

ÖLÜM SONRASI HATIRAYI KORUMA DOKTRİNİ VE ÖLÜM SONRASI KİŞİLİĞİN KORUNMASI TEORİSİ

Yard. Doç. Dr. Ümit GEZDER *

I. Genel Olarak

İsviçre/Türk Medenî Kanunu (ZGB/MK) her insana hak ehliyeti tanıyıp (MK m.8 (ZGB m.11)), bu hak ehliyetinin yani kişiliğinin ölüm ile sona ereceğini hükme bağlamakta (MK m.28 f.1 (ZGB m.31 f.1), ancak ölümden sonra kişisel değerlerin kaderi hakkında hiçbir kural içermemektedir¹. Bu bağlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların ölümden sonra ne olacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş kişilik haklarının, mesela kişinin şerefi, vücut bütünlüğü, hayatı, sağlığı, özel hayatının gizliliği üzerindeki haklarının, ölüm ile son bulacağını, diğer bir görüş ise ölenin hak ehliyetinin yani kişiliğinin sınırlı olarak devam edeceğini savunmaktadır.

Birinci görüş MK m.28 f.1 (ZGB m.31 f.1) hükmünün açık ifadesi ile hak ehliyetinin ölüm ile sona erdiği gerçeğinden yola çıkmaktadır.

Ölüm sonrası kişiliğin korunması konusunda ki görüş açısından ise Almanya'daki "Mephisto" davası² büyük önem taşımaktadır. Alman Federal Yargıtay'ı (Bundesgerichtshof), bir yayının sürekli yasaklanması yönündeki mirasçının talebine, Anayasa'nın hükümlerinin insanın kişiliğini ölümden sonra bile koruduğuna ve bu kitabın miras bırakanın itibarına saldırı teşkil

* Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Peter Jäggi, "Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit", ZSR (1960) II, s. 168a.

² Bkz.: BGHZ 50, 133, NJW 1968, s. 1773.

ettiğine karar vererek olumlu bakmıştır. Alman Federal Yargıtay'ı, hukuk düzeninin kişilik haklarına ölümden sonra saygı göstermesi gerektiğini belirtmiştir. Onlara göre böyle bir ölüm sonrası koruma insanlara zaten hayatları boyunca etki edecektir.³

Bu makalede MK m.28 f.1'i ve bu bağlamda bu iki görüşü ele alıp, İsviçre/Türk Hukuku bakımından değerlendirme yapmaya çalışacağız.

II. Ölüm ve Tespiti

Kişiliğin sona ermesi ile ilgili olarak MK m.28 f.1 (ZGB m.31 f.1), "*Kişilik ölümle sona erer.*" hükmüyle, münhasıran tabii⁴ "ölüm" kıstasını koymaktadır. MK bir insanın ölümünün nasıl gerçekleştiğini başka bir anlatımla ölüm anını tespit etmeyle ilgili olarak kesin bir düzenlemeyi bilinçli olarak içermemektedir. MK'nın bu tutumuyla meydana gelen ölümün tespiti tıp biliminin o anda ulaştığı seviyeye bırakılmıştır. Zira eğer MK bir düzenleme içerseydi, bu, hızlı bir şekilde gelişen tıp bilimi karşısında yetersiz kalırdı.⁵ Türk Hukukunda mesela 29.05.1979 kabul tarihli 2238 sayılı *Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun*^{6 7} da bu tutum içindedir. Nitekim 2238 SK. "Ölüm Halinin Saptanması" başlıklı m. 11'e göre, "*Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölüm hali, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle saptanır.*"⁸

³ Bu karar, Anayasaya aykırılık itirazına konu olmuştur. Bkz.: BVerfG NJW 1971, s. 1645.

⁴ Türk Hukuk sistemi, "medeni ölüm" (mort civile) veya manastır ölümü (Kloster Tod) kurumlarını kabul etmemiştir (Bilge Öztan, *Şahsın Hukuku – Hakikî Şahıslar*, 7. Baskı, Ankara 1997, s. 21).

