

ŞAYSIYET HAKLARI (*)

Droits de la Personnalité
Persönlichkeitsrechte

Yazan: Prof. A. Simonius, Bâle
Çeviren: Fikret Arık

Medeni Kanunun 1912 tarihinde yürürlüğe girmesindenberi (şahsiyet hakları) mefhumu İsviçre nazariyat ve içtihatlarında muazzam kelimesile vasıflandırılabilir bir rol oynamaktadır. Bununla beraber Medeni Kanunun umumî hükümleri içinde bu mefhum açıkça zikredilmemiştir. Fakat Borçlar Kanununun 19. maddesinde buna benzer bir terim vardır ki aşağı yukarı Fransız Medeni Kanununun 6. maddesine tekabül etmektedir. Bu maddeye göre taraflar arasında yapılan akitler ancak âdâba, kamu intizamına ve (şahsiyete merbut haklar) a aykırı olduğu takdirde memnudur. Bu madde, bir âkidin âdaba aykırı düşecek derecede hürriyetinden feragat edemeyeceğini bildiren Medeni Kanununun 27. maddesi (Türk Medeni Kanunu M. 23) tarafından tamamlanmıştır. Şu halde 19. maddede bahsedilen (şahsiyete merbut haklar) ferdin hürriyetini ifade eder, ferd bu hürriyetinden vaz geçemez, geçerse bu vaz geçiş anglo - sakson hukundaki tabirle bir gayrı kanunî bir tahdit (restraint) teşkil eder.

Medeni Kanunun yorumcuları, başlangıçtan itibaren, bu kanunun başka ve pek çok sayıda şahsiyet haklarının varlığını tanıdığını kabul etmişlerdir. Onlar bu alanda kanunun ilk tasarısını hazırlayan Eugen Huber'in fikrini takip etmişlerdir. Huber'e göre bu mefhum, medeni hukukun çok cömert bir düşünceyle ferde kendi hemcinslerine karşı sağlaması icap eden bütün himayeyi sağlaması için elzem olan bir vasıtaadır.

Bununla beraber mahkemelerin tatbikatında bu mefhumu kullanırken müşkilata uğramıştır; bilhassa yirmi yıldan beri mahkemelerin bir şahsiyet

(*) Haziran 1946 tarihinde Bâle'de, l'Association Henri - Capitant pour la culture française cemiyetinin akdettiği celsede okunan rapordur.

İsviçrede neşredilmesi benden istenen bu rapor burada esasında bir değişiklik yapılmadan takdim edilmiştir. Bu sebepten hiç bir citation'u muhtevi değildir. İsviçreli okuyucu gerekli mukayeseleri kolayca yapacaktır. Şu halde şahsiyet hakları üzerine yapılan münakaşada birinci derecede önemli iki eseri anmakla yetineceğim: August Egger'in İsviçre medenî kanununun 27 ve 28. maddelerine ait şerhi ile François Guisan'ın La protection de la personnalité et le boycott commercial: şahsiyetin himayesi ve ticarî boykot) adı altında, Wieland armağanı (Festgabe für Carl Wieland, Beitrage zum Handelsrecht, Bâle, 1934) içinde neşrettiği inceleme. Ayrıca belirtmek isterim ki bu rapor bilhassa Fransız okuyuculara hitap ediyordu.

hakkında vaki tecavüzden bahsetmemegi tercih ettikleri ve kararlarını daha ziyade başka gerekçelere istinat ettirdikleri haller oldukça çoktur. Mahkeme bazen bir şahsiyet hakkının ihlâl edildiğini veya edilmediğini gerekçeye ilâve ediyorsa bunun sebebi, büyük müellifler tarafından ciddî tenkitlere maruz kalmış olmasına rağmen, hâlâ sağlam bir geleneğe dayanıyor görünen bir nazariyeye karşı adetâ saygısızlık göstermemiş olmak duygusudur.

Ne olursa olsun, (şahsiyet hakları) kavramının 1912 yılında uyandırdığı heyecan hissedilir derecede azalmıştır. Bir çok zihinlerde bir nevi şüphe yer etmeğe başlıyor ve bu gün bu mefhuma müracaat etmek hakikaten doğru bir yol olur mu meselesi münakaşa ediliyor dersek mübalağa etmiş olmayız.

Müsaadenizle şunu arzedeğim ki bu toplantının konusu olarak şahsiyet haklarını seçmekte isabet ettiğimizi zannettiren sebeplerden birisi de işte bu haldir. Bu fikrimizi kabul buyurduğu için Associaton Henri - Capitant'a bilhassa teşekkür borçluyuz, çünkü Fransız meslekdaşlarımızın bugün taşıdıkları fikri öğrenmek bizim için çok büyük istifadeler sağlayacaktır; bu kavram Fransada mahkeme içtihatlarında değilse bile nazariyatta kendisini göstermiştir. Fransız dostlarımızın ilmi ve tecrübesi bizi çok meşgul eden bu tartışmada bir sonuca varmak hususunda bize çok yardım edebilirdi.

Diğer yandan, Association Henri - Capitant'ın amacı Fransız hukuk kültürünü yaymaktır. Biliyorsunuz ki bu kültür, İsviçrenin ancak, bütün İsviçreye tatbik edilen birleştirilmiş kanunların yürürlüğe girmesinden beri gelişmeğe başlayan genç hususî hukuk nazariyatı üzerine derin bir tesir icra etmiştir ve etmektedir. Bununla beraber dışarıdan gelen tesir yalnız bundan ibaret değildir. **Pandekt nazariyesi** denilen Alman mektebinin tesirleri de zaman zaman kesin olmuştur. Hukukun derin temayülleri bakımından bu iki tesir, zarurî olarak birbirine zıt bir manzara arzetmiştir. Bununla beraber teknik meseleleri ele alış tarzları itibarile bu iki tesir arasında hemen daima bir zıddiyet görülmüştür. Bu iki tesirden bazen biri, bazen ötekisi üstün bir hal almıştır; mamafi dışarının tesirleri derin bir değişikliğe uğratmış olmasına rağmen, İsviçre nazariyatı hâlâ bu gün dahi, bu iki tesir arasında sallanmaktadır denebilir; mamafi bu nazariyat müstakil olmak ümidi ile mer'î hukukun verilerine tam bir intibaka doğru yol almakta, lâkin bu arada büyük hukukî geleneklere karşı şükran borcunu da unutmamaktadır.

