

**ŞAHSİYETİN AKİT DIŞI İHLALLERE KARŞI KORUNMASININ
İŞLEYİŞ TARZI VE BASIN YOLUYLA OLAN İHLALLERE
KARŞI ÖZEL HAYATIN KORUNMASI (*)**

Prof. Dr. Halûk TANDOĞAN

I — Konunun sınırlanması ve ele alınışının sebepleri :

1963-1964 öğretim yılı açılış dersinin konusu, «şahsiyetin akit dışı ihlallere karşı korunmasının işleyiş tarzı ve basın yoluyla olan ihlallere karşı özel hayatın korunması» dır.

Geçen yılki açılış dersinde de kıymetli arkadaşım Profesör Dr. Yaşar Karayalçın yine şahsiyetin korunmasının önemli bir başka yönü üzerinde durmuştu (1). Türk hukukunda şeref ve haysiyetin korunmasının dayandığı temelleri, yabancı hukuk sistemlerinde bu konudaki gelişmeleri etraflı bir surette anlatmış, şeref ve haysiyet varlıklarına tesirli bir himaye sağlayabilmek için manevî tazminat miktarının bir özel hukuk cezası teşkil edecek kadar yüksek tutulması ve kusurun özel ağırlığı şartına bağlı kılınmaması lüzumunu belirtmişti.

Yeniden geçen yılına yakın bir konu üzerine eğilmemin sebepleri şunlardır :

Bir taraftan, teknik ilerlemeler sonucunda insanların şahsiyetleri, bilhassa özel veya gizli hayat çevreleri gittikçe artan tecavüz ve zarara uğrama tehlikeleri karşısında bulunmaktadır. Bu tehlikelere sadece birer örnek olmak üzere, bir kimsenin sesini icabında haberi ve rızası bulunmaksızın zaptetmeği mümkün kılan cihazları, teleobjektifle bir şahsın özel hayatının mahrem sahnelerini tesbit etmek imkânını zikredebilirim.

(*) 1963-1964 Öğretim yılı açılış dersi.

(1) Bk. Türk hukukunda şeref ve haysiyetin korunması, AHFD, XIX (1962), sh. 251-275.

Diğer taraftan, zamanımızda basın, kamu oyunu aydınlatma ve şekillendirme görevlerini yerine getirme yanında, halkın bayağı tecessüs hislerine yönelen yazı ve resimler yayınlamaktan da geri kalmamakta, hatta bazan en ciddi gazeteler dahi sürüm kaygısıyla bu eğilime kapılmaktan kendilerini alamamaktadırlar.

Şahsiyeti tehdit eden bir başka tehlike de kendini iktisadî alanda göstermektedir: Bu da, iktisadî hayatta ortaya çıkan sendikalar, karteller gibi büyük birliklerin, menfaatlerine aykırı hareket eden fertlerin iktisadî varlıklarını ve gelişmelerini çeşitli vasıtalarla ezmesi tehlikesidir.

İşte şahsiyetin mâruz olduğu bu çeşitli yeni tehlikeler onun korunmasını Batı Avrupa memleketleri hukukçularının son yıllardaki araştırmalarında ve kongrelerinde üzerinde en çok durdukları konulardan biri haline getirmiştir (2). Özel hukuk alanında genel bir şahsiyet hakkının henüz kanunen tanınmadığı Fransa'da ve Almanya'da şahsiyetin korunmasına dair teferruatlı hükümler ihtiva eden tasarılar hazırlanmış bulunmaktadır (3). Şahsiyetin genel olarak korunması hakkında hükümler taşıyan ilk Medenî Kanuna sahip olan İsviçre'de de Hukukçular Derneğinin 1960 yılı toplantısında, Kongreye arzedilen raporlarda şahsiyetin özel hukuk vasıtalarıyla daha kuvvetli olarak korunması hususunda beliren eğilimin tasvip edilmesi büyük bir çoğunlukla karar altına alınmıştır (4).

Memleketimizde de şahsiyetin korunması gittikçe büyüyen bir önem kazanmaktadır. Diğer memleketlerde olduğu gibi bizde de şahsiyete tecavüz imkânını veren teknik vasıtaların kullanılması gündem güne yayılmaktadır. Bundan başka, politik hayatın henüz durulmamış olması, bu alanda fikirden ziyade hırs ve hisse dayanan mücadelelerin alıp yürümesi, şahsiyete vaki tecavüzleri sık sık rast-

(2) Bk. Jacques-Michel Grossen: La protection de la personnalité en droit privé, ZSR, N. F. 79 (1960), sh. 1a-2a; Peter Jäggi, ZSR, N. F. 79 (1960), sh. 625a.

(3) Fransız tasarısı için bk. Das zivilrechtliche Persönlichkeits- und Ehrenschutz in Frankreich, der Schweiz, England und den Vereinigten Staaten von Amerika, Gutachten des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, Tübingen 1960, sh. 94-99. Alman tasarısı için bk. Grossen, sh. 76a-77a. Bu tasarrının tam metnini Martin Loeffler'in Presserecht (Berlin-München 1965) adlı kitabının sonunda bulmak mümkündür.

(4) Bk. ZSR, N. F. 79 (1960), sh. 660a-661a, 688a.

lanan olaylar haline getirmiştir. Çoğu defa fikirleri altedilemeyen siyasî rakipler politik hayatlarına bir etkisi olmayan özel hayatlarına ait olayların teşhiri suretiyle vurulmak istenilmektedir. Siyasî mücadele bir tarafa bırakılsa bile, türlü sebeplerden dolayı tanınmış kişilerin özel hayatlarının teferruatını nakleden dedikodu sütunları ve dergileri bizde de batıdaki örneklerini aratmayacak kadar gelişmektedir. Halkın bundan hoşlandığı mazeretini ileri süren bu basın tarzı, halkı bu çeşit haberlerin tiryakisi haline getirmek için elinden gelen gayreti göstermektedir. Eski bir kraliçenin memleketimize gelmesi dolayısıyla ortaya çıkan olaylar zannedirim henüz hatıralardan silinmemiştir. Şahsiyetin iktisadî alanda mâruz olduğu tehlikeler de, sendikaların memleketimizde de kuvvet kazanmağa başlamasıyla, ufukta belirmişlerdir. Yine bir kaç ay evvel kamu oyunu işgal eden, bir sinema artistinin sinema prodüktörleri sendikası tarafından boykot edilmesi olayı, bu hususta bir örnek olarak verilebilir. Diğer taraftan, iktisadî alandaki teşebbüslerin toplanması neticesi kurulan fiat kartelleri de yavaş yavaş ortaya çıkmaktadır.

Şahsiyeti teknik ve iktisadî bakımlardan tehdit eden tehlikelerin artması bir tarafa, şahsiyetin en yüksek bir ahlâkî değer olarak korunması (5), insanlık haysiyetinin (Menschenwürde) dokunulmazlığı fikri, diktatörlüklerin bir kısmını ortadan kaldıran 2. Dünya Harbinden sonra özel bir canlılık kazanmış (6) ve batı demokrasilerinin yeni anayasalarında açıkça ifade edilmiştir. Zaten batı demokrasilerini doğunun sözde halk demokrasilerinden ayıran başlıca vasıflardan biri de, ferdin insanlık haysiyetine tanınan bu yüksek kıymettir. Yeni Anayasamızda bu hususta kabul edilen ileri hükümler de bütün hukuk nizamımıza yön verecek niteliktedir ve bu hükümlerin özel hukuk alanındaki yankılarını incelemek gerekmektedir.

Bütün bu saydığım sebepler şahsiyetin korunmasını günün olayı haline getirmektedir. Ancak bu korumayla alâkalı meselelerin

(5) Bk. Karayalçın, sh. 253.

(6) Bk. Jäggi, sh. 137a; August Simonius: Die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten, in «Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, sh. 296; aynı müellif, Şahsiyet Hakları, (Çeviren F. Arık). SBFD, X (1955), S. 1, sh. 198.

hepsini incelemek için, açılış dersine ayrılan sınırlı zaman kâfi değildir. Bu itibarla, burada şahsiyetin sadece âkit dışı ihlâllere karşı korunmasının işleyiş tarzı hakkında bazı genel esasları tesbit ettikten sonra, bu esasların basın yoluyla olan bazı ihlâller, bilhassa özel hayatın gizliliğini haleldar eden tecavüzler hakkında nasıl tatbik edileceğini göstermeğe çalışacağım; bu arada özel hayata vâki tecavüzlerin şeref ve haysiyet varlıklarını ihlâl etmeseler dahi haksız olabileceklerini, şahısları bu gibi tecavüzlere karşı da korumanın lüzumlu bulunduğunu ve bu hususta hukukumuzda dayanılacak temellerin neler olduğunu belirtmeğe gayret edeceğim.

II — Özel hukukta şahsiyetin korunmasının çeşitli anlamları ve kanundaki mesnetleri :

Şahsiyetin korunması, pozitif hukukumuzda, bir taraftan yeni Anayasa'nın getirdiği hükümlerle, diğer taraftan Ceza Kanunu'nun bu konudaki maddeleriyle, nihayet başta Medenî Kanun olmak üzere özel hukuka ait bir takım kanunlardaki esaslarla sağlanmaktadır.

Burada esas itibariyle özel hukuktaki koruma üzerinde duracağım. Şu kadar ki, hukuk nizamı bir bütün teşkil ettiği ve özel hukukta bir tecavüzün hukuka aykırılığı tesbit edilirken kamu kanunlarını da gözönünde tutmak gerektiği için, Anayasa ve Ceza Kanununun konuyla ilgili kaidelerinden de özel hukuka yansydıkları ölçüde bahsedeceğim.

Özel hukukta şahsiyetin korunmasıyla ilgili başlıca genel hükümler Medenî Kanun'un 23-24 ve Borçlar Kanununun 49 uncu maddelerinde yer almıştır. Bundan başka, münferit ve muayyen bazı şahsî varlıkların korunmasına dair Medenî Kanunda (ezcümle md. 25, 85, 126 f. II, 143, 304-305), Borçlar Kanununda (md. 45-48), Ticaret Kanununda (md. 56 vd.), Fikir ve San'at Eserleri Kanununda (md. 14-19, 71, 80-86 gibi) çeşitli hükümler mevcuttur.

MK. md. 23 f. I de şahsın, hak süjesi olarak korunması öngörülmektedir; başka bir deyimle, bu fıkrada haklara ehliyet anlamında şahsiyetin korunması bahis konusudur; şahsın bir hukukî muamele ile medenî haklardan istifade ve onları kullanma ehliye-

tinden feragat edemeyeceği ifade edilmek istenilmektedir (7). MK. md. 23 f. II de ise, hak süjeliğinin, haklara ehliyetin temelini teşkil eden hürriyet korunmaktadır; daha doğrusu, bu hükümle şahsın muayyen haller için karar verme hürriyetini bir hukukî muamele ile önceden bizzat sınırlandırmasına karşı bir himaye hedef tutulmaktadır (8). Karar verme hürriyetini kayıtlayan muamele sade şahsî varlıklara değil, mamelekî varlıklara da taallük edebilir (9).

Hulâsa, MK. md. 23 ün tatbik alanına giren haller, bir kimsenin bizzat yapacağı hukukî muameleler neticesinde şahsiyetinin haleldar olmasıyla ilgilidir. Bu yüzden, MK. md. 23 de şahsın kendi kendisine karşı korunmasının, şahsiyetin iç himayesinin nizamlanmış olduğu, md. 24 de ise şahsiyetin dışarıdan, diğer şahıslardan gelen tecavüzlere karşı korunmasının, yani dış himayesinin bahis konusu olduğu yakın zamanlara kadar genellikle kabul edilen bir husustu. Halbuki, son zamanlarda ayırmanın bu şekilde yapılmasının yerinde olmadığı görüşü kuvvetle savunulmağa başlanmıştır (10). Gerçekten bir kimsenin kendi yaptığı hukukî muamelelerle şahsiyetinin haleldar edilmesinin önlenmek istenilmesi, onu kendisine karşı değil, kendinden iktisaden veya başka bakımlardan kuvvetli olan diğer şahısların böyle bir muamele yapmağa onu zorlaması tehlikesine karşı korumak içindir. Kısaca söylenecek olursa, MK. md. 23 de de şahıs başkalarına karşı korunulmaktadır; ancak burada şahsiyetin başkaları tarafından ihlâli mağdurun rızasıyla, onun yaptığı akitler, hukukî muameleler neticesinde vukua gelmektedir. Bu gibi ihlâllerin müeyyidesi de kaideten ihlâli mucip olan akdin, hukukî muamelenin butlanı ve bazen de her zaman için akdin feshini ihbar edebilmek salâhiyetinin tanınması şeklinde kendini gösterir

(7) Jäggi'nin fikrinde (sh. 151a vd., sh. 261a) bir hukukî muamele ile ancak haklardan feragat edilebilir, yoksa ehliyet böyle bir feragata konu teşkil edemez. Bu itibarla, MK. md. 23 f. I de ehliyet, dâva açabilmek hususundaki umumî hak anlamında kabul edilmeli ve bu hüküm kimsenin tabii hâkimine veya onun yerini tutan hakeme müracaattan önceden vazgeçemeyeceği şeklinde tefsir edilmelidir. Böylece bir birliğin (sendikalar vesaire iktisadî birliklerin) nizamını sağlamak için kurulan hakem kurulları (Verbandsschiedsgerichte) tabii hâkimin yerini tutamazlar ve bunların salâhiyetlerinin önceden kabûlüne dair mukaveleler hükümsüzdür.