⁵ Bkz.: BGE 98 Ia 508 vd., 512; Andreas Bucher, *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, 3. Auflage, Basel 1999, N 216; Piera Beretta, Art.31, N 31, in Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), *Bearbeiter, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, 2. Auflage, Basel 2002; Andreas Kley, ZGB 31, N 5, in Jolanta Kren Kostkiewicz/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), *ZGB Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich 2006; Öztan, s. 21; M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 6. Baskı, İstanbul 1999, s. 14-15.

⁶ R.G. Tarih: 03.06.1979, R.G. Sayı: 16655.

⁷ Bu Kanun, "2238 SK" olarak anılacaktır.

⁸ Keza İsviçre'de hiçbir Kanton Kanunu da tıp biliminin o anda ulaştığı belirlemesinden ayrılmamaktadır. Bkz.: BGE 123 I 112 vd., 127 vd. (Beretta, Art.31, N 31).

Kalp atışlarının ve solunumun durması, bir zamanlar, kişinin ölüm anı olarak kabul ediliyordu (klinik ölüm⁹, biyolojik ölüm¹⁰).¹¹ Ancak kalbin yeniden çalıştırılabileceğinin keşfedilmesiyle bu ölüm tespiti tereddütlü hale geldi ve bu da yeni bir anlayışın, beyinsel ölüm, kabulünü gerektirdi.¹²

Türk Tabipler Birliği 18.4.1968 tarihli kararında, organ nakli bakımından ölüm anını belirlemede, bir kimsenin ölmüş sayılabilmesi için, tüm reflekslerinin sona ermiş olması, kalp atışlarının ve solunumunun durması, beynin fonksiyonunu yerine getirmedeğinin EEG testleriyle saptanması gibi koşulların varlığını aramıştır¹³. Yüksek Sağlık Şurası ise 24.11.1969 tarihli kararında, ölümün tespitinde, beyin ölümünü kabul etmiştir¹⁴.

2000 tarihli *Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği*¹⁵, organ ve doku nakli bakımından, beyin ölümünü kabul etmiştir. Nitekim Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği "Tanımlar" başlıklı m.4/e'ye göre, "*Organ Kaynağı Merkezi; beyin ölümü kriterlerini tesbit edebilecek donanım ve personele sahip merkezleri, ifade eder.*" Keza m.27'ye göre, "*.... beyin ölümü tutanağının (Ek-1) de belirtilen beyin ölüm kriterlerine göre sorumludur. Organ ve doku kaynağı merkezleri beyin ölümü oluşan her hastayı Bölge Koordinasyon Merkezine bildirmek zorundadır.*" Ve bahsi geçen Ek-1'e göre, "*Beyin Ölüm Kriterleri Tanım: Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve beyin fonksiyonlarının tam ve irreversibl kaybıdır.*"

Bu konuda son olarak vurgulayalım ki özellikle organ nakli, Miras Hukuku¹⁶ ve inceleme konumuz açısından ölüm olayının tespit anı büyük bir önem arz etmektedir.

⁹ Öztan, s. 21.

¹⁰ Ergun Özsunay, *Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar*, İstanbul 1998, s. 38; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 15.

¹¹ Kalp ölümü hakkında ayrıca bkz.: Beretta, Art.31, N 32 vd.

¹² Beyin ölümü hakkında bkz.: Beretta, Art.31, N 32 vd.; Öztan, s. 22; Özsunay, s. 38-39; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 15-16.

¹³ Özsunay, s. 39'dan naklen. Türk Tabipler Birliği bu kararı ile biyolojik ölümü kabul etmiştir (Öztan, s. 22).

¹⁴ Öztan, s. 22. Hukukî bakımdan ölümün beyin ölümüyle gerçekleştiği doktrinde ağırlık kazanan anlayıştır (a.g.e., s. 23).