Fakat şahsiyetin medenî hukukca himayesi, -bu şekil istikbale doğru ilerleyişin en tipik misallerinden biridir. Bu hususta dikkati çeken husus bilhassa şudur. Bu konunun genel olarak tanziminde Fransız tesiri devamlı bir üstünlük göstermemiştir, öbür yandan teknik bakımından Alman nazariyesi telâkkilerinin bazı anlarda açık bir ilerleme kaydetmesidir. Bu gün, hâdisatın tesiri ile, bu telâkkilerden bir kısmının terki gerektiğini ve - vukuu

icap eden önemli orijinal tadilatı göz önünden tutulmakla beraber - Fransız hukuk kültürünün yeni bir başarısına intizar edilebileceğini gösterebileceğimi zannediyorum. Bu hususta tam bir isbata girişmeksizin - çünkü zamanım buna müsait değil -, müjdeleyici ilk taslağı ortaya koymanın Fransız meslekdaşlarımızı belki alâkadar edeceğini zannediyorum. Bu konuyu seçişimizin bir sebebi de budur.

Daha önce de söylediğim gibi bu gün ortaya çıkan mesele şudur: (şahsiyet hakları) kavramının kullanılması doğru mudur?. Başka deyimle, şahsiyet hakları gerçekten mevcut mudur? ve ferde bizim için doğru görünen himayeyi sağlamağa bu mefhum yardım edebilir mi?.

Şu halde, her şeyden önce, bir teknik meselesi bahis mevzuudur; bununla beraber esasa ait bir mesele, yani ferde bahsedilen himayenin insafli şumulü meselesi de buna sıkı sıkaya bağlıdır.

Kendimize şu sualleri soracağız: İsviçre nazariyatı şahsiyet haklarından ne anlıyor, hangi sebepten dolayı bu mehfuma bağlanmıştır ve bu mefhumu kullanmasının neticeleri neler olmuştur? Bu konuları incelerken bu mefhumu yapılan tenkitleri de kaydedeceğiz, bu suretle onların haklı olup olmadığını görmek fırsatını bulacağız ve en sonda (**şahsiyet hakları**) kavramının mânasını veya bu kavramın kullanılış tarzını değiştirmek hattâ bu mefhumu tamamen terk etmek gerekip gerekmediğini kendi kendimize soracağız.

İsviçre doktrini şu faraziyeden hareket ediyor: genel bir şahsiyet hakkı vardır. Bu hak, mutlak haklardandır. Bu hak, her şeyden önce ferde, bedenî veya manevî tamamıyetine ve şahsî menfaat ve münasebetlerine haksız tecavüzlerden çekinmesini, diğer herhangi bir ferdden talep etmek selâhiyetini bahşeder.

Fakat ferdin tamamıyeti, menfaat veya münasebetleri pek farklı şekillerde ihlal edilebileceğinden bu genel hakkı bir çok haklara taksim ederler. Bu haklar, ferdin bir tecavüzün kurbanı olduğunu sandığı ve bu tecavüz neticesi maddî veya manevî bir zarara uğradığını veya hiç olmazsa, tecavüz devam ediyorsa böyle bir zarara uğramak tehlikesine maruzsa olduğunu sandığı muhtelif hallerde kendilerini gösterirler.

Nazariyat bu hakları mamelek hakları denen haklardan ayırt ediyor. Bu haklar şahsa merbuttur ve esas itibarile başkasına temlik ve devir edilemez. İsviçreli müellifler (şahsiyet hakları) mefhumuna pek mübalağalı bir şumul vermemeğe dikkat ediyorlar. Şahıstan ve onun faaliyetlerinden ayrılmış bir mevzua müteallik haklar, bu mevzu gayrı maddî olsa bile bazı Alman müelliflerinin yaptığı gibi, şahsiyet hakları arasında saymıyorlar, fakat mamelek haklarına idhal ediliyor. Meselâ bedî ve edebî mülkiyet, sınaî mülkiyet, fabrika markaları için böyle yapıyor. Bunların çoğu başkasına devri kabil haklardır ve esasen özel kanunlarla himaye edilmişlerdir. Bu hakların mül-

kiyet hakkının bir nevi olarak kabul edilmediğini, İsviçrede mülkiyet hakkının ancak maddî şeylere hasredildiğini, bu hakların yeni bir sübjektif hak kategorisi olan (gayrı maddî mallar üzerindeki haklar) sınıfına idhal edildiğini, söz arasında, ilâve etmiş olalım.

Bir ferдин başka ferdlerle olan münasebetlerini temsil eden ve hususî hukuk tarafından bahşedilen şahsiyet hakları, anayasalar tarafından derpiş edilen ve ferдин devlete karşı haiz olduğu ferdî haklardan dahi tefrik ediliyor. Bununla beraber bu haklar arasında bir tenazür, bir muvazat kabul edilmektedir. Meselâ Federal anayasanın garanti ettiği basın hürriyetine; medenî hukuk sahasında fikir ve kanatleri serbestce ifade etmek hakkı tekabül etmektedir; anayasanın tarif ettiği rekabete, hususî hukukun tanıdığı serbestçe iktisadî faaliyette bulunmak hakkı tekabül ediyor.

Şahsin bizzat kendisinden başlayarak onu diğer şahıslara birleştiren münasebetlere doğru gitmek suretile, muhtelif şahsiyet haklarını sınıflara ayırmak denendi. Bu suretle tefrik edildiği sanılan hakların en mühimleri şunlardır: bedenî temamiyet üzerindeki hak, manevî temamiyet üzerindeki hak, karı koca arasındaki münasebetlerin ve bir ve aynı ailenin diğer uzuvları arasındaki münasebetlerin ihlâl edilemezliği üzerindeki hak, umumiyetle içtimaî hayattaki itibar üzerindeki hak, iktisadî hayattaki kredi üzerindeki hak, şahsî hürriyet üzerindeki hak (bu hürriyet ezcümle düşünme, düşündüğünü ifade etme ve dinî hislerde hür olmayı tazammun eder), serbestce iktisadî faaliyette bulunmak hakkı.

Bununla beraber hiç bir kimse böyle bir sistemin değeri üzerinde büyük hayallere kapılmıyor. Bu sistemin üzerine istinat ettiği prensip, son derece şayanı münakaşadır. Bu sistem, vaktile tabî hukuk taraftarı müelliflerin, önce insanı yalnız başına ele alarak, sonra onun gittikçe şumüllenen münasebetlerine geçerek, bütün hukuk kaidelerini istinat ettirdikleri sisteme çok benziyor. İnsanın hukuku alâkadar eden cephesi, yalnız sosyal hayattaki cephesidir ve kolayca kabul edilir ki, bu cephe bir kül teşkil eder. Bedenin hudutlarını geçince, bizzat şahsa taallük eden menfaatlerle bu şahsın başkaları ile münasebetlerinden doğan menfaatleri - indîliğe düşmeden - nasıl tefrik edebiliriz. Demek ki bu haklar ekseriya bir biri üzerine aşarlar. Bir yakınımızın ölümünden ileri gelen hissiyat zedelenmesi, bizim aile münasebetlerimizin bir ihlâli olduğu kadar bizzat bizim manevî temamiyetimize bir tecavüz teşkil etmez mi?. Federal mahkeme bir defa bir evli kadının baştan çıkarılmasını, hadisenin pek nahoş hususiyetlerini nazarı itibare alarak baştan çıkararak erkek tarafından kocanın aile münasebetlerine vaki bir tecavüz saymıştı; bu baştan çıkarma hadisesi, kocanın manevî temamiyetinin bir ihlâli değil midir?. Keza, bir kimsenin şeref ve haysiyetine vaki tecavüzler o kimsenin hemen daima manevî temamiyetini ve içtimaî münasebetlerini ihlâl etmez mi?.

Kanunlarda hususî bir tanzim tarzına tâbi tutulmuş olan diğer şahsiyet hakları daha vazih ve bu itibarla diğer hakların sahasına tecavüz etmez vaziyette iselerde bunları sisteme sokmak bilhassa müşkil görünüyor. İsim üzerindeki hak, müstear nam, ticaret ünvanı ve bunlara benzer ve bir insanın hüviyetini tayine yarayan diğer işaretler için durum böyledir. Bunların himayesi için ne hissiyatın incinmesi, ne de bir münasebetin ihlâli şarttır. Müellifin manevî hakkı veya bir kimsenin resmi üzerindeki tasarruf hakkı da böyledir. Bu sonuncu hak, sahibinin müsaadesi olmaksızın bir portre veya fotoğrafın neşrini men etmek selâhiyetini verir. Mamafî resim üzerinde tasarruf hakkını Fransada temayül edildiği gibi bedenî tamamîyet üzerindeki hakkın bir tezahürü gibi görmek de mümkündür. Hususî bir mektubun muhtevasını bildirmeyi men etmek yetkisine gelince, bu selâhiyet İsviçrede daha geniş bir hakkın şumulüne idhal ediliyor. Bu hak, şahsî sırra hürmet ettirmek hakkı (Geheimsphaere) dır. Bir avukatın bir tabibin kendisine tevdi edilen sırrı açığa vurması, hattâ üçüncü bir şahsın kendisine tevdi edilen sırrı zarar vermek kasdı ile ifşa etmesi dahi, bu hakka dahildir.

Bununla beraber bu mefhumun doğurduğu mahzur, muhtelif şahsiyet haklarını guruplara ayırmak ve birbirinden tefrik etmekten ibaret olsaydı o kadar büyük sayılmazdı. O zaman bir sistem kurmaktan vaz geçiliverirdi. Fakat bu mefhum daha ağır bir güçlük doğruyor ve işte burada biz bu nazariyenin gerçekten zaif noktalarından birine temas ediyoruz:

Bazı ahvalde bir ferdi himaye ederken, herkese bahşedilen hak veya hürriyetleri ihlâl etmemek ve nisfetin sınırlarını aşmamak için, tarifi başka bir hakkın tarifi ile tezat halinde olan bir hak tanımak icap ediyor. Bir şahsın kendi işlerini geliştirmek için sarfettiği gayretlere engel olan tecavüzler, umumiyetle gayrı kanunî rekabet adile anılan tecavüzler gibi, iktisadî faaliyetin serbestce icrası hakkına karşı tevcih edilmiş taarruzları temsil ediyorlar. Lâkin bir ticarî boykot, plânlı bir grev, yahut bir kara liste tertibi gibi müşterek ve toplu bir hareket neticesinde işlenen bir zararın tazmini icap edip etmediği meselesi karşısında, serbestce iktisadî faaliyette bulunmak sözde hürriyetine riayet ettirmenin, neticede, Anayasanın sağladığı rekabet hürriyetini son derece tahdide hattâ ilgaya varacağı anlaşıldı. İşte bu sebepten, Federal mahkeme, bu gibi hallerde uzun zaman yalnız daha mahdut bir şahsiyet hakkı tanıdı: ancak mağdurun tamamen mahvını istihdaf eden toplu bir hareket tarafından ihlal edilen bir iktisadî hayat hakkı!. Biraz sonra kendisinden tekrar bahsedeceğim bu içtihad terkedildi, hem de pek haklı olarak! İktisadî yaşama hakkı (le droit à l'existence économique) şeklindeki bu mahdut şahsiyet hakkı bile, bu mefhumun tazammun ettiği bütün neticeler istihraç edilmek istendiği takdirde, neticede rekabeti ortadan kaldırmağa varıyor. Hem, serbestce iktisadî faaliyette bulunmak hususunda mutlak bir hak tanıdıktan sonra, bu hakkın himayesi maksada elverişsiz sayıldığı anda bu

hakkın yerine sadece daha önemsiz, hususiyetlerine göre yaratılan bir hak koyan bir nazariye hakkında ne düşünmelidir?

