

**Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik  
Hakkına Saldırının Sonuçları**  
(1982 - 1983 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni)

Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER  
Dic. Ü. Hukuk Fakültesi  
Dekani

**I — G İ R İ Ş :**

Hukuk, toplumsal yaşamı düzenleyen Devlet yaptırımına bağlanmış kurallar bütünüdür. Kişiler arasındaki ilişkiler ve davranışlar ne denli çok olursa olsun, hukuk bunlarla «ilgilenmek, bunları nitelendirmek ve gerektiğinde belirli bir sonuca, bir çözüme bağlamak» işlevine sahiptir. Olay ve sorunları sağlıklı ve elverişli çözümlere bağlayabilmek için, hukuk, toplum yaşamındaki gelişme ve değişiklikleri de yakından izlemek zorundadır. Gerçekten de hukuk, toplumun her kesimindeki gelişme ve değişikliklerle yakından ilgilenmekte, bu gelişme ve değişiklikler karşısında boyut değiştiren ilişkileri yeni koşullara göre düzenlemektedir.

Bilim ve teknolojinin ilerlemesi, yeni buluş ve yöntemlerin ortaya çıkması, toplumun her kesimini az - çok etkilemektedir. Son zamanlarda bilimsel ve teknik gelişmelerden gözle görülür derecede etkilenen alanlardan birisi de «Tıp»dır. Yeni tedavi yöntemlerinin bulunması, tedavide kullanılan araç ve gereçlerin gün geçtikçe geliştirilmesi ve yenilerinin ortaya çıkarılması, insan sağlığını koruma çabalarıyla deneylerin yoğunlaştırılması, yeni birtakım tartışma ve sorunlara yolaçmaktadır. Geçirdiğimiz çok kısa bir zaman diliminde ortaya çıkan organ aktarma, doğum kontrolü, sun'i ilka, tüp bebek gibi sorunlar toplum içinde ve hukuk alanında tartışmalara yolaçmaktadır. Hukuk, bu gibi olayları, hukuki açıdan değerlendirecek, somut hukuki sonuçlara bağlama amacını taşımakta, hukukçular da bu amaca yönelik görüş ve çabalarını fikir düzeyinde çarpıştırarak en doğruyu bulmaya çalışmaktadırlar.

Bu incelememizde, Tıp alanında ortaya çıkan yenilikler çerçevesinde yürütülen tedavi ve tıbbi müdahaleleri, kişilik hakkının korunması açısından ele alarak, bunların hukuki sonuçlarını ortaya koymaya çalışacağız.

## II — KİŞİLİK HAKKI VE KİŞİLİĞİN KORUNMASI

### A — GENEL OLARAK KİŞİLİK HAKKI :

#### 1 — Kavram :

Kişilik hakkını, «Kişinin kişisel değerlerinin tümü üzerinde geçerli olan ve herkese karşı ileri sürülebilen tekелci bir haktır» biçiminde tanımlayabiliriz.

Kişilik hakkı, kişinin kişisel değerlerinin tümü üzerinde geçerli olan bir haktır. Bu hakkın konusuna, tüm kişisel değerler girdiği için, kişilik hakkına özgü nitelik ve hukuki sonuçlar, onun konusuna giren kişisel değerlerin herbiri yönünden de geçerlidir.

Kişilik hakkı, kişiye ait tekелci ve yasaklayıcı (Ausschlussrecht) bir haktır. Buradaki yasaklayıcı hak (Ausschlussrecht) deyimini «mutlak hak» deyimiyile eş anlamlı olarak kullanılmıştır (1).

Bu tekелci ve yasaklayıcı niteliği gereği, kişilik hakkı sahib, kişise ldeğerleri üzerinde başkalarının etkilerinden bağımsız ve özgür bir egemenlik hakkına (Herrschaftsrecht) ve bu hakka saygı gösterilmesini, kişise ldeğerlerine dokunulmamasını herkesten isteme yetkisine sahiptir (2).

#### 2 — Kişilik Hakkının Konusu :

Kişilik hakkının konusunu, bu hakkın üzerinde geçerli olduğu kişisel değerlerin tümü oluşturur. Bu tüm «Kişilik alanı» (Persönlichkeitssphäre) ya da «kişilik çevresi» (Persönlichkeitsbereich) deyimiyile de anılır (3).

(1) Bu konuda bk. ZEVKLİLER, Aydın, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, Ankara 1981, sh. 263-264, ayrıca bk. JAGGI, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR, 79, II, sh. 173 a- 261 a.

(2) JAGGI, 167 a; TANDOĞAN, Haluk, Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, AHFM, C. XX, 1963, s. 1-4, sh. 12; AKİPEK, Jale, Türk Medeni Hukuku, Şahsın Hukuku, Ankara 1961, sh. 105.

(3) JAGGI, 164 a.

Kişisel değerleri karşılamak üzere Medeni Kanununun 24 ve Borçlar Kanununun 49. maddesinde «şahsi menfaatler» deyimini kullanılmıştır. Aynı deyim, İsviçre Medeni Kanununun Fransızca metninde de (intérêts personnels) kullanılmıştır. Buna karşılık İsviçre Medeni Kanununun Almanca metninde, «kişisel ilişkiler» (Persönliche Verhältnisse) deyimini kullanılmıştır (ZGB 28; OR. 49). Medeni Kanunla Borçlar Kanununda kullanılmış bulunan «kişisel çıkarlar» (şahsi menfaatler) deyimini doğru seçilmemiştir, çünkü kişilik hakkının konusunu oluşturan, kişisel değerlerdir, yoksa o değerlere yönelik ilgi (çıkar) değildir (4).

Kanımızca ÖZSUNAY'ın yaptığı gibi (5) «Kişisel değerler» (Persönliche Werte) deyimini kullanmak daha uygun olur. Kişilik hakkının konusu içine manevî bazı değerler de girer. Bunlara, «değer» deyimini, «varlık» deyiminden daha uygun düşmektedir (6).

O halde, kişilik hakkının konusunu, hukuk düzenince korunan kişisel değerlerin tümü oluşturur diyebiliriz (7).

Kişilik hakkının konusunu oluşturan kişisel değerler çok çeşitlidir. Bunları kesinkes sınırlama olanağı yoktur. Teknik yaşamın gelişmesi ve değişimi sonucu, daha önce var olmayan yeni kişisel değerler doğabilir. Bunu belirlemek, yargıca düşen bir ödevdir (8).

Fakat gerek öğretide, gerekse yargı kararlarında, kişilik hakkının konusuna girdiği belirtilen değerleri göz önünde tutarak, kişisel değerleri, a— Maddi bedensel değerler; b— Manevî değerler; c— Mesleki ve ekonomik değerler olarak üçe ayırabiliriz. Bu üç ayrı değer kategorisini kısaca ele alarak, bunlardan herbirine ne gibi değerlerin girmekte olduğunu belirtmekte yarar vardır.

#### a — M a d d i B e d e n s e l D e ğ e r l e r :

Kişilik hakkının konusuna giren maddi bedensel değerler, insanın sağlıklı ve eksiksiz bir bedensel varlığa sahip olmasını ve bunu sürdürmesini sağlayan **yaşam. beden tümlüğü ve sağlık** gibi değerlerdir.

(4) SPECKER, Karl, Die Persönlichkeitsrechte, Aarau 1911, sh. 38-39; TANDOĞAN, 6-7.

(5) ÖZSUNAY, Ergun, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul, 1979, sh. 97 vd.

(6) TRACHSLER ise, «değer ya da varlık» (Wert oder Gut) biçimindeki ifadeyle her iki deyimden de kullanılabileceğini kabule eğilimlidir bk. TRACHSLER, Walter, Rechtliche Fragen bei der fotografischen Aufnahme, Zürich 1975, sh. 86.

(7) JAGGI, 165 a.

(8) EGGER/ÇERNİS, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Giriş ve Kişinin Hukuku, 2. bası, Ankara 1947 sh. 254 vd; 270-271; JAĞGI, 139 a; TANDOĞAN, 14 vd; KARAHASAN, M.R., Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 1981, sh. 1164.

aa) Yaşam :

Yaşam, kişinin maddi bedensel değerlerinin en önemlisidir. Her kişi yaşamını sürdürme konusunda hak sahibidir. Başkaları onun yaşamını sona erdirmeye hakkına sahip olmadığı gibi, kişi kendisi de yaşamından vazgeçemez ve öldürülmesine razı olamaz. Bu netiliğiyle yaşama hakkı, kişilik hakkının yaşam üzerindeki bir yansımasıdır (9). Medenî Kanunun, kişiliğin korunmasına ilişkin düzenlemesi yaşam hakkı yönünden de geçerlidir (MK. 23, 24).

Medenî Kanun 23. ve 24. maddelerinde, gerek kişinin kendi işlemleriyle, gerek dıştan yönelen saldırılarla yaşam hakkına zarar verilmesini önleyici düzenlemeler getirmiştir. Gerek kişinin kendi rızasıyla, gerekse rızası olmadan yaşamına son verilemez. Bu yasağa uymama sonucunda, Medenî Kanunun 24. maddesi gereğince gerekli davalar açılarak koruma yollarına başvurulabilir. Ayrıca Borçlar Kanununun 45. ve 47. maddelerinde de, yaşama son verici eylemlerin önceden verme biçimindeki yaptırımını düzenlenmiştir.

bb) Beden Tümlüğü :

aaa — Genel Olarak :

Beden tümlüğü de, kişilik hakkının konusuna giren maddi bedensel değerler arasında yer alır. Kişi, bedenini oluşturan organları, kemikleri, dokuları, en küçük parçaları üzerinde bile kişilik hakkına sahiptir (10).

Kişinin bedenini oluşturan küçük bir parçacığın yok edilmesi, koparılıp alınması ya da zarara uğratılması, o kişinin yaşamını sona erdirici nitelikte olmasa bile, onaylanabilen bir davranış değildir. Hiç kimse, «nasıl olsa böyle bir parçacık kişiye gerekli değildir, ya da alınması ona zarar vermez» gerekçesiyle onun beden tümlüğünü zarara uğratamaz. Çünkü beden, tüm parçacıklarıyla birlikte bir bütün oluşturur ve kişilik hakkı bu tüm üzerinde geçerlidir. Ayrıca kişinin beden tümlüğü ve sağlığı üzerindeki hakkı, anayasal bir temel haktır. 1982 Anayasasının 17/II. maddesine göre, «Tıbbi

(9) EGGER/ÇERNIS, 279; REGAMEY, Marcel, La protection de la personnalité en droit civil, Lausanne 1929, sh. 21; KÖPRÜLÜ, Bülent Medeni Hukuk - Genel Prensipler - Kişinin Hukuku, İstanbul 1979, sh. 260; ÖZSUNAY, 99, SPECKER, 45.

(10) KÖPRÜLÜ 260; GRIOT, Gubert, Das Recht am eigenen Körper, Sarnen 1921, sh. 15.

zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz». Bu nedenle bir kişinin beden tümlüğüne karşı girişilecek eylemler, önemli sakıncalar doğurucu nitelikte olmasa da, onaylanamaz ve bu gibi davranışlara karşı kişi korunur.

Örneğin kişinin izni olmadığı halde, laboratuarda incelenmek üzere bacağından küçük bir et parçacığı alınması; saçlarının tümüyle ya da biçimini önemli ölçüde değiştirerek kesilmesi, kişilik hakkına saldırı olarak kabul edilir (11). Yalnızca bedenden parça alınması değil, bedenün herhangi bir yerinin yaralanması, işlemeze hale getirilmesi de beden tümlüğüne saldırı niteliğindedir (12), yapılan saldırının biçimi, hangi araçla yapıldığı ve şiddeti önemli değildir. Her durumda saldırıda bulunana karşı beden tümlüğü korunur (13). İnsan bedeni doğal yaradılış gereği taşıdığı tümlüğüyle kişilik hakkının konusunu oluşturur.

Bedenden herhangi bir nedenle ayrılmış bulunan parçalar, örneğin özürlü olduğu için ameliyatla alınan organ ve parçalar, ya da kesilen saçlar, artık bedenden ayrılmıştır ve beden tümlüğüne girmez.

Bu nedenle bunlar kişisel değerün kapsamına girmez ve ekonomik değer taşıyorsa, belki bir eşya niteliğinde sayılır —saç gibi— ve eşyaya verilen zarar kapsamında korunur. Üstelik bu, yalnızca asıl bedenün sahibi elinde olduğu durumlarda değil, başkalarının mülkiyetine geçmiş olduğu durumlarda da onların eşyası olarak korunur (14).

Buna karşılık bedene sonradan eklenen yapay organ ve parçacıklara yapılan saldırının, beden tümlüğüne yönelip yönelmediğini belirleyebilmek için, bunların bedenle olan bağlantısının sürekli olup olmadığına bakmak gerekir.

(11) EGGER/ÇERNİS 280; GRIOT, 37; KÖPRÜLÜ, 266; TD. 23.3.1970, E. 4661, K. 1183, «Davaların kalfası tarafından davacının saçları için gereken özen gösterilmeyerek kırılıp dökülmesine ve cansızlaşmasına sebebiyet verilmesi, manevi tazminatı gerektirir» (KARAHASAN, 1357 - 1358).

(12) GRIOT, 37 vd; NOLL, Peter, Übergesetzliche Rechtsfertigungsgründe, im besondern die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955, 81 vd.

(13) GRIOT, 44 - 45.

(14) GRIOT, 46 - 47.

Bu gibi yapay parçalar, bedene organik biçimde bağlanmışsa (örneğin plâstik ameliyatla eklenen burun, kulak gibi), ya da artık bedeninin ayrılmaz bir parçası durumuna girmişse (kemiğe çakılan plâtin çivi; kafatasına yamayan aliminyum plâka; diş dolgusu; kafaya ekilen saç gibi), bunlara yapılan saldırı, beden tümlüğüne yapılmış sayılır. Buna karşılık, yapay parçalar her an bedenden ayrılıp, yeniden takılabilecek bağımsız bir özelliğe sahipse (peruk; takma diş gibi), artık bunları eşya saymak ve eşya olarak korumak gerekir (15).

Beden tümlüğüne yapılan ve önemli zararlar doğurmayacak girişim ve saldırılar, kişinin izni dışında yapılmışsa, kişilik hakkına saldırı niteliğindedir. Buna karşılık, tehlikeli sonuçlar ve önemli zararlar doğurmayacak nitelikteki bu gibi girişimlere, kişi kendisi izin vermişse, artık bu izin yapılan girişimin hukuka aykırılığını ortadan kaldırır, dolayısıyla beden tümlüğüne karşı girişimlerde bulunan kişiye karşı, kişiliğin korunması yollarına başvurulamaz. Fakat kişinin bu gibi girişimlere izin vermek üzere yaptığı sözleşmelerin, hukuka ve ahlâka aykırı olmaması gerekir. Medenî Kanununun 23. maddesinin ikinci fıkrası ve Borçlar Kanununun 19. maddesinin ikinci fıkrası da bu gereği vurgulamaktadır. Zaten tehlikeli sonuçlar ve önemli zararlar doğurmaya elverişli olan girişimler, genellikle hukuka ve ahlâka aykırı niteliktedir (16).

Beden tümlüğüne karşı kişinin izniyle ve daha çok kişiye yararlı olmak üzere yapılan, kişinin yaşamını ve sağlığını kurtarma amacına yönelik tehlikeli sonuçlar doğurmayacak girişimlere karşı koruma yollarına başvurulamaz.

#### bbb — Ceset (Cansız Beden) in Hukuksal Durumu :

Kişilik ölümle sona erer. Kişi sağken beden tümlüğü üzerinde geçerli olan kişilik hakkı da, ölümle sona erer. Bu durumda kişinin ceseti üzerinde bir kişilik hakkı olduğu da söylenemez (17). Ceset, cansız duruma giren bedendir. Cansız duruma girse de cesete olağan bir eşya gibi bakılması olanağı yoktur. Çünkü eşyalar, insanlar tarafından üzerlerinde egemenlik kurulabilen ve ekonomik değeri bulu-

(15) GRIOT, 20, 48; KÖPRÜLÜ, 265.

(16) Bu konuda bk. ÖZSUNAY, 100 - 101.

(17) Ceset üzerinde de kişilik hakkının sürdüğüne ilişkin eski görüş için bk. von TOBEL, Walter, Das Recht am toten Körper unter besonderer Berücksichtigung der Leichensektion, Zürich 1946, 17.

nan maddi varlıklardır (18). Oysa ceset bu nitelikte değildir. Ceset üzerinde egemenlik kurulamadığı gibi, kural olarak cesetin ekonomik bir değeri de yoktur ve ceset hukuki işlemlerin konusu yapılmaz (19). Bu yasak, cesetin kamu düzenini ilgilendirmesi ve ceset üzerinde ölen kişinin yakınlarının hak sahibi olmasından kaynaklanır (20). Kamu düzenini ilgilendirmesi nedeniyle ceseti, Ceza Kanunu da «Mezara ve ölüye karşı yapılan tecavüzler»i cezalandırarak korumaktadır (md. 178). Ölenin yakınlarının ceset üzerindeki hakkı bir mülkiyet hakkı değildir. Bu hakkın, öleninin yakınlarının kişilik haklarına girdiği belirtilmiştir (21). Kanımızca bu görüş, kişilik hakkının tanımıyla bağdaşmaz. Çünkü kişilik hakkı, kişinin kendi kişisel değerleri üzerinde geçerli olan hakkıdır. Ceseti, ölen kişinin yakınlarının kişisel değerleri içinde sayma olanağı yoktur. Ölenin yakınlarının ceset üzerindeki haklarını, kendine özgü bir mutlak hak sayan görüş (22), kanımızca daha doğrudur.

Ölenin cesedi tümlüğünü korumuyorsa, örneğin yakılarak küle dönüştürülmüş ya da bir kaza sonucu aşırı parçalara ayrılmışsa, bu durumda da geri kalan kül ve parçalar üzerinde ölenin yakınlarının aynı biçimde mutlak hakları olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü ölenin anısına duyulan saygı ve verilen değer bunu gerektirir (23). Zaten yakınlarının, ölüyü defnetme ve saklama —mumyalama, küle dönüştürme gibi— konusunda da hakları vardır (24). Ceset üzerinde hak sahibi olan yakınlar kavramını, yalnızca mirastaki sıralarına göre, ölenin mirasçıları olarak anlamamak gerekir.

(18) AKİPEK, J., Türk Eşya Hukuku, 1. Kitap, Zilyetlik ve Tapu Sicili, Ankara 1972, sh. 32; GÜRSOY/EREN/CANSEL, Türk Eşya Hukuku Ankara 1978, sh. 20 vd; ESENER, Turhan, Eşya Hukuku, Ankara 1973, 2; von TOBEL, 15.

(19) AYİTER, Organtransplantation, als privatrechtliches Problem, AHFM, 1975, C. XXXII, 181 - 182.

(20) KÖPRÜLÜ, 267; ÖZSUNAY, 211.

(21) ÖZSUNAY, 211; AKİPEK, 3; ATAAY, 129 - 130; Eski görüşler, ölenin bedeni üzerindeki kişilik hakkının, yakınlarına geçtiği ve yakınların ceset üzerindeki bu hakkı, ölenin adına kullandığını, nasıl ki cenin kişilik kazanmadan korunuyorsa — geçmişe yürürlü olarak — ölen kişinin hakkının da ölümden sonra korunduğu doğrultusunda, bk. von TOBEL, 17, 19; GRIOT, 24 vd; ayrıca bk. 4. HD. 10.3.1977, E. 3455, K. 2751, «Bir cesetten gözün alınıp, insancıl amaçlarla da olsa bir kimseye takılması ölenin mirasçı ve yakınlarının kişilik haklarını ihlâl ettiğinden operasyonu yapanlar hakkında açılan manevi tazminat davasında tazminata hükmedilmesi gerekir» KARAHASAN, 1343 - 1345).

(22) AYİTER, Şahsiyet Hakkı Açısından Organ Nakli, AHFM, 1968, C.XXV, s. 1-2, sh. 137-144 143; ayrıca bu hakkın, saygı ve duygu temeline dayandığı hk. bk. BGE 91 II 221 vd.

(23) Karşıt görüş için bk. JOACHIM/KORN, Deutsches Arzterecht, Berlin 1911, sh. 108.

(24) Von TOBEL, 21, 29.

Buna göre ölüye çok uzak bulunan, hatta mirasçı olamayacak kişileri de, ona olan yakınlığı ve ilişkisine göre yakın kavramı içine sokma olasılığı vardır. Bu yakınlar içine, en başta ölenin eşinin ve çocuklarının sokulması gerekir (25). Bunlar yaşamıyorsa, ölenin ana, baba ve kardeşlerini yakın kavramı içinde ele almak gerekir (26). Aslında kanımızca, eş ve çocukları yaşasa bile, ölenin ana, baba ve kardeşlerini de onlarla birlikte «yakın» kavramı içinde ele almak gerekir.

Cesetin hukuki işlemlerin konusu yapılıp yapılamıyacağı sorununa gelince, bu konuda öncelikle yapılacak işlemin amacına bakmak gerekir. Eğer ceset üzerinde belirli tasarruf ve girişimlerde bulunmak üzere yapılan işlem hukuka ve ahlâka aykırı amaçlarla yapılmışsa, özellikle parasal sonuçlar sağlamaya yönelikse, bu gibi işlemleri geçersiz saymak gerekir. Buna karşılık, bilimsel amaçlarla ve üzerinde bazı denemeler yapılmak, tıp alanında eğitilenlere gösterilmek üzere ya da başkalarının tedavisinde kullanılarak yaşamlarının kurtarılması amacıyla ceset üzerinde yapılan işlemleri geçerli saymak gerekir (27).

Bu gibi işlemleri, kişi ölümünden önce ölüme bağlı bir tasarrufla yapabilir (2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hk. Kanun md. 14/I). Bu durumda artık onun bu isteği geçerli olur ve ölümünden sonra yakınları onun bu isteğine aykırı işlemlere girişemezler (28).

Kişi ölümünden önce böyle bir işlem yapmamışsa, onun yakınları ölümünden sonra, hukuka ve ahlâka aykırı olmamak koşuluyla, bilimsel ya da tedavi amaçlarıyla, ölenin ceseti üzerinde deneyim ve girişimlerde bulunulmasına izin verebilirler (2238 sayılı K. md. 14/I). Ancak bunun için yakınların, aralarında anlaşmış ol-

(25) HOCH, H., Fortwirken des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, nach dem Tode, Köln 1975, sh. 210 vd; AYİTER (Şahsiyet), 143; HINDERLING, H., Nochmals zur Frage der Zulassung von Organübertragungen, SJZ, 65, 169, sh. 235; MÜLLER, Recht auf Leben, persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation, ZSR, 1970, 90, sh. 471; von TOBEL, 29.

(26) ÖZSUNAY, 212.

(27) KÖPRÜLÜ, 267; AYİTER (Şahsiyet), 143; ATAAY, Aytekin, Şahıslar Hukuku, Birinci Yarım, Giriş, Hakiki Şahıslar, İstanbul 1978, 130; GÜNER, Ş. Hukuksal Yönden Organ Aktarması ve Konuya İlişkin Yargıtay Görüşü, AD., 1975, s. 5-6, sh. 587 vd.

(28) AYİTER (Şahsiyet), 143; KÖPRÜLÜ, 267; GIESEN, Dieter, Die zivilrechtliche Haftung des Arztes bei neuen Behandlungsmethoden und Experimenten, Bielefeld 1976, sh. 32; MÜLLER, Recht auf Leben, Persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation, ZSR, 1970, 90, sh. 468, 470; BGE 45 I 132; AKİPEK, 17; von TOBEL, 30; TRACHSLER, 67.



maları gerekir. Kanımızca bu konuda yakınların oybirliğiyle anlaşmaları zorunludur (29). Yakınlardan biri, ceset üzerindeki girişimlere razı olmazsa, onun ceset üzerindeki mutlak hakkına saygı duymak ve artık girişimlere izin vermemek gerekir.

Ayrıca 2238 sayılı Kanununun 2594 sayılı kanunla değiştirilen 14/IV. maddesine göre, yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ve adli kovuşturma ile de ilgili olmayan cesetler, aksine bir vasiyet yoksa altı aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yüksek öğretim kurumlarına verilebilirler.

#### cc — Sağlık :

Kişinin sağlığı da kişisel değerleri içinde yer alır. Sağlıkla, beden tümlüğü arasında fark vardır. Beden tümlüğü kişinin yaradılıştan sahip olduğu doğal ve organik tümlüktür. Oysa sağlık, bu tümlüğe, organizmanın düzenli işleyişine ilişkin bir kavramdır (30).

Sağlık kavramı içine, bedensel sağlık yanında ruhsal sağlık ta girer.

Buna göre, bir kişinin bedensel sağlığını bozucu ve tehlikeye düşürücü girişimlerde bulunulamaz. Örneğin, kişi sağlığa aykırı bir yerde zorla tutulamaz ve üzerinde sağlık bozucu deneyim ve girişimlerde bulunulamaz (31).

Aynı biçimde ruhsal sağlığı bozucu eylemler de kişilik hakkına saldırı niteliğindedir. Bir kişiye manevi acı çektirmek, manevi işkence yapmak, sürekli psikolojik baskı ve tehdit altında tutmak, ruhsal yapısında bozukluklara ve sarsıntılara yol açmak, kişilik hakkını zedeleyici niteliktedir (32).

#### b — Manevi Değerler :

Manevi kişisel değerler, adından da anlaşılacağı gibi, maddi varlığı olan değerler değildir. Bunlar, daha çok kişinin dış yaşamla, toplumla olan ilişkilerinden kaynaklanan ve kişiye, kişi olması ne-

(29) AKİPEK, 17; SAYMEN, Ferit Hakkı, Türk Medenî Hukuku, C. II, Şahsın Hukuku, İstanbul 1948, sh. 35; VELİDEDEOĞLU, H. V., Türk Medenî Hukuku, C. I, 2. cüz, Şahsın Hukuku, 6. bası, İstanbul 1963, sh. 144; Çoğunluk oyunu yeterli gören görüş için bk. KÖPRÜLÜ, 267.

(30) BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972, sh. 15 vd.

(31) NOLL, Peter, Übergesetzliche Rechtsfertigungsgründe im Besondern die Einwilligung des Verletzten, Basel 1955, sh. 104.

(32) EGGER, 280; ÖZSUNAY, 114.

deniyle tanınıp hukuk düzenince de korunan onur, saygınlık, giz çevresi, özgürlük, ad, resim gibi değerlerdir.

### c — Mesleki ve Ekonomik Değerler :

Mesleki ve ekonomik değerler de kişilik hakkının konusuna girer. Fakat bunların, maddi bedensel ve manevi değerlerden farkı, bunların, dolayısıyla parasal sonuçlar doğurmaya elverişli olmasıdır. Bu nedenle bu değerleri ayrı bir başlık altında toplamak gerekir. Mesleki ve ekonomik değerleri,

- aa) Ekonomik özgürlük ve varlık,
- bb) Mesleki onur ve saygınlık,
- cc) Mesleki ve ticari giz çevresi, olarak üçe ayırabiliriz.

## B — KİŞİLİĞİN KORUNMASI :

### 1 — Kişiliğin Korunması Gereği :

Yukarıda incelediğimiz ve kişilik hakkının konusuna giren maddi bedensel, manevi ve mesleki ve ekonomik değerlerin tümü, kişiliği oluşturur. Kişilik bir bütün olarak korunduğundan, kişiliği oluşturan değerlerin herbiri bu korunmadan yararlanır. Bu nedenle, kişisel değerlerden birine yapılan saldırı, kişiliğe yapılmış sayılır.

Kişi en başta insan olduğu için ve insanlık özelliği gereği varlığını ve bütünlüğünü sürdürebilmesi için korunur (33). Bu varlık ve bütünlüğün sürdürülebilmesi amacıyla, kişilik denilen tümü oluşturan kişisel değerlere yapılan saldırılar hukuk düzenince hoş karşılanmaz ve bu gibi saldırılara karşı gerek kamu hukuku, gerekse özel hukuk kökenli yaptırıma çarptırılır. Konumuz yönünden bu yasal düzenlemeler içinde yer alanların en önemlileri, Medeni Kanununun 23. ve 24. maddelerindeki düzenlemelerdir. Medeni Kanunumuz bu maddelerinde özel olarak kişiliğin korunmasını düzenleme gereğini duymuştur. Bu gereklilik değişik nedenlerden kaynaklanmaktadır.

(33) KÜNZLER, Fritz, Der Schutz der Persönlichkeit nach Art. 27 ZGB, Zürich 1951, sh. 20; JAGGI, 154 a; TANDOĞAN (Şahsiyet), 3.

Günümüzde ulaşılan teknik ilerleme ve buluşlar, insanların gizli ve özel alanlarına daha sık ve kolay sızabilmeyi sağlamaktadır (34). Bu durum karşısında kişiler her an kişilik alanlarına yapılacak bir saldırıyla karşı karşıya kalabilmektedirler. Öte yandan, toplumsal yaşamın kaçınılmaz bir gereği olarak kişiler bu saldırıların bazılarına belirli oranlarda katlanmak zorundadırlar. İşte toplumsal çıkarı kişilik hakkı arasında adil bir dengenin kurulabilmesi için, kişiliğin korunması yönünde somut düzenlemelerin yer alması zorunludur.

Teknik ilerleme ve buluşlar dışında, günümüzde ulaşılan ekonomik yaşamda büyük güçler durumuna gelen sendika, kartel gibi birliklerin bu güçlerine dayanarak kişilerin ekonomik varlık ve geleceği üzerinde önemli derecede etkili olmaları karşısında, karşılıklı çıkarlar arasında bir denge sağlayarak, kişileri bu gibi birliklerin haksız girişimlerine karşı koruma zorunluluğu doğmaktadır (35).

Özgürlükçü demokratik düzenin bir gereği olarak kişilere tanınmış bulunan girişim ve sözleşme özgürlüğü, kişilerin ekonomik varlıklarını geliştirebilmek için tanınmıştır (Anayasa 17/I; 48/D). Fakat yalnız bu özgürlüğün tanınmış olması yeterli değildir. Bu özgürlük, bazen kişinin kişilik hakkını ortadan kaldırmaya ya da aşırı sınırlayıcı yönde kullanılabilir. Bu nedenle kişiye özgürlük tanınırken, öte yandan bu özgürlüğün amacı dışında kullanılarak kişiye zarar vermesine karşı da koruma yolları getirilmektedir (36).

Sınırsız bir sözleşme özgürlüğü, kişinin bir takım özgürlüklerinin tümüyle yokolmasına yolaçabilir. Çünkü toplum içindeki kişiler arasında ekonomik, akılsal, bedensel varlık ve yetenekler yönünden farklar vardır. Bu ortamda, parasal, akılsal ve bedensel özellikler yönünden güçlü olanlar, güçsüzlere hep ağır basıp onları egemenlikleri altına alabilecek durumdadırlar (37). Örneğin aç olan bir kişinin, boğaz tokluğu karşılığında büyük kişisel değerlerinden vazgeçebilmesini sağlayan, parasal durumu iyi olan kişiye karşı korunması zorunludur. Bunun gibi akılsal yeteneği geri olan, düşüncesizce, zaafa kapılarak hareket eden ve bu nedenle başkalarının boyunduruğu altına girebilecek durumda olanların da, onları boyunduruk altına almak isteyenlere karşı korunması gerekir.

(34) RIKLIN, 202; TANDOĞAN (Şahsiyet), 1; ÖZSUNAY, 133.

(35) TANDOĞAN (Şahsiyet), 2; KARAHASAN (Sorumluluk), 1161-1162.

(36) JAGGI, 154a; KÜNZLER, 19-20; EGGER/ÇERNİS (Şahsın H.), 245.

(37) AKİPEK, 113; EGGER/ÇERNİS (Şahsın H.), 247; AYİTER (Şahsiyet), 139.

«Kişi sözleşme özgürlüğüne sahiptir, o halde kendi değerleri üzerinde dilediği işlemleri yapabilir, onun bu özgürlüğüne dokunulamaz» denilirse, sonuç, yukarıda da belirtildiği gibi, zayıfların özgürlüklerinin yok olması ve güçlülerin boyundurukları altına girmesi biçiminde oluşabilmektedir. İşte bu nedenle ve bu gibi durumlarda da kişiliğin korunması zorunluluk kazanmaktadır.

## 2 — Korumanın Çeşitleri :

Medeni Kanundaki Kişiliğin Korunmasına ilişkin düzenlemeler, 23. ve 24. maddelerde yer almaktadır. Borçlar Kanununun 49. maddesindeki düzenleme de, Medeni Kanunun 24. maddesindeki düzenlemeyi tamamlamaktadır.

Medeni Kanunun 23. maddesinde, şu düzenleme yer almaktadır :

«Kimse, medeni haklardan ve onları kullanmaktan kısmen olsun feragat edemez.

Kimse hürriyetini ferağ edemediği gibi kanuna veya âdabı umumiyyeye mugayir surette takyit dahi edemez.»

Borçlar Kanununun 49. maddesinde de şu düzenleme yer almaktadır :

«Şahsi menfaatlerinde haksız tecavüze uğrayan kimse, hâkimden tecavüzün men'ini talep edebilir. Maddî veya manevî tazminat namıyla muayyen bir meblâğ davası ancak kanunun tayin ettiği halde ikame olunur.»

Bu düzenlemelerden, 23. maddeyle sağlanan koruma çeşidine, eskiden, «kişiliğin, kişinin kendisine karşı korunması» ya da «kişiliğin iç (dahili) korunması»; 24. maddeyle sağlanan korunmaya da «kişiliğin, başkalarına karşı korunması» ya da «kişiliğin (dış harici) korunması» denilmekteydi (38). Fakat bu ayrım tutarlı değildir. Çünkü aşağıda göreceğimiz gibi, 23. maddeyle getirilen ve «kişiliğin, kişinin kendine karşı korunması» denilen durumda da, kişiliğe yönelen saldırılar, yine dışardan, yani başka kişilerden kaynaklanmaktadır. Ancak bu gibi saldırılara, kişi yaptığı hukuki işlemlerle razı olmaktadır. Kişiliğin, kişinin kendine karşı korunması demiyse, bu koruma çeşidini yansıtmaya elverişli değildir (39).

(38) ATAAY, 148; VELİDEDEOĞLU, 125 vd.; KÖPRÜLÜ 282.

(39) TANDOĞAN (Şahsiyet), 5-6; AKİPEK, 118; JAGGI, 199a; ÖZSUNAY, 151.

Bu nedenle 23. maddede düzenlenmiş olan korumaya, «Kişinin rızasına dayanılarak yapılan saldırılara karşı kişiliğin korunması»; 24. maddedeki korumayı da, «Kişinin rızası olmaksızın yapılan saldırılara karşı kişiliğin korunması» biçiminde adlandırılmalıdır (40).

### III — KİŞİNİN RIZASINA DAYANILARAK YAPILAN SALDIRILAR VE ÖZELLİKLE TEDAVİ AMAÇLI GİRİŞİMLERE KARŞI KİŞİLİĞİN KORUNMASI :

#### A — KİŞİNİN RIZASINA DAYANILARAK YAPILAN SALDIRILARA KARŞI KİŞİLİĞİN KORUNMASI :

##### 1 — K o r u m a n ı n K o n u s u .

##### a) K o r u n a n D e ğ e r l e r Y ö n ü n d e n :

Medenî Kanununun 23. maddesinde, «kimsenin medeni haklardan ve onları kullanmaktan kısmen olsun feragat edemeyeceği» belirtilir. Bu düzenlemeyi, «kimse hak ve eylem yeteneğinden tümüyle ya da kısmen de olsa feragat edemez» biçiminde anlamalıdır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında da, «kimsenin özgürlüklerini feragat edemeyeceği gibi, kanuna ve ahlâka aykırı olarak ta sınırlayamayacağı» yazılıdır. Bu fıkradaki kanun deyimini, «hukuk» biçiminde anlamak gerekir. Çünkü bir saldırının kişilik hakkına yöneldiğini belirlemede, yasada kural bulunmasa da yargıç örf ve âdete bakarak sonuca ulaşabilir (41).

Medenî Kanununun 23. maddesindeki düzenlemenin sözüne bağlı karararak yalnızca, kişinin rızasıyla **hak yeteneği, eylem yeteneği ve özgürlüklerine** yönelen saldırılara karşı korunacağı biçiminde sınırlayıcı bir yorum yapmak doğru olmaz. Bu düzenleme, kişilik hakkının kapsamına giren maddi bedensel, manevî, meslekî ve ekono-

(40) 23. maddedeki korumaya «Kişiliğin hukuki işlem sonucu olan saldırılara karşı korunması» ya da «kişiliğin sözleşmeye dayanan saldırılara karşı korunması» ya da «kişiliğin sözleşmeye dayanan saldırılara karşı korunması»; 24. maddedeki korumaya da «kişiliğin sözleşme dışı saldırılara karşı korunması» adı verilmektedir. Bk. ÖZSUNAY, 151; DURAL, Mustafa, Türk Medenî Kanununda Gerçek Kişiler, İstanbul 1977, sh. 148 - 150.

(41) TANDOĞAN (Şahsiyet), 14-21; EGGER/ÇERNİS (Şahsın H.), 252-254, 270-171; JAGGI, 139a.

mik değerlerin tümünü, yani bir tüm olarak kişilik hakkını korumaya yöneliktir (42). Zaten bir kişinin hak ve eylem yeteneğine sahip olmaması, onun kişi olarak varlık kazanamaması ve bu varlığı sürdürememesi demektir. Hak ve eylem yeteneği ve özgürlükler, kişinin salt kişi olması nedeniyle ona tanınan değerlerdir (43). Bu nedenle hak ve eylem yeteneğinden vazgeçememe ve özgürlükleri hukuka ve ahlâka aykırı biçimde sınırlıyamamayı, kişinin varlığını oluşturan tüm kişisel değerler yönünden geçerli saymalıdır. Dolayısıyla kişisel değerlerin —çeşidi ne olursa olsun— ortadan kalkması ya da aşırı sınırlanması sonucunu doğuran tüm işlemleri geçersiz saymak gerekir.

## b) Kişiliğe Yönelen Saldırıları

### Yönünden :

Kişinin rızasına dayanan ve kişilik değerlerine yönelen her saldırıya karşı, kişilik Medeni Kanununun 23. maddesine göre korunmaz. Başka bir deyimle kişinin, kişilik değerlerine saldırıda bulunulmasına rıza göstererek yaptığı her sözleşme geçersiz sayılmaz.

Maddeye göre geçersiz sayılması gereken sözleşmeler, kişilik hakkını tümüyle ortadan kaldırmaya ve bu yönde tehlikeye düşürmeye yönelik ya da kullanılmasını olanaksızlaştıracak yahut da aşırı derecede güçleştirecek olan sözleşmelerdir (44). Eğer kişisel değerlerle ilgili sözleşmeler böylesine ağır sonuçlar doğurmuyorsa, onların geçersiz oldukları ileri sürülemezdir. Buna göre, yasa, kişinin kişilik hakkını ortadan kaldırmıyan ve kullanılmasını aşırı derecede sınırlamıyan sözleşmeleri yapabileceğini kabul etmektedir. Bu kişilere tanınan **sözleşme özgürlüğünün** doğal bir sonucudur. Fakat bu özgürlük te sınırsız değildir. Kişilik hakkını ortadan kaldıracak sözleşmeler yönünden özgürlüğün kısıtlanması zorunludur (45). Bu gibi sözleşmeler, kişilik hakkından değil, onun kullanıl-

(42) BUCHER (Persönlichkeit), 91, 96; KÜNZLER, 36 vd.; EGGER/ÇERNİS (Şahsın H.), 251, 259; AKİPEK, 118, 121, 122.

(43) EGGER/ÇERNİS, 251; AKİPEK, 118 vd.; BUCHER, Eugen, Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte insbesondere die Persönlichkeitsrechte der Patienten als Schranken der ärztlichen Tätigkeit, Zürich 1956, sh. 96; KÜNZLER, Fritz, Der Schutz der Persönlichkeit nach Art. 27 ZGB, Zürich 1951, sh. 25.

(44) KÜNZLER, 30, 38; HOTZ, 36 vd.; ayrıca bk. AYİTER, Nusin, Organtransplantation als privatrechtliches Problem, AHFM, 1975, C. XXXII, s. 1 - 4, sh. 173 vd.

(45) AKİPEK, 121, AYİTER (Şahsiyet) 137; 140 vd.

masından, aşırı olmamak koşuluyla vazgeçmeyi amaçladığı sürece geçerlidir (46). Buna karşılık kişinin maddi bedensel, manevi, mesleki ve ekonomik değerlerini yoketmeye ya da kullanılmıyacak ölçüde aşırı biçimde sınırlamaya yönelik sözleşmeler geçersiz sayılır. (47).

Yasa, kişisel değerlerin ortadan kaldırılmamasını «feragat edememe» (verzichten) ve «feragat edememe» (entäussern) deyimleriyle; aşırı biçimde sınırlanamamasını da, «Kanuna ve âdabı umumiyeye mugayir surette takyit edememe» (in ihrem Gebrauch in einem das Recht oder die Sittlichkeit verletzenden grade nicht beschränken) deyimiyile belirtmiştir (MK. 23/I; ZGB 27/I).

Medeni Kanunumuzda «hürriyetlerin kanuna ve âdabı umumiyeye mugayir surette takyit edilmesi»nden söz edildiği halde, (md. 23/II), İsviçre Medeni Kanununda daha doğru olarak «bunların kullanılmasının hukuka ve ahlâka aykırı olarak sınırlanamayacağı»ndan söz edilmektedir.

Medeni Kanunun 23. maddesindeki düzenlemeyi somut biçimde sözleşmeler açısından özetlersek; «a) hiç kimse kişilik hakkından tümüyle vazgeçmesini ya da kişilik hakkının başkalarına devredilmesini gerektiren hukuki işlemler yapamaz, b) hiç kimse kişilik hakkının aşırı sınırlanması sonucunu doğuran hukuki işlemler yapamaz», diyebiliriz.

Kişilik hakkının sınırlanmasının aşırı olup olmadığını belirleme konusunda, Medeni Kanunun 23. maddesi bir ölçü göstermiştir. Buna göre, **hukuka ve ahlâka aykırı sınırlamalar ,aşırı niteliklidir** ve bu gibi sınırlamaları içeren sözleşmeler geçerli değildir.

### c) K o r u m a n ı n S o n u c u Y ö n ü n d e n .

Medeni Kanunun 23. maddesinde, kişilik haklarından tümüyle ya da bir bölümüyle vazgeçilemeyeceği gibi, bunların hukuka ve ahlâka aykırı biçimde sınırlanamıyacağı belirtilir. Fakat maddede, bu yasağa uyulmaması durumunda sonucun ne olacağı belirtilmez.

Bu yasağa uymamanın yaptırımını Borçlar Kanununun 19 ve 20. maddelerinde varlığını bulur.

(46) BUCHER (Persönlichkeit), 92 - 94; TRACHSLER, 72.

(47) KÜNZLER, 38; JAGGI, 199a; BGE 51 II 273; BGE 67 II 178; BGE 69 II 286; BGE 84 II 366; BGE 85 I 30; BGE 88 II 74.

Borçlar Kanununun 19. maddesinin ikinci fıkrasında, bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için, yasanın emredici kurallarına, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına (48) aykırı olmaması gerektiği belirtilir. Bu düzenleme, açıkça **kişilik hakkına aykırılıktan** söz ederek, bunu sözleşmenin geçersizliğine neden saymıştır. Bu hukuk kuralına uymaksızın yapılan ve kişilik hakkını ortadan kaldırmaya ya da aşırı sınırlamaya yönelik bulunan sözleşmeler hukuka aykırı nitelik taşır. Hukuka ve ahlâka aykırı olan ve konusu olanaksız bulunan sözleşmelerin mutlak butlan yaptırımına bağlı olduğu Borçlar Kanununun 20/I. maddesinde belirtilmiştir (49). Böylelikle Medeni Kanunun 23. maddesindeki yasağın yaptırımı da **mutlak butlanla geçersizlik** biçiminde karşımıza çıkmaktadır. O halde, kişilik haklarına aykırı olarak yapılan sözleşmeler geçersizdir (mutlak butlan) ve bu gibi sözleşmeler hiç bir hukuki sonuç doğurmaz; böyle bir sözleşmeyle yükümlenilen yükümün yerine getirilmesi istenemez (BK. 65 161/II) (50).

Borçlar Kanununun 19/II. maddesinde, kişilik haklarına aykırılıktan sözedilmeseydi bile, kişilik hakkını aşırı sınırlayan sözleşmelerin yine de geçersiz (mutlak butlan) olduğu söylenebilirdi. Çünkü yasanın emredici kurallarına aykırı sözleşmeler mutlak butlanla geçersizdir (BK. 20/I) ve Medeni Kanunun 23. maddesinde yer alan kişiliğin korunmasına ilişkin düzenleme emredici niteliktedir (51).

Bir sözleşmenin ne zaman kişilik haklarına aykırı olduğunu Medeni Kanunun 23. maddesine göre belirlemek gerekir. Bu maddede genel olarak hukuku ve ahlâka aykırılıktan söz edilir. Bir sözleşmenin hukuka aykırılığını belirli bir yasanın belirli bir kuralına bakarak belirlemek zor değildir. Fakat kişilik hakkını konu alan bir sözleşmede belirtilen davranış biçimi hakkında, herhangi bir yasa da yasaklayıcı bir kuralın bulunmaması, o sözleşmenin kesin olarak hukuka uygun olması sonucunu doğurmaz. Belki yasa kuralı yoktur ama, örf ve âdet hukukunda bu davranışı onaylamayan bir kural bulunabilir. Ya da toplumun ahlâk görüşüne göre, bu çeşit davranış ahlâka aykırı olabilir.

(48) Borçlar Kanununun 19/II. maddesinde, «Şahsi hükümlere müteallik haklara» aykırılıktan sözedilir.

Bunu, «Kişilik haklarına» biçiminde anlamak gerekir.

(49) KÜNZLER, 41, 57 vd.; AKİPEK, 121; AYİTER, 137; HATEMİ Hüseyin, Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İst. 1976, sh. 52

(50) AYİTER (Şahsiyet), 137, 139; AKİPEK, 123.

(51) HATEMİ, 46 vd.; BUCHER (Persönlichkeit), 91-92; EGGER/ÇERNİS (Şahsın H.), 250-251.



Bu nedenle bir sözleşmenin konusunun kişilik haklarına aykırı olup olmadığını yargıç belirler. Yargıç, yasada ve örf ve âdet hukukunda yasaklayıcı kural bulamasa bile, olayın özelliklerini ve ahlak kurallarını gözönünde tutarak ve takdir yetkisini kullanarak sözleşmenin kişilik haklarına aykırı olup olmadığını belirler. Bunu yaparken yargıç gerekirse hukuk yaratır (52).

Bir sözleşmenin kişilik hakkını aşırı sınırlayıcı nitelikte olduğunu belirlemede yargıcın başvuracağı kesin ölçüler yoktur. Fakat, Hukukumuzda bu konuda yargıca yol gösterici nitelikte olan bazı düzenlemeler vardır.

Örneğin Borçlar Kanununun 343. maddesinde, iş sözleşmesinin on yılı aşan bir süre için yapılamıyacağını, yapılmış ise, on yılı aşan kısmıyla işçinin bağlı olmadığını işverene bildirme yetkisine sahip olduğunu belirten bir düzenleme vardır. Bu düzenlemede yasa, on yılı aşan bir süreyle birinin yanında çalışmak üzere yapılan bağitları özgürlüğü, dolayısıyla kişilik hakkını aşırı biçimde sınırlayıcı nitelikte bulmaktadır.

Borçlar Kanununun 161. maddesinin üçüncü fıkrasında da, yargıcın çok aşırı bulduğu sözleşmesel cezayı (cezaî şart) olağan düzeye indirmek zorunda olduğu belirtilmektedir. Emredici nitelikte olan bu maddeyle, kişilerin ekonomik varlıklarını tehlikeye düşürücü nitelikteki aşırı sınırlamaları içeren sözleşmeler söz konusuysa, yargıcın, kişilerin sözleşme özgürlüğünü sınırlayabileceği belirtilmek istenir.

Borçlar Kanununun 536. maddesinde de belirli olmıyan bir süre için ya da ortaklardan birinin yaşamı boyunca yapılmış ortaklık (şirket) sözleşmelerinin de özgürlükleri aşırı sınırlayıcı nitelikte olduğu kabul edilmiş ve bu gibi sözleşmeleri ortaklardan herbirinin önceden haber vererek her zaman ortadan kaldırayabileceği düzenlenmiştir.

Bu düzenlemeler kesin ölçü olmamakla birlikte, yargıca yol gösterici niteliktedir. Yargıç bunlardan esinlenerek bir sözleşmenin, kişilik hakkının aşırı derecede sınırlayıp sınırlamadığını belirlemelidir.

(52) EGGER/ÇERNİS (Şahsın H.), 253 - 254; TANDOĞAN (Şahsiyet), 14-21; KÜNZLER, 36 JAGGI, 139a.

## 2 — Korumanın Nedenleri :

Kişinin kendi değerleri üzerinde dilediği gibi hukuki işlemler yapabilmesi, kendi yaşayış ve davranış biçimini dilediği gibi belirleyebilmesi (Selbstbestimmungsrecht) gerekir, bu nedenle «kişi bu alanda dilediği gibi sözleşme yapabilmelidir ve onun yaptığı bu sözleşmeleri sınırlamanın da gereği yoktur» biçiminde bir yargı yürütülebilir.

Fakat kişilere bu denli bir özgürlük tanımak çoğu zaman onların zararına olabilir. Çünkü kişiler; parasal durum, akılsal ve bedensel yaradılış ve yetenek bakımından birbirine eşit değildir. Bu yönlerden güçlü olanlar, zayıfları sömürme ve boyunduruğu altına almayı eyilimlidir. Bu, kişilerin yaradılış gereği az çok bencil olmalarından ileri gelir (53). Parasal yönden çok güç duruma düşen, yoksul olan kişi —akılsal yetenekleri tam olsa da— parasal çıkarlar karşılığında kişilik hakkını aşırı sınırlamaya hazır durumdadır ya da bir kişiye minnet borçlu olduğu, namus sözü verdiği, onu aşırı sevdiği, bağınaz inançları nedeniyle yahut da yardım etme çabası içinde kişinin kişilik hakkını aşırı biçimde sınırlandırması büyük olasılık içindedir.

İşte kişiyi, kişiler arasındaki eşitsizliklerden, kendi düşüncesizliğinden, zayıf karakterli olmasından, hafifliğinden, gözü karalığından kaynaklanan sakıncalı sonuçlardan korumak gerekir (54). Bu nedenle Medeni Kanunumuzun 23. maddesinde, kişinin sözleşme özgürlüğü kısıtlanarak, kişinin kişilik hakkının kendi rızasıyla ortadan kaldırılması ya da aşırı sınırlanması engellenmek istenir. Böylelikle, kişinin sözleşme özgürlüğünün, kişinin kişisel değerlerini, dolayısıyla kişiliğini yoketme yolunda kullanılması engellenmiş olur.

## 3 — Korumanın Kapsamı :

Medeni Kanununun 23. maddesinde, korumanın konusu olarak belirtilen hak ve eylem yeteneği ve özgürlükleri, kişilik hakkına giren tüm değerler olarak anlamak gerekir. Gerçekten de, Medeni Kanununun 23. maddesiyle, kişinin maddi bedensel, manevi, mesleki ve ekonomik değerlerini yok edici ya da aşırı sınırlandırıcı sözleşmelere karşı kişi korunmak istenir.

(53) AKİPEK, 120; KÜNZLER, 29 - 30; ATAAY, 149.

(54) KÜNZLER, 29 - 30; AKİPEK, 120; AYİTER (Şahsiyet.), 139.

a) Maddî Bedensel Değerlerin Korunması :

aa — Yaşam Hakkı :

Hiç kimse, yaşam hakkından vazgeçemez ve öldürülmesine rıza gösteremez. Bir kişinin öldürülmesine rıza göstermesine ilişkin sözleşmeler Medenî Kanununun 23. maddesi anlamında kişilik hakkına aykırıdır ve geçersizdir (BK. 20/I). Çünkü yaşam, kişinin vazgeçilmez bir kişisel değeridir ve hiç bir yaşam, yaşanmaya deymez nitelikte değildir (55).

Hangi nedene dayanırsa dayansın, bir kişinin kendi rızasıyla öldürülmesi, onaylanamaz.

Bu nedenle, **Ötanezi (Euthanasie)** denilen ve iyileşme olanağı bulunmıyan hastaları dayanılmaz ve sürekli acılarından kurtarmak üzere rızasıyla öldürmek ya da ölmesini kolaylaştırıcı, çabuklaştırıcı yöntemler uygulamak kişilik haklarına saldırı niteliği taşır (56).

Kişinin rızasına dayanılmış olması, öldürme eyleminin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz. Böyle isteğe bağlı olarak öldürme (Tötung auf Verlangen), hem haksız fiil (BK. 41) hem de Ceza Kanunu anlamında bir suçtur (57). Bu çeşit öldürmenin, cinayet ya da intihara teşvik suçundan bir farkı yoktur (58).

**Düello** da, bir kişinin ölümü göze alması ve düello yapacağı kişi tarafından öldürülmesine razı olarak onunla karşılıklı silâhlaşmaya girişmesi niteliğinde olduğundan; hukuka aykırıdır, çünkü kimse öldürülmesine razı olamaz ve bu yönde sözleşme yapamaz. Bu nedenle düello sonunda hasmını öldüren kişi, —hasmının rızası olsa da— adam öldürme suçunu işlemiş sayılır (59).

**İntihar etme**, kişinin kendi eliyle kendi yaşamına son verme olduğundan, Medenî Kanununun 23. maddesindeki düzenlemenin kapsamına girmez. Çünkü Medenî Kanununun 23. maddesinde, kişinin rızasına dayanılarak başkası tarafından öldürülmesine karşı yaşamı

(55) EGGER/ÇERNİS (Şahsın H.), 259; KÜNZLER, 63, 68; AKİPEK, 123; AYİTER (Şahsiyet), 140.

(56) KÜNZLER, 67; BUCHER (Persönlichkeit), 243 vd.

(57) KÜNZLER, 68; NOLL, 77 - 78; GRIOT, 55; AKİPEK 123, BAYRAKTAR, 154 - 158.

(58) NOLL, 77 - 78; BAYRAKTAR, 154 vd.

(59) GRIOT, 54-55, 60; ÖZSUNAY, 99, AYİTER (Organtransplantation), 176.

korunmak istenir. Bu nedenle intiharı, kişilik haklarına saldırı ve suç sayma olanağı yoktur (60).

**bb — Beden Tümlüğü ve Sağlık :—**

**aaa — Kural :**

Kural olarak kişinin beden bütünlüğüne saldırıda bulunulabileceği —örneğin yaralanabileceği, bedeninden bazı parçaların alınabileceği gibi— ya da sağlığını bozucu deneyim ve uygulamaların kendi bedeninde yürütülebileceği yollu rızası da, yapılan saldırının hukuka aykırılığını ortadan kaldırmaz. Bu amaçla yapılan sözleşmeler de geçersizdir.

**bbb — Ayrık Durumlar :**

Bazı ayrık durumlarda, kişinin bedensel bütünlüğü üzerinde bazı girişim ve uygulamalarda bulunulabileceğine ilişkin olarak yaptığı sözleşmeler geçerli sayılır. Bu gibi sözleşmelerin hangi durumlarda geçerli olacağı yasalarda belirtilmemiştir. Girişim ve uygulamanın hukuka uygun sayılıp sayılmıyacağını, ulaşılmak istenen amaçla, tehlikeye düşürülen değer arasındaki dengeye göre yargıç belirler (61).

Bu ayrık durumları ve koşullarını, aşağıdaki başlık altında ve tedavi amacıyla yapılan girişimler yönünden ayrıntılı olarak ele alacağız.

## **B — TEDAVİ AMAÇLI GİRİŞİMLERE KARŞI KİŞİLİĞİN KORUNMASI :**

**1 — Maddî - Bedensel Değerlere Yapılan Saldırıların Geçerli Olduğu Durumlar :**

**a) Genel Olarak :**

Kişinin kendi rızası olsa da, yaşam, beden tümlüğü ve sağlık gibi kişisel değerlerine yapılan saldırılar kural olarak hukuka aykırıdır ve kişinin bu gibi saldırılara razı olmak üzere yaptığı anlaşmalar geçersizdir. Fakat bazı koşullar altında, kişinin rızasıyla yapılan girişimler geçerli sayılabilir.

(60) KÜNZLER, 64; AKİPEK, 124.

(61) AKİPEK, 124; AYİTER (Şahsiyet), 140 - 141.

## b) Geçerliliğin Koşulları :

Kişinin beden bütünlüğü üzerindeki girişimlerin geçerli olabilmesi için de bazı temel koşulların bulunması gerekir.

### aa) İzin :

Herşeyden önce bu konuda kişinin geçerli bir izninin bulunması gerekir. Kişi her türlü dış etkiden uzak, geçerli biçimde rızasını belirtmiş olmalıdır. (Anayasa 17/II). Bu nedenle kendi bedeni üzerinde bazı girişimlerde bulunulmasına izin veren kişinin sezgin olması gerekir (62).

Buna karşılık sınırlı yeteneksizlerin, tek başlarına böyle bir izin verip veremeyecekleri tartışmalıdır. Bazılarına göre, herne kadar Medeni Kanununun 16/II. maddesi (ZGB 19/II), kişiye sıkı biçimde bağlı hakların, yasal temsilcinin iznine gerek kalmaksızın kullanılabileceğini belirtmişse de, kişinin bedeni üzerinde girişimlere razı olmayı bundan ayırık tutmak gerekir. Sınırlı yeteneksizin —boşanma davası gibi— üzerinde tek başına işlem yapamayacağı kişiye sıkı biçimde bağlı haklarından biri de, beden bütünlüğü üzerindeki haklardır. Bir küçük, sezgin olsa da, yasal temsilcinin ısrarla karşı koyması durumunda beden bütünlüğüne yapılacak ve zararlı sonuçlar doğurma olasılığı bulunan girişimlere razı olamamalıdır (63). Bu görüşe karşı olanlar ise (64), sezgin olmanın yeterli olduğunu, sezgin olan sınırlı yeteneksizin tek başına bu rızayı bildirebileceğini, bu konuda yasada herhangi bir sınırlama bulunmadığını, tersine Medeni Kanununun 16/II. maddesinin (ZGB. 19/II) buna olanak tanıdığını ileri sürerler.

Hukukumuz yönünden ilk görüşün benimsenmesinin daha doğru olacağı kanısını taşımaktayız. Herne kadar Medeni Kanunumuzda bu konuda bir düzenleme yoksa da 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70. maddesinde, tabiplerin sezgin küçük ve sezgin kısıtlılar üzerinde yapacakları her çeşit ameliyat için veli ve vasilerin iznini önceden almak zorunda oldukları belirtilmektedir (65). Bu düzenleme çıkarlar durumuna uygun düştüğü gibi, Medeni Kanunun «Vasi vesayet altındaki kü-

(62) GRIOT, 60; HANSEN, 68 vd; KÜNZLER, 69 vd; NOLL, 123 vd; RIKLIN, 264; JAGGI, 154a vd; bu konuda ayrıntılı bilgi için bk. AŞÇIOĞLU, Çetin, Doktorların Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Ankara 1982, sh. 38 vd.

(63) JAGGI, 154a - 158a; JACCARD, 12; GRIOT, 61; DURAL, 121.

(64) KÜNZLER, 71 - 72, 73 - 74; NOLL, 126; BUCHER (Persönlichkeit), 146.

(65) Bk. BAYRAKTAR, 133 - 137; AŞÇIOĞLU, 39 - 40.

çüğün ve mahcurun şahsına takayyüt ve mallarını idare ve medeni tasarruflarda onu temsil eder» diyen 353. maddesinin (ZGB 367) amacına da uygundur (66).

**bb) Zararsızlık :**

Kişinin rızasına bağlı girişimlerin beden üzerinde uygulanabilmesi için, bundan kişinin aşırı bir zarar görmemesi ve büyük bir tehlike altına girmemesi gerekir. Çünkü Medeni Kanununun 23. maddesine göre kişilik hakkının aşırı sınırlanmasına yönelik sözleşmeler geçersizdir.

Bu nedenle, örneğin kişiyi tedavi etmek amacıyla girişimlerde bulunacak hekimin, buna yetecek bilgi, yetenek ve beceriyi taşıması ve hastayı yapılacak işlem ve doğuracağı sonuçlar hakkında yeterince aydınlatmış olması gerekir. Bu aynı zamanda yasal bir zorunluluktur da (67). Hekimlik mesleğine sahip olmayan kişilerle bu konuda yapılacak sözleşmeler, kişinin yaşamını tehlikeye sokucu nitelikte bulunduğundan geçerli olmamalıdır.

**cc) Üstün Amaç :**

Yapılacak girişimlere kişinin rıza göstermiş olması ve bu girişimlerin kişiye aşırı zarar vermiyecek nitelikte olması da yeterli değildir. Bunların yanında, yapılacak girişim üstün amaçlar taşımalıdır. Bu üstün amaç kişinin kendisinin sağlığını ve yaşamını kurtarma olabileceği gibi, başka kişilerin yaşam ve sağlıklarının kurtarılması da olabilir.

Örneğin bir hastayı kurtarmak üzere ona verilecek kanın kişiden alınması, ya da kişiye zarar vermiyecek bir beden parçasığının alınarak hastaya aktarılması gibi. Buna karşılık sonuçlarının olumlu olup olmayacağı kesinlik kazanmamış bulunan deneyimleri kişi üzerinde uygulamak, kişilik hakkına saldırı niteliğini taşır (68).

Bunun gibi para karşılığı bazı organların ve beden parçalarının başkalarına takılmasına razı olmak da hukuka aykırıdır (69).

(66) GRIOT, 61; dn. 32.

(67) BAYRAKTAR, 111 - 122, 125 vd; ayrıca bk. GRIOT, 56, 58; BUCHER (Persönlichkeit), 193 vd; AYİTER (Organtransplantation), 176 - 178; AŞÇIOĞLU, 40 - 42.

(68) BUCHER (Persönlichkeit) 129; GROSSEN, 364; AYİTER (Şahsiyet) 141.

(69) ÖZSUNAY, 101.

## 2 — Tedavi Amaçlı Girişimlerle İlgili Güncel Örnekler :

Yukarıda da belirtildiği gibi, kişinin rızasına bağlı olarak onun üzerinde yapılabilecek girişimler, genellikle kişinin yaşamının kurtarılması ya da sağlığına kavuşturulması amacını taşır. Başkalarının sağlığına kavuşmalarını ya da yaşamlarını kurtarma amacına yönelik işlemler de, kişiye zarar vermediği, yaşam ve sağlığını tehlikeye düşürmediği oranda geçerlidir.

### a) Genel olarak tedavi amaçlı girişimler

Bu konuda karşımıza çıkan sağlığa kavuşturucu eylemlerin başlıcaları ameliyat (operation) ve ameliyat dışındaki yöntemlerle tedavi yollarıdır.

Topluca, hekim tarafından yapılan girişimler diyebileceğimiz bu eylemlerin hukuka uygun olup olmadığını belirlerken, yapılan girişimin niteliği yönünden bir ayırım yapmak gerekir. Hekimin tedavi amacıyla yaptığı girişimleri üçe ayırabiliriz (70).

aa) Eskidenberi uygulanagelen yöntem ve araçlarla kişinin sağlığına kavuşturulmasına yönelik girişimler (Normal tedavi yolları) : Bu gibi girişimler yüzünden hekimin sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için, ya hastanın izninin hiç alınmamış olması ya da izni alınmadan önce yeterince aydınlatılmamış bulunması gerekir. Hastanın izni alınmış olsa da hekim, bu gibi girişimlerde bir doktor olarak alması gereken tıbbi önlemleri almamış, yanlış teşhis ve tedavi uygulamışsa, yine sorumlu tutulabilir. Gerekli önlemleri almamış olması, onun için bir meslek hatası (Kunstfehler) sayılır (71). İvedi ve zorunlu durumlarda, —hastanın iznini alma olanağının bulunmaması gibi— hekimin hastayı izni olmadan ameliyat ve tedavi edebileceği kabul edilir. Örneğin trafik kazasında ağır yaralanan hastanın beyin ameliyatı yapılarak yaşamının kurtarılması gibi. Fakat böyle bir durumda da eğer olanak varsa ve o sırada hazır bulunuyorlarsa, hastanın yakın hısımlarının izninin alınması gerekir (72). Hukukumuzda da 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkındaki Kanununun 5. maddesinde de rızası alınmadan ölen kişinin organ alınması durumlarında da, eşi,

(70) Bu ayırım için bk. GIESEN, Dieter, Die Zivilrechtliche Haftung des Arztes bei neuen Behandlungsmethoden und Experimenten, Bielefeld 1976, sh. 18.

(72) GIESEN, 16; BAYRAKTAR, 140 vd; ÖZSUNAY, 103.

ergin çocukları ana ya da babası yahutta kardeşlerinin rızasının alınması gereği belirtilmiştir. Ancak bu kanunun 2594 sayılı kanunla değişik 14/IV. maddesi gereğince, «kaza veya doğal âfetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında, yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11. maddede belirlenen hakimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir». Bu kural organ aktarmasına ilişkin olmakla birlikte, öteki tedavi yollarında da örnekseme yoluyla uygulanabilir.

**bb) Tedavi amacı ağır basan henüz deneme aşamasında bulunan yeni yöntem ve araçlarla hasta üzerinde yapılan girişimler (tedavi deneyimleri) :** Bu gibi girişimlerde bulunulabilmesi için, hasta yeterince aydınlatılmalı ve rızası da alınmış olmalıdır. Rızası alınmış olsa bile, hekim, laboratuvar ve hayvanlar üzerinde bu yöntemi yeterince denememişse ve tedavi amacı taşınmasına karşın, girişimin büyük ölçüde zararlı sonuçlar doğurması olasılığı varsa, yapılan girişim kişilik hakkına saldırı sayılmalıdır. Buna karşılık yeni tedavi yönteminden olumlu sonuçlar alınmış ve bu yöntemin sağlayacağı olumlu sonuçlar olası (muhtemel) olmaktan çıkarak gerçekleşme sürecine girmişse, artık yapılan girişimi hukuka uygun saymalıdır (73).

**cc) Bilimsel deneyim amacıyla yapılan girişimler :** Bunlar, hastayı iyileştirmekten çok, yeni bazı tedavi yöntem ve araçlarının olumlu sonuçlar verip vermeyeceğini araştırmaya yönelik girişimlerdir. Kural olarak kişiyi kobay gibi kullanma amacına yönelik olan ve tedavi amacı taşımayan bu gibi girişimleri, kişilik haklarına saldırı saymak gerekir. Fakat GIESEN, özellikle hayvanlar üzerinde denemesi yapılamayan ve mutlaka insanlar üzerinde denenmesi gereken bazı ayırık yöntemlerin, kişinin gönüllü olarak rıza göstermesi durumunda uygulanabilmesi gerektiğini kabul eder. Çünkü bilimsel deneyim olmadan tıp ilerleyemez. GIESEN'e göre, toplum çıkarı ve sağlığı, kişi çıkarına ağır basıyorsa —örneğin toplumun, büyük bir hastalıktan kurtulması bu deneyime bağlıysa— kişinin izni alınarak ve girişimin tedavi amacıyla değil, deneyim amacıyla

(73) GIESEN, 20; BAYRAKTAR, 164; GRIOT, 57; BUCHER (Persönlichkeit) 241.

(74) GIESEN, 22-23; karş. GRIOT, 59; BUCHER (Persönlichkeit), 242; BAYRAKTAR, 162-163.



yapıldığı, bu deneyimin tehlikeli sonuçlar doğurabileceği konusunda kişi aydınlatılarak deneyim uygulanabilmelidir (74).

**b) Organ aktarma :**

Tıp ve hukuk bilimlerinin güncel sorunlarından biri de organ aktarmadır. Bu konu üzerinde sayısız tartışmalar yapılmış ve yapılmakta olmasına karşın, konu herkesin üzerinde birleşebileceği bir sonuca ulaşmamıştır. Bir kişinin bedeninden belirli bir parçanın alınarak bir başkasına aktarılmasının kişilik hakkına saldırı niteliğinde olup olmadığını incelerken konuyu, hem verici, hem de alıcı yönünden ele almak kanımızca yerinde olur.

**aa) Verici yönünden :**

Verici denilen ve bedeninden belirli bir parça alınarak bir başka kişinin bedenine eklenen kişi yönünden yapılan işlem, kişilik hakkına saldırı niteliği taşır mı? Bu sorunun yanıtını verebilmek için, vericinin sağ ya da ölmüş bulunmasına göre bir ayırım yapmalıdır.

— Verici sağsa, herşeyden önce, kendisinden organ alınmasına izin vermiş olmalıdır. Kişi bu izni özgür iradesiyle ve hiçbir baskı altında kalmaksızın vermelidir. Bundan başka, verici, hekim tarafından yeterince aydınlatılmalı ve kendisinden organ alınması sonucunda doğabilecek sonuçlar hakkında uyarılmalıdır (2238 sayılı K. 6) (75).

Kendisinden organ alınmasına izin veren kişi, bu izni her zaman geri alabilir. Geri aldıktan sonra ona karşı yapılan girişim kişilik hakkına saldırı niteliği kazanır (76). İznin geçerli olabilmesi için, vericinin ergin ve sezgin olması (tam yetenekli) gerekir (2238 sayılı K. 5) (77). Bu konuda kişinin kendi izni gereklidir ve yasal temsilcinin izni geçerli değildir (78).

— İznin bulunması yeterli olmayıp, ayrıca vericiden alınacak organın kişinin yaşayışını tehlikeye düşürmemesi ve kişide çok büyük bir organik eksiklik yaratmaması gerekir (2238 sayılı K. 7). Vericinin yaşamını tehlikeye düşürecek —örneğin bedende yalnız bir tek olan— organların alınması ise yasaktır (2238 sayılı K. 8). Buna

(75) GIESEN, 30, 31; BAYRAKTAR, 190 - 191; AYİTER (Organtransplantation) 179 - 180.

(76) BUCHER (Persönlichkeit), 47; NOLL, 132 vd.

(77) GIESEN, 30; ÖZSUNAY, 104.

(78) GIESEN, 30.

(79) GIESEN, 30; ÖZSUNAY, 106; BAYRAKTAR, 191.

karşılık çift organların —böbrek, göz gibi— alınabileceği kabul edilir (79). Bu gibi tek organlar sağ olan vericilerden alınamaz, fakat koşulları varsa, ölmüş kişilerden bu çeşit organlar alınabilir.

Organ aktarması denilince, insan bedeninden alınan her çeşit organ, doku ve bunların parçaları anlaşılır (2238 sayılı K. 2/I). Buna karşılık kan, deri ve saç gibi beden parçalarının aktarılması, organ aktarmasının kapsamına girmez (2238 sayılı K. 2/II). Organ aktarması kapsamına giren organların kişiden alınabilmesi için de, bu organın o kişinin yaşamı için zorunlu olmaması ve organ aktarmanın onun yaşamını tehlikeye düşürmemesi gerekir.

— Canlı vericiden organ alınabilmesi için, bu iki koşuldan başka, aktarmanın üstün amaçlarla yapılması gerekir. Bir başkasının yaşamını kurtarma ve o kişiyi sağlığa kavuşturma üstün bir amaçtır. Buna karşılık parasal çıkarlar karşılığında organ aktarılmasına razı olmak ise geçerli değildir, çünkü bu bir üstün amaç sayılmaz (80).

**Verici ölmüşse :** Verici ölmüşse, artık alınacak organın vericinin yaşamını tehlikeye düşürecek nitelikte olup olmadığı tartışılmaz. Bu nedenle bir ayırım yapılmaksızın ölü vericiden her türlü organ alınabilir. Fakat ölü vericiler yönünden de bazı koşullar aranır.

— Herşeyden önce vericinin gerçekten ölmüş olması gerekir. Bu nedenle de ölüm anının yanılmadan belirlenmesi gerekir.

Öğretide, ölüm anının değil, «iztirar hali» (halihazır bir tehlikeyle karşı karşıya bulunan haklı çıkarların ancak başkalarının haklı çıkarlarının ihlâli yoluyla korunabilmesi) ölçüsünün temel alınmasının daha tutarlı olduğu, çünkü, vericiden alınacak organın aktarılabilmesi için canlılığını tam yitirmemiş olmasının gerektiği, ölüm anı ölçü alınırsa artık aktarılacak canlı organ bulunamayacağı yollu ilginç görüşler ileri sürülmüştür (81).

Ölümün hangi anda gerçekleştiği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür (82). Bugün, çoğunluğun kabul ettiğine göre ölüm beyin işlevlerini yitirdiği anda gerçekleşir (beyin ölümü) (83).

(80) ÖZSUNAY, 101.

(81) BİLGİN, Arif, Hayat İçin Elzem Organların Naklinde Başlıca Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları, İBD, Eylül - Ekim 1968 - Eki: 1; İstanbul 1968, sh. 35 vd.

(82) Bu konuda bk. Zevkliler, 384 vd.

(83) GIESEN, 31; BAYRAKTAR, 184 - 185; MÜLLER, 464 vd.

Bu nedenle çok kısa süre sonra öleceği kesin olsa bile, böyle bir kişi kendisi ölmeden —nasıl olsa yakında ölecek düşüncesiyle— organlarını alıp başkasına aktarmak ve salt bu nedenle erken ölümüne neden olmak, kişilik hakkına saldırı niteliğini taşır.

— Ölmüş vericiden organ alınabilmesi için, ya kendisinin ölmeden önce ölüme bağlı tasarrufla bu konudaki rızasını bildirmesi ya da böyle bir ölüme bağlı tasarruf yoksa, kendisi öldükten sonra yakınlarının organ aktarmasına razı olmaları gerekir (2238 sayılı K. 14/I) (84). Hukukumuz yönünden ölenin yakınları kavramı içine eşi, ergin çocukları, ana ya da babası ve kardeşleri girer (2238 sayılı K. 14/I).

Fakat 2238 sayılı kanunun, 2594 sayılı kanunla değişik 14/II. maddesine göre, kaza ya da doğal âfetler sonucu ölen kişilerin yanında sayılan bu yakınları yoksa ve alınacak organların tıbbi ölüm halini etkilemeyeceği hekimler kurulu raporuyla belgelenmişse, yaşamı organ nakline bağlı olan kişilere ivedi ve zorunlu durumlarda nakil yapılabilir ve ölenin yakınlarının izni aranmaz.

#### **bb) Alıcı yönünden :**

Organ aktarmasının geçerli olabilmesi için, alıcının da rızasının alınmış olması gerekir, çünkü organ aktarmasıyla alıcının da beden bütünlüğüne karşı girişimlerde bulunmaktadır. Alıcının rızası da dış etkenlerden uzak ve alıcı önceden aydınlatılarak alınmış bir rıza olmalıdır (85).

Alıcının rızası olsa da, yapılacak organ aktarması alıcı için daha büyük zararlar doğuracaksa, böyle bir aktarmanın yapılamaması gerekir. Örneğin olumlu sonuçlar doğurduğu henüz kesinlik kazanmamış olan bir organ aktarması hasta olan alıcının olağan zamandan daha önce ölmesi sonucunu doğuracaksa, artakalan kısa ömrünü de yokedeceği büyük bir olasılık taşıyorsa, bu çeşit aktarmaların yapılamaması gerekir, yani elde edilecek çıkarın, yitirilenden daha baskın olması gerekir (86). Bundan başka vericiden alınacak doku ve organın alıcıya uyup uymayacağı da araştırılmalıdır. Bunun için alıcı ve verici arasında önemli yaş farkı olmamasına, kan gruplarının değişik olmamasına dikkat edileceği gibi, deri, lenfosit ve lökosit testleri de yapılmalıdır ve alınacak organ sağlıklı olmalı-

(84) GIESEN, 32 - 34; ÖZSUNAY, 104; BAYRAKTAR, 192; MÜLLER, 470 vd.

(85) BAYRAKTAR, 193; ÖZSUNAY, 106.

(86) ÖZSUNAY, 106; NOLL, 91.

(87) BAYRAKTAR, 189.

dır (87).

Organ aktarılması yoluna gidebilmek için, bunun kaçınılmaz olması gerekir, yani alıcının başka türlü tedavi edilmesi olanağı bulunmamalı ve hasta, yaşamının son aşamasında bulunmalıdır (88).

**c) Kan verme :**

Kişinin iznine bağlı olarak ve hasta kimselere aktararak onların yaşam ya da sağlıklarını kurtarma amacıyla kan alınması, hukuka aykırı sayılmaz. Çünkü, kan veren kişide, belirli bir organik bozukluk bulunmadığı sürece, ondan kan alınması büyük bir eksiklik yaratmaz ve alınan kan yerine kısa sürede yenisi oluşur. Fakat kişiden bir kez kan alınınca, eski sağlığı —kan durumu— yenisine yerine gelmeden hemen ikinci bir kez kan alınması, onun sağlığına saldırı sayılabilir (89).

Kişiden, izne bağlı olarak kan alınması da yaşam ya da sağlık kurtarma gibi üstün bir amaç taşıdığı için hukuka aykırı sayılmaz (90). Bu nedenle günümüzde yaygın biçimde uygulanan ve para karşılığı, kanını satmak üzere yapılan anlaşmaların geçersiz sayılması gerekir. Çünkü kişilik değerleri satılamaz.

**d. Güzelleştirici Ameliyat ve Girişimler :**

Güzelleştirici ameliyat ve girişimler denilince, bir kişinin doğuştan sahip olduğu, ya da sonradan bir kaza sonucu yahut da kendiliğinden oluşup ta kişinin dış görünümünü bozan; kılların, benlerin, sarkık derilerin, sivilcelerin, kırmızı damar uçlarının derideki yağ kümesiğinin yok edilmesi; ya da bedendeki ve yüzdeki sakatlık ve deformasyonlar, yaraların düzeltilmesi için yapılan işlemler anlaşılır (91).

Güzelleştirici ameliyat ve girişimlerde, bedensel tedavi amacı değil, daha çok kişinin duyduğu ruhsal çöküntüye son vermek ve moral kazandıracak ruhsal kişiliğini onarmak söz konusudur (92). Fakat bir kişiyi küçüklük duygusundan, utançtan, ruhsal çöküntüden, yaşama küskünlükten kurtarmak için yapılan bu gibi girişimlerin doğrudan doğruya ruhsal sağlığını, dolayısıyla da genel sağlığını ka-

(88) BAYRAKTAR, 194.

(89) NOLL, 91; STOFER (NOLL, 91, dn. 46 daki yollamadan).

(90) NOLL, 91.

(91) KÜNZLER, 81.

(92) NOLL, 90; KÜNZLER, 81; BAYRAKTAR, 165.

zandırma amacına yönelik olduğunu gözden uzak tutmamalıdır (93).

Güzelleştirici ameliyat ve girişimler, genellikle zararlı sonuçlar doğurucu nitelikte değildir. Bu nedenle, kişinin iznine bağlı olarak yapıldığı sürece hukuka aykırı sayılmazlar (94). Fakat bu gibi girişimlerin zararsız olduğu kesin değildir. Bazen, güzelleştirici girişimler tehlikeli sonuçlar doğurmaya elverişli olabilir. İşte bu gibi tehlikeli girişimlerin, salt güzelleştirme amacıyla yapılamaması gerekir (95).

Sonuç olarak; güzelleştirici ameliyat ve girişimlerin yapılabilmesi için, herşeyden önce kişinin rızası alınmış ve kişi, girişimlerin sonuçları hakkında aydınlatılmış bulunmalı, ayrıca yapılan girişim tehlikeli sonuçlar doğurucu nitelikte bulunmayıp, kişiye moral, ruhsal güç ve yaşama azmi kazandıracak nitelikte olmalıdır (96).

#### e) Kısırlaştırma :

Kısırlaştırma (Sterilisation) denilince, kişinin cinsel salgı bezlerine ve cinsel işlevine zarar vermeksizin erkeklerde sperm yollarının, kadınlarda da yumurtalık kanallarının kapatılması yoluyla kişinin üretim yeteneğinin ortadan kaldırılması anlaşılır (97). Buna karşılık kişinin cinsel salgı bezlerinin (erkeklerde testislerin, kadınlarda yumurtalıkların) alınmasına ve kişideki cinsel işlevin de sona ermesine ve hatta cinsiyetine ilişkin belirtilerin yokolmasına neden olan işlemleri (Kastration), kısırlaştırma saymamak gerekir. Bunlar, kısırlaştırmadan daha ağır sonuçlar doğuran ve onaylama olanağı bulunmayan girişimlerdir (98). Türk Hukukunda, ancak bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyatı yapılabileceği düzenlenmiştir (2827 sayılı Nüfus Plânlaması Hakkında Kanun md. 4/III).

Aslında, kısırlaştırma da temelde kişinin rızası olsa bile, kişilik haklarına saldırı niteliğini taşıyan bir girişim sayılır. Çünkü bu yolla kişinin ana ya da baba olabilme yeteneğini yokeden ve ruhsal

(93) KÜNZLER, 81; AŞÇIOĞLU, 52 - 53.

(94) NOLL, 90 - 91; KÜNZLER, 81; AŞÇIOĞLU, 52 - 53.

(95) KÜNZLER, 81; BAYRAKTAR, 168 - 169.

(96) KÜNZLER, 82; BAYRAKTAR, 168; ÖZSUNAY, 100.

(97) KÜNZLER, 82.

(98) KÜNZLER, 82 - 83; NOLL, 93; BUCHER (Persönlichkeit), 248.

durumunu etkileyen, kişilik hakkına ve üreme özgürlüğüne aykırı bir girişimde bulunulmaktadır (99).

Ancak tedavi amacıyla kişilerin kısırlaştırılabileceği kabul edilmektedir. Bunun için de, kısırlaştırma kaçınılmaz bulunmalı ve kısırlaştırmayla kişi önemli bir rahatsızlıktan kurtularak sağlığına kavuşacak olmalıdır. Bundan başka kişide, doğacak kuşaklara kalıtsal yolla geçecek ya da kendini ondan doğanlarda gösterecek bir aksaklık varsa, hastalıklı, sakat ve anormel kişilerin doğmasını önlemek ve gelecek kuşakların sağlıklı olmasını sağlamak amacıyla da kısırlaştırma yoluna gidilebilir (100).

Kısırlaştırma bu amaçlarla yapılsa da, geçerli olabilmesi için kesinlikle kişinin rızası alınmalı ve kişi, kısırlaştırmanın sonuçları hakkında, özellikle bir daha eski durumuna dönemiyeceği konusunda aydınlatılmalıdır (101). Kişinin izni olmadan yapılan kısırlaştırmalar kişilik hakkına saldırı niteliği taşır. Ancak Almanya'da Nasyonal Sosyalizmin geçerli olduğu dönemde, 24 Kasım 1933 de çıkarılan «Tehlikeli Suçlara Alışkanlığı Önleme ve Irkın İyileştirilmesini Güvence Altına Alıcı Önlemler Hakkındaki Kanun»la, akıl hastaları, eşcinseller, cinsel sapıklar ve aşırı cinsel istek ve gelişime sahip olup da bu yüzden saldırgan davranışlar gösterip ahlâka aykırı suçlar işleyenler, rızalarının olup olmamasına bakılmaksızın kısırlaştırılmaktaydılar. Bu yasa öteki Kuzey Avrupa ülkelerinde de aynı doğrultuda yasalaştırmalara gidilmesine neden olmuştu. Bu gibi yasalar yürürlükten kalkmış olup, bugün kısırlaştırmanın geçerli sayılabilmesi için, bunun kişinin iznine bağlı olarak yapılmış bulunması aranır (102).

Türk Hukukunda da 2827 sayılı Nüfus Plânlaması Kanununa göre tıbbi sakınca olmadığı sürece, bir reşit kişinin isteği üzerine kısırlaştırma ameliyatı yapılabilir (md. 4/II). Kişinin izni olmadan, ya da tedavi, yaşam kurtarma, gelecek soyu koruma gibi amaçlar bulunmadan yapılan kısırlaştırma, kişilik hakkına saldırı sayılır.

#### f) Gebeliğe son verilmesi :

Bir kadının gebeliğine ve rahimde bulunan ceninin gelişimine

(99) KÜNZLER, 83 - 84; NOLL, 93; EREM (Döllenme Özgürlüğü), 8.

(100) KÜNZLER, 84 - 85; NOLL, 92; BUCHER (Persönlichkeit), 249.

(101) KÜNZLER, 83; PFENNINGER, H. F., Die gesetzliche Regelung der Kastration, SJZ, 1951, 47; sh. 169; NOLL, 95 - 96.

(102) Bu konuda bk. PFENNINGER, 169 - 170; ayrıca bk. BUCHER (Persönlichkeit), 250 - 252.

son verilmesi kural olarak kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyan hukuka aykırı bir davranıştır. Bu nedenle, kürtaj ve benzeri girişimler, çocuk düşürme yöntemleri, onaylanmayan girişimler niteliğindedir.

Ancak ayırık olarak, ananın sağlığını önemli ölçüde tehlikeye düşürmesi, doğumun olanaksız bulunması ve " doğacak çocukta sakatlık ve anormalliklerin olacağına belirlenmesi, ananın bir ırza saldırı sonucu gebe kalmış olması durumlarında, gebeliğe son verilebileceği kabul edilir ve bu konuda değişik ülkelerde yasalaştırma yoluna gidilmektedir (103).

Fakat bu nedenler bulunsa bile, gebeliğin giderilebilmesi için, kişinin bu konuda izninin alınması zorunludur (2827 sayılı K. md. 6). Ayrıca cenin, belirli bir gelişme sürecine girmeden gebelik giderilmelidir, gebeliğin ilerlemiş aşamalarında, gebeliğe son verilme yoluna gidilemez. Çeşitli ülkelerin yasalarında, genellikle gebeliğin ilk 10 - 12. haftalarına dek gebeliğe son verilebileceği kabul edilmekte, bundan sonraki gebelik giderme işlemleri çok ayırık nedenlerle ve çok sıkı koşullara bağlı tutularak uygulanmaktadır (104).

Türk Hukukunda da, 2827 sayılı Nüfus Planlaması hakkındaki Kanun, belirli koşullarla gebeliğin giderilmesine izin vermektedir. Özellikle gebeliğin ananın yaşamını tehdit ettiği durumlarda ve ceninin sakat doğması ihtimali karşısında gebelik giderilebilir (md. 5). Bu gibi nedenlerin varlığı durumunda kişinin rızasının alınması zorunludur. Kişi tam yetenekli değilse, veli ya da vasisinin izni alınmalıdır (md. 6).

Rızanın alınması olanağı bulunmayan ivedi durumlarda ,hekimin, yaşam kurtarma amacıyla gebeliği izinsiz sona erdirebileceği kabul edilmektedir (105).

Tüm koşullar yerine getirilerek gebelik sona erdirilse de, «acaba ilerde kişilik kazanacak olan ve yaşama umudu bulunan cenin dediğimiz varlığın geleceği üzerine ananın söz sahibi olması ve onun gelişimine, varlığına son verilmesine rıza göstermesi doğru olur mu?» sorusu akla gelebilir. Unutmamak gerekir ki, burada kişilik kazanmış olan ve yaşayan ananın yaşam hakkı ve gelecek soyun

(103) BUCHER (Persönlichkeit), 256; KÜNZLER, 89 - 90; BAYRAKTAR, 194 - 195.

(104) Bk. ABORTION LAWS, A survey of Current World Legislation, World Health Organization, Ceneva 1971, sh. 22 - 68; ÖZSUNAY, 107 - 110.

(105) BAYRAKTAR, 196 - 197 ve orada anılan yazarlar.

sağlığı, henüz kişilik kazanmamış bulunan ceninin geleceğe dönük yaşama umudundan daha ağır basar ve bu umuda göre daha çok korunur (106).

#### g) Gebelik kontrolü :

Ekonomik ve toplumsal koşulların ağırlığı, buna karşılık nüfusun hızla artması, insanlığın günümüzde önemli sorunlarla karşı karşıya kalmasına neden olmaktadır. Önlem alınmazsa, bu sorunlar ileriye dönük olarak daha da büyüme eğilimi göstermektedir. Sık ve çok sayıda doğumu engelliyerek hem toplumun ve ailenin ekonomik yükünü azaltmak, hem de ananın sağlığını korumak amacıyla gebeliğin kontrol altına alınması zorunluğu doğmaktadır. Bu kontrolün ilkel yöntemlerle ve bilinçsiz olarak halk arasında uygulanması, yaşamın yitirilmesi ya da sakat kalma gibi önemli sonuçlar doğurabilmektedir. Bunu engellemek için, gebeliğin yasal düzenlemelerle kontrol altına alınması gereklidir (107). Böylelikle, kadın gebe kalmadan ve zararsız biçimde, sakıncalı sonuçlar önlenmektedir.

Gebeliğin kontrolü, kişinin rızasına bağlı olma koşuluyla hukuka aykırı değildir (108).

Gebeliğin kontrolünü, kısırlaştırmayla karıştırmamak gerekir. Kısırlaştırmada, kadının gebe kalma olanağı ortadan kaldırıldığı halde, gebeliğin kontrolünde bu olanak ortadan kaldırılmamakta, fakat denetim altına alınmaktadır. Bu nedenle kısırlaştırmada, yaşamın kurtarılması, tedavi, gelecek soyların sağlığının korunması gibi sıkı koşullar aranırken, gebeliğin kontrolünde, ekonomik ve toplumsal çıkarlar yeterli sayılabilmektedir.

Ülkemizde de gebeliğin kontrolünü sağlayan 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun vardır (md. 6 - 8).

#### h) Yapay Dölleme (Suni İlkah) ve Yumurtalık Aktarma :

Yapay dölleme, eikek üreme organlarında ortaya çıkan bir aksaklık ya da eksiklik nedeniyle, olağan cinsel ilişki yoluyla kadının gebe kalamaması durumunda erkek üreme hücrelerinin kadının

(106) BUCHER (Persönlichkeit), 256, 259.

(107) BAYRAKTAR, 198 - 199.

(108) BAYRAKTAR, 199.

(109) KÜNZLER, 90.

(110) KÜNZLER, 90; GIESEN, 34 - 35; BUCHER (Persönlichkeit) 253.



rahmine yapay yolla şırınga edilmesidir (109). Kadının ve kocanın rızasıyla yapılmış olma koşuluyla, yapay döllenenin hukuka aykırı sayılmaması gerekir. Böyle bir işlemle kişi, kişilik hakkından vazgeçmiş sayılamaz. Tam tersine böyle bir işlem kişinin kişisel değerlerini güçlendirici niteliktedir. Çünkü bu yolla kişilerin çocuk sahibi olarak ana baba olma zevkini tatmaları, sarsıntı geçiren evliliklerinin kurtarılması gibi; onların ruhsal yapısını sağlamlaştırıcı sonuçlar alınır (110). Bu nedenle, kocadan alınan spermelerin, karısına şırınga edilmesinde, —rıza olma koşuluyla— büyük bir hukuki sorun doğmaz. Diyanet İşleri Başkanlığı da, yapay döllenenin bu çeşidinin dine aykırı olmadığını belirtmiştir (111).

Asıl sorun, yabancı bir erkekten alınan spermelerin kadına şırınga edilmesi durumunda karşımıza çıkar. Böyle bir girişim, kişilik hakkına saldırı niteliği taşıdığı gibi, soydanlık (nesep) yönünden de önemli sorunlar doğurucu niteliktedir. Ayrıca bu, toplumun dinsel ve ahlâk görüşüne de ters düşücü nitelik taşıyabilir ve genellikle kabul edilmez (112).

Böyle bir girişimde bulunma konusunda kişi rıza göstererek, hekimle bir anlaşma yapsa ve anlaşmanın yapıldığı ülkedeki hukuk düzenine göre, böyle bir anlaşma hukuken geçerli sayılsa bile, hekimin yanlış ve özürlü girişimleri —örneğin hastalıklı ve sakıncalı sperm seçmiş ve spermeleri iyi kontrol etmemiş olma gibi—, sonucunda sorumlu tutulacağı belirtilmiştir (113).

Kanımızca, yabancı bir erkekten alınacak spermelerin kadına aktarılması, toplumumuzun ahlâk ve din anlayışıyla bağdaşmaz ve hukuka aykırı sayılmalıdır. Diyanet İşleri Başkanlığı da, yapay döllenenin bu çeşidinin dinsel yönden olanak içinde bulunmadığını belirtmiştir (114).

**Yumurtalık aktarılması**, kadının yumurtalıklarında organik ya da işlevsel bir aksaklığın bulunması nedeniyle, yabancı bir kadından alınacak yumurtalığın hasta kadına aktarılmasıdır. Bu çeşit girişimler, organ aktarma kavramı içinde ele alınıp, organ aktarmanın koşullarına bağlı olmalıdır (115).

(111) Bu konuda bk. EREM, Dölllenme Özgürlüğü, Yasa, Temmuz 1980 S. 51. sh. 8.

(112) BUCHER (Persönlichkeit), 253; ÖZSUNAY, 113 - 114; BAYRAKTAR, 200.

(113) GIESEN, 35.

(114) EREM (Dölllenme Özgürlüğü), 8.

(115) GIESEN, 34

## 1) Dış Ortamda Döllendirilen Embrionun Ana Rahmine Yerleştirilmesi (tüp bebek sorunu) :

Doğal yoldan çocuk sahibi olamıyan kişilere bu zevki tattırmak için, erkek spermiyle, kadından alınan yumurta hücresi dış ortamda döllendirilip belli bir gelişme aşamasından sonra, kadının rahmine yerleştirilerek kadının çocuk doğurması sağlanmaktadır.

Bu konu henüz yasal düzenlemeye kavuşmamıştır. Fakat tıp bilimi bunu gerçekleştirebilecek teknik düzeye ulaşmıştır. Gerçekten de son yıllarda kamu oyuna yansıyan ve ilk kez İngiltere'de uygulanan «tüp bebek» örneği bunu göstermektedir.

Bu çeşit girişimler değişik biçimlerde ortaya çıkabilir.

a) Evli kadındaki bir bozukluk —kanalların tıkalı olması gibi— nedeniyle; doğal yoldan gebe kalması olanağı yoksa, ondan alınan yumurta hücresiyle kocasından alınan sperm bir tüpte ya da özel kaptaki döllendirilip, bir süre sonra döllenmiş embrio, kadının rahmine yerleştirilir. Bu çeşit uygulamayı yapay döllemenin hukuka uygun çeşidiyle bir tutmak gerekir (116).

b) İkinci bir uygulama çeşidine göre; evli kadının yumurtalıklarında bir bozukluk bulunması durumunda kocasının spermi yabancı bir kadına şırınga edilip, döllenme sağlandıktan sonra, yabancı kadının rahminden alınan embrio, evli kadının rahmine aktarılmakta ve gelişimini orada tamamlamaktadır. Bu çeşit uygulamanın, yumurtalık aktarılmasına eş tutulacağı belirtilmişse de (117), kanımızca bunu, yapay döllemenin, hukuka aykırı olan çeşidiyle bir tutmalıdır, çünkü yumurta hücresi yabancı bir kadına aittir ve onun özelliklerini taşır.

c) Evli kadının gebeliği ve doğumu kaldıramıyacak derecede hasta olması durumunda, kocasıyla olan cinsel ilişki sonunda, onun rahminde oluşan embrio alınarak yabancı bir kadının rahmine yerleştirilir ve bu kadın çocuğu doğurduktan sonra kendisinden çocuk alınır. Böyle bir durumda, tarafların rızası varsa, hekimin ancak yanlış uygulamadan doğacak zararlardan sorumlu olacağı belirtilir (118). Kanımızca böyle bir uygulama hukuka uygun sayılmaz. Çünkü çocuğu doğuran yabancı kadının da doğan çocuk üzerinde ana-

(116) GIESEN 37.

(117) GIESEN, 37.

(118) GIESEN, 37.

lık hakkı vardır. Onun çocuğunu başkalarına vermesi —belki de koşullara bağlı olarak satması— temel hak ve özgürlüklerle ve kişilik hakkıyla bağdaşmaz.

d) Dördüncü çeşit uygulamada da, evli karı kocanın her ikisinin de kısır olması karşısında, başka bir karı kocanın ilişkisiyle embrio biçiminde oluşan ceninin, yabancı kadından alınarak çocuğu olmıyan kadının rahmine yerleştirilmesi ve gelişimini orada tamamlayarak doğması sağlanır ki, buna doğum öncesi evlât edinme (vorgeburtliche Adoption) denilmektedir (119). Kanımızca bu uygulamayı da yapay döllemenin hukuka uygun olmayan çeşidine sokmak gerekir. Çünkü doğan çocuğu oluşturan sperm ve yumurta hücresi başkasına aittir.

Zaten bu gibi uygulamalar henüz yerleşmemiş ve yasal düzenlemeye kavuşmamıştır. Bunların hukuka uygunluğu da önemli ölçüde tartışma götürür (120).

#### i) Cinsiyet Değiştirme Ameliyatları :

«Cinsiyet değiştirme»den söz edilince, halk arasında, ameliyatla erkeğin kadın, kadının da erkek haline getirilmesi anlaşılmaktadır. Ancak bilimsel açıdan bu kanı kesinlik taşımaz. Cinsiyet değiştirme ameliyatı denilen tıbbi girişimler, iki ayrı tip insan üzerinde uygulanmaktadır. Bunlar, cinsiyeti açık olmayanlar (transseksüeller) ve eşcinsellerdir. Cinsiyet değiştirme ameliyatlarını her iki tip yönünden ayrı ayrı ele almak gerekir.

#### aa) Cinsiyeti Açık Olmayanlar Yönünden Cinsiyet Değiştirme Ameliyatları :

Cinsiyeti açık olmayan (transseksüel) kişi denilince, anatomik yapısı gereği cinsiyeti belli olan, fakat dış görünümü bunu yansıtmayan ya da aldatıcı olarak, dış görünümüyle karşı cinsin belirtilelerini taşıyan kişiler anlaşılır (121).

Bu gibi kişilere uygulanan girişimleri cinsiyet değiştirme ameliyatı şeklinde nitelemek aldatıcıdır. Çünkü anatomik yapıları itibariyle bunların cinsiyeti bellidir, fakat dış görünüşleri, kendi cinslerinin özelliklerine uymadığından, bunlar ameliyatla dış görünüm

(121) AŞÇIOĞLU 168 vd.

itibariyle de cinsiyetlerine uygun hale getirilmektedirler. Yani bu amaçla yapılan ameliyatlar, cinsiyeti değiştirmemekte, anatomik yapı itibariyle belli olan, fakat dış görünüm itibariyle gizli olan cinsiyeti ortaya ıkıup belirli hale getirme amacını taşıtmaktadır.

Bu gibi girişimler, genellikle kişiye ruh sağlığını kazandırma amacını taşırlar. Öte yandan kişinin cinsiyetinin kesinlikle bilinmesinde de toplu yarar vardır. Bu nedenle, kişinin yaşamını tehlikeye düşürmediği ve kişinin rızasına dayandığı sürece, bu gibi ameliyatların kişilik hakkına saldırı niteliği taşımadığını kabul etmek gerekir (122).

#### **bb) Eşcinseller Yönünden Cinsiyet Değiştirme Ameliyatları :**

Eşcinseller, gerek anatomik yapı, gerekse dış görünüm itibariyle cinsiyetleri belli kişilerdir. Fakat bunlar, ruhsal bozukluklar nedeniyle karşı cinse özgü davranış ve duygulara sahiptirler ve kendi cinsiyetinden kişilerle ilişki kurma sapıklığını gösterirler.

Bu gibi kişilere uygulanan cinsiyet değiştirme ameliyatları sonucunda, bunların cinsiyetleri gerçekten değiştirilmiş olmaz. Bunlara yalnızca dış görünüm yönünden —genellikle üreme organları— karşı cinsin özellikleri kazandırıldığı halde, anatomik yapıları değişmemektedir. Dolayısıyla bunların cinsiyetleri de değişmemektedir. Cinsiyete özgü anatomik ve hormonal yapı ve işlevler değişmedikçe, sadece üreme organının dış görünümünün değiştirilmesi, cinsiyetin değiştirildiği anlamına gelmez (123).

Örneğin bir erkek, kadın olmak üzere ameliyat olsa ve bu ameliyatla üreme organının dış görünümü kadın üreme organı biçimine getirilse bile, bu kişi, çocuk doğurma, ádet görme, yumurtlama ve kadınlara özgü öteki işlevlere sahip olmadıkça, onun cinsiyet değiştirdiğinden söz edilemez. Yani sadece dış görünümün değişmesi, cinsiyetin değişmesini sağlıyamaz.

Böyle olunca, eşcinsellere uygulanan cinsiyet değiştirme ameliyatları, daha çok onların kişisel isteklerine dayanan ve sapık davranışlarını daha kolay sürdürebilmelerine imkân veren bir nitelik taşıtmaktadır. Bu gibi girişimleide toplu yarar olmadığı gibi, kişiye ruhsal sağlığa kavuşturma amacının bulunduğu da kuşkuludur.

(122) AŐCIOęLU, 168 ve orada anılar yazarlar.

(123) 2. HD. 21.1.1982, E. 8911, K. 259. Karar Metni İçin bk. AŐCIOęLU, 169-170

Hatta bu gibi ameliyatlardan sonra kişinin, bir daha dönemiyeceği bir noktaya gelmesi, ve bir daha elde edemiyeceği değerleri yitirmesi nedeniyle içine düşeceği ruhsal bunalım onu intihara kadar sürüklüyebilir. Bu sakınca, tıp uzmanlarınca da sık sık ifade edilmektedir.

Belirtilen bu nedenlerle, eşcinsellere uygulanan cinsiyet değiştirme ameliyatlarını kişisel kapris ve ihtirasa dayanan ve sakıncalar doğurması ihtimali bulunan gırışimler olarak hukuka aykırı saymak gerekir (124).