(8) Bk. Jäggi, sh. 198a-207a, 261a.

(9) Bk. Jäggi, sh. 261a.

(10) Bk. Grossen, sh. 19a-20a; Jäggi, sh. 199a, not 118; Karayalçın, sh. 266.

(11). Binaenaleyh, MK. md. 23 akdî hukukla ilgilidir denilmektedir (12).

Halbuki, MK. md. 24 de şahsiyetin rıza bulunmaksızın, bir akit, bir hukukî muamele neticesinde olmaksızın husule gelen ihlalleri hükme bağlanmıştır. Bunların müeyyideleri, umumiyetle haksız fiillerin tabi olduğu tecavüzün men'i, maddî ve manevî tazminat gibi dâvalardır. Bu itibarla, MK. md. 24, akit dışı hukukla ve bil-hassa akit dışı mes'uliyetle ilgilidir (13).

III — MK. md. 24 ve BK. md. 49 anlamında «şahsî menfaat» ve «şahsî varlık» kavramları :

Şahsiyetin rıza olmaksızın (14) vaki ihlallere karşı korunmasının genel esasları MK. md. 24 de ve BK. md. 49 da tesbit edilmiştir. Aynı hususa dair olmak üzere biri MK. da, diğeri de BK. da yer alan iki genel hüküm sevk edilmiş olmasının tarihî sebeplerini, bu iki hükmün karşılıklı münasebetlerini ve birbirleriyle nasıl telif edilebileceğini açıklamaya bu dersin dar çerçevesi zaman bırakmamaktadır. Zaten bunlar artık Türk-İsviçre hukukunda iyice incelenip aydınlanmış konulardır (15).

Bahsi geçen her iki hüküm de «şahsî menfaatlerinde haksız tecavüze uğrayan» veya «şahsî menfaatleri haleldar olan» (16) kimseye bir takım talep (dâva) hakları bahşetmektedir. Mevaz Kanununun fransızca metnindeki «intéréts personnels» kelimelerinin tercümesi olan «şahsî menfaatler» tabiri burada pek isabetli olarak kullanılmamıştır. Zira şahsî menfaatler, bir kimsenin şahsî varlıklarına,

(11) Jäggi, sh. 207a; Grossen, sh. 20a.

(12) Bk. Jäggi, sh. 173a.

(13) Bk. Jäggi, sh. 173a.

(14) Rızanın MK. md. 23 f. II gereğince hükümsüz olduğu hallerde de vaziyet aynıdır.

(15) Tafsilât için bk. Türk Mes'uliyet Hukuku adlı kitabımız (Ankara 1961), sh. 331-333.

(16) Bk. md. 49 da ihlalin haksız, yani hukuka aykırı olması şartı sara-haten ifade edilmemiş bulunmakla beraber, bu hükmün kanundaki yerinden, başka bir deyimle, şahsî menfaatlerin haleldar edilmesinin haksız fiillerin bir nevi olarak tanzim edilmiş olmasından, zikri geçen şartın BK. md. 49 un tatbikinde de aranması gerektiği neticesi çıkarılabilir.

şahsiyet varlıklarına duyduğu alâkanın ifadesidir. Gerçekte ihlâl edilen, tecavüz neticesinde bir değişikliğe uğrayan, kısmen veya tamamen yok edilen, bu alâka değil, alâkanın mevzuunu teşkil eden şahsî varlıklardır (17). Meselâ şeref ve haysiyete veya bedenî tamamıyete vaki tecavüzde, eksilmeye, değişmeye uğrayan şahsın itibarıdır, bedenî tamamıyetedir; yoksa şahsın şeref ve haysiyetine yahut vücut tamlığına olan menfaati tecavüzden sonra da aynen devam etmektedir.

MK. md. 24 de ve BK md. 49 da korunan şahsî varlıkların tamamı şahsiyeti vücuda getirir. Burada artık şahsiyet tabiri hukukî bir statü, bir hukuk süjesi olmak anlamında kullanılmamakta. daha ziyade fiilî bir mahiyet, tabîî ve sosyal âlemin bir parçası mahiyetini taşımaktadır (18). MK. md. 24 de ve BK. md. 49 da muayyen bir şahsın zatına taallük eden, mahiyetleri icabı muayyen bir şahsı ile ilgili olan bazı vasıfların, kıymetlerin, kuvvetlerin, hareket serbestliklerinin (19), başka bir deyimle şahsın bedenî, ruhi ve sosyal ferdiyetinin korunması (20) bahis konusudur. Bu maddelerde öngörülen şahsî varlıklar, muayyen bir şahsa onun ferdiyeti, başkalarından ayrı oluşu dolayısıyla taallük eden varlıklardır; bunların bütünü, ihlâl edici bir hareket tarzının mevzuu olabildikleri nisbette, MK. md. 24 anlamında şahsiyeti vücuda getirirler (21).

Bu söylediklerimi biraz açıklayayım :

Şahsî varlıklar, şahsın zatına taallük eden varlıklardır. Binaen

-
- (17) Bk. Karl Specker : Die Persönlichkeitsrechte mit besonderer Berücksichtigung des Rechts auf die Ehre im schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 1911, sh. 37-44. Buradaki varlık kavramı, ekonomideki mal kavramına tekabül etmektedir; yani insanların ihtiyaçlarını gidermeğe yarayan maddî veya manevî her şey bir varlıktır. İhtiyaç, insan mevcudiyetinin korunması ve gelişmesi için giderilmesi gereken bir eksikliktir. Böylece, her varlık bir insan gayretinin, hareket tarzının hedefini, hâkim olma iradesinin (Herrscherwillens) mevzuunu teşkil eder (Specker, sh. 36-37; Jäggi, sh. 165a-166a).
- (18) Bk. Jäggi, sh. 165a; Eugen Bucher : Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Diss. Zürich 1956, sh. 86.
- (19) Bk. Specker, sh. 40; W. Siebert : Persönlichkeitsrecht, Stuttgart, 1959, sh. 7; Temyiz Mahkemesi, HUH, 6.6.1951, E. 4.191/K. 122, İçt. Kül. 4 (1951), sh. 1206, no. 2074.
- (20) A. Egger : Kommentar zum schweiz. ZGB, Bd. I: Einleitung. Das Personenrecht, 2. Aufl. Zürich 1930, Art. 28, Nr. 22.
- (21) Jäggi, sh. 165a.

aleyh, şahsın mamelekine giren, para ile ölçülebilen bir değeri olan, malî varlıklar değildirler (22).

Bunlar muayyen bir şahsın ferdiyeti, yegâneliği, başkalarından ayrı oluşu dolayısıyla haiz olduğu varlıklardır (23). Hiç kimsenin şahsî varlıklarına başkası sahip olamaz; bunlar başkasına devredilemez ve miras yoluyla intikal edemezler (24). Meselâ bir kimsenin bedenine, sağlığına, şeref ve haysiyetine, mahremiyet sahasına ancak o kimse sahip olabilir; bunlar ancak o kimseye bağlı olarak düşünülebilir. Halbuki mameleke dahil olan varlıklara, üzerlerinde sahiplerinin şahsiyeti izlerini ne kadar gösterirse gösterebilir, başkaları da sahip olabilir. Bir eve, bir kitaba şimdiki sahibinden başkasının da malik olmasına bir engel yoktur. Hatta orijinal fikir mahsullerinden malen faydalanma imkânı dahi onları yaratandan başka bir kimseye ait olabilir; yeter ki bunlara ait telif hakkı devredilsin. Fakat bir kimsenin bedenî tamamîyetini veya şeref ve haysiyetini devretmesine, bunları başkasına ait kılmasına imkân bulunmamaktadır.

Şahsî varlıklar tabîi ve sosyal âlemin bir parçasını teşkil ederler. Bunlar şahsın ruhî, manevî varlıkları olabileceği gibi, maddî şeyler, dış âlemin, maddî âlemin parçaları ve ferdin sosyal münasebetleri de bunlara mevzu teşkil edebilir. Başka bir deyimle, MK. md. 24 anlamında şahsiyet, felsefî anlamındaki şahsiyet gibi insanın yalnız manevî cephesiyle ilgili değildir (25). Şahsî varlıklara insanın bedeni, bazı maddî şeyler (meselâ fotoğraflar, diplomalar), bazı yerler (meselâ konut), diğer insanlarla olan münasebetleriyle ilgili bazı olaylar (meselâ onların kendisine karşı olan manevî tutumları, onlar nezdindeki itibarı, hatta evlilik münasebetleri) mevzu olabilir. Böylece bedenî (cismanî) tamamîyetten, bir kimsenin fotoğrafının çekilmesine, teşhirine ve yayınlanmasına veya diplomalarına taallük eden şahsî varlığından, şeref ve haysiyetten, konut dokunulmazlığından, evlilik münasebetlerinin huzur içinde bırakılmasına dair şahsî varlığından bahsedilir.

(22) Bk. Specker, sh. 44; Marcel Regamey : La protection de la personnalité en droit civil, Diss. Lausanne 1929, sh. 14-15.

(23) Jäggi, sh. 165a-167a.

(24) Şahıs öldükten sonra onun bedeni ve itibarı artık yakınlarının ölenin hatırasına hürmet hususundaki şahsî varlıklarının mevzuunu teşkil eder. Bk. Egger, Art. 31, Nr. 16; Jäggi, sh. 168a, not. 52.

(25) Jäggi, sh. 165a.

Şahsî varlıkların, mamelek dışında varlıklar olması, değerlerinin para ile ölçülememesi, bunların ihlâlinden mutlaka manevî bir zarar doğmasını gerektirmez (26). Bu varlıkların haleldar edilmesi neticesinde maddî bir zarar, yani mamelekte bir eksilme de husule gelebilir. Meselâ bedenî (cismanî) tamamîyetin ihlâli neticesinde tedavi masrafları yapılmak zorunda kalınması, çalışamamak yüzünden ücretten mahrum olunması, ticarî itibarın sarsılması yüzünden kredi alınamaması para ile ölçülebilen zararlara yol açar.

Şahsî varlıklar MK. md. 24 te ancak hâkimiyet kurmağa veya ihlâle yönelmiş bir hareket tarzının mevzuunu teşkil ettikleri nisbette nazara alınır. Yani bunların yardımcı bir görevi vardır (27); bir insanın hemcinslerine karşı olan hareket tarzını mevzu itibariyle tarif ve tesbite hizmet ederler. Meselâ şahsî varlık olarak insan vücudu, insan vücuduna tecavüz kavramını, yani bir başkasının vücuda yönelmiş olan hareket tarzını tarife yarar ve umumiyetle «bedenî (cismanî) tamamîyet» tabiriyle ifade olunur. Bu tabirdeki «tamamîyet» kelimesi insan bedeninin muhtemel bir tecavüze mevzu teşkil eylediği nisbette şahsî varlık olarak nazara alındığını göstermektedir. Diğer bazı şahsî varlıklara ait tabirler de bir ihlâl imkânına olan atfı, matufiyeti ihtiva ederler : Meselâ ruhî tamamîyet, özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, evlilik mü-nasebetlerinin huzur içinde bırakılması gibi.

Şahsî varlıkların tecavüz fiillerini tesbite yarayan bir kavram olmasından, muhtemel tecavüz fiillerinin çeşitleri kadar şahsî varlık ayırd etmek mümkün olduğu neticesi çıkar. Meselâ bedenî tamamîyet yanında, sadece dokunmayla ihlâl edilebilecek olan bir «beden sahasından» bahsedilebilir (28).

Diğer taraftan, şahsî varlıklar bir bütün olan şahsiyetin çeşitli görünüşleri olduklarından, bazı şahsî varlıklar birbirleriyle içiçe girerler, tabir caizse muhtevaları itibariyle kesişirler (29). Böylece çalışma kudreti hem bedenî, hem de ruhî tamamîyete girer; bir şa-

(26) Bk. Specker, sh. 17 vd.; Grossen, sh. 8a, no. 7.

(27) Jäggi, sh. 165a-166a.

(28) Bk. Bucher, sh. 102 vd.; Jäggi, sh. 166a, not 45.

(29) Bk. Simonius, Die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten, sh. 283; aynı müellif, SBFD. X (1955), sh. 189-190; Jäggi, sh. 166a, not 45.

hıs hakkında yayınlanan bir haber, onun hem şeref ve haysiyet varlığını, hem de mahremiyet sahasını ihlâl edebilir.

Sahası nisbeten geniş olan bir şahsî varlığı, daha dar sahalı şahsî varlıklara bölmek de kabildir (30). Meselâ bedenî tamamîyet, muhtelif uzuvların tamamîyeti, dış görünüşün tamamîyeti (estetik tamamîyet), bedenî acılara uğratılmama gibi daha dar sahalı varlıklara bölünmektedir (31). Faaliyet serbestisi hususundaki şahsî varlık, maddî hareket serbestisi, iradenin serbestçe teşekkülüne engel olunmaması, fikirlerini serbestçe açıklama, serbestçe iktisadî faaliyette bulunma gibi varlıklara ayrılmaktadır (32). Mahremiyet sahasına, özel hayatın gizliliği ve resim ve mektuplara, meslekî ve ticarî sırlara taallük eden çeşitli varlıklar girmektedir (33).

Nihayet, teknik ve iktisadî alandaki gelişmelerle yeni tecavüz imkânlarının ve yeni şahsî varlıkların ortaya çıkması da mümkündür (34): Ezcümle fotoğrafın icadından önce bir kimsenin fotoğrafının çekilmemesi, teşhir veya neşredilmemesi hususundaki bir şahsî varlığından bahsedilemezdi; sesin banda alınması, sinema, radyo ve televizyon, iktisadî alandaki birleşmeler ve yeni rekabet tarzları şahsiyete yeni tecavüz imkânlarının ve yeni şahsî varlıkların doğmasına sebebiyet vermişlerdir. Şahsiyetin daha iyi korunması hususundaki hukukî gelişme, mahkeme içtihadlarının inkişafı da yeni şahsî varlıklar ortaya koyabilir: Meselâ bir kimsenin evlilik münasebetlerinin sükûn içinde bırakılmasına, üçüncü şahısların eşiyle bu münasebetleri yıkacak temaslarda bulunmamasına dair şahsî varlığı İsviçre'de mahkeme içtihadları tarafından meydana çıkarılmıştır (35).

Bütün bu izahlarımız çeşitli şahsî varlıkların tam bir listesini yapmanın mümkün olmadığını ve bunları tasnif için girişilen denemelerin (36) ister istemez indî kalmağa mahkûm olduğunu, şahsî varlıkların kesin sınırlarla ayrılmış kategorilerde toplanamayacağına

(30) Jäggi, sh. 166a.

(31) Bk. Egger, Art. 28, Nr. 26; Regamey, sh. 21-22.

(32) Bk. Egger, Art. 28, Nr. 28; Regamey, sh. 22.

(33) Bk. Egger, Art. 28, Nr. 39-46.

(34) Bk. Egger, Art. 28, Nr. 23; Simonius, Die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten, sh. 283.

(35) Tafsilât için bk. Grossen, sh. 108a-114a.

(36) İç şahsî varlıklar (bedenî varlıklar ; ruhî varlıklar-ruhî tamamîyet,

cağını göstermektedir. Fakat muhtelif şahsî varlıkları bir sisteme sokmanın güçlüğü, müşahhas bir olayda ihlâl edilmiş olan bir şahsî varlığın korunmaya lâyık ve ihlâlin hukuka aykırı olup olmadığının hâkim tarafından tesbitine bir engel teşkil etmez. MK. md. 24 ve BK. md. 49 bu hususları tesbit bakımından hâkime geniş yetki, tabir caizse açık bono veren hükümlerdir (Blankettnorm) (37); bu hükümler, korunmaya lâyık şahsî varlıkların neler olduğunu ve bunların ihlâlinin hukuka aykırılığını tâyin konusunda hukuk nizamının bütününe atıfta bulunmakta, hâkim yazılı hukukta bir mesnet bulamazsa, ona yazılı olmayan hukuka müracaat ve icabında hukuk yaratmak yetkisini bahşetmektedirler. Kanun koyucu, halen doktrin tarafından tesbit edilmiş şahsî varlıkları ve bunlara haksız tecavüz şekillerini birer birer saymış ve hâkime ayrıca yenilerini bulmak yetkisini tanımamış olsaydı, şahsiyetin tam ve tesirli bir şekilde korunmasına imkân kalmazdı. MK. md. 24 ve BK. md. 49 un umumî formüllerle iktifa etmeleri şahsî varlıkların korunmasının mahiyetinden doğan bir zarurettir. Bununla beraber, bu umumî formüller yanında, münferit şahsî varlıkların hukuka aykırı ihlâl şekilleri hakkında beliren mahkeme içtihadlarını kanunlaştırmağa bir engel yoktur; hattâ benzer haller için hâkime daha emin bir mesnet sağlamak bakımından bunda fayda da görülebilir. Nitekim iktisadî faaliyet serbestliğinin haksız rekabet fiilleriyle ihlâlini meneden bir takım kaideler İsviçre'de önce mahkeme içtihadlarında gelişmiş, sonra 30 eylül 1943 tarihli Haksız Rekabete Dair Federal Kanunda bu esaslar tedvin edilmiş ve oradan bizim yeni Ticaret Kanunumuza (md. 56 vd.) alınmıştır. Ancak bu kanunlaştırma gayretlerinde daima yeni ihlâllere karşı korumayı mümkün kılacak umumî formülleri de muhafaza etmek ve tahdidî saymalardan kaçınmak gerekir; aksi takdirde hukukun gelişmesine ve

faaliyet serbestisi, fikir mahsullerine taallük eden manevî varlıklar) dış şahsî varlıklar (tanıtma vasıtaları, haysiyet ve şeref varlıkları, mahremiyet sahası ve buna benzer varlıklar (Egger, Art. 28, Nr. 26.46); maddî, manevî, iktisadî varlıklar (Regamey, sh. 27; Jale G. Akipek : Şahsın Hukuku, Ankara 1961, sh. 141-148) şeklinde yahut şahsın kendisinden başlayarak onu diğer şahıslara birleştiren münasebetlere doğru gitmek suretiyle (Simonius, SBFD. X (1955), S. 1, sh. 189) çeşitli tasnif denemeleri yapılmıştır.

(37) Karş. Grossen, sh. 26a; Jäggi, sh. 210a vd.; Karl Oftinger : Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. 1, 2. Aufl. Zürich 1958, sh. 112 ve not 14.

şahsiyetin yeni çıkacak tecavüz şekillerine karşı tesirli bir şekilde korunmasına set çekilir.

IV — Genel şahsiyet hakkı ve münferit şahsiyet hakları :

Şahsî varlıkların bütününden meydana gelen şahsiyet, genel bir şahsiyet hakkının mevzuunu teşkil eder. Bu, inhisarî mahiyette bir sübjektif haktır (Ausschlussrecht); sahibine, şahsî varlıkları üzerinde başkasının müdahalesinden masun olarak hâkimiyet icra etmek salâhiyetini bahşeder (Herrschaftsrecht). Genel şahsiyet hakkı, MK. md. 24 ve BK. md. 49 da açıkca zikredilmemiş olmakla (38) ve doktrinde böyle bir hakkın mevcudiyetini inkâr edenler bulunmakla (39) beraber, bahsi geçen hükümlerden bu hakkın çıkarılması yerindedir (40). Genel şahsiyet hakkının mevcudiyetini inkâr edenler, fikirlerini savunmak için, bu hakkın mamelekî mahiyet taşımayan varlıklar üzerindeki hak diye sadece menfi bir şekilde tarif edildiğini, müsbet muhtevasının tesbit edilemediğini, şahsî varlıkların sınırlarının ve dolayısıyla hak sahibinin hâkimiyetini icra edeceği sahanın belli olmadığını, şahsın bir hakkın hem süjesi, hem de mevzuu olamayacağını ileri sürmektedirler.

Daha önceki izahlarımız, şahsiyetin muhtevasını müsbet olarak tesbit etmenin kabil olduğunu ve MK. md. 24 ve BK. md. 49 un şahsî varlıklar üzerinde muayyen bir hâkimiyet icra etmek imkânını bahşettiğini göstermektedir. Zaten sübjektif hak olduğu münakaşa edilmeyen mamelekî haklardan bazılarının, meselâ mülkiyet hakkının sınırlarını da, hakkın mevzuunu teşkil eden şeyin maddî sınırlarından ziyade, malikin hangi müdahalelerden masun kalmasını isteyebileceği ve hangi müdahalelere tahammül etmesi lâzım geldiği hususundaki kaideler tâyin etmektedir.

Şahsiyeti vücuda getiren varlıkların hepsinin neler olduğunun ve bunlara yapılan hangi tecavüzlerin hukuka aykırı mahiyet taşı-

(38) Yalnız BK. md. 19 f. II de akit serbestisinin sınırları arasında «şahsî hükümlere müteallik haklar» dan (droits attachés à la personnalité, Recht der Persönlichkeit) bahsedilmektedir.

(39) Bk. Regamey, sh. 45-50; François Guisan : La protection de la personnalité et le boycott commercial, Lausanne 1934, sh. 8-9.

(40) Bk. Simonius, SBF, X (1955), sh. 197-198; Jäggi, sh. 167a-169a, no. 20-21; Grossen, sh. 4a-5a, no. 3.

dığının önceden tamamiyle tesbit edilmemiş olması da genel şahsiyet hakkının mevcudiyetini inkâr için bir sebep teşkil etmemelidir. Zira yine sübjektif hak vasfı fazla münakaşalı olmayan mülkiyeti ele alacak olursak, bu hakkın da meselâ komşuluk hakkından doğan sınırları (MK. md. 661) önceden kâfi derecede belli değildir. Fakat her müşahhas hâdisede hâkimin, mülkiyet hakkının olduğu gibi, şahsiyet hakkının da sınırlarını icabında yazılı olmayan hukuka başvurarak tesbit etmesi kabildir.

Genel bir şahsiyet hakkı mevcut olduğu gibi, münferit şahsî varlıklar üzerinde de münferit şahsiyet hakları mevcuttur (41). Bunlar, sahiplerine münferit bir şahsî varlık (meselâ isim, bedenî tamamiyet, resim gibi) üzerinde bir hâkimiyet ve başkalarının müdahalelerinden masun tutulmayı talep salâhiyeti bahşederler. Münferit şahsiyet haklarından bir kısmı kanunda doğrudan doğruya bir hak oldukları belirtilerek tanzim edilmiştir. Meselâ isim üzerindeki hak (MK. md. 25), fikir ve san'at eserleri sahiplerinin manevî hakları (Fikir ve San'at Eserleri K. md. 14 vd.) gibi. Bazan da, münferit şahsiyet hakkının mevzuunu teşkil eden varlıkların hangi tecavüzlere karşı korunduğunu ve bunların müeyyidelerini gösteren hükümler konulmuştur ki, bu hükümlerden münferit şahsiyet haklarını istihraç etmek mümkündür. Ezcümle adam ölmesi ve cismanî tamamiyetin ihlâli halinde zararın nasıl tâyin edileceğini ve ne gibi taleplerde bulunulabileceğini belirten BK. md. 45-47 den hayat varlığına ve cismanî tamamiyete taallük eden şahsiyet haklarını, resim ve mektupların korunmasıyla ilgili Fikir ve San'at Eserleri K. md. 85-86 dan bunlara dair şahsiyet haklarını çıkarmak kabildir. TK. md. 56 vd. da iktisadî şahsiyeti geliştirme hakkının haksız rekabet yoluyla muhtelif ihlâl şekilleri tahdidî olmaksızın sayılmış ve müeyyidelenmiştir. Ancak daha önce de söylediğim gibi, korunmaya lâyık münferit şahsî varlıkların, dolayısıyla münferit şahsiyet haklarının hepsi kanunda tesbit edilmemiştir. Teknik ilerlemeler ve iktisadî alandaki gelişmelerle yeni şahsî varlıklar ve yeni tecavüz şekilleri ortaya çıktıkça bu tecavüzlerin men'ini talep hususunda yeni şahsiyet hakları bulunması gerekecektir. Böylece genel şahsiyet hakkında olduğu gibi, münferit şahsiyet haklarında da korunmaya lâyık şahsî varlıkların neler olduğunu ve hangi çeşit ihlâllerin hukuka aykırı sayılması gerektiğini tesbit meselesi kendisini göstermektedir.

(41) Aynı fikirde Jäggi, sh. 168a.

Genel şahsiyet hakkıyla münferit şahsiyet haklarının karşılıklı münasebetlerine ve münferit şahsiyet hakları yanında ayrıca genel bir şahsiyet hakkı tanımağa lüzum olup olmadığı meselesine gelince, bu konuda şunlar söylenebilir. Münferit şahsiyet hakları, genel şahsiyet hakkının çeşitli görünüşleridir (42). Genel şahsiyet hakkının tanınmasında, bir taraftan şahsiyetin korunmasına verilen önemi belirtmek, diğer taraftan münferit şahsiyet haklarının hâkim tarafından bulunmasında bir kaynak ve mesnet sağlamak bakımından fayda vardır (43). Bu fayda, hâkime kanun koyucu gibi hareket yetkisini açıkça tanımayan ve sadece mahdut sayıda şahsî varlıkların kanunen korunmasını öngören hukuk sistemlerinde daha bariz bir şekilde kendini gösterir (44). Genel şahsiyet hakkının kabulü, münferit şahsiyet haklarını bir sisteme bağlamanın güçlüklerini de, artık kesin sınırlı bir sisteme hacet bırakmamak suretiyle bertaraf eder (45).

Şimdi artık hangi şahsî varlıkların hangi tecavüzlere karşı korunması gerektiğini hâkimin nasıl tesbit edeceği meselesine, yani şahsiyetin rıza olmaksızın vaki ihlallere karşı korunmasının işleyiş şekline geçebiliriz.

V — Korunmaya değer şahsî varlıkların tesbitinde ve bunlara vaki tecavüzlerin hukuka aykırılığının tâyîninde hâkimin görevi ve başvurabileceği kıstaslar :

Bir kimse şahsî varlıklarından birinde hukuka aykırı bir tecavüze uğradığını iddia ederek MK. md. 24 veya BK. md. 49 da öngörülen dâvalardan birini açtığı takdirde, hâkim, her şeyden önce, ihlâl edildiği beyan olunan şahsî varlığın esas itibariyle hukukten korunmağa değer bir varlık olup olmadığını tesbit edecektir (46). Bunu yaparken, hâkim evvelâ, yazılı hukukta böyle bir şahsî var-

(42) Simonius, SBFD, X (1955), S. 1, sh. 198; Egger, Art. 28, Nr. 47.

(43) Bk. Jäggi, sh. 169a ve not 56.

(44) Grossen, sh. 6a. Alman Temyiz Mahkemesi, yeni Alman Anayasasına dayanarak genel bir şahsiyet hakkı kabul etmezden önce Almanya'da vaziyet böyle idi.

(45) Bk. Egger, Art. 28, Nr. 47; Simonius, Die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts in ihrem Verhältnis zu den öffentlichen Freiheitsrechten, sh. 283.

(46) Bk. Grossen, sh. 27a, no. 36.

lığın korunmasına dair bir hüküm bulunup bulunmadığını araştıracaktır. Bu hususta sadece özel hukuk kanunlarını değil, Anayasayı ve Ceza Kanununu da gözönünde tutacaktır. İlk bakışta, fertlerin birbirleriyle olan münasebetlerinden doğan bir anlaşmazlıkta kamu hukuku ile ilgili kanunlara da başvurulması tuhaf görünebilir. Fakat hukuk nizamının bir bütün teşkil ettiği fikrinden hareket edilecek olursa, bu kanunlara başvurmada bir ayrılık görmemek gerekir.

Yeni Anayasamızın 10 uncu maddesinde, herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu belirtilmiştir. Anayasanın «kişinin hakları ve ödevleri» başlığını taşıyan ikinci bölümünde kişi dokunulmazlığı, özel hayatın korunması, seyahat ve yerleşme hürriyeti, düşünce ve inanç hak ve hürriyetleri, bilim ve san'at hürriyeti, basın hürriyeti gibi şahsiyetin çeşitli yönlerini koruyan hükümler mevcuttur. Aynı Kanunun üçüncü bölümündeki sosyal ve iktisadi haklar arasında ailenin korunmasına, çalışma ve sözleşme hürriyetlerine dair esaslar yer almaktadır. Anayasadaki bu temel hak ve hürriyetler, medenî hukuktaki şahsiyet haklarının kamu hukukundaki karşısını teşkil ederler.

Klâsik görüş gereğince, Anayasadaki temel hak ve hürriyetler sadece fertle Devlet arasındaki münasebetleri tanzime, şahsiyeti Devlet tarafından gelecek ihlâllere karşı korumağa yönelirler. Halbuki son zamanlarda gittikçe yayılan bir düşünceye göre (47), Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerin fertler arasındaki münasebetlere, özel hukuk münasebetlerine yansıyan tesirleri (Drittwirkungen) de mevcuttur. Bu yeni düşünce İstanbul'da kurulan Komisyonun hazırladığı Anayasa Tasarısı md. 3 de şöylece ifadesini bulmuştu: «...bütün temel haklarla ilgili Anayasa hükümleri, Devletin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzel kişileri bağlayan ve doğrudan doğruya uygulanması gereken hukuk kaideleridir». Sonraları bazı değişikliklerle buna benzer bir hüküm Temsilciler Meclisi Tasarısı md. 8 f. II ye konulmuştur (48). Bu hükmün Temsilciler Meclisindeki müzakereler neticesin-

(47) Tafsilât için bk. Hans Huber: Die Bedeutung der Grundrechte für die Sozialbeziehungen unter den Rechtsgenossen ZSR, Bd. 74 (1955) sh. 173 vd.; Grossen, sh. 11a-18a; Jäggi, sh. 218a-221a.

(48) Bu tasarıdaki hüküm şöyle idi: «Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, kişileri bağlayan ve doğrudan doğruya uygulanması gereken temel hukuk kurallarıdır».

de (49) aldığı son şekil yeni Anayasanın da 8 inci maddesinin ikinci fıkrasını teşkil etmekte ve şu mealde bulunmaktadır : «*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır*».

Gerçi, Anayasa hükümlerinin genel mahiyette olduğu ve müşahhas olaylarda hâkime şahsî varlıkların hukuka aykırı surette ihlâl edilmişlerini tesbit hususunda pratik bakımdan büyük bir fayda sağlayamayacakları söylenilmektedir (50). Bununla beraber, kanaatimizce, bu hükümlere dayanarak özel hukuk bakımından önemli neticeler çıkartmak kabildir. Meselâ Anayasa md. 15 de özel hayatın gizliliği hakkındaki hüküm, bu şahsî varlığın şeref ve haysiyet varlığından ayrı olarak korunması hususunda hâkime direktif verici mahiyette sayılabilir (51). Keza md. 22 de, basın ve haber alma hürriyetini kişilerin haysiyet, şeref ve haklarına tecavüzlerin önlenmesi için sınırlayan hüküm, şahsiyetin özel hukuktaki korunması bakımından da yol göstermektedir. Hiç kimsenin tabii hâkiminden başkası önünde yargılanamayacağı esasını koyan md. 32 den, iktisadî birliklerin hakem kurullarına yargı yetkisi tanıyan anlaşmaların hükümsüzlüğü neticesi çıkarılabilir (52). Özel hukukta genel bir şahsiyet hakkının kanunen tanınmadığı Almanya'da Alman Temyiz Mahkemesi böyle bir hakkın mevcudiyetini Anayasa hükümlerine dayanmak suretiyle kabul etmiştir (53).

Ceza Kanununda da şahsın hayatına (md. 448 vd.), bedenî tamamıyetine (md. 456 vd.), hareket serbestisine (md. 179-192), vicdan ve din hürriyetine (md. 175-178), çalışma hürriyetine (md. 201), konut dokunulmazlığına (md. 193-194), sır çevresine (md. 195-200), şeref ve haysiyetine (md. 480-490), evlilik münasebetlerine (md. 440-444) yapılan muhtelif tecavüzleri cezalandıran hükümler mevcuttur. Hâkim, şahsî varlıklara hukuka aykırı bir tecavüzün bulunup bulunmadığını tesbit ederken bu hükümlerden de ilham alacaktır.

(49) Bu müzakereler ve bilhassa temel haklara dair hükümlerin kişileri de doğrudan doğruya bağladığı fikrini güzel bir şekilde savunan Anayasa Komisyonu Sözcüsü Muammer Aksoy'un açıklamaları için bk. Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, 41. Birleşim, 10.4.1961, Ot. 1, sh. 11-15, 31.

(50) Bk. Jäggi, sh. 219a.

(51) Aynı fikirde Muammer Aksoy, Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi 41. Birleşim, sh. 15.

(52) Bk. Hans Huber ZSR, N. F. 79 (1960), sh. 669a.

(53) Bk. BGHZ, 24, 72; 27, 284.

Hâkimin yazılı hukukta bir dayanak bulamadığı hallerde, şahsî varlığın korunmağa değer olup olmadığını bizzat hukuk yaratarak, bir kıymet hükmü vererek tâyin etmesi gerekecektir. Hayat, bedenî tamamiyet, sıhhat gibi bazı şahsî varlıkların korunmaya lâyık olup olmadıklarını tesbit etmek nisbeten kolaydır; fakat meselâ iktisadî faaliyet serbestîsinin ne derecede korunmağa değer olduğunun tesbiti daha nazik bir iştir (54).

Korunmaya değer bir şahsî varlığın ihlâli kaideten hukuka aykırı sayılacaktır; meğer ki, ihlâlde bulunan şahıs kendisinin böyle bir harekete girişmeğe yetkili olduğunu iddia ve isbat etsin (55). Tecavüz eden şahsın mağdurun şahsiyet sahasına müdahalede bulunmak hususunda bir hakkı (Eingriffsrecht) mevcut olduğu takdirde ihlâlin hukuka aykırılığı ortadan kalkacaktır. Tecavüz eden bu tecavüzünü, kamu hukukuna ait bir kaideyi ileri sürerek (meselâ aşî mecburiyeti), yahut özel hukuka ait bir esasa dayanarak (meşru müdafaa, ıztırar hali, hakkını korumak için bizzat kuvvet kullanma, caiz olan vekâletsiz iş görme) veya mağdurun MK. md. 23 ün ve BK. md. 49 un koyduğu sınırlar içinde muteber olan rızasını (meselâ bir artist reklâm maksadiyle özel hayatına ait bazı olayları bizzat basın mensuplarına açıklıyor) dermeyan ederek meşru göstermeğe çalışabilir. Şahsî varlıkların ihlâlinde hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak için bilhassa ileri sürülen husus, tecavüzde bulunanın ihlâl edilen şahsî varlığa nisbetle daha üstün kıymetli bir varlığını (wertvolleres Gut, intêrêt supêrieur) korumak için böyle hareket ettiği iddiasıdır (56). Bu suretle, MK. md. 24 veya BK. md. 49 un tatbiki, ekseriya, hâkim tarafından, mağdurun ihlâl edilen varlığıyla tecavüz edenin koruduğunu idida ettiği varlığı karşılıklı tartılarak (Güterabwägung) bunlardan hangisinin daha ziyade korunmağa lâyık olduğu hususunda bir kıymet hükmü verilmesine müncer olmaktadır. Meselâ haksız rekabet ve boykot hallerinde mağdurun iktisadî faaliyet serbestîsinin ihlâl edildiği iddiasına karşı mütecaviz kendi iktisadî faaliyet serbestîsini ileri sürecektir; şeref ve haysiyet varlığının ihlâli iddiasına düşüncelerini açıklama hürriyetinin korunması iddiasıyla mukabele edilecektir.

Tecavüz eden tarafından ileri sürülen varlığın hâkimce göz-

(54) Grossen, sh. 27a.

(55) Grossen, sh. 27a-28a; Jäggi, sh. 194a-196a.

(56) Bk. Grossen, sh. 31a; Jäggi, sh. 214a; Egger, Art. 28, Nr. 58.

önünde tutulabilmesi için, onun da esas itibariyle korunmaya değer bir varlık olup olmadığının tesbit edilmesi gerekir (57). Ancak bundan sonradır ki, hâkim her iki tarafın ileri sürdüğü varlıkları tartarak hangisine daha üstün bir değer tamamak lâzım geldiği hususunda bir hüküm verecek ve bu kıymet hükmüyle mütejavizin hareket tarzının hukuka aykırı vasıf taşıyıp taşımadığını beyan edecektir.

Hâkimce, her iki tarafın korunmasını istediği varlıkların tartılmasına mesnet teşkil eden fikir, BK. md. 52 de meşru müdafaa dolayısıyla ifade edilmiştir (58). Gerçekten meşru müdafaa, mağdurla mütejavizin varlıklarının en belirli şekilde karşı karşıya geldiği ve hâkimin bunların kıymetlerini tartarak neticeye vardığı bir haldir.

Tarafların ileri sürdükleri varlıkların tartılmasında ve bir kıymet hükmü verilmesinde, hâkime yardım edebilecek bazı esaslar, bazı kıstaslar mevcuttur, ancak bunlar hiçbir müşahhas olayda bizzat kıymet hükmünün yerini tutamazlar (59).

Hâkim böylece hukuk yaratma görevini yerine getirerek hakkında kıymet hükmü vereceği hareket tarzının dürüst ve âdilane düşünen kimselerin âdetlerine aykırı olup olmadığına bakacaktır (60). Bu esasta, hayat tecrübelerine ve örnek insanların hareket tarzlarına bir atıf mevcuttur.

Bundan başka, mütejavizin hareket tarzının hakikaten ileri sürdüğü varlığı korumak için elverişli bir vasıta olup olmadığı hâkim tarafından incelenecektir; eğer mütejavizin dayandığı menfaat, vaki tecavüzle zaruri surette ilgisi olmayan, sonradan uydu-
rmuş bir bahane ise, bu menfaatle takip olunan gaye arasında uygunsuzluk olacak, tecavüz hukuka aykırı olarak vasıflandırılacaktır (61). Mütejaviz tarafından ileri sürülen varlık da umumiyetle bir sübjektif hakkın mevzuunu teşkil ettiğinden, hâkim böylece mağdurun şahsiyet sahasına müdahale hususunda dayanılan hakkın gayesinden saptırılıp saptırılmadığını, yani kötüye kullanı-

(57) Grossen, sh. 29a.

(58) Bk. Jäggi, sh. 211a ve 214a.

(59) Jäggi, sh. 213a. Bahis konusu esas ve kıstaslar için bk. Heinrich Hubmann: Grundsätze der Interessenabwägung, ACP, Bd. 155 (1956), sh. 84 vd., hususiyile sh. 97-115.

(60) Jäggi, sh. 213a; Grossen, sh. 30a.

(61) Grossen, sh. 30a-31a; Specker, sh. 227 vd.

lıp kullanılmadığını tesbit edecektir (62). Gayeye elverişlilik (adéquation au but) veya gayeden saptırma (détournement du but) kıstasına boykotla ilgili bir misal vereyim : Politik veya dinî maksatlarla, meselâ bir şahsı muayyen bir partiye veya mezhebe girmeğe zorlamak için yapılan boykot hukuka aykırıdır (63). Zira burada boykot eden gerçekte iktisadî faaliyet serbestisini korumak için hareket etmemekte, fakat bunu bir bahane olarak ileri sürmektedir; serbestçe iktisadî faaliyette bulunmak hakkının gayesi bazı şahısları şu veya bu siyasî veya dinî fikri kabule zorlamak değildir.

Diğer bir kıstas da, tali olmak kıstasıdır (subsidiarité) (64). Bu kıstasa göre, mütecavizin hareket tarzı, mümkün olan hareket tarzları arasında en az zarar verici olanını teşkil etmeli, yani ehveni şer vasfını haiz olmalıdır. Diğer bir deyimle, mütecavizin haklı olarak ulaşmak istediği gaye başka türlü elde edilemeyecek ise tecavüz hukuka aykırı sayılmamalı, daha az zedeleyici bir vasıtaya başvurmak imkânı mevcut idiyse tecavüz haksız olarak vasıflandırılmalıdır. Meselâ, toplu bir iş sözleşmesi için sükûnunu bozanlara karşı tesirli bir korunma sağlıyorsa, ayrıca bu gibi şahısları boykota maruz bırakmak hukuka aykırıdır (65). Keza birisinin bir suç işlediğini ilgili makamlara haber verecek yerde sağda solda dedikodu şeklinde yayan kimse hukuka aykırı hareket eder (66).

Bir başka kıstasa göre de, mağdura verilecek zararlar mütecavizin erişmek istediği gaye arasında açık bir nisbetsizlik olmamalıdır (67). Eğer mağdurun uğrayacağı zarar, mütecavizin önlemek istediği zarardan hatırı sayılır derecede fazla ise tecavüz hukuka aykırı addolunur. Ancak bu kıstasın ihtiyatlı bir şekilde kullanılması lâzımdır (68). Zira iktisadî alandaki birliklere dahil olan şahısların menfaatlerinin toplamı, bu birliklerin dışında kalan fertlerin menfaatine nisbetle kemiyet itibariyle üstün olabilir; takat çoğunluğun menfaati mutlaka umumun menfaati değildir.

(62) Bk. Simonius, SBFD. X (1955), sh. 194-196.

(63) Bk. Emile Thilo : Du boycott, JdT, 1948, sh. 103-104.

(64) Bk. Grossen, sh. 30a-31a.

(65) Bk. Thilo, JdT, 1948, sh. 105.

(66) Bk. Faruk Erem : Türk Ceza Hukuku, c. 2 : Hususî hükümler, Ankara 1962, sh. 923, not 63 ve buna ait metin.

(67) Bk. Grossen, sh. 30a-31a; Thilo, JdT, 1948, sh. 104.

(68) Bk. Guisan, sh. 170 vd.; Simonius, Die Persönlichkeitsrechte des Privatrechts..., sh. 292-293.

Bu itibarla, menfaatlerin, gayelerin mütenasipliği (proportionnalité) kıstasına dayanılarak, iktisadî alandaki birliklerin kendi dışlarında kalan fertleri ezmelerine onların iktisadî mevcudiyetlerini yok etmelerine müsaade olunmamalıdır.

Nihayet, varlıkların tartılması onların müşahhas olaydaki nisbi kıymetlerinin aynı olmadığı fikrine dayanır (69). Gerçekten, müşahhas olayda *muayyen bir hareket tarzının, muayyen şartlar içinde yapılan bir tecavüzün* hukuka uygun olup olmadığını tesbit bahis konusudur. *Sırf bu tecavüz bakımından*, bu tecavüzle korunmak istenen varlığın kıymeti ihlâl edilen varlığın kıymetinden yüksek olabilir. Meselâ resmî bir görevi olan şahsın bu görevini yerine getirme tarzıyla ilgili olarak haysiyetini kırıcı gerçek bir haberin yayınlanmasında, bir taraftan haysiyet varlığı, diğer taraftan basın hürriyeti karşılaşmakta ve burada basın hürriyeti haysiyet varlığına nisbetle daha üstün bir değer arz etmektedir. Yoksa haysiyet ve basın hürriyeti mücerret kavramlar olarak ele alındığında birinin diğerine üstünlüğü iddia edilemez. Bazan müşahhas bir olayda, mamelekî bir varlığa dahi şahsî bir varlıktan daha fazla kıymet izafe olunabilir (70): Meselâ kıymetli bir tabloyu yahut 1000 liralık bir kâğıt parayı parçalamak isteyen kimseye karşı cebir kullanılarak şey elinden alınabilir; burada mamelekî bir varlık, mütecavizin şahsî bazı varlıklarından, ezcümle beden sahasından ve hareket serbestisinden daha üstün tutulmaktadır.

Şahsî varlıkların mutlak kıymetleri de çeşitli olabilir (71). Ana şahsî varlıklar bir bütün olarak yüksek kıymeti haizdirler: Hayat, sıhhat, bedenî tamamiyet, şeref, sır çevresi gibi. Bunlar tali varlıklara ayrıldıkça kıymetleri azalabilir: Meselâ hayat varlığıyla, bir kimsenin elinin çizilmesinden acı duymamak hususundaki varlığı arasındaki kıymet farkı aşikârdır. Yahut bir kimsenin kendi çalışma iktidarını ve bilgisini kullanması şeklinde tezahür eden iktisadî faaliyet serbestisiyle, servetini başkalarını çalıştırarak kullanma şeklinde ortaya çıkan iktisadî faaliyet serbestisi aynı kıymeti haiz değildirler.

Gerçekte her şahsî varlık kıymetini insanın şahsiyetinden, insanlık haysiyetinin ahlâkî değerinden alır; münferit şahsî varlık-

(69) Bk. Jäggi, sh. 214a-215a.

(70) Jäggi, sh. 215a, not 157.

(71) Jäggi, sh. 215a; Egger, Art. 28, Nr. 24.

lara izafe edilen kıymetler her müşahhas tecavüz olayında, bu olayın şartlarıyla ilgili olarak insan şahsiyetinden bu varlıklara isabet eden kıymeti, yani bu varlıkların taşıdıkları «şahsiyet muhtevasını» (Persönlichkeitsgehalt), «şahsiyet unsurunu» ifade eder (72). Böylece hâkimin vereceği kıymet hükmü, sonunda, insanlık haysiyetine taallük eder : Herkes hemcinslerine karşı insanlık haysiyetine uygun bir tarzda hareket etmelidir. Ancak hangi hareket tarzlarının insanlık haysiyetine uygun olduğu mutlak ve genel kaideler halinde ifade edilemez; sadece müşahhas olaylarda tesbit edilebilir (73). Müşahhas olayda mağdurla mütecavizin insanlık haysiyetleri karşı karşıya gelir; şu kadar ki, hakkında kıymet hükmü verilecek olan bunlar değil, mütecavizin hareket tarzıdır. Hukuka uygun şekilde hareket eden, kendisinin ve başkalarının insanlık haysiyetine hürmet eder; hukuka aykırı şekilde hareket eden de, kendisinin ve başkalarının insanlık haysiyetini kıymetten düşürür (74).

VI — Şahsiyetin basın yoluyla ihlallerinde özel hukuk himayesinin önemi :

Şahsiyetin rıza olmaksızın vaki ihlâllere karşı korunmasının nasıl işleyeceğine, bilhassa hâkimin MK. md. 24 ve BK. md. 49 un kendisine tanıdığı hukuk yaratma görevini nasıl yerine getireceğine dair genel esasları bu suretle tesbit ettikten sonra, şimdi bu esasları şahsiyetin ve bilhassa özel hayatın, basın yoluyla olan ihlâllere karşı korunmasına tatbik etmeğe çalışacağım.

Burada, herşeyden önce şu noktaya işaret edeyim ki, memleketimizde şahsiyetin basın yoluyla vaki ihlâllere karşı korunması için daha ziyade Ceza Kanununun hakaret ve sövmeye dair hükümlerine dayanmak veya Basın Kanunu md. 19 da tanınan cevap hakkının (75) kullanılması yoluna gitmek tercih edilmekte-

(72) Bk. Jäggi, sh. 215a; Egger, Art. 28, Nr. 24.

(73) Jäggi, sh. 216a.

(74) Jäggi, sh. 217a.

(75) Cevap hakkının işleyişi hakkında tafsilât için bk. Sahir Erman: Sistematik izahlı Basın Kanunu ve ilgili mevzuat, İstanbul 1953, sh. 76 vd. Karş. Jacques Bourquin : La liberté de la presse, Lausanne 1950, sh. 427-436.

dir. Maddî ve manevî tazminat talepleri de umumiyetle ceza mahkemesinde ileri sürülmektedir. Bir taraftan, hakaret ve sövme cürümlerinin icrasına vasıta olan yazı, resim vesairenin müsaderesine ve ortadan kaldırılmasına, ortadan kaldırılamayan yazılar üzerine mahkûmiyet kararının hüküm fıkrasının yazılmasına, bundan başka, şikâyetçinin talebi üzerine hüküm hulâsasının gazetelerde ilânına imkân veren Ceza Kanunu md. 487, diğer taraftan, bir dâvadan daha kolay ve çabuk işleyen cevap hakkı özel hukuktaki tecavüzün men'î dâvasının pratik kıymetini çok azaltmıştır. Medenî Kanun md. 24 e müsteniden verilen tecavüzün men'î hükümlerine tatbikatta pek nadir rastlanmaktadır. Manevî tazminat dâvalarında tazminat olarak hükmolunan meblâğların düşük, halbuki Ceza Kanunundaki cezaların, bu arada para cezalarının nisbeten ağır olması da, ceza mahkemelerine müracaatın tercih edilmesinde âmil olmaktadır. Böylece şahsiyetin basın yoluyla olan ihlâllerine karşı özel hukuk himayesi ikinci plâna düşmüştür. Gerçi cevap hakkı mahiyeti bakımından bir ceza değil, şahsa sarsılan itibarını tamir ve kendi görüşünü aksettirme imkânını veren bir özel hukuk müeyyidesidir (76). Ancak, cevap veya düzeltmenin yayınlanmaması cezai müeyyidelerin tatbikini gerektirdiğinden, Basın Kanunu md. 19 da, cevap hakkının ceza hâkimi aracılığıyla kullanılması öngörülmüştür.

Şahsiyetin basın yoluyla olan ihlâllere karşı özel hukuk yoluyla korunmasının, tatbikatçıların her nedense üzerinde fazla durmadıkları bir çok avantajlı tarafları mevcuttur :

Bir kere, hakaret ve sövme suçlarının bazı unsurlarını taşımamakla beraber, özel hukuk müeyyidelerinin tatbikini icap ettirecek şeref ve haysiyete tecavüz fiilleri mevcuttur (77). Tecavüz edenin hakaret veya sövme kasdı, hatta hiçbir kusuru olmasa dahi şeref ve haysiyete dokunan fiillerin men'î MK. md. 24 e dayanılarak istenebilir (78). Diğer taraftan, hakaret ve sövme suçlarındaki ikiden ziyade kimseyle ihtilât şartı (79), haysiyet ve şeref varlıklarının özel hukuk müeyyideleriyle korunmasında aranmaz.

Hakaret suçlarında isbat hakkının kullanılabilirdiği ve isnad edi-

(76) Bk. Jäggi, sh. 247a.

(77) Karş. Karayalçın, sh. 261.

(78) Bk. aşağıda not 99 a ait metin.

(79) Bu şart hakkında tafsilât için bk. Erem, sh. 912-916.

len vakıaların gerçeğe uygunluğunun isbat edildiği hallerde, bazı müellifler sadece ceza verilemeyeceğini, fakat özel hukuk müeyyidelerine başvurma imkânının ortadan kalkmayacağını beyan etmektedirler (80). Fakat, çoğu defa, bu gibi hallerde, basının kamu-yu aydınlatma hususundaki menfaati, mağdurun şeref ve haysiyet varlığına nisbetle daha üstün bir kıymet arzettiğinden fiilin özel hukuk bakımından dahi hukuka aykırılığı ortadan kalkacaktır. Yalnız, bizzat dâvacının karşı tarafa isbat hakkını tanıdığı (CK. md. 481 b. 3) ve isbatın yerine getirildiği hallerde, yayınlanan şeref ve haysiyeti zedeleyici olayın bilinmesinde kamu menfaati olmayabilir ve özel hukuk müeyyidelerine başvurulması imkân düşünülebilir (81).

Ceza hukuku alanında esefle karşılanacak surette sık rastlanan aflar da, şeref ve haysiyeti ihlâl edici fiilin cezasız kalması neticesini doğursalar bile, özel hukuk müeyyidelerinin tatbiki imkânını ortadan kaldırmazlar (82).

Özel hukuk müeyyidelerine başvurmanın bir faydası da, şeref ve haysiyet varlıklarına tecavüzün, yasama dokunulmazlığından istifade eden bir kimse tarafından yapılması halinde kendini gösterir. Böyle bir durumda hukuk mahkemesinde dâva açabilmek için ceza dâvasında olduğu gibi tecavüzde bulunanın seçilme süresi sonunu, hatta yeniden seçilme halinde yeni sürenin sonunu beklemeğe hacet yoktur.

Diğer taraftan, manevî tazminatın miktarı mahkemelerce bir özel hukuk cezası teşkil edecek şekilde yüksek tutulduğu ve BK. md. 49 hafif kusur halinde dahi manevî tazminata hükmetmeye imkân verecek şekilde tadil edildiği takdirde şahsiyetin basın yoluyla olan ihlâllere karşı özel hukuk bakımından korunması daha tesirli bir hal alacaktır (83).

Nihayet, şeref ve haysiyet haleldar edilmeksizin özel hayatın gizliliğinin basın tarafından ihlâli de halen cezaî müeyyidelerin teh-

(80) Bk. Manzini, VII, no. 2506 (Erem, sh. 932 den naklen).

(81) Erem (sh. 944), mutlak olarak, «isnat olunan fiilin sübutu halinde dâvacının artık tazminat talebiyle hukuk mahkemesine gidemeyeceği» fikrindedir.

(82) Karş. Karayalçın, sh. 260-261.

(83) Tafsilât için bk. Karayalçın, sh. 267-270, 273-274.

didi altında bulunmamaktadır. Gerçi 9 mart 1954 tarih ve 6334 sayılı «Neşir yoluyla veya radyo ile işlenecek bazı cürümler hakkındaki Kanun» un birinci maddesinin 3 üncü bendinde ayrıca şeref ve haysiyetin ihlâli şart kılınmaksızın «matbuat tarafından her ne suretle olursa olsun... hususî veya ailevî ahvalin teşhir olunması» (84) suç sayılmakta ve hapis ve ağır para cezasıyla cezalandırılmakta idi; yine aynı maddenin sonuncu fıkrasına göre bu suç resmî sıfatı haiz olanlar aleyhinde sıfat veya hizmetlerinden dolayı işlendiğinde cezanın arttırılması öngörülyordu. Kanunun 6 ncı maddesi suçun radyo ile işlenmesi halinde aynı cezaların tatbik olunacağını beyan etmekte idi. Kanunda yer alan dikkati çekici bir başka hükme (md. 5) göre de, «bu kanunda yazılı cürümlerden dolayı suçlular hakkında tâyin olunacak ağır para cezasının beş mislinin ister hakiki, ister hükmî şahıs olsun mevkute sahibinden veya cezaen mes'ul edilemeyen hallerde nâşirden tahsiline» de mahkemece hükümlenmesi gerekmekte idi. 6334 sayılı Kanundaki ceza hadleri 1956 da 6732 sayılı Kanunla arttırılmıştı. Daha sonra 6 ekim 1960 tarih ve 94 sayılı Kanunla, basın hürriyetini aşırı bir şekilde sınırlayan bu kanunlar yürürlükten kaldırılmıştır. Bir çok bakımlardan tenkid edilebilecek olan 6334 sayılı Kanunun bilhassa özel hayatın teşhiri bakımından tenkidi gereken tarafı şudur: Birazdan anlatacağım veçhile (85), resmî sıfatı haiz olanların özel hayatlarından kamu alanındaki görevlerine etkisi olduğu nisbette bahsetmenin basının görevlerinden bulunduğu ve bu gibi hallerde şahsiyetin ihlâlinin hukuka aykırı sayılmayacağı umumiyetle kabul edilmektedir; halbuki, 6334 sayılı Kanun bahsi geçen hallerde, bu görüşün tamamen aksine olarak, hukuka aykırılığı ve suçun mevcudiyetini kabul etmekte ve bununla da yetinmeyip cezanın arttırılmasını öngörmekte idi. Hiç de tasvibe şayan olmayan bu tanzim tarzı, ancak o zaman siyasî iktidarı ellerinde tutanların, özel hayatlarının resmî görevleri üzerindeki kötü tesirlerini halktan gizlemek kaygısıyla izah olunabilir. Diğer taraftan, basını sindirmek için mevkute sahiplerinin suçla hiçbir ilgileri olmasa dahi ağır para cezalarına mahkûm edilmeleri, 6334 sayılı Kanunun, ceza hukuku anlayışına aykırı esaslarından biridir.

6334 sayılı Kanunun ilga edilmesi, özel hayat çevresinin basın

(84) Aynı maddenin dördüncü bendine göre hususî veya ailevî ahvalin teşhir olunacağı tehdidi de cezayı müstelzimdir.

(85) Bk. aşağıda not 103 e ait metin.

yoluyla hukuka aykırı ihlâllerine, ayrıca şeref ve haysiyetin zede-
lenmesini tazammun etmeseler dahi, medenî hukuk müeyyidele-
rinin tatbikine asla bir engel teşkil etmemelidir. Özel hayat, MK.
md. 24 ve BK. md. 49 tarafından, 6334 sayılı Kanunun neşrinden
önce ve yürürlükte kaldığı zamanda korunmakta olduğu gibi, bu
koruma halen de devam etmektedir. Hatta, yeni Anayasamızın 15
inci maddesi «özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağını» açıkça
ifade ederek, özel hukuktaki himaye için de hâkime sağlam bir
mesnet bahşetmiş bulunmaktadır. Basın hürriyetinin sınırlarını
tesbit eden Anayasanın 22 nci maddesinin ikinci fıkrası da, «kişi-
lerin haysiyet, şeref ve haklarına tecavüzü önlemek için», bu hür-
riyetin kanunla sınırlanabileceğini beyan etmektedir; bu hüküm-
de zikri geçen kişilerin hakları arasına özel hayatın korunmasına
dair şahsiyet hakkı da girer.

Basın çevrelerinde, hatta bazı hukukçular arasında özel haya-
tın şeref ve haysiyetten bağımsız olarak özel hukuk bakımından
korunduğu (86) hatıra getirilmemekte, bu korumanın sınırları açık
olarak bilinmemektedir (87). Bu itibarla, burada özel hayatın ko-
runmaya lâyık bir şahsî varlık olarak sınırlarını tesbite ve bu var-
lığın basın yoluyla olan ihlâllerinin hangi hallerde hukuka aykırı
sayılması gerektiğini, hangi hallerde tecavüzü haklı kılan sebep-
ler ileri sürülebileceğini belirtmeğe çalışacağım. Böylece aynı za-
manda şahsiyetin korunmasının işleyişi hakkındaki esasların tat-
bik tarzını canlandırmak mümkün olacaktır.

VII — Özel hayatın basın yoluyla vaki ihlâllere karşı korun- ması :

Evvelâ, özel hayatın hukuken korunmağa değer bir şahsî var-
lık olarak sınırlarını tesbit edelim :

Özel hayatın ihlâlleri, bu hayat çevresine giren olayların öğ-
renilmesi, başkalarına anlatılması ve hayatından bahsedilen şahıs
hakkında bazan bir kıymet hükmünü ihtiva eden beyanlarda bu-

(86) Bk. Grossen, sh. 84a; Bourquin, sh. 205-206.

(87) Şu da var ki, özel hayatları teşhir edilen bazı sosyete mensupları
bundan hoşlanmakta ve bunu yersiz olarak bir öğrenme vesilesi say-
makta, bazı kimseler de isimleri etrafında büsbütün gürültü doğ-
masından çekinerek dâva açmamaktadırlar.

lunulması şeklinde olur. Her insan başkalarıyla birlikte yaşar. Bi-naenaleyh, hayatına ait olaylar başkaları tarafından görülecek ve duyulacaktır. Her insan başkalarıyla temasta bulunur, konuşur ve onların kendisi hakkında beyanlarda bulunmalarına yol açar. Fakat hiçbir insan bütün hayatını bütün diğer hemcinsleriyle paylaşamaz (88).

Her insanın hayat sahasını üçe bölmek kabildir (89) :

a) *Gizli saha* (Geheimbereich) diyebileceğimiz bir çevre, fer-din yalnız kendisine saklı kalmasını istediği hayat olaylarını içine alır. Fert, kaideten, bu olayların bütün diğer insanların bilgisinden uzak kalmasını arzu eder; istisnaen bir sırrını muayyen bazı kimselerle ve yalnız onlarla paylaşmayı isteyebilir.

b) İkinci saha *özel saha* (Privatbereich) olarak adlandırılabilir. Özel saha, şahsın birlikte oturma, birlikte çalışma veya günün olayları üzerinde birlikte konuşma dolayısıyla kendisine yakın olan şahıslarla müşterek olan ve yalnız bunlarla paylaşmak istediği hayat tezahürlerini kapsar. Şahsa yakın olan kimselerin çevresi böylece muhtelif hayat faaliyetlerine göre değişebilir.

c) Şahsın üçüncü bir grupta toplanabilecek hayat faaliyetleri *ortak sahayı* (Gemeinbereich) teşkil eder. Bu faaliyetleri dolayısıyla insan herkesin hayat ve zaman yoldaşdır. İnsanın herkes gibi umuma açık olan yerlere, umumî toplantılara, törenlere gayri şahsî surette iştirakiyle veya san'atkâr, hatip veya sporcu olarak kendisini umuma arzetmesiyle giriştiği faaliyetler ortak sahaya ait olur.

Gizli ve özel sahalar şahsiyet sahasına dahildir; ortak saha ise kaideten dahil değildir. Ortak saha, üçüncü şahısların müdahalelerine, yani bu sahaya ait olayları öğrenmelerine ve bunlar hakkında kanaatlerini izhar eylemelerine, bu müdahaleleri haklı kılabilecek bir sebep aranmaksızın açıktır; bu müdahalelerin yegâne şartı, dürüstçe yapılmasıdır. Özel hayat sahası, yalnız şahsın yakınlarına açıktır; bunların öğrendikleri ve açıkladıkları hususlar, haklı kılabilecek özel bir sebep bulunmadıkça yakınlar sahası dışına bildirilmemelidir. Kimse başkasının gizli hayat sahasına, bu saha-

(88) Jäggi, sh. 226a.

(89) Jäggi, sh. 226a-227a.

daki sırları öğrenmek için, bunu haklı kılacak bir sebep olmaksızın müdahale edemez ve bir sırrı paylaşan şahıs, bunu bu hususta akdî bir mükellefiyeti (meselâ vekillerin, doktorların olduğu gibi) bulunmasa dahi, üçüncü şahıslara bildirmeğe mezun değildir.

Herkes, herhangi bir kimseye herhangi bir hemcinsi hakkında onun ortak sahasına ait olayları nakledebilir (90). Sokakta yeni bir otomobil içinde kendini gösteren şahıs, bu olayın komşular arasında anlatılmasını hoş karşılamak mecburiyetindedir. Hatta bir şahıs hakkında onun ortak hayat sahasına münhsır kalmak üzere plânlı bir şekilde haber ve bilgi toplamağa dahi cevaz vardır; zira böylece, herhangi bir şahsın bu konuda bilebileceğinden daha fazla bir şey öğrenilmeyecektir. Buna karşılık, bir şahsın özel veya gizli sahasına ait olan olaylar hakkında bilgi toplamak veya böyle olaylar caiz bir surette öğrenilmiş olsa dahi, bunları bu sahaya giren şahıslar çevresi dışına nakletmek caiz değildir (91).

Herkes hemcinsleri hakkında ortak sahaya giren olaylara dayanarak verdiği hükmü başkalarına bildirebilir; zaten bir kimse- nin itibarı bu gibi kanaat izharlarıyla teşekkül eder. Başkaları hakkında onlar lehine olmayan kanaatler de açığa vurulabilir; yeter ki bu kanaatler mesnetli olsun, üçüncü şahıslara nakli caiz olmayan olaylara dayanmasın ve sırf dedikodu iptilâsının tesiriyle veya kötü maksatla izhar edilmiş olmasın (92).

Hulâsa böylece başkaları hakkında bilgi verme ve kanaat izharı ortak sahaya ait oldukça, bunları haklı kılacak özel bir sebebe lüzum yoktur. Bu bilgi verme ve kanaat izharı, bir taraftan gizli ve özel sahayla, diğer taraftan ortak hayat sahası içinde hak-

(90) Jäggi, sh. 243a. İsviçre mahkeme içtihadlarına (BGE 82 IV 96) ve İsviçre Ceza Kanununa (md. 173 b. 3) göre, ortak sahaya giren olaylar, ilgilinin itibarını azaltıcı mahiyette olsalar dahi, sırf dedikodu iptilâsını tatmin için (aus blosser Klatschsucht) veya kötülük isnad etmek kasdıyla (Übles vorzuwerfen) olmadıkça, başkalarına nakledilebilirler. Türk Ceza Hukukunda kötü maksat olmaksızın, sadece hikâye etme niyetinin hakaret kasdını bertaraf edebileceğinin kabulü şüpheli görünmektedir. Erem (sh. 923), sadece anlatmak zarureti olan haller için kasdın bulunmadığı hususunda istisna kabûlüne taraftardır.

(91) Jäggi, sh. 243a; Grossen, sh. 84a.

(92) Jäggi, sh. 243a.

kinda konuşulmanın şerefini mümkün mertebe haleldar etmemek vazifesiyle sınırlanmıştır. Bundan maada başkaları hakkındaki beyanlar, şekilleri itibariyle de incitici mahiyette olmamalıdır (93).

Basın vasıtasıyla yapılan beyanlar teknik imkânlar sayesinde özel mahiyetteki herhangi bir beyana nisbetle çok geniş bir çevreye hitap ederler; bundan başka, yazılan şeyin ileride yeniden okunması da kabildir. Bu yüzden, basın vasıtasıyla yapılan bir beyandan müteessir olan kimsenin özel sahasını ortak sahası aleyhine genişletmek zarureti vardır. Bununla beraber, basın için de ortak saha tamamen kaldırılmış değildir. Böylece basının müdahaleleri bakımından da şahsın hayat sahasını yine üçe ayırmak kabildir (94):

a) İlk plânda basına dahi açık olan ortak hayat sahası gelir. Bu saha ferdin isteyerek umumun karşısına çıktığı olayları ihtiva eder. Meselâ hatip olarak bir halk toplantısında konuşmak, san'atkâr olarak eserlerini umuma teşhir etmek, sporcu olarak resmî bir müsabakaya katılmak gibi. Bu gibi olaylar hakkında basın, müdahalesini haklı kılacak özel bir sebebe dayanmağa hacet olmaksızın, meselâ genel menfaatleri koruma sebebini ileri sürmeksizin bilgi verebilir ve kanaat izhar edebilir. Ferdin kendisini umuma arzetmesi, yalnız başına onun hakkında umuma hitabeden bir beyanda bulunmağı haklı göstermeğe kâfidir.

b) İkinci saha, özel beyanlar için ortak saha, fakat basın vasıtasıyla yapılan beyanlar için özel saha sayılır. Bu saha, ferdin herkes tarafından caiz surette öğrenilebilecek olan, fakat özel bir bildirme iradesinin konusunu teşkil etmeyen hayat faaliyetlerini kapsar. Ferdin bu gibi hareket tarzları umumun, herkesin gözleri ve kulakları önünde cereyan etmekle beraber, bunların ayırıcı vasfı herkese herhangi bir kimsenin gayrişahsî bir hareketi gibi gözükmeleridir; ancak bu hareket tarzında bulunana daha yakından tanıyan bazı kimseler - akrabalar, komşular, meslekdaşlar, dernek ve iş arkadaşları gibi kimseler - için bahsi geçen hareket tarzı şahsî bir vasıf taşır. Faraza A'nın B isminde bir hanımla konsere veya sinemaya gitmesi; C'nin otomobilinin bir gece klübünün kapısı önünde park edilmiş olması; D hanımın ucuz olsun diye pazardan alış veriş etmesi; E'nin Amerikaya gitmesi; F'nin otobüs biletçi-

(93) Jäggi, sh. 243a-244a.

(94) Jäggi, sh. 244a-247a; Coing: Ehrenschtz und Presserecht, Karlsruhe 1960.

siyle münakaşaya tutuşması gibi. Bu gibi tabir caizse *özel-alenî hareket tarzlarını* (privatöffentliche Verhalten) basın eğer bahsedilmeğe değer bulursa haber olarak verebilir ve bunlar hakkında kanaat izhar edebilir; ancak bu olayları kaideten, umumun bunları gördüğü ve duyduğu şekilde, herhangi bir kimsenin gayrişahsî bir hareketi gibi, isim zikretmeksizin ve şahsın tanınmasını mümkün kılacak hususları, meselâ adresini veya mesleğini belirtmeksizin nakletmelidir; faraza geceleyin içmiş olan bazı şahısların sokakta gürültü çıkardığından, yahut bir lokantada bir şahsın başından komik bir hâdise geçtiğinden, bazı kimselerin plâjda herkesi rahatsız edecek oyunlar oynadıklarından bahsedebilir; yoksa Bay X in sarhoş halde geceleyin sokakta bağırduğunu yazmamalıdır. Eğer basın özel-alenî bir hareket tarzından bu hareket tarzında bulunanın kimliğini belirterek bahseder, hususiyle şahsın fotoğrafını da yayınlarsa, bu hareket tarzına aslında haiz olmadığı mevsuf bir aleniyet bahşeder. Bu da ilgili şahsın özel hayatına haksız bir tecavüz teşkil eyler. İhlâlin haksızlığını ortadan kaldırmak için basının bu şekilde müdahalesini haklı kılacak bir sebebin bulunması lâzımdır. Bu gibi sebepler de iki çeşit olabilir :

aa) Bir şahısla ilgili bir hareket tarzı veya olay günlük hayatın gidişi dışına o şekilde taşmalıdır ki, şahsın kimliğinin zikredilmesinde sadece kollektif bir dedikodu iptilâsını tatmin maksadı değil, fakat ciddî ve genel bir menfaat bulunsun. Aktüaliteyi (günün önemli olayların) teşkil eden bu gibi hallerde, hususiyetle kaza ve cinayetlerde fert, şahıs olarak istemese de umumun önüne çıkar ve onun şahsı hakkında aktüaliteye karıştığı nisbette bilgi verilmesine ve kanaat izhar edilmesine cevaz vardır; fakat bu ölçü dışında, aktüaliteye karışan şahsın özel sahası gene masun kalmalıdır; burada dürüstlük ölçüleri müşahhas olaylardaki sınırları tâyin edecek, bu ölçülerde umumi hayatta ve basında yerleşmiş âdetler de rol oynayacaktır.

bb) Basının müdahalesini haklı gösterecek ikinci sebep olarak, basının aslında aktüaliteye, günün tarihine ait olmamakla ve ummun alâkasının mevzuunu teşkil etmemekle beraber, böyle bir alâkaya lâyük olaylara dikkati celbetmek ve bunlar hakkında hüküm vermek hususundaki vazifesi gösterilebilir (95); meselâ bir âmme idaresindeki aksaklıklar, bir fabrikadaki iş münasebetlerindeki bo-

zukluklar, kültürel bir cemiyetin malî müşkülleri, bir spor klübünün gelişme imkânları gibi. Basın bu gibi konular dolayısıyla şahısların özel-alenî hareket tarzlarından bahsedecek olursa, bu bahsetme yalnız konuyla ilgili olduğu nisbette olmalıdır; meselâ bir dairede işler geç ve gayrimuntazam yürütülüyorsa, bu konuyla alâkalı tenkidde memurların isimleri zikredilmemelidir.

c) Nihayet, özel beyanlara kapalı olan özel ve gizli hayat sahalaları, evleviyetle basın yoluyla yapılacak açıklamalara da kapalıdır. Ancak «özel-alenî hareket tarzının» basın yoluyla yayınlanmasını haklı kılan iki sebep, özel, hatta gizli hayat sahası için de mevcuttur. Yalnız bu sahalara vaki müdahaleleri haklı gösterebilmek için, bu sebepler özel bir önem taşımalıdır; zira bir beyan şahsiyetin nüvesine yaklaştığı nisbette, bu beyanın haksızlığını bertaraf edecek sebeplerin kabulünde daha sıkı davranmak lâzımdır (96).

Bir şahsın hayatı ve hareketleri hakkında basın vasıtasıyla yapılan her beyan, konu itibarıyla haklı olsa dahi, özel beyanlarda olduğu gibi, zaruret olmaksızın incitici bir şekil taşımamalı (97) ve bu beyanda o şahsın itibarını sarsmak gayesi hâkim olmamalıdır. Aksine olan beyanlar, basının görevini ifa gayesinden uzaklaşması, basın hürriyetinin gayesinden saptırılması mahiyetini taşırlar.

Diğer taraftan, gerçeğe aykırı haberlerin yayınlanması daima hukuka aykırı sayılmalıdır (98). Zira basının görevi yalan veya yanlış haberler vermek değildir. Yalnız, eğer gerçeğe aykırı haber hüsnüniyetle, yani doğru olmadığı bilinmeksizin ve gerekli ihtimamın gösterilmesine rağmen bilinmesine imkân olmaksızın verilmişse, haberi yayınlayanın kusuru ve dolayısıyla tazminat dâvası açmak imkânı ortadan kalkar. Fakat, fiilin hukuka aykırılığı bakidir ve kusuru şart kılmayan tecavüzün men'i dâvasının açılması ve icabında yayınların toplattırılması kabildir (99). Basının gerekli ihtimamı gösterip göstermediği tesbit edilirken, onun çalışma şartları, haberlerin acele verilmesi zarureti de gözönünde tutulmalıdır (100). Bununla beraber, birinci haber alındıktan sonra bunun ger-

(96) Jäggi, sh. 246a.

(97) BGE 73 IV 12.

(98) BGE 71 II 191 yahut JdT, 1945, sh. 568-569.

(99) Bk. yukarıda not 78 e ait metin.

(100) BGE 71 II 191 yahut JdT, 1945, sh. 569.

çeğe uygun olmadığına dair ikinci bir haber gelmişse, iki haberin birden yayınlanması kusurlu sayılabilir; zira bu, zihinlerde lüzumsuz yere bir şüphe uyanmasına yol açacaktır (100 a). Bundan başka, bir gazetenin haberi bir başka gazeteden iktibas ettiğini isbat etmesi (101), iktibasda bulunduğu gazeteye açıkca atıfta bulunması, iktibas edilen haberin yanlış çıkabileceği hususunda ihtirazi kayıtlar ileri sürmesi, sual veya şart siygalarını kullanması, onun kusurunu bertaraf etmek için kâfi değildir (102).

Burada, kamu hayatında önemli bir rol oynayan ve günün meşhurları arasında bulunan şahısların özel hayatlarının basın yoluyla ihlâli üzerinde ayrıca biraz durmak yerinde olacaktır. Esas itibarıyla, şahsın ortak hayat sahası, özel-aleni hareket tarzları, özel ve gizli hayat sahaları ve ihlâli haklı gösterecek sebepler hakkında konulan kaideler her şahıs gibi bu çeşit kimseler için de tatbik edilecektir. Yalnız bu çeşit kimselerin hayatı hakkında bilgi almak hususundaki genel menfaat alelâde fertler için olduğundan çok daha geniş ölçüde kendini gösterir (103).

Evvelâ,Devlet işlerinde önemli bir rol oynayan şahısları ele alalım. İsviçre Federal Mahkemesinin bu konudaki bir kararından alınma şu kısımlar (104) Türk hukuku için de aydınlatıcı bir mahiyet taşımaktadır :

«Basın hürriyeti, basının herkese kamuyla ilgili işler, hususiyetle Devlet işleri hakkında haber vermesinin ve bunları münakaşa etmesinin genel menfaat icabı olduğu fikrine dayanır. Bu neviden haberler arasında, kamu hayatında göze çarpan şahsiyetlere ait olanlar da, bunların Devlet içindeki rollerini takdir etmeğe yaradıkları nisbette yer alırlar. Basın, bu şahıslardan biriyle meşgul olduğu takdirde, onun haber vermeye olan menfaati, genel menfaatle bir araya gelir ve hedef tutulan şahsın menfaatinden üstündür; bu durumda, şahsı varlıklara olan tecavüz haklıdır. Federal Meclis üyeleri bakımından basının bu yetkisi daha da ileriye gider. Zira en yüksek kudretin Federal Meclise değil millete ve Kantonal Devlet-

(100 a) Bk. SJZ, 1959, sh. 58.

(101) Bk. JdT, 1934, sh. 355.

(102) E. Thilo : Notes sur la liberté de la presse et ses limites, JdT, 1936, sh. 322.

(103) Bk. yukarıda not 85 e ait metin.

(104) BGE 71 II 193 yahut JdT, 1945, sh. 568.

lere ait ve memleketin en önemli işlerinin Federal Meclise tevdi edilmiş olmasına rağmen, bu Meclisin hiçbir resmî murakabe organı bulunmamaktadır. Federal Meclis üyelerinin kendilerine verilen vekâleti memleketin iyiliği için kullanıp kullanmadıkları, yüksek vazifelerine lâyık ve ehil olup olmadıkları hakkında hüküm verebilmek için, halk geniş ölçüde kendisine bilgi veren özel müesseselere (105) başvurmak mecburiyetindedir. Basın, millet temsilcileriyle, resmî faaliyetleri, liyakatleri ve ehliyetleri hakkında hüküm verebilmek için gerekli sınırlar içinde kalarak meşgul olduğu takdirde, bunu genel menfaat icabı yapmaktadır; hatta denebilir ki, basın böylece, her demokratik Devlette zaruri olan murakabeyi millet yerine ve millet için icra etmektedir».

Şu halde basın, bir Millet Meclisi üyesinin veya yüksek bir memurun ahlâka aykırı bir hareket tarzını halka ihbar etmek hakkına sahiptir. Sevk ve idare makamlarında bulunanlar toplumun itimadına lâyık olmalıdırlar; eğer bu itimada artık hak kazanmıyorlarsa, seçmenlerinin bundan haberdar edilmesinde kamu menfaati vardır. Bir hükümet adamının portresi çizilerek, meslek hayatının muhtelif safhaları anlatılarak, siyasî düşünce ve hareketlerinin tahlili yapılarak şahsı hakkında bir kıymet hükmü izhar edilebilir. Şu kadar ki, bütün bunlar siyaset adamlarına hiçbir özel hayat sahası tanınmayacağı anlamına gelmez (106). Kendilerinin rızası alınmadıkça ve kamu hayatındaki görevlerinin iyi bir şekilde yerine getirilmesi için gerekli vasıflarına ve bu görevlere bir tesiri olmadıkça bu şahısların özel - alenî hareket tarzlarından ve özel hayatlarıyla ilgili olaylardan bahsedilmemesi lâzımdır.

Toplum hayatında meşhur olan diğer şahıslara gelince, bunların da şöhreti özel hayatlarının bütün teferruatıyla herkesin gözleri önüne serilmesini haklı kılmaz (107). Zamanın meşhurları, Alman Temyiz Mahkemesine göre (108), halkın müşahede sahasına o derece girmiş olan kimselerdir ki, halk bunlar hakkında haber almak hususunda sadece tecessüse veya heyecan duyma zevkine dayanmayan meşru bir menfaate sahiptir. Uğraşarak veya istemi-yerek, geçici veya devamlı, şanlı veya hazin bir surette şöhret sa-

(105) Yani basına.

(106) Bk. Grossen, sh. 85a-86a; Bourquin, sh. 206.

(107) Bk. Grossen, sh. 87a.

(108) NJW, 10 (1957), sh. 1315.

hibi olunabilir. Her gün gazetelerin birinci sayfalarıyla sinemalar-daki kısa haberler Nobel ödülünü kazananlar, katiller, tanınmış sporcular, prensesler, sosyete skandallerinin kahramanları, sinema yıldızları, milyonerler gibi çeşitli meşhurlar tarafından işgal edilmektedir. Şöhretin özel hayattan bahsedilmesini gerektirmesi için halen devam etmekte olması lâzımdır; bir kimsenin vaktiyle meşhur olması, onun özel hayatının anlatılması için bir mazeret teşkil etmez (109). Bundan başka, meşhur şahısların özel hayatlarına ait olayların anlatılması, ancak bu olaylar şöhretlerinin sebebini teşkil eden faaliyetle münasebettar bulunduğu veya şahsın anlaşılması için zaruri olduğu nisbette caizdir (110). Bu ölçüyü aşan açıklamalar, şahsın rızası alınmadan yapılmışlarsa, şahsiyetin hukuka aykırı bir ihlâli vasfını taşırlar. Eğer meşhur bir kimse, uzun zaman protesto etmeden, reklâm olsun diye özel hayatının teşhirine göz yummuşsa, sonra birden alıngan bir tutum takınarak bundan şikâyet edemez (111). Rıza zımnî de olabilir (112). Meselâ gazete fotoğrafçıları karşısında onların resmini çekmesini protesto edeceği yerde elverişli bir poz almakta veya gazeteci sıfatını saklamayan bir kimsenin özel hayatla ilgili sorularına hiçbir ihtirazî kayıta bulunmaksızın cevap vermekte böyle zımnî bir rızanın mevcudiyeti kabul edilebilir. Bazı müelliflere göre (113), bir gazetecinin mülâkat yapmasında hakiki bir akit mahiyeti görülebilir; kendisiyle mülâkat yapılan, sözlerinin yayınlanmasına rıza gösterir; mülâkatı yapan da suallerine verilen cevapların mânasını tahrif etmemek taahhüdü altına girer.

Meşhur bir şahsa ait herhangi bir hususun açıklanması, bu açıklamayla güdülen gaye nazara alınarak hukuka aykırı sayılabilir. Meselâ bir sinema yıldızının muayyen bir marka motosikletle stüdyoya gittiği veya muayyen bir marka sigara içtiği gibi haberler verilerek onun ismi rızası olmaksızın reklâm gayesiyle kullanılamaz. Siyasî şahsiyetler için olduğu kadar zamanın diğer meşhur kimseleri için de özel hayatlarına ait şu veya bu hususun açıklanmasında

(109) Grossen, sh. 87a.

(110) Grossen, sh. 87a.

(111) NJW, 11 (1968), sh. 459.

(112) Bk. Grossen, sh. 95a.

(113) Ezcümle Grossen, sh. 96a; René Savatier: Le droit de l'art et des lettres, Paris 1953, sh. 163, no. 221.

sosyal bir fayda bulunup bulunmadığına, yapılan yayından doğan ihlâlin ağırlığıyla bu yayından hasıl olacak fayda arasında bir nisbetsizlik olup olmadığına bakılmalı ve buna göre ihlâlin hukuka aykırılığı hususunda karar verilmelidir (114).

VIII — Netice, İsviçre hukukuyla mukayese :

Şimdi bu derste üzerinde durduğum konunun Türk hukukunda bugün arzettiği durum hakkında vardığım neticeleri, İsviçre hukukuyla küçük bir mukayese yaparak belirtmeğe çalışacağım :

1. Tekniğin gittikçe ilerlemesi, iktisadî alanda ferдин karşısına kuvvetli birliklerin çıkması ve yeni mücadele usullerinin kendini göstermesi, siyasî mücadelelerin zaman zaman dürüst sayılmayacak şekillerde cereyan etmesi, halkın dedikodu merakına hitap eden bir basın gittikçe yayılması gibi haller karşısında, şahsiyetin ve hassaten özel hayatın hukuken daha tesirli bir şekilde korunması zarureti ortaya çıkmaktadır. Böyle bir zaruret Medenî Kanununu iktibas ettiğimiz İsviçre'de Hukukçular Derneğinin 1960 ekiminde yaptığı toplantıda da ifade edilmiştir (115).

Memleketimizde şahsiyetin özel hukuk müeyyideleriyle korunmasına dair *kanun hükümleri* bir bakımdan İsviçre'ye nazaran daha mütekâmil bir görünüş arz etmektedir. Fikir ve San'at Eserleri Kanununun eser sahibinin manevî varlıkları ve resim ve mektupların korunmasıyla ilgili maddeleri, bu konularda İsviçre'de olduğundan daha şümüllü bir kanunî korunma bahşetmektedirler. Diğer taraftan, İsviçre'de cevap hakkı henüz kanunen tanınmış olmayıp, tecaüzün men'i dâvası hakkındaki kanun hükümlerinin zorlayıcı tefsiri suretiyle dolambaçlı yoldan cevap hakkına mesnet bulmağa çalışılmaktadır (116).

Buna karşılık, memleketimizde tatbikatta, şahsiyetin özel hukuk müeyyideleriyle korunması, cezaî müeyyidelerle korumaya nazaran ikinci plânda kalmaktadır. Bu itibarla, dersimde özel hu-

(114) Bk. Grossen, sh. 88a.

(115) ZSR, N. F. 79 (1960), sh. 660a-661a.

(116) Bk. Jäggi, sh. 254a-257a, sh. 216a, no. 6.

kuk himayesinin de pratik önemi olduğunu göstermeğe çalıştım (117).

Türk hukukunda dikkati çeken bir husus da, şahsiyetin özel hukuk yoluyla korunmasında *mahkeme içtihadlarının* İsviçre'ye nisbetle *kâfi derecede inkişaf göstermemesi*, Türk mahkemelerinin MK. md. 24 ve BK. md. 49 un bahsettiği hukuk yaratma yetkisinden faydalanmak hususunda çekingen davranmalarıdır. Şu kadar ki, bu konudaki içtihadların kısırlığı biraz da, avukatların ve şahsiyeti ihlâl olunanların yeni içtihadlara yol açacak dâvaları mahkemelerin önüne getirmek hususundaki hareketsizliklerinden ileri gelmektedir. Bu bakımdan, dersimde, özel hayatın şeref ve haysiyetten ayrı olarak korunmağa değer olduğunu ve bu korumanın sınırlarını bilhassa belirtmeğe itina gösterdim (118).

Haksız rekabet sahasındaki İsviçre mahkeme içtihadlarının tedvin edilmiş şekli olan 30 Eylül 1943 tarihli Haksız Rekabete dair Federal Kanun hükümlerinin yeni Ticaret Kanunumuza hemen hemen aynen geçirildiğine daha evvel işaret etmiştim. Şunu da ilâve edeyim ki, İsviçre'de kabul edilmek cesareti gösterilmeyen yeni bir müeyyideye, haksız rekabetten elde edilen kârın iadesi müeyyidesine Ticaret Kanunumuzda (md. 58 (e) bendinden sonraki cümlede) yer verilmiştir (119). Buna karşılık, iktisadî şahsiyetin korunmasının diğer yönleri, meselâ boykot konusundaki mahkeme içtihadları İsviçre'de çok gelişmiş olmakla beraber (120), henüz tedvin edilmemiştir. Türk mahkemeleri de bu sahada yeni yeni çıkmağa başlayan anlaşmazlıkları İsviçre içtihadlarından ilham alarak hukuk yaratma yoluyla halledebilirler.

2. İsviçre Hukukçular Derneğinin yukarıda bahsettiğim toplantısında, yalnız şahsiyetin özel hukuk vasıtalarıyla daha kuvvetle korunması eğilimi tasvip olunmakla kalmamıştır. Ayrıca, teknik

(117) Bk. yukarıda VI.

(118) Bk. yukarıda VII.

(119) Bu konuda tafsilât için bk. «Vekâletsiz iş görme» (Ankara 1957) adlı kitabım, sh. 2-4, 192-206.

(120) Tafsilât için bk. Emile Thilo : Boycott, FJS, no. 1008-1008a; JdT, 1948, sh. 98-108; Roger Secrétan : Nouvelles tendances du Tribunal fédéral en matière de boycott, JdT, 1957, sh. 194-201; Un arrêt fondamental sur le boycott, JdT, 1961, sh. 162-164.

medeniyet ve kütlelerin cemiyeti içinde şahsiyetin mâruz olduğu tehlike karşısında Anayasanın temel hakları vasıtasıyla sağlanacak korumanın şiddetle artan bir önem kazandığı ve polis hukuku ve usul hukukuyla sağlanacak korumanın da daha tesirli bir hale getirilmesi gerektiği kanaati açıklanmıştır (121).

Yeni Anayasamızda, şahsiyetin korunması konusunda İsviçre'ye nazaran daha etraflı ve ileri hükümler bulunmaktadır. Buna karşılık, polis hukuku ve usul hukuku bizde de daha tesirli bir korumayı sağlayacak hükümlerle tamamlanmağa muhtaç görünmektedir.

(121) Bk. ZSR, N. F. 79 (1960), sh. 660a-661a.