Mahzur, iktisadî münasebetlerden doğan bazı hakların doğruca tarif edilememesinden ibaret değildir. Naklettiğimiz hâdise, bütün şahsiyet haklarının tarifine dahil olan bir noksanı açığa vurmuştur, zaten bu nazariyenin aleyhdarı olanların hepsi de bu noksanı ileri sürmüşlerdir: şahsiyet haklarından çoğunun tarifi, bunların yalnız hudutlarını gösteriyor. Meselâ bir kimşenin resmini onun müsaadesi olmaksızın neşretmek yahut - müellifinin şöhreti için zararlı olsa bile - bir edebî eseri tenkit etmek, çok kere, caiz değil midir? Fakat bu takdirde, şümülü hakkında kendisine bir bilgi vermeden mahkemedan bir hakkın himayesi nasıl talep olunabilir? Buna karşı denildi ki, şahsiyet hakları başkalarının hakları ile tahdit edilmiştir; fakat bu cevap ile, bu hakların tarifi bakımından meseleye yer değiştirtmekten başka bir şey yapılmış olmuyor.

Aynı müphemiyet, zaten şahsiyet haklarını mamelek haklarından tefrik eden esaslı karakterler bakımından da bahis mevzuudur. Deniliyor ki şahsiyet hakları şahsa merbut oldukları için başkalarına devir ve ferağ edilemezler. Bununla beraber şahsiyet haklarını tahdit eden bazı muamelelere cevaz vermek icap ediyor, aksi takdirde hukuka uygun telâkki edilebilecek muamelelerin sayısı pek az olurdu. Bazen bu tahditler pek büyüktür. Meselâ bir sınaî veya ticarî teşebbüsü satan kimseye yüklenen rekabet memnuniyeti, bu teşebbüs alanına giren her işi satıcıya menetmek derecesine dahi varabilir. Bunlar hiç şüphesiz şahsî hürriyet üzerindeki haklar veya serbestce iktisadî faaliyette bulunmak hakları, Medeni Kanununun 27. maddesinin ve Borçlar Kanununun 10. maddesinin akit serbestisine vazettiği hududu teşkil etmezler. Bu hudut daha şâmil bir mefhuma, umumî âdap fikrine müracaat ederek bulunmak icap eder.

Şimdi, İsviçre nazariyatının şahsiyet hakları nazariyesini kabul etmekle elde etmeğe çalıştığı amacın ne olduğunu anlamağa çalışalım:

Başlarken kaydedelim ki bu fikir nisbeten yenidir. Öyle sanıyorum ki bu fikri Pandekt mektebine, Alman nazariyesine borçluyuz; ne olursa olsun bu günkü İsviçre nazariyesinin menşei bu mekteptir. Vakıa, Tabiî hukuk mektebine mensup müellifler ferde, devlet karşısında haiz oldukları haklara benzer hakları kendi hemcinslerine karşı da tanımışlardı. Ancak, Savigny bu geleneğe açıkca son vermiştir. Savigny şahsiyet haklarının varlığını açıkca reddetti, ferde kâfi bir himaye sağlayabilmek için bu mefhuma müracaat etmeğe hiç de lüzum olmadığını iddia etti. Ferdin Roma hukukunda mevcut davalarla müdafaa edilebileceği fikrinde idi. Bununla beraber, Savigny'nin bazı muakkipleri yavaş yavaş, müsbet hukukun bazı şahsiyet haklarını garanti ettiği veya etmesi icap ettiği fikrine vasil oldular. Bu devrin hukukcuları, yeni neşir vasıtalarının veya başka icatların insan şahsı aleyhine yönel-

tilen tecavüz imkânlarını artırdığı intibamı taşıyorlardı. Ve bu olayı göz önünde tutmak gerektiğine işaret ediyorlardı. Bununla beraber şahsiyet hakları nazariyesi ancak XIX. asrın sonlarına doğru ve tamamile başka sebeplerin tesiri altında Almanya'da ezcümle **Regelsberger** ve **Gierke** tarafından geniş ölçüde geliştirildi. Bu müellifler, **Sevigny**'yi takip eden hukukçuların çoğunluğun tesiri altında kalan Alman Medeni kanun tasarılarının hukukî mesuliyeti çok dar bir zihniyetle mütalâa etmesine karşı tepki gösteriyorlardı. Bu teşebbüs muvaffak olamadı; biliyorsunuz ki Alman Medeni Kanunu 823. maddesi hukukî mesuliyeti gayet mahdut şekilde sayılan bazı şahsiyet haklarına ve mutlak mamelek haklarına ve ferdi himaye gayesini güden hususî kanunların kaidelerine tecavüz hallerine hasretmiştir. Bu kanunun 826. maddesi, zarar vermek maksadı ile **adabı umumiye**ye aykırı bir harekette bulunan kimsenin zarar ve ziyanla mahkûm edilebileceğini beyan etmek suretile, hâkime bir dereceye kadar serbesti vermektedir.

İsviçrede 1881 Borçlar Kanunu başka bir vadiye sapmıştı. Bu kanunun 50. maddesi Fransız medeni kanununun 1382 ve 1383 maddeleri örnek tutularak kaleme alınmıştır. Bu maddede ver alan fikre göre, mahiyeti ne olursa olsun insanın başkasına zarar veren her fiili, eğer kusur varsa, bir tazmin borcu doğurur; XVIII. yüzyıl Fransız nazariyatında doğan bu cömert ve verimli fikir Fransız medeni kanunu tarafından ve daha sonra da İsviçre Borçlar Kanunu tarafından kabul edilmişti. Bundan maada, bu kanunun 55. maddesi Fransız mahkeme içtihadı tarafından tanınan manevî bir zararın tazmini esasını da derpiş ediyordu. Bu itibarla ferdin geniş ölçüde himayesi için yol tamamen açıktı.

Maddî veya manevî bir zarar tesbit edildi mi, hâkimin yapacağı şey zararı verenin kusurlu olup olmadığını araştırmaktan ibaret olacaktı. Yani İsviçrede âdet olduğu gibi kusurun iki unsurunu: fâilin **irade** halini ve fiilin hukuka aykırılığını. Birbirinden sıkı sıkı ayırtedecektir; zarar fâilinin kasıtlı veya ihmal ile yahut tedbirsizlikle hareket edip etmediğini ve mazeret makamında bir hakkın istimalini ileri sürüp süremediğini arayacaktır.

Bununla beraber Medeni Kanunun kaleme alındığı sırada yani bu yüzyılın başlangıcında durum biraz değişmişti. Alman medeni kanununun ve Alman nazariyatının tesiri ile 50 madde başka bir şekilde yorumlanmağa başlanmıştı. Artık bu madde, başkasına zarar vermek hususunda hususî bir mezuniyeti olmaksızın başkasına zarar vermeği meneden bir norm olarak değil, münhasıran hukuka aykırı bir tecavüzün neticelerini tayin eden bir kaide olarak telâkki edilmeğe başlandı. Bu madde Almanların Blankettnorm dedikleri bir (açık bono hükmü) sayılmak lâzımdı, tıpkı, Alman Medeni Kanununun 823. maddesi gibi. Filhakika bu madde, zikredilen şahsiyet haklarından birisine vaki tecavüzün hukuka aykırı olup olmadığını tayin için, mutlak mamelek haklarını anlamak için veya ferdin himayesini amaç tutan başka

hangi kanun hükmüne mütecavizin karşı geldiğini bilmek için başka kaidelere atıf yapmaktadır. Bu suretle bir fiilin hukuka aykırı olup olmadığını tayin hususunda daha emin bir usul kazanıldığı zannediliyordu.

O zamana kadar cari olan nazariyeye **sübjektif nazariye** bu yeni görüş tarzına da "hukuka aykırılık hakkında **objektif nazariye**" (théorie objective de l'illicéité) dendi ve bu nazariye Borçlar kanununun 1911 tarihindeki tadili sırasında galebe çaldı. Bu nazariye 41. madde halini alan 50. maddenin Fransızca metninde yapılan küçük bir tadille idafesini buldu. (**Haksız: şans droit**) ibareleri yerine (**hukuka aykırı bir surette: d'une manière illicite**) ibareleri kaim oldu. Böylece madde şu şekli aldı: (Celui qui cause d'une manière illicite un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence est tenu de le réparer).

Bu suretle maddenin artık hukuka aykırılık hususunda bizzat bir kaide koymadığı, bu cihetin kanunun başka kaidelerinde aranması icap ettiği kabul edildi.

Keza, gayri maddî bir zararın tazmini hususunda pek müsait olmayan Alman nazariyatına yaklaşan yeni 49. madde eski 55. maddenin yerine kaim olmuş ve manevî tazminat adile bir tazminat talep edilebilmesi için bu tazminatın gerek zarar, gerek kusurun hususî ağırlığı hasebile muhik bulunmasını şart koşturmuştur.

Bu şekilde hareket etmekle, o zamana kadar ferde bahşedilen himaye daraltılmış ve Fransız medenî kanununun 1382. maddesinin esasındaki büyük fikir terk edilmiş olmuyor mu idi?

Her ne kadar bazı çevreler, bhusus 1881 tarihli kanunun 50 ve 55 maddelerinin tatbikatından hiç memnun olmayan **Basın muhiti** bu hareketi belki alkışlardı; ama bu, herşeye rağmen, İsviçre hukukcularının benimseydiği bir görüş değildi. 41. madde hakkındaki yeni telâkkiye göre tazminat hakkının doğabilmesi için zarara sebep olan fiilin başka bir hukuk kaidesi tarafından menedilmesi icap etmesine göre, başka **çeşit bir tekamülü bertaraf etmek için insan şahsına vaki tecavüzleri hukuka aykırı telâkki eden bir umumî kaide** vazetmek gerekiyordu.

Bu kaide Medeni kanuna daha açıkcası (**Şahsiyet**) bahsine dercedildi.

Bu kaide 28. maddedir ve daha evvel zikrettiğimiz 27. maddeyi takip ediyor. 28. maddenin metni şöyledir: (şahsî menfaatlerinde hukuka aykırı bir tecavüze uğrayan bir kimse yargıçtan bu tecavüzün durdurulmasını isteyebilir. Zarar ve ziyan davası veya manevî taminat namı altında muayyen bir meblağın tediyesi davası ancak kanunun derpiş ettiği hallerde açılabilir). Bu maddenin son kısmı borçlar kanununun 41 ve 49. maddelerine atıf yapmaktadır.

İmdi Medeni kanunu hazırlayanların bahusus **Eugen Huber**'in kanaatine göre 28. madde şahsiyet hakları nazariyesini, ona kanunî bir temel tesis etmek suretile, teyit etmektedir. Demek oluyor ki bu doktrin, İsviçrede kendi partizanlarının ona biraz beyhude yere verdikleri vazifeyi başarmıştı. 41. maddenin objektif nazariye denilen nazariyeye göre tefsirinin doğuracağı tehlike bu madde ile bertaraf edilecek gibi görüldüğü için 29. maddenin hukukcular tarafından niçin, heyecan ile selâmlandığı anlaşılır.

Vakıa, ukalalık yapmak istendiği ve yalnız metin ile iktifa edildiği takdirde, Medeni Kanunun 28. maddesinin de tıpkı Borçlar Kanununun 41. maddesi gibi müstakil bir norm teşkil etmediği, onun da hukuka aykırılık noktası da kaidelerine atıfta bulunduğu iddia edilebilirdi. Fakat bu maddede şahsiyet hakları nazariyesinin bir teyidini görmek arzu edildiği için hiç bir hukukçu bu maddeden zikrettiğimiz neticeyi çıkarmadı.

Zaten 1881 tarihli Borçlar Kanununun başlangıçtaki tefsir şekline nazaran, 28. madde ferde bahşedilen hürriyeti ancak bir noktada artırmıştır: Failde bir kasıt veya ihmal olup olmamasına bakmaksızın, bir zarara sebebiyet verecek hukuka aykırı bir tecavüzün men'i hususunda hâkime müracaat etmek hakkını veriyor.

Şimdi 28. maddenin mahkeme içtihadlarında nasıl tatbik edildiğini görelim:

Verilen izahata göre şuna intizar etmek gerekirdi: Mahkeme zararı, fâilin fiili ile illiyet rabıtasını, fâilin kusurunu tesbit ettikten sonra objektif nazariyeye göre fiilin hukuka aykırılığını tesis edecek olan kaideyi araştıracaktır. Ekseriya görüldüğü gibi zarara sebep olan fiil ceza hukukuna göre bir suç veya başka bir kanunun men ettiği bir cürüm olduğu veya mutlak bir mamelek hakkının ihlali mahiyetinde ise meselenin hallı kolaydır. Bu hallerin haricinde yargıç 28. maddeye istinat eder ve kendi kendine şu suali sorar: bir şahsiyet hakkı ihlal edilmiş midir? Nazariyatta müteaddit defa belirtildiği, gibi Medeni Kanun ve Borçlar Kanunundan çıkan sistem budur.

Bununla beraber bu sistemin işlemesine karşı büyük bir engel ortaya çıktı: şahsiyet haklarının çoğunun pek az sarıh oluşu. İşte bunun için, olan bitenler tamamen başka bir şekilde cereyan eder: yargıç şahsiyet hakkının ihlâli ile iktifa edebilmek için şahsiyet hakkının oldukça yüksek bir kesinlik derecesine ulaşmasını ve binnetice bu hakka tecavüz imkânlarının mahdut, hattâ bazı ahvalde meselâ isim üzerindeki hak bir şahsın hüviyetini tesbite yarayan sair işaretler üzerindeki hak veya müellifin manevî hakkı için bahis mevzuu olduğu gibi, özel kaidelerle derpiş edilmiş olmasını arar. Fakat daha az sarıh bir şahsiyet hakkı bahis mevzuu olunca hakim hukuka aykırılık olup olmadığın tesbit için gereken kısıtası bulmak üzere, fâilin fiilini, niyetini, hareket tarzını ve ileri sürebileceği mazeretleri göz önünde tutmak

zorundadır. Meselâ bir zarara sebep olan bir edebî tenkit yazısı sahibinin makul bir tenkit hududlarını aşıp aşmadığını, bir siyasî şahsiyete hücum eden bir gazetecinin halkın devlet işleri üzerinde malûmat sahibi olmak hususundaki meşru menfaat ve alakasının gerektirdiği sınırın ötesine geçip geçmediğini araştırıyor.

Bu mülahazaların yöneldiği fikir ancak şu olabilir: zarar failine verilen bir hak veya hürriyetin hududlarının tecavüz edilmesi, binnetice, objektif kıstaslara dayanan bir suisitimal fikri!. Bu durum, ihlal edildiği iddia edilen şahsiyet hakkı tamamile müphem bir hak olduğu zaman bilhassa barizdir, meselâ serbestce iktisadî faaliyette bulunmak hakkı gibi (bu mefhumun, bir tecavüzün hukuka aykırılığın tayin hususunda kâfi olmadığını biraz önce göstermişdik).

Dahâ evvel gördüğümüz gibi, gayrı kanunî rekabet bu nazariyeye göre serbestce iktisadî faaliyette bulunmak hakkına bir tecavüz olmak lâzımdır. fakat mahkeme kararlarında bambaşka delillere istinat ediliyor. 1911 tarihinde Borçlar Kanunu tadil edilirken bu delilleri bir formül ile hülâsa etmek istediler. Borçlar Kanununun bu formülü kapsayan 48. maddesi şöyledir: (yanlış neşriyat veya hüsnü niyete aykırı sair usullerle müşterileri azalan veya onları kaybetmek tehlikesine maruz kalan bir kimse bu kabil harekete son verilmesi için faili aleyhinde dava ikame ve fâilin kusuru vukuunda sebebiyet verdiği zararın tazminini alıp edebilir.). Görülüyor ki bu maddedeki bir hakkın ihlalden bir tek kelime ile bahsedilmiyor, buna mukabil rekabetin tazammun ettiği hürriyetten ihlalden, bir maddeye derci kabil olacak şekilde tam olarak bahsedilmektedir. Ceza hukuku ve medeni hukuk tarafından vaki tenkili daha da kuvvetlendirmek amacını güden 1943 tarihli Gayrı kanuni rekabet hakkındaki kanun bu hususta daha sarihdir: Bu kanun gayrı kanuni rekabeti şu suretle tarif ediyor: (bir aldatma veya hüsnüniyete aykırı sair bir usul neticesinde iktisadî rekabetin her suisitimali.. gayrı kanunî rekabet addedilmiştir).

Mahkeme içtihatları başka meselelerle meşgul olmak zorunda kaldığı zaman aynı mahiyette deliller ortaya çıkmıştır. Federal mahkemenin kanaatine göre Borçlar Kanununun 41. maddesi hukuka aykırılık bakımından yalnız kanun metinlerine değil, hüsnüniyet kaidelerine aykırı her hareketin hukuka aykırı telâkki edilmesini gerektiren bir yazılı olmayan hukuka da atıfta bulunuyor. Netekim bu mahkeme, bir akitle bağlı olmadığı bir kimseye, bir kıymetli evrak hakkında kasden yanlış malûmat vermek suretile onu zarara sokan bir kimseyi bu şekilde düşünerek tazminata mahkûm edebilmiştir. Hüsnüniyet kaidelerine aykırı hareket etmek ne demektir? Bunun mânası her hakkın ve hürriyetin içinde kullanılması gereken sınırların aşılması demektir, şu halde bunun mânası Medeni Kanunun 2. maddesinde yazılı olduğu üzere bir suisitimal yapmak demektir: Bu maddeye göre: (herkes haklarını

istihmal ederken ve borçlarını ifa ederken hüsnüniyet kaidelerine göre hareket etmek mecburiyetindedir. Bir hakkın aşikâr suiistimali kanun tarafından himaye edilmez).

Daha evvel kaydetmiştim ki Federal mahkemenin iktisadî boykot vesair kollektif hareketler bahsindeki içtihadı, iktisadî varlığı üzerindeki hak mefhumunu ihdas ettikten sonra, gelişmiştir. Bu gün artık hukuka aykırılık keyfiyetini tayin eden şey, bir kimsenin iktisadî varlığı üzerindeki hakkının ihlali değildir; esas tutulan kriterler artık başkadır, bir boykotun failleri tarafından kullanılan ve bizzatihi şayanı takbih olan vasıtalar ve rekabet serbestisinin esasında yer almayan bir gayenin takibi hususları hukuka aykırılık keyfiyetinin tayininde bilhassa ele alınıyor. Bu içtihat dahi bir suiistimalin, akit yapmak serbestisinin bilhassa koalisyon yapmak ile birlikte iktisadî faaliyette bulunmak serbestisinin bir tesbit ve müşahedesine müncer olmuyor mu? Kullanılan vasıtalarda hata edilmesi ve meşru gayeden inhiraf suiistimalin asıl ayırt edici alametleridir. Federal mahkemenin bu gibi ahvalde açıkca suiistimalden bahsedeceği yerde oldukça yerini bir karara kadar 41. maddenin ikinci fıkrasına istinat etmesinin önemi yoktur; bu fıkra Alman medeni kanunu taklit ederek, adaba aykırı fiillerle bir kimseye kasden zarar veren bir kimsenin tazminata mahkûm edileceğini beyan ediyor, zira kollektif hareketler bakımından adaba aykırılık kriteri suiistimal kriterlerinden hemen hiç inhiraf etmiyor. Mamafi aynı Federal mahkeme hüsnüniyet kaidelerini ihlal eden hareketlerin hukuka aykırı olduğunu kabul ettiği gün 41. maddenin bu 2. fıkrası amelden sakıt bir hüküm haline gelmiştir.

Şimdi şu neticeyi çıkarabiliriz: Medeni Kanunun hazırlandığı ve Borçlar Kanununun tadil edildiği sırada yapılan tahminlerin aksine olarak, mahkeme içtihadı şunu tesbite mecbur oldu: istisnaî bir sarahate sahip olan bir kaç şahsiyet hakkı haricinde, mağdurun bir hakkının ihlali değil, fakat mütecevizin bir hakkının veya bir hürriyetinin suiistimali bahis mevzuudur.

İşte bu durum, şahsiyet hakları hakkında gittikçe daha çok hissedilen ve bu yazının başlangıcında bahsettiğim şüpheleri kolayca izah eder.

Objektif hukuka aykırılık nazariyesi denen nazariyeye gelince; bir çok müelliflerin henüz bunu kabul etmek istememelerine rağmen, bu nazariyenin olaylar tarafından geçildiği aşikârdır. Bu nazariye İsviçre hukukunun doneleri ile asla uyuşmamıştı. Ferdin himayesi Alman medeni kanunda olduğu gibi tahdit edilmek istenseydi ve müteceviz hüsnüniyet kaidleri ile muayyen hürriyetinin hudutlarını aştığı zaman her tecavüzün hukuka aykırı olacağını zaruri olarak kabul ettiren bu 28. madde Medeni kanuna dercedilmemiş olsaydı, bu nazariye belki müdafaa edilebilirdi. Çünkü bundan şu netice çıkıyor: başkasına bir zarar vermek daima hukuka aykırıdır, meğer ki fail bir suiistimal bahis mevzuu olmadan bir hak veya hürriyetini kullanmış olsun.

Bu suretle 41. madde yine Fransız medeni kanununun 1382. maddesinin dünyaya verdiği örneğe uygun olarak verimli bir kaide olduğunu gösteriyor. Mahir ve şuurlu bir yargıç bu kaideden ferdin himayesi için gerekli bütün unsurları istihraç edebilir. Bu kabil bir kaide yargıca pek geniş bir takdir hakkı bırakır, bhusus suiistimalin şartları, sübjektif ve objektif şartlar hadisatın hususiyetlerine göre hissedilir derecede değişir. Bununla beraber gerek Fransada gerek İsviçrede mahkeme içtihatları gösterdi ki yargıç bu sorumluluğun yükü altında ezilmeyebilir ve kendisine verilen vazifeyi hakkile başarabilir.

Demek oluyor ki Medeni kanununun 29. maddesi, Borçlar kanununun 41. maddesinin fena bir tarzda tefsirinin tashihine müessir bir şekilde yardım etmiştir; hattâ denebilir ki, inkar kabul etmez başarısı sayesinde, artık rolünün bu kısmı sona ermiştir, bile. Bununla beraber şahsiyet hakları fikrinin bundan otuz kırk sene evvel kendisinden beklenen her şeyi vermiş olduğu iddia edilemez.

Bu hoş olduğu muhakkak bulunan bu olay bu mefhumdan vaz geçmemiz için kâfimidir? Buna hayır diye cevap vereceğim. Müsaadenizle bunun sebebini de pek kısa olarak izah edeyim:

Şahsiyet hakları sun'î bir kavram değildir, bunlar gerçekten mevcuttur. Bir hak nedir? Başkalarından muayyen bir hareket tarzı talep edebilmek başkaları bu hareket tarzına uymazlarsa onları dava etmek yani onlara karşı bir müeyyideyi harekete getirebilmek selâhiyetidir.

Şu halde, bu bapta bir hakkı olmayan hemcinslerinin kendi şahsına tecavüzden sakınmasını talep edebilen bir insan bir hakka sahiptir. Hem bir vakıa olan yalnız umumî şahsiyet hakkı değildir. Özel şahsiyet hakları dahi hakikate tevafuk ederler. Bunlar, başka kimselerden özel tecavüzlerde bulunmaktan sakınmalarını istemek selâhiyetini temsil ederler. Demek oluyor ki bir hakkın ihlal edilmiş olduğu keyfiyeti gözden uzak tutulduğu takdirde, zarara sebep olan bir fiilin yarattığı durum hakkında tam ve doğru bir fikir edinilemez.

Bunda başka nazarı itibara alınacak olan yalnız mağdurun hakları değildir. Zarar sebep olan kimse hüsnüniyet kaidelerini ilhal ettiği, hakkını suiistimal ettiği takdirde dahi hukuka aykırı hareket etmiş olur. Bir suiistimal bahis mevzuu olmak için zarar failinin bir hakkı olması lâzımdır, ve umumiyetle bu hak bir şahsiyet hakkıdır. Hürriyet tabir edilen şeyler aslında pek geniş şahsiyet haklarıdır, iktisadî faaliyetin serbestce icrası bu kabil bir şahsiyet hakkıdır. Bu durumun hususiyeti şuradadır: İki hak umumiyetle karşı karşıya bulunur ve mağdurun hakkının hududu, mütecavizin suiistimalinin başladığı yerdedir. Şu halde şahsiyet haklarının hududu yoktur demek yanlıştır. Bu hakların tarifinde bu hududu çizmek mümkün

değilse bunun sebebi bu hudutların ancak bir tecavüz vukubulduğu zaman tezahür etmesindedir.

Şu halde şahsiyet hakları vücudu elzem bir kavramdır. Zaten, haklarında hudut meselesi bahis mevzuu olmayan bir kaç şahsiyet hakkı için bu husus itiraza uğramamıştır: meselâ isim üzerindeki hak, bir bediî veya edebî eserin müellifinin manevî müellif hakkı (ki bu kelime müellifin kendi mamelek hakkını, teknik mânasile kendi telif hakkını devrettiği zaman ona kalan şeyi ifade eder). Fakat umumî bir şahsiyet hakkına rabtetmeksizin bu hakları anlamak gerçekten nasıl mümkün olurdu?

Bununla beraber şahsiyet haklarının birçoğunun, bu hakların teknik kıymetini azaltan kaçınılmaz vuzuhsuzluğunu daha iyi hesaba katmak lâzımdır; çünkü mağdura izafe edilen hakkın tarifinin, bir tecavüzün hukuka aykırılığı hakkında mutlaka bir kıstas vereceğini zannetmek bir hayaldi. Bilakis bu kriter mütecavizin fiilinde aranırca, birbirine zıt tariflerden kaçınmak mümkün olacaktır. Her zaman vukuu mümkün olan hakların birbiri üzerine taşıp tecavüz etmesi hadisesine gelince, bilhassa bütün özel hakların genel hakkın başka başka görünüşlerinden başka bir şey olmadığı hatırlanırsa, buna büyük bir ehemmiyet verilmeyecektir.

Nihayet, daha ulvî, bizi tabiî hukuk mektebi müelliflerine yaklaştıran bir mülahaza şahsiyet haklarını tanımanız hususunda bizi zorlayıcı kanaatindeyim. Bu müellifler hem devlete hem diğer hemcinslerine karşı ferdi fitrî hakları olduğu fikrini yaymışlardır; çünkü bu müellifler, insanın şahsinin haysiyetini muhafaza etmek için ona bir hürriyet ve emniyet çevresi sağlamak icap ettiği hususunda tam bir itminna sahip idiler. Fitrî haklar bu çevreyi göstermektedir. Bize göre bu fikir, müsbet hukukda gerçekleştirilecek bir program değerine sahiptir. Bu programın artık adalete uymadığını iddia edebilir? Şu halde anayasa hukuku devlete karşı mevcut ferdi hakları tanımalıdır. Bu hal bu gün bize her zamandan daha çok elzem görünüyorsa, hususî hukukun ferde kendi hemcinslerine karşı bunlara benzer haklar tanınması uygun olur.

Şahsiyet hakları kavramının uğradığı tenkitler başlıca bu hakların koruyucu görevine dokunuyor, zira bu tenkitler bilhassa bir mağdurun hakkını ortaya koymaktadır. Fakat işte bu hak değil midir ki insana, başkaları hakkında beslenmesi gerekli saygıyı unutmamak, hemcinsini sevmek hususunda dinin verdiği emre riayetsizlik etmeden, bir hürriyeti kullanmasını hatırlatıyor?. Şu halde şahsiyet haklarının tanınması ve tayidine kâfi bir mesnet sağlamak suretile hususî hukuk, egizm alanı olmak hususundaki tenkide maruz kalmadan hürriyetin bir alanı olarak kalabilir.

August SIMONIUS

Basel üniversitesinde profesör

(Zeitschrift für Schweizerisches Recht Bd. 66)