¹⁵ R.G.Tarih: 01.06.2000, R.G.Sayı: 24066.

¹⁶ Bkz.: Öztan, s. 22-23; Jale G. Akipek/Turgut Akıntürk, *Türk Medenî Hukuku - Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku*, Birinci Cilt, 6. Bası, İstanbul 2007, s. 246-247.

III. Ölümün Hukukî Sonucu: Kişiliğin Sona Ermesi

A. MK m.28 f.1'deki "Kişilik" Kavramı

"Hak ehliyeti" başlıklı MK m.8, "*Her insanın hak ehliyeti vardır.*" hükmünü getirmektedir. Mademki her insanın hak ehliyeti vardır, o halde her insan kişilik haklarının sahibidir¹⁷. Nitekim MK m.28 f.1 'hak ehliyetinin' başlangıç ve sona ermesinde 'kişilik' terimini kullanmaktadır. Bu da 'kişilik' ve 'hak ehliyeti'nin doğrudan bir bağlantı içinde olduğunu göstermektedir. Her kişinin hak ehliyeti olduğundan, kişiliğin başlangıç ve sonunun tanımı hayati bir anlama kavuşmaktadır. Zira bu tanım hukuken insanın varlığına karar verici olmaktadır¹⁸.

B. Kişiliğin Sona Ermesi

MK m.28 f.1'e göre, "*Kişilik ölümle sona erer.*" Şu halde ölüm olayı ile birlikte kişinin 'hak ehliyeti' ve 'taraf ehliyeti'¹⁹ kendiliğinden²⁰ sona erer.²¹ Ölüm anından itibaren merhum artık ne hakların ne de borçların taşıyıcısıdır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı olmayan haklar, özellikle mal varlığı hakları, ölümden sonra var olmaya devam eder ve miras olarak kalabilir (MK m. 599 f.2). Şu halde, kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere, ölüm olayı ile birlikte ölenin sağlığında üzerinde tasarrufta bulunmadığı aynî hakları, alacakları, diğer malvarlığı hakları, taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetlikleri doğrudan doğruya mirasçılara geçer. Mirasçılar miras bırakanın borçlarından kişisel olarak sorumludurlar (MK m. 599 f.2). Başka bir ifadeyle borçlar ve aynî haklar, alacaklar, diğer malvarlığı hakları, zilyetlikler mirasçılara, Miras Hukuku kurallarına göre, ayrıca herhangi bir işleme gerek kalmaksızın geçer.²² Zira devredilebilir haklar mirasın konusudur ve miras dolayısıyla kanundan dolayı ölüm anında intikal eder. Kişiye sıkı sıkıya bağlı olan ona kişiliği sebebiyle tanınmış haklar yani kısaca kişiye bağlı haklar (kişilik

¹⁷ Thomas Geiser, *Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke*, Basel 1990, s. 86. Özellikle hayat hakkı, vücut bütünlüğü üzerindeki hak ve insanlığına saygı hakkı her insan için vardır (a.g.e., s. 86).

¹⁸ Kley, ZGB 31, N 1.

¹⁹ BGE 129 I 304.

²⁰ Öztan, s. 23; Akipek/Akıntürk, s. 246.

²¹ Ayrıca bkz.: 12 HD 24.5.1982, E. 4535, K. 4719 (YKD 1982, c. VIII, s. 9, 128); 7 HD 31.12.1981, E. 15424, K. 13838 (YKD 1982, c. VIII, s. 5, 659); 12 HD 21.1.1980, E. 10168, K. 313 (YKD 1980, c. VI, s. 8, 1112). Bu kararında Yargıtay ölü bir kimse hakkında takip yapılamayacağını karara bağlamıştır (Öztan, s. 23, dnt. 37'den naklen).

²² Bkz.: Öztan, s. 23.

hakları) ölümle sona erer.²³ Malvarlığı haklarının aksine kişilik hakları devredilemez²⁴ ve miras olarak kalamaz.²⁵

IV. Kişiliğin Korunması

A. Genel Olarak

Yukarıda belirttiğimiz gibi ölüm olayı ile birlikte kişinin 'hak ehliyeti' sona erer. Ancak hak ehliyetinin sona ermesinin (MK m.28 f.1), bir insanın ölüm ile kişiliğinin korunmasını kaybettiği anlamına gelip gelmediği tartışma konusudur.

Ölümden sonra kişiliğin korunması hakkında iki görüş vardır. İsviçre ve Türkiye'de ağırlık kazanan doktrini²⁶ ve İsviçre Federal Mahkeme kararlarını²⁷ temsil eden görüşe göre kişiliği koruma dolaylı olarak yakınların saygı duygusunu koruma sebebiyle olabilir (Hatırayı koruma (*Andenkenenschutz*)). Diğer görüş ise özellikle Alman Mahkeme kararları²⁸ ve doktrinince²⁹ temsil edilen ölenin

²³ Bkz.: Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern 1999, N 03.28; Bucher, N 219 vd.; Mario M. Pedrazzini/Niklaus Oberholzer, *Grundriss des Personenrechts*, 4. Auflage, Bern 1993, s. 35; Beretta, Art.31, N 39; Öztan, s. 23; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 16 ve bkz.: *a.g.e.*, s. 16, dnt. 25.

²⁴ Bucher N 220; Hausheer/Aebi-Müller, N 10.23; Walter Ott/Thomas Grieder, "Plädoyer für den postmortalen Persönlichkeitsschutz," *AJP/PJA* 6/2001, s. 627.

²⁵ BGE 101 II 191; Pedrazzini/Oberholzer, s. 35; Ott/Grieder, s. 627.

²⁶ Mesela H. Kaestlin, "Der Persönlichkeitsschutz nach schweizerischem Recht", *NJW* 1959, s. 1012; Jörg P. Müller, "Recht auf Leben, Persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation", *ZSR* 90 (1971) I, s. 467 vd.; Geiser, s. 91; Esther Knellwolf, *Postmortaler Persönlichkeitsschutz - Andenkenenschutz der Hinterbliebenen*, Diss. Zürich 1991, s. 80 vd., 146; Hans Michael Riemer, *Personenrecht des ZGB*, Bern 1995, § 6 N 133; Hausheer/Aebi-Müller, N 02.22, N 10.27; Bucher, N. 219 vd., 474, 510, 562; Christian Brückner, *Das Personenrecht des ZGB*, Zürich 2000, N 651 vd.; Jörg Schmid, *Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht*, Zürich 2001, N. 723; Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 16. Türk doktrininde diğer yazarlar için bkz.: Serap Helvacı, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakları Koruyucu Davalar*, İstanbul 2001, s. 58, dnt. 205.

²⁷ Mesela BGE 70 II 130 vd.; BGE 101 II 191; BGE 104 II 235 vd.; BGE 109 II 359; BGE 129 I 302 vd.

²⁸ Mesela BGHZ 50, 133, *NJW* 1968, s. 1773. Ayrıca bkz.: BVerfG *NJW* 1971, s. 1645.

²⁹ Mesela O.-F. v. Gamm, "Zur praktischen Anwendung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts", *NJW* 1955, s. 1826; Ulrich Koebel, "Das Fortwirken des Persönlichkeitsrechts nach dem Tode", *NJW* 1958, s. 936 vd.; Arno Buschmann, "Zur Fortwirkung des Persönlichkeitsrechts nach dem Tode", *NJW* 1970, s. 2081 vd.; Haimo Schack, "Das Persönlichkeitsrecht der Urheber und ausübenden Künstler nach dem Tode", *GRUR* 87 (1985), s. 354 vd.; Haimo Schack, "Weiterleben nach dem Tode - juristisch

kişiliğinin doğrudan doğruya korunması düşüncesidir (Ölüm sonrası kişiliğin korunması (*postmortaler Persönlichkeitsschutz*)).

B. Hatırayı Koruma Doktrini

1. Genel Olarak

Hatırayı koruma doktrini MK m. 28 f.1'e (ZGB m. 31 f.1) dayanmaktadır. Doktrinin başlangıç noktası, insanın hak ehliyetini öldüğünde kaybettiğidir. Dolaysıyla ölenin artık ne hakları ne borçları ve ne de kişilik vasfı vardır. Bir insan böylece ölümden sonra kişiliğine yapılan saldırılara karşı bizzat kendisini koruyamaz³⁰. Ölüm ile birlikte bir kişinin keza kişiliği koruma hakkı da sona ermiştir.³¹

Ancak bir kişiliğin ihlali sadece doğrudan doğruya ilgili kişiyi değil aynı zamanda bu kişiyle yakın ilişkisi olan üçüncü kişileri de ilgilendirdiğinden,³² ölene yapılan bir saldırı aynı zamanda yakınlarının da saygı duygusunu zedeleyebilir ve böylece kişilik alanına dahil olabilir.³³ Yakınlar bu durumda bizzat kendi adlarına kendi kişilik haklarının ihlalini ileri sürebileceklerdir.³⁴ Yoksa kişiliğin ihlalinde merhumun adına MK m.24 f.1'e başvurulamaz. Zira İsviçre Federal Mahkeme kararlarının da haklı olarak belirttiği gibi³⁵, İsviçre/Türk hukuk düzeni ölenin herhangi bir hak ehliyetinin ve böylece bununla kaçınılmaz olarak aynı zamanda dava ehliyetinin varlığını reddetmektedir. Böylece yürürlükte olan hukuka göre birinin ölenin vekili olarak onun adına MK m. 24 f.1'e (ZGB m. 28 f.1) göre bir dava açması imkânsızdır.³⁶ İsviçre Federal Mahkemesine göre³⁷, "ortaya konan Federal Mahkeme içtihatları hatırayı koruma doktrinine göre verilmiştir. Buna göre hiç kimse bir ölünün vekili olarak onun adına dava açamaz. Fakat yakınları kendi kişilik haklarına dayanarak ölümden sonra devam eden ölenin bazı kişilik değerlerini savunabilir. Zira bu kişilik değerlerine sahip çıkarlarsa ölenin yakın hısımları ya da yakın arkadaşları kendi saygı duy-

betrachtet", JZ 1989, s. 614 vd.

30 Knellwolf, s. 4.

31 BGE 109 II 359.

32 Jäggi, s. 168a, dnt. 52; Bucher, N 472; Pedrazzini/Oberholzer, s. 178 vd.

33 Jäggi, s. 168a, dnt. 52; Riemer, § 6 N 133; Ott/Grieder, s. 628.

34 BGE 101 II 191; BGE 104 II 235; BGE 109 II 359; Geiser, s. 87; Brückner, N 655; Knellwolf, s. 4; Bucher, N 474.

35 BGE 127 I 115 E. 6a s. 122 vd.; BGE 109 II 353 E. 4a s. 359; BGE 104 II 225 E. 5b s. 234 vd.; BGE 101 II 177 E. 5a s. 190 vd.; BGE 70 II 127 E. 2 (BGE 129 I 306'dan naklen).

36 BGE 129 I 306.

37 BGE 129 I 307.

gusuna da sahip çıkmış olacaktır". Bu durumda yakınların saygı duygusunun korunması sayesinde ölenin kişiliği de dolaylı olarak korunmuş olacaktır³⁸.

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi dul bir kadının onayı olmaksızın kocasını ölüm döşeginde resmeden bir tablo sergilendiğinde, bu kadının kendi kişiliğinin ihlal edildiğini ileri sürebileceğini karara bağlamıştır³⁹. İsviçre Federal Mahkemesi keza yakınlarla cesetten bir organ alınmasını⁴⁰ ya da otopsiyi⁴¹ yasaklama hakkı tanımaktadır⁴². Ancak şunu da belirtmeliyiz ki yine İsviçre Federal Mahkemesi, ölenin mesela kendi cenazesi hakkında karar vermesinin geride kalan yakınlarının karar verme yetkisinin üstünde olduğuna hükmetmiştir. Bu durumda yakınlarının kararı ikinci derecededir ve ancak ölenin ne yazılı ne de sözlü istekleri yoksa söz konusu olabilir. Bu kararda bir kadın yazılı olarak İsviçre'de gömülmeyi istemiş ancak Roma'da yaşayan kocası ve çocukları onun Roma'da gömülmesini arzulamıştı⁴³.

Bu görüşü savunanlardan Knellwolf'a göre, bu doktrinin lehine olarak, onun yürürlükte bulunan hukuk prensipleriyle uyumlu olduğu ileri sürülebilecektir. Zira en yakınlarının kendi kişilik haklarına dayanarak harekete geçebileceklerinin savunulması, MK m.24 (ZGB m.28)'in bir uygulaması olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla bu doktrini savunanların bu amaç için yeni bir hukukî figür, ölümden sonraki bir kişilik, yaratması gerekli bulunmamaktadır. Merhumun dolaylı, yakınlarının ise doğ-

38 BGE 109 II 359; Ott/Grieder, s. 628. Ayrıca bkz.: Bucher, N 474; Knellwolf, s. 4.

39 Bu karar için bkz.: Kaestlin, s. 1012.

40 BGE 101 II 177 (Ott/Grieder, s. 628'den naklen).

41 BGE 111 Ia 231 (Ott/Grieder, s. 628'den naklen).

42 Türk Hukuku'nda bir tür ızdırar halini (bkz.: Mustafa Dural/Tufan Öğüz, *Kişiler Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 2004, s. 110) ifade eden 2238 SK m.14 f.4'e göre, "(Değişik fıkra: 21/01/1982 - 2594/1 md.) Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, 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." 2000 tarihli Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği Ek-1'e göre ise, "Beyin ölümü tanısı konan hastalarda * Hasta yakınına beyin ölümü deklare edildikten sonra hastaya uygulanan tıbbi destekler kesilebilir. * Hasta yakınına beyin ölümü deklare edildikten sonra yaşam desteğinin kesildiği durumlar: 1- Hastanın organ veya organlarının transplantasyon için kullanılmasına hasta yakınının izin vermesi, 2- Hasta yakınlarının yaşam desteğinin kesilmesine izin vermesidir."

43 BGE 129 I 173 (BGE 129 I 309'dan naklen).

rudan doğruya korunması bu doktrinin neticesi olarak ortaya çıkmaktadır. Bu bazı durumlarda, mesela hiç yakının olmaması ya da yakınlarının harekete geçmemesi, dezavantaj gibi ortaya çıkmaktadır. Fakat, Knellwolf'a göre, bu sonuç kabul edilemez olarak algılanmamalıdır. Çünkü merhum artık insan değildir ve ihlal edilecek değerleri yoktur.⁴⁴

2. Hatırayı Koruma Doktrinin Eleştirisi

Jäggi'ye göre⁴⁵ kişisel haklar ölümle sona erse de, bazı kişisel değerler, ceset, itibar vs. var olmaya devam etmektedir. Bu kişisel değerler belli bir merhuma bağlı olsa da, aynı zamanda yakınlarının saygı alanına ve böylece kişilik alanına dahil olabilecektir. Bu değerler de ölümden sonra ihlal edilebilir. Ancak bu durumda sadece yakınların kendi adlarına dava açması eksik bir koruma teşkil edecektir.

Ott/Grieder'e göre⁴⁶ ise hatırayı koruma görüşü, ölünün kişiliğini korumada yetersiz kalmakta ve hatta bazı durumlarda koruma tamamen başarısız olmaktadır. Bu yazarlara göre zira eğer bir yakın bizzat kendisi ölünün kişiliğine müdahale etmişse, aynı zamanda kendi kişiliğine dokunacağından kendi kişiliğinde zıt çıkarılarda karar vermek zorunda kalacaktır.⁴⁷ Bu durumda, bu yazarlara göre, hatırayı koruma görüşü ölünün kişiliğini koruyamaz. Bu yazarlara göre hatırayı koruma görüşünün savunucularından Knellwolf⁴⁸ da eğer merhumun hiç yakını yoksa ya da olmasına rağmen bunlar hareket etmiyorlarsa Özel Hukukun korumasının başarısız kalacağını belirtmektedir. Hatırayı koruma görüşü yakınlardan bağımsız korumayı elde etme konusunda olmadığından, ölünün kişiliğini korumayı isteyip istememek yakınlarının elinde olacaktır. Ott/Grieder'e göre⁴⁹ sonuç

44 Knellwolf, s. 4-5.

45 Jäggi, s. 168a, dnt. 52.

46 Ott/Grieder, s. 628.

47 Bu yazarlara göre Federal Mahkeme 26 Nisan 1995 tarihli (Pra 85/1996 Nr. 94 s. 289 vd.) kararında yalnız hatırayı koruma doktrinine dayanmış olsaydı menfaatler arasındaki zıtlık zorluğuna düşecekti (Ott/Grieder, s. 628, dnt. 27).

Federal Mahkeme bu kararında doktorların sır saklama yükümlülüklerinin ölümden sonra da devam ettiğine karar vermiştir. Beretta'ya göre Federal Mahkeme bu kararında ayrıca, hastalığın seyrindeki bilgilerin gizli tutulmasında merhum kişinin menfaatinin korunması gereken bir değer olduğuna da hükmetmiştir. Bununla Federal Mahkeme en azından bu alanda merhum kişiye özel alan hakkı tanımıştır (Beretta, Art. 31, N 43).

48 Knellwolf'un bu durum için savunmaları konusunda bkz.: yukarıda IV B 1 ve Knellwolf, s. 5.

49 Bkz.: Ott/Grieder, s. 628.

olarak ölenin kişiliğinin koruma alanı yakınların saygı duygusu olarak belirlenebilecek olandan daha geniş olacağından, dolaylı koruma yoluyla ölenin kişiliğinin korunması yetersiz koruma olacaktır.

C. Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi

1. Genel Olarak

Ölüm sonrası kişiliğin korunması teorisine göre de keza insan ölüm ile birlikte kural olarak hak ehliyetini kaybeder⁵⁰. Kişilik hakları kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olduğundan mirasçılara geçmesi mümkün değildir. Fakat kişiliğin dolaylı sonucunun koruma değerinin varlığı, kişilik hakkının yaşamın sona ermesi ile sonlanmamasını getirmektedir⁵¹. Bu durumda iki alternatif söz konusudur: Ya ölü hak süjesi olma vasfını devam ettirecektir ya da süjesi olmayan bazı haklar ortaya çıkacaktır. Süjesi olmayan hak hukuk düzenince kabul edilmediğinden,⁵² bu halde ancak ölenin kişilik hakkının ölümden sonra da sınırlı boyutta devam ettiğinden bahsedilebilecektir⁵³.

Kişilik hakkı insanın kişiliğinin ölümünden sonra ihlal edilmeyeceğine güvenini de korumaktadır⁵⁴. Bu güven evvela ölümden sonra korunmayı garanti etmektedir ki insan sağlığında kendini serbestçe geliştirebilsin. Mesela ölüm ile birlikte mektup ve günlük yazan yayınlanmasından korumasız kalsaydı, çekingen bir insan yazmaktan alıkonulurdu ve böylece sağlığında serbestçe gelişimi olumsuz etkilenirdi⁵⁵.

Sınırlanmamış bir ölüm sonrası kişiliğin korunması gerçekçi olmayacağından, ölüm sonrası kişiliğin korunmasının hangi zaman dilimiyle sınırlandırılması gerektiği belirlenmelidir. 10, 20, 25, 50 yıl gibi belirli, değişmeyen bir süre için sınırlandırma doktrinde reddedilmektedir⁵⁶. Bu süre, özel sebeplerle ölene

50 Bkz.: Ott/Grieder, s. 628.

51 BGHZ 15 Nr. 44 259; BGHZ 50 Nr. 22 136 (Ott/Grieder, s. 628 ve dnt. 34).

52 Öztan, s. 25.

53 Jäggi, s. 168a, dnt. 52; Koebel, s. 937; Buschmann, s. 2086; Schack, Persönlichkeitsrecht, s. 356; Ott/Grieder, s. 628; Öztan, s. 25.

54 H. Hinderling, "Nochmals zur Frage der Zulässigkeit von Organübertragungen", SJZ 65 (1969), s. 235; Schack, Persönlichkeitsrecht, s. 355; Schack, Weiterleben, s. 614; Ott/Grieder, s. 629.

55 Schack, Persönlichkeitsrecht, s. 355-356; Ott/Grieder, s. 629.

56 Schack, Persönlichkeitsrecht, s. 359; Schack, Weiterleben, s. 615; Ott/Grieder, s. 629.

saygının ortadan kalkması ile sona erecektir.⁵⁷ Başka bir ifadeyle sınırlandırma her somut olayda üçüncü kişilerin menfaati ile ölenin hatırası karşılaştırıldığında ortaya konabilecektir ki ölenin hatırası azaldıkça üçüncü kişilerin menfaati artacaktır.⁵⁸ Sonuç olarak kişilik hakkı ölümü müteakiben de hemen hemen daima devam edecek ve fakat bunun onlarca yıl devamı çok nadir gerçekleşecektir.⁵⁹

2. Ölenin Kişilik Hakkını Korumada Yetkili Kişi

Bu teoriye göre korumanın konusu ölenin kişilik hakkıdır. Ölene, ihlal durumunda kendini savunma/koruma talebi tanınacaktır. Koruma, ölenin yakınlarının olup olmamasına ya da bunların harekete geçmeyi isteyip istememesine bağlı değildir. Ancak tanınan talebi ileri sürmek için, ölenin geride kalan yakınlarına başvurulması gerekebilecektir.⁶⁰ Zira tanınan hakların kullanılması, tıpkı tüzel kişilerde ve fiil ehliyeti bulunmayan gerçek kişilerde söz konusu olduğu gibi, ancak başkaları aracılığıyla gerçekleştirilebilecektir.⁶¹ Şu halde ölen kişiliğinin ihlalinde artık kendini savunamayacağından, kimin merhumun hakkını korumada yetkili olacağına karar verilmelidir.

Bu durumda kural olarak sağlığında merhum tarafından yetkili olarak birine karar verilebilir⁶² ya da bu ölenin yakınlarından biri olabilir.⁶³ Bundan başka, Ott/Grieder'e göre, temsil kayyımının (MK m.426 (ZGB 392)) kıyasen uygulanmasından anlaşılacağı gibi, yasal bir yetki verilebilir⁶⁴. Temsil kayyımı MK m. 426 b.1'e göre, "*ergin bir kişi, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri bir sebeple ivedi bir işini kendisi görebilecek veya bir temsilci atayabilecek durumda değilse,*" gereklidir. Ott/Grieder'e göre, ölen kişilik hakkının ihlalinin bizzat kendisi ileri süremeyeceğinden, bu durumda doğrudan doğruya bir yasal temel bulma başarısız olmasına rağmen, ölüm sonrