölçüye ve ezcümle; menfaatlerin keyfiyet ve kemmiyetine göre yapılır. Keyfiyete göre menfaatların değerlendirilmesi, «*nimetlerin takdiri*» şeklinde de tavsif edilebilir. Menfaatler, bu kabilden, yekdiğerine nazaran takdir edilir ve menfaat, muayyen bazı değer tasavvurlarının gerçekleştirilmesine karşı duyulan iştihak olarak tanımlanırsa, menfaatlerin keyfiyet esasına dayanan takdiri, ulaşılmak istenen değer tezahürlerinin takdiri demek olur. Bu değer tezahürlerine ise, «*nimetler*» tabir edilir¹³.

1) Değerlendirme Kıtası Olarak Nimetlerin Takdiri Meselesi

Nimetler birbirleri ile karşılaştırıldıkta birini diğeriye tercih edebilmek için bir *tertium comparationis*'e ,yani her iki nimete de şamil, umumî ve müşterek bir değer ölçüsüne ihtiyaç vardır. İktisadî bir değeri olan nimetlerde bu ölçü, şeyin para birimi ile ifade edilen muamelât veya mamelek değeridir ki, piyasa durumuna ve özellikle arz ve talebe göre taayyün eder. İktisadî bir değeri olan nimetlerin, skolastik devirde *iustum pretium* (ecri misil) tasavvurunun yardımı ile yapıldığı gibi, ahlâkî bakımdan değerlendirilmesinin, günümüzde hiç bir rol oynamayacağı aşikardır. «*Serbest nimetler*» denen ve mebzulen mevcut olup bu yüzden iktisadî bir surette kullanılmalarına ihtiyaç bulunmayan nimetler için ise, bir menfaatler çatışması esasen söz konusu olmaz. Nimetlerin değer-

¹⁰ RGSt 26, 76

¹¹ Bu münasebetle kullanılması adet olmuş «işin tabiatı» tabirinden, gayri vazıh, binnetice ziyadesiyle aşınmış ve yanıltıcı olması dolayısıyla kaçınıyorum, muk. ed. Kraft, A. : age., sh. 69-76 ve bkz. Rehbinder, M. : age., sh. 23 vd.

¹² BVerfG 7, 215

¹³ «Değer» ve «nimet» mefhumlarının tarifi için bkz. Rehbinder, M. : age., sh. 62 vd.

lendirilmesinde güçlükler, iktisadî değeri haiz nimetlerle iktisadî muamelelere konu teşkil etmeyen «*nadir*» nimetlerin karşılaşması halinde ortaya çıkar. Zira burada piyasa değeri bir kıstas teşkil etmez. Meselâ; bir kimsenin şerefının, diğer bir kimsenin ticarî işletmesinde meknûz menfaati ile mukayesesinde hal böyledir. Keza karşılaşan nimetlerin bir piyasa değerinin bulunmaması ve meselâ, bir kimsenin şahsiyet hakkı ile kişilerin malûmat edinme hürriyetlerinin, daha doğrusu ammenin haber almadaki menfaatinin karşılaşmasında da aynı güçlük söz konusu olur. Bu nevi hallerde umumiyetle, müşterek ölçüsü olmayan (asal) nimetlerden bahsedilir¹⁴.

Ancak bütün bu durumlarda mukayese imkânının yokluğu sebebiyle nimetlerin birbirine nazaran değerlendirilemeyeceğini zannetmek hayat tecrübelerine aykırı düşer. Çünkü her zaman ve her yerde, bir nimetin diğerinden daha değerli olduğu, binaenaleyh üstün değerli olanın, az değerli olana tercih edilmesi gerektiği gibi, a priori olarak doğruluğu kabul edilen bazı hükümler ortaya atılmaktadır. Lâkin bu hükümlere esas teşkil eden müşahhas değer ölçüsünün neden ibaret olduğu ve nimetlerde tezahür eden değerler arasında mevcudiyeti iddia edilen iyerarşinin mahiyeti, hep incelenmeğe muhtaç olan meselelerdir. Bir cemiyette değerler arasında fiilen mevcut iyerarşinin, geniş ölçüde o cemiyetin siyasî temel düzenine tabi olduğunu tatbikî sosyoloji açısından tesbit etmek mecburiyetindeyiz. Bilfarz Doğu Almanyada hakim, hukukî değerlendirmede, sosyalist değerlendirme prensipleri, yani pratik olarak tek partinin değerlendirme esasları ile bağlıdır¹⁵. Buna mukabil Batı Almanyada geniş ölçüde bağımsız olup, sadece kanunda teşahhus eden değerler nizamına riayetle mükelleftir (Alman Anayasası 97. m., II f.). Daha önce de zikrettiğimiz gibi, bu değerler nizamı, *Anayasadaki değerler sisteminde*¹⁶ ve özellikle, hukukî nimetler iyerarşisinin, kanunun tesbit ettiği cezalardan kolaylıkla istidlâl olunabildiği ceza hukukunda tecessüm eder¹⁷. Fakat şüphesiz müsbet hukukun değerler sistemi ve bilhassa hukuken himayeye lâyık görülen menfaatler arasındaki iyerarşi, bütün hukuk branşlarında kafî sarahatla ifade edilmiş değildir. Bu gibi hallerde *İsviçre Me-*

¹⁴ Bu fikirde olan ceza hukuku üstadları Lackner, Bockelmann ve Lange dir. Atıflar için bkz. Rehbinden, M. : age., sh. 26

¹⁵ Sosyalist meşruiyet için bkz. Hirsch E. E. : Das Recht im sozialen Ordnunggeftige, 1966, sh. 275-291

¹⁶ BVerfG 6, 32 ve 40; 7, 198 ve 205

¹⁷ RGSt 61, 242 ve 255. Ceza miktarının hukukî nimetler iyerarşisini gösterebilme kabiliyetinin sınırları hak. bkz. Lenckner, T. : age., sh. 157-164

denî Kanununun meşhur 1. m. sinde yer alan esasa uygun olarak hakimin, kanun vazı imiş gibi hareket etmesi gerekir. Hukuk yaratma faaliyeti sırasında hakim, hükmün verildiği tarihte, o muhitte cari olan hukuk dışı —umumî— değer tasavvurları, daha doğrusu «halkın fikrî/kültürel gelişmesinin muayyen bir noktasında benimsediği değer tasavvurlarının bütünü»¹⁸ ile bağlıdır. Bu değer tasavvurlarının, o anda politik sevki idareyi elinde bulunduranların tasavvurları ile tam bir tezat halinde olması mümkündür ve bu sık sık görülegelen hallerdendir; Ancak hakim, bu farklılık yüzünden bozulacağı endişesine kapılmadan, halkta yaşıyan değer tasavvurlarına göre hüküm verebilecek bir durumda olmalıdır. Fakat diğer yandan hakimin umumî değer tasavvurları yerine kendi şahsî değer tasavvurlarına veya mensup olduğu sosyal grubun değer tasavvurlarına göre karar vermesi tehlikesi mevcuttur. Hakimin kendisine dayanabileceği, kat'i surette muteber ve herkes tarafından kabul edilen bir değerler nizamı bulunduğu taktirde, böyle bir tehlikenin söz konusu olmayacağı izahtan varestedir.

2) A priori Değer Nazariyesinin Yerini Tatbikî Değer Nazariyesine Bırakması

Temyiz Mahkemesi çeşitli kararlarında tatbikî değer nazariyesini, a priori değer nazariyesine tercih etmiştir¹⁹. Bu tercih belli bir felsefî görüşe ve ezcümle, *Max Scheler* ile *Niccolai Hartmann*'in özel olarak değer mefhumu ve değerlerin iyerarşisi, yani *axioloji* ile ilgili, fevkalâde münakaşalı, maddî değer ahlâkı nazariyesine dayanır²⁰.

Maddî değer ahlâkı nazariyesi, «değerin tanınması» yolu ile mevcudiyetlerini kat'i olarak ispatlayabileceğini sandığı²¹ mutlak —a priori— bazı değerlerin manevî gerçekliklerini iddia etmektedir. Temyiz Mahkemesinin bu nazariyeye istinaden verdiği kararları tahlil edip, mezkûr iddianın isabetli olmadığını göstermek, filozof *Wilhelm Weischedel*'in hukuk ilmine yaptığı büyük hizmetlerden birisini teşkil eder.²¹ Hukuk doktrini hemen hemen istis-

¹⁸ BVerfG 7, 198 ve 206

¹⁹ Bu hususta bkz. **Weinkauff, H.** : Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, NJW 1960, 1689-1696

²⁰ **Scheler, M.** : Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, 5. Aufl., 1966; **Hartmann, N.** : Ethik, 4. Aufl., 1962

²¹ **Weischedel, W.** : Recht und Ethik, Zur Anwendung ethischer Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, 1956, 2. Aufl., 1959

nasız *Weischedel*'i desteklemiştir²². Bu itibarla bana artık, kat'i olarak, mutlak—a priori—, daha doğrusu sosyal hayatta daima mevcut olageldiği kabul edilen, ahlâkî değerlere inanmaktan vazgeçmek zamanı gelmiş gibi görünüyor. Hukuk ilminin bir zamanlar dayanmakta olduğu mefhumlar aleminden sıyrılması gibi, felsefe de artık hayali bir kıymetler aleminden vazgeçmelidir. Bu vazgeçme «*orman kanunu*»nun hâkim olması neticesini doğuracak veya bir kaos husule getirecek değildir, aksine mutlak değerlerin atılması ile nihayet izafî - nisbî bazı değerler arta kalacaktır.

Bahsettiğimiz izafî değerlerin biri sübjektif, diğeri objektif iki temeli vardır: İzafî değerın zuhuru sebebinı, sübjektif temelde veya hukuk sosyoloğu *Theodor Geiger*'in «*aslî/işk değerlendirme*» dediği şeyde aramak lâzımdır.²³ Bundan değerlendirenin, değerlendirme konusuna karşı takındığı hissî tavır anlaşılmalıdır. Değer mefhumunun bu şekilde hissî davranışlara dayandırılmasını bilhassa iktisadî ilimlerde müşahade ediyoruz.

İktisatçılar, «*iktisadî değerın, sübjektif bir temele dayandığını ve ezcümle, insanın, bir ihtiyacı tatmin etme hassasından dolayı takdir ettiği bir mala karşı takındığı, hissî tarafı ağır basan bir tavırdan ibaret olduğunu*» kaydetmektedirler.²⁴ Böyle bir izafî - sübjektif değer mefhumu, ilk sübjektif değerlendirmenin, ilgili içtimaî gurup tarafından benimsenmesi, yani sosyal bakımdan tasvip edilmesi ile kişiler üstü bir muteberiyet ve dolayısıyla objektif bir ehemmiyet kazanabilir²⁵. Değerlerin izafiliğine karşı yapılan hü-cûmlarda lâyıkı veçhile değerlendirilmeyen bu cihet, İsveç hukuk nazariyatında uzun zamandanberi farkına varılmış bulunan bir vakıadır.²⁶ Fakat bu, demin reddedilen a priori, mutlak değer mefhu-

²² *Welzel, H.* : *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl., 1962, sh. 220-235; *Fechner, E.* : *Rechtsphilosophie*, 2. Aufl., 1962, sh. 156-162; *Heinitz, E.* : *Die Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit*, Festschrift für Eberhard Schmidt, 1961, sh. 266-289; *Evers, H. U.* : *Zum unkritischen Naturrechtswusstsein in der Rechtsprechung der Gegenwart*, JZ 1961, 241-248; *Wleacker, F.* : *Rechtsprechung und Sittengesetz*, JZ 1961, 337-345; *Kraft, A.* : *age.*, sh. 77-79; *Lenckner, T.* : *age.*, sh. 167-170 ve orada zikredilen literatür

²³ *Geiger, T.* : *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Kopenhagen 1947, sh. 242

²⁴ *Mellerowicz, K.* : *Allgemeine Betriebswirtschaftslehre*, Bd. II, 8. Aufl., 1954, sh. 79

²⁵ Bu hususta bkz. *Kraft, V.* : *Die Grundlagen einer wissenschaftlichen Wertlehre*, 2. Aufl., 1951, sh. 222 vd.

²⁶ *Haegerströms*'ün nazariyesinin *Geiger* tarafından izahı ile muk. ed. *Geiger, T.* : *age.*, sh. 240 vd. ve 257 vd. *Geiger*'in nazarı ve tatbiki değer nihilizmi ile

munun, değer nihilizminin hücumlarına karşı, izafî ve tecrübe ile isbatlanması kabil bir değer olarak, mukavemet edebileceği manasına gelir. Böylece teşkil edilen yeni değer mefhumu ile içtimâî çevrenin hissî reaksiyonları karşılıklı olarak birbirine bağlıdır. Zira tıpkı «değer birliği» tasavvurunun, teker teker o birliği teşkil eden üyelerin tasavvurlarına bağlı olduğu gibi, fertler tarafından yapılacak ilk değerlendirme de belli bir ölçüde değer birliğinde daha önce teessüs eden reaksiyon modellerine bağlıdır.

Böylece a priori, mutlak değerlerin reddi halinde dahi belli bir «değer birliğinin» temsili bir çoğunluğunun yahut mevsuf bir azınlığının hissî reaksiyonlarını aksettiren beyanlar olarak, objektif değer beyanlarından bahsetmenin mümkün bulunduğu neticesine varıyoruz. Bugün ancak bu manada bir *axiolojik objektivizm* düşünülebilir. Nasıl hukuk ilmi, hayalî mefhumlar alemini bir kenara itip, yeni bir mefhumlar nazariyesi geliştirmiş ise,²⁷ tıpkı bunun gibi, hayalî değerler alemini bir yana bırakılarak yeni ve hususiyle sosyal vakialardan hareket eden, tecrübi, beşerî bir değer nazariyesi yaratılabilir ve yaratılmalıdır. Bittabî hukuk ilmine yahut hukuk siyaseti ile uğraşanlara hakkaniyet idesinin müphem gerçekliğinden esinlenerek yeni bir hukuk nizamı yaratmak imkânı bahşedildiği gibi, filozoflara da «*müphem vicdanî gerçeklerden*»²⁸ hareketle, «*yeni bazı etik teklifler*» de bulunmak serbestisi verilmelidir. Fakat bu teklifler cemiyetin kabûlüne mazhar olmadıkları müddetçe, zarurî, düzenleyici değerden mahrumdurlar. Belki teker teker fertler, onlara dayanarak vicdanlarını istirahat kavuşturabilirler. Lâkin mezkûr tekliflerin, sosyal hayatın ve hele, bir değer bağlayıcı olabilmesi için çok daha fazla şartların gerçekleşmesini talep eden hukukun, değer nizamı olarak *hic et nunc* bir karara esas teşkil etmeleri düşünülemez.

ilgili izahları, onun değer hükmünü, ötedenberi muşahhas olarak mevcut olanın, a priori olarak mevcut olması gereken gibi düşünülen kıymet idesinin mihenginde ölçülmesi manasında anlayagelmesine dayanır (sh. 242). Bittabî Geiger, kastedtiği manada değer nihilizminin, fert tarafından yapılan «ilk değerlendirme» ve onunla karşılıklı münasebet halinde bulunan «gurup tarafından yapılan değerlendirme» ile sosyal bir vakia olarak alâkasının bulunmadığına vakıftır. Ben ise, bizzat bu vakıyı değer olarak isimlendirmek istiyorum.

²⁷ Bu hususta muk. ed. **Becker, W. G.** : *Gegenopfer und Opferverwehrung*, 1958, sh. 394 vd.

²⁸ **Weischedel, W.** : age., sh. 34 ve 36. bkz. bundan başka **Kraft, V.** : age., sh. 258: «Bir takım değerler tesis etmek, fikrî önderin; onlara nisbî bir itibar kazandırmak ise, içtimâî birliğin görevidir; fakat bu iki husus da herhalde ilmin görevi değildir.»

Bütün bunlardan başka, bugünkü plüralist cemiyette bir grubun diğer bir grup üzerinde diktatorya tesis etmesine mani olmak için, gerçekte aralarında sadece önemsiz bazı farklar bulunsa dahi, değer tasavvurlarının da plüralizminden hareket etmek mecburiyetindeyiz²⁹. Hal böyle olunca hakim, kendi şahsî değerlendirmesini gerçekleştirmekle değil³⁰, bilâkis siyasî hayatta parlamentonunkine benzer birleştirici bir fonksiyon ifa etmekle mükellef sayılır; yani bizzat kanun bir değerlendirme yapmadıkça, çeşitli grupların değer tasavvurlarını birbirleri ile telif etmek mecburiyetindedir. Diğer bir ifade ile, «*makûl ve hakkaniyet ve nasafete uygun olarak düşünen kimseler muhitinde temsil edilmekte olan görüşlerden hangisinin, halk adına vereceği bir karara mesned teşkil edecek derecede ağır bastığını*» tesbit ve takdir etmekle görevlidir³¹. Hatta alelâde kişiler dahi aynı değerlendirmeyi yapmak zorundadırlar. Bu keyfiyet, mücerret olarak ifade edildiğinde sanıldığından daha basit bir prensiptir. Ötedenberi aynı hukukî durumda bulunan fertlerden, hareketlerini diğerlerinin bu hareketleri nasıl değerlendireceklerini hesaba katarak yapmaları talep edilir.³² Şu halde kanunî bir tesbitin ademi mevcudiyeti halinde, hukuken doğru olan değer hükmü, sosyal kuvvetler köşegenini meydana getiren parçalardan biri olarak çeşitli değer tasavvurlarının her defaki muhasalasından ibarettir.

²⁹ BVerwG 10, 164, 169: «Fakat Yüksek Mahkemenin zannettiği gibi, ahlâk ve adabla ilgili her meselede, makûl ve hakkaniyet ve nasafete uygun olarak düşünen «bütün» insanların müttehît bir görüşü mevcut değildir. Farklı bir görüşün mevcudiyeti halinde, bir görüşün temsilcileri, diğer görüş taraftarlarının yalnız makûl ve hakkaniyet ve nasafete uygun bir tarzda düşünmediklerini iddia etmekle yetinmeyeceklerdir.»

³⁰ BVerfG 6, 389, 434: «Yalnız, bir ahlâk kanununun muteberiyetini tesbit etmek oldukça zordur. Hakim burada kendi ahlâk hissini esas olarak almaz. Keza halkın muayyen kısımlarının telâkkilerine dayanmak da yeterli değildir.»

³¹ BVerwG 10, 167 vd.; Karl Engisch de, Einführung in das juristische Denken, 4. Aufl., 1968, sh. 192 de haklı olarak; «Hakim, şahsî kanaatlarını tamamen bir yana bırakarak, kendisini ağır basan sosyal, ahlâkî ve kültürel görüşlerin bir uygulayıcısı gibi hissedecek ve bir gerici veya bir devrimci gibi hareket etmekten kaçınacaktır.» demektedir. Buna mukabil bilhassa Helnitz, E.: agm., s. 284-289 da hakimin, cemiyetin rengini tayin eden tabakaların değerlendirmelerine sadık kalmasının, onun hakimlik haysiyeti ile kabili telif olmadığı için reddi gerektiğini ileri sürerek aksi fikri müdafaa etmektedir.

³² BGH St 4, 1 ve 5: «İşin mahiyeti icabı fail, yabancı bir hukuk çevresinin değil, mensup olduğu hukuk çevresinin, daha doğrusu içerisinde yaşadığı çevrede benimsenmiş olan hak ve haksızlıkla ilgili değer tasavvurlarına istinad edebilir.»

Menfaat çatışmalarının çeşitliliği ve çokluğu karşısında, her çatışmada yapılması gereken değerlendirmeler hakkında teferruatlı açıklamalarda bulunmak, ucu bucağı olmıyan izahlara girişmek demek olur. Bu yüzden literatürde şimdiye kadar sadece maddî, kültürel ve ahlâkî değerler arasında bir iyerarşinin mevcut olduğuna işaret etmekle yetinilmiştir.³³ Ancak bu umumî tesbit, nimetlerin takdiri prensibinin, kemmiyete göre menfaatlerin takdiri prensibi ile sınırlandırıldığını daima gözönünde bulundurmak şartı ile bizi isabetli bazı sonuçlara götürebilir.

VI. Menfaatlerin Keyfiyete Göre Takdiri

Nimetlerin mücerret takdiri, açık olarak belli bir menfaatin diğerlerine tercihine müncer olsa dahi, gene de müşahhas hadisenin bütün hususiyetlerinin nazara alınması iktiza eder³⁴. Zira talî bir takım tezahürlerden, menfaatler çatışması neticesinde ortaya çıkan durumun bir taraf için, diğer tarafa nazaran çok daha sert olduğu, binaenaleyh ihtilâfın hallinde onun, diğer tarafınki ile kıyaslanamayacak kadar büyük bir menfaati bulunduğu anlaşılabilir. Böyle bir halde kemmî bakımdan daha büyük olan menfaat, diğerine tercih edilir. Bilhassa kıymetlerin takdiri neticesinde müsavi değerde oldukları anlaşılan menfaatler arasındaki ihtilâf bu esasa göre çözümlenir. Tereddüt halinde çatışan menfaatlerin aynı değerde oldukları kabul edildiğinden, bu prensip sanıldığından da sık tatbik olunur³⁵.

Her seferinde söz konusu menfaatlerin kemmiyeti muhtelif noktai nazarlara göre tayin edilir. Önce bir kere, erişilmek veya müdafaa edilmek istenen nimeti tehdit eden zararın derecesi önemlidir. Bir nimete nisbeten ehemmiyetsiz, diğerine ise ağır bir zararın irası söz konusu oluyorsa, daha fazla tehlikeye maruz kalan nimetin mevcudiyetinin muhafazasında, daha az tehlikeye maruz kalan nimetin bütünlüğünün muhafazasından daha büyük bir menfaat mevcuttur. Buna «*Maruz Kalınan Tehlikenin Ağırlığı Prensibi*» denilmektedir. Bu halin kanunî bir misâli için bk. BGB § 904.

Mukabil menfaate tecavüz ederek takip olunan, kişinin kendisine veya başkalarına ait bir menfaatin, vaki tecavüz, mutlaka za-

³³ Hubmann, H. : agm., sh. 101; Ornstein, H. : age., sh. 311 vd. ve bundan başka Cardozo, B. N. : *Ausgewählte Schriften*, 1957, sh. 256 da ahlakî, iktisadî ve bedîî değerler arasında bir derece ayırımı yapmaktadır.

³⁴ Muk. ed. BGHZ 8, 142, 145 de zikredilen hal

³⁵ Hubmann, H. : agm., sh. 101

rurî olan ölçüyü aşmadığı ve bu sebepten ehven i şer addedilebileceği takdirde, diğer menfaate tercih edilmesi de menfaatlerin, kemmiyete göre takdiri ile ilgili bir prensip olup, buna «*Vasıtanın Gayeye Uygunluğu Prensibi*» denir. Bir menfaate vaki tecavüzün, diğer bir yolun tercihi suretiyle menfaat ihtilâfının ortaya çıkmasını önlemek imkânının mevcut olması yüzünden, zarurî olan ölçüyü aşması halinde, o tecavüzle gerçekleştirilmek istenen menfaat, diğerine tercih edilemez; daha doğrusu hakikî bir menfaatler ihtilâfı mevcut olmadığından, tecavüzü haklı gösteren bir sebep de yoktur. Binnetice mukabil menfaat, kaideten tecavüz teşkil eden hareketle gerçekleştirilmek istenen menfaate tekaddüm eder.

Sonuç olarak gayenin vasıtaya uygunluğu prensibi, birçoklarının iddia ettiği gibi, nimet ve menfaatlerin takdiri prensibi yanında, ondan ayrı, müstakil mevcudiyeti olan bir prensip değil, menfaatlerin takdirinde başvurulmuş çeşitli değerlendirme esaslarından biridir³⁶.

Çatışan menfaatler arasında diğer bir kemmi fark da, bir tarafta birden ziyade menfaatlerin topluca yer almış olması dolayısıyla ortaya çıkabilir. Ekseriya bir menfaat, onunla aynı derecede ve fakat miktar itibarıyla daha büyük menfaat ile³⁷ yahut aynı kimsenin bir değil, birden ziyade menfaatleriyle veya birden fazla kimselerin menfaatleri ile karşılaşabilir. Bu taktirde bir guruba giren menfaatler —hukuki bir nimet olarak— onlarla aynı ve hatta daha yüksek bir derecede bulunan mukabil menfaate kemmiyet itibarıyla tekaddüm edebilirler (*Menfaatler Topluluğu Prensibi*). Daha evvel bir vesile ile zikretmiş olduğumuz, *Umumî Prusya Hukukuna dair Kanunnamenin* (ALR) Başlangıç Hükümlerinin 74. m. sinde yer alan, topluluğun menfaatlerinin, münferit menfaatlere tekaddüm edeceği hükmü, aslında bu prensibin bir ifadesinden ibaret³⁸. Lâkin hakim görüşe göre, bu taktir prensibi, yüksek etik değerlere tallük ettiği nisbette ve meselâ, bir gurubun hayatına karşı bir ferdin hayatının değerlendirilmesi söz konusu oldukça kabili

³⁶ Aynı şekilde Lenckner, T.: age., sh. 133-146

³⁷ Muk. ed. iki farklı bedelin birbirine nazaran taktirinin söz konusu olduğu BGH St 12, 299 vd. da zikredilen hal

³⁸ Muk. ed. BVerfG 7, 198, 219 ve bunun gibi «amme menfaati şahsî menfaate tekaddüm eder», «ammenin selâmeti en yüksek kanundur» (salus publica suprema lex) yahut «müşterek hayır tek kişinin hayırından daha kutsal ve iyidir» (bonum commune melius est et divinius quam bonum unius) v.s. gibi çok suiistimal edilmiş bazı esaslar

tatbik değildir³⁹. Şüphesiz savaşta fertlerin hayatlarını topluluk uğruna tehlikeye atmaları ve hatta icabı halinde feda etmeleri talebi bu görüşle telif edilemez. Bu sebepten, kemmi bakımından farklı yüksek etik değerlerin kabili kıyas olmadıkları tezi, her türlü şüpheden azade sayılamaz.

Birden ziyade menfaatlerin bir araya gelmesi durumunun aksine, müşahhas hadisede, çatışan menfaatlerden birinin değerinin baştan itibaren daha düşük sayılmasını mucip bazı hallerin vücudunda, menfaatin değerinin azalmasından söz edilir. Meselâ, zarar verici bir maddeye müteallik menfaatler gibi (bkz. Alman Medeni Kanunda tanzim olunan iztirar halleri ve ezcümle, bir yandan 904 ve diğer yandan 928. m. ler hükümleri). *Menfaatin Değerinin Azalması Prensibi*, bilhassa meşru müdafaa hallerinde tatbik sahası bulur; Zira bir barış nizamı vasfı ile hukuk nizamı, tecavüzü, daima bu suretle gerçekleştirilen menfaatin değerini azaltıcı bir unsur sayar.

Bunun gibi meselâ, itfaiye neferleri veya askerlerin belli tehlikeleri def'etmek mükellefiyetlerinin mevcudiyeti de onların şahsî menfaatlerinin değerini azaltır.

Nihayet menfaatin yakınlığı da ehemmiyet arzedebilir. Şöyle ki, bir menfaat, bir şahsa ne derecede uzaksa, değeri de o kadar azdır. Haddizatında ağır basan ve fakat doğrudan doğruya kendisini ilgilendirmiyen bir menfaati gerçekleştirmek maksadı ile hareket eden bir kimsenin mukabil menfaate tecavüz etmesi haklı görülmez. Çünkü ancak gerçekleştirmeye çalıştığı menfaati, kişi, zatî menfaati olarak hissettiği takdirde, o menfaat, tecavüze uğrayan mukabil menfaata tercih edilecek derecede yoğunluk kazanmış olur (*Menfaatin Yakınlığı Prensibi*).

Burada menfaatin kemmiyet noktaî nazarından ağır basmasının, keyfiyet esasına göre yapılan menfaatler sıralamasının değişmesini mucip olabileceğini bir kere daha tebarüz ettirmek gerekir. Bu kabilden iktisadî menfaatlerin, şahsiyetin himayesine tekaddüm etmesi mümkündür. Diğer bir ifade ile, mücerret derece farkı, daha az değerli menfaatin kemmiyet bakımından ağır basması ile bertaraf edilebilir.

³⁹ NJW 1953, 513 ve 514 de neşredilen BGH ve Wertensbruch, W.: Grundgesetz und Menschenwürde, 1958, sh. 108

V. Değer Ölçüsü Olarak Amme Menfaati

İzahlarımıza son vermeden evvel, menfaat ihtilâflarında sık sık amme menfaatlerinin de işe karıştığına nazarı dikkati celbetmek istiyoruz. Menfaatler nazariyesi, bu gibi hallerde menfaatler taktirinin dayandığı, «*karara esas teşkil eden menfaatler*» den veya «*ağır basan topluluk menfaatleri*»nden bahseder. Ancak böyle durumlarda haklı olarak menfaatin bir yandan değerlendirme konusu, diğer yandan değerlendirme ölçüsü şeklinde tecelli ettiği, bunun ise maddî bakımdan mütenakız olduğu cihetle kabul edilemeyeceği belirtilir⁴⁰. Hukuk emniyetinin sağlanması veya hukukî münasebetlerin ihtilâfsız olarak cereyanındaki amme menfaati, muşahhas bir hadisede karşılaşılan, tezat halinde bulunan, çatışan ihtiyaçlardan biri değil, aksine menfaatler taktirine esas teşkil eden mülâhazalardan biridir⁴¹. Bunu basından vereceğim bir misâlle tavih etmeme müsaade buyurunuz⁴²:

Basın yoluyla yapılan yayımlarda, daima aynı menfaatler karşı karşıya gelir: Mağdurun kendi hukukî sahasının himayesindeki menfaati ile basının bazı hususların ammeye duyurulmasındaki, yani basın mesleğinin icrasındaki menfaati. Mağdurun menfaati, faal durumda bulunan bir meslekî işletme gibi maddî bazı nimetlerin veya tamamen onun şahsî ve hususî sahası gibi gayri maddî bazı nimetlerin korunmasından ibaret olabilir. Basının menfaati de tıpkı böyle, maddî, daha doğrusu malî bir menfaat veya gayri maddî, fikrî bir menfaat ve ezcümle, yayım vasıtalarını umumun hayrına hizmet için kullanmakta mündemiç bir menfaat, diğer bir ifade ile, amme efkârının teşekkülündeki menfaat şeklinde tecelli edebilir ki, bunda, çok şikâyet edilen basının kapitalist temeli ile ideal görevi arasındaki ikilik muvacehesinde hiç bir fevkalâdelik yoktur. Şimdi durum dikkatle incelendiği taktirde, basının istinad ettiği ve fakat meşrû hudutlar dairesinde temsil olunup olunmadığı münakaşalı bulunan «*amme menfaati*»nin, doğruya çatışan menfaatlerden biri olmadığı, hakikati halde, sadece menfaatler ihtilâfının çözümlenmesinde aslanan kriteri teşkil eylediği anlaşılır. Zira muşahhas hadisede bir hususun basın yolu ile yayınlanması amme menfaatine olduğu taktirde, basın mesleğinin icrasındaki menfaat, mağdurun menfaatine tekaddüm eder. Ancak birçok hal-

⁴⁰ Bunun için bkz. Knaute, K. : Kausales Rechtsdenken und Rechtssoziologie, 1968, sh. 91 vd. ve orada zikredilen literatür

⁴¹ Aynı şekilde Kraft, A. : age., sh. 14-17

⁴² Basın meselelerinde menfaatlerin taktiri hakkında gayet mufassal malûmat için bkz. Rehbindler, M. : age., sh. 75-95 ve 120-126

lerde bizzat amme menfaati, ferdin korunmasını amirdir. Meselâ, basın yoluyla insanlık haysiyetine tecavüz edilmiş olduğu veya herhangi bir yayında ammenin, haklı görülebilecek haber alma ihtiyacının tatmini için gereken ölçü aşıldığı taktirde, hal böyledir. Zikredilen misâllerde basın mesleğinin icrasındaki menfaat, diğerine tekaddüm etmez. Bu cihet *Anayasanın* 1. m. si I. f. sı. hükmünden istidlâl olunur. Basın yoluyla vaki bir beyan, kasden gerçeğe aykırı olarak yapılmış bulunuyor veya sadece halkı eğlendirme maksadına hizmet ediyorsa, gene amme menfaati, mağdurun himayesini icap ettirir. Bu da *Anayasanın* 1. m. si II. f. sında yer alan hükümden istidlâl olunabilir. Zira ammenin, söz konusu beyanın yayınlanmasında, *Anayasanın* 1. m. si II. f. sıyla kısıtlanmış 5. m. si hükmüne göre anlaşılması lâzım gelen manâda, haklı bir menfaati yoktur. Yalnız basın yoluyla yapılan beyanın *Anayasanın* 5. m. sinde derpiş edilen sınırlar içersinde kalması halinde şüphesiz durum farklıdır. Son halde amme menfaati mağdurun himayesini icap ettirmez. Öyle ki, burada basının faaliyetinin, ammenin haber alma müdemiç menfaati ile meşrulaşmış olduğundan bahsedilir.

Amme menfaatine dahil olan hususların yukarda izah ettiğimiz şekilde daimî olarak değişmesi, menfaatlerin taktirinde son kriterin, ammenin «*olgun ve topluluk için değerli şahsiyetlerdeki menfaati*»⁴³ olduğunu açıkça ortaya koyar. Mezkûr menfaat mer'i hukukta ifadesini, *Anayasanın* 1. m. si I. f. sında «*objektif hukukun kendisine göre teşkil olunduğu en yüksek prensib*» olarak insan haysiyetinin himaye edilmiş olmasında bulur⁴⁴. Bu en üstün prensip, maddî ve gayri maddî değerler arasında mevcut iyerarşiye rağmen, belli bir halde maddî menfaatlerin, yoğunluk bakımından daha ağır basması neticesini doğurabilir. Yeter ki, bu menfaatler insan hayatının idamesi için zarurî olsun ve gayri maddî menfaatler onlar olmaksızın düşünülmesin⁴⁵. Gene aynı esas, bir menfaatler topluluğunu temsil etmelerine rağmen amme menfaatlerinin, muayyen bir ölçüde, ferdî menfaatlerden sonra gelmesini de mucip olabilir. Meselâ, fertlere bir takım temel hakların tanınmış olması ancak bu şekilde izah edilebilir. Temel haklar fertlere, bu sıfatla-

⁴³ Ornstein, H. : agm., sh. 304

⁴⁴ Dürig, G.'in Maunz - Dürig - Herzog : Grundgesetz, 2. Aufl., Stand 1968, Art. 1, Abs. I, Nr. 4 deki beyanı

⁴⁵ Hartmann, N. : age., sh. 604, Anm. 26: «Açlıktan kıvrananlar veya cismanî bir acıya düşenlerde fikrî haz duyabilme kabiliyeti kaybolur.»; Bertold Brecht, Üç Kuruşluk Opera isimli eserinde bunu daha kaba olarak; «Evelâ tıkmak, sonra ahlâk gelir» şeklinde ifade etmiştir.

rı ile değil, *kollektif/sosyal değerleri gerçekleştirmeğe matuf faaliyetlerde bulunmak kaabiliyetini* haiz olduklarından⁴⁶ bahşedilmiştir ve onlardan bu ihtirazi kayıt altında istifade edilebilir⁴⁷.

Buraya kadar saydığımız menfaatlerin taktiri prensiplerine şöylece bir göz atıldığı taktirde, bunların ancak pek istisnaî hallerde ve ezcümle; aynı sırada ve aynı büyüklükte olan menfaatler bir-biri ile karşılaştıkları zaman kifayetsiz kaldıkları görülür. Burada bile kaideten izahlarımızın başında *Umumî Prusya Hukukunu havi Kanunnamenin Başlangıç Hükümleri* 97. m. sinde yer aldığına işaret ettiğimiz, «*her iki menfaatten de aynı ölçüde feragat edilmesi gerektiği*» ne dair *t e v a z u n p r e n s i b i*⁴⁸ bizi belli bir çözüme götürülebilir. İşin mahiyeti icabı bu prensipten de istifade etmek kabil olmazsa ve meselâ, hayata karşı hayat söz konusu olmakta ise, ilgili hukukî nimete vaki tecavüzü haklı göstermeğe imkân yoktur. Son halde ancak böyle bir tecavüze tahammül etmenin hiç kimseden beklenemeyeceği mülâhazasından hareketle, kusurlu sayılmaktan kurtulunabilir⁴⁹.

⁴⁶ **Ornstein, H.** : agm., sh. 311. BVerfG 5, 85 ve 204: «Hürriyet esasına dayanan demokrasilerde insan haysiyeti en yüksek değerdir; bu değer dokunulmaz olup, devlet onu korumak ve ona riayet etmekle mükelleftir. İnsan mesuliyeti kendisine ait olmak üzere hayatını istediği şekilde tanzim etmek ehliyetini haiz bir «şahsiyet»dir... İnsan haysiyeti namına, ona şahsiyetini kabil olduğu kadar geliştirebilmek fırsatını bahşetmek gerekir.»

⁴⁷ Böyle bir şartın dogmatik bakımdan haklı gösterilebilmesi için yapılan muhtelif teşebbüsler hak. bkz. **Dürig, G.** : age., Art. 2, Abs. I, Nr. 70; BVerfG 4, 7, 15 vd.: «Anayasanın kendisinden hareket ettiği «kişi», tecrit edilmiş, bağımsız bir fert değildir; aksine Anayasa fert ile topluluk arasındaki ziddiyeti kişinin şahsî değerine dokunmaksızın, onun topluluğa mensubiyeti, cemiyete bağlılığı istikametinde çözümlenmiştir.»

⁴⁸ Bunun için **Larenz** tarafından verilen bir müzik öğretmeni ile bir yazarın, duvarları ses geçiren yeni yapı Apartmanlardan birinde yan yana oturmakta olmaları misâli düşünülün. Böyle hallerde müzik için muayyen bazı zamanların tesbiti gerekir, muk. ed. **Hubmann, H.** : Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion, JZ 1957, 521-528, 523

⁴⁹ Kanun üstü kusuru düşüren bir sebep olarak gayri kabili melhuz olma hali için muk. ed. **Schönke/Schröder**: Strafgesetzbuch, 14. Aufl., 1969, Vorbem. 93 zu 51 ve orada zikredilen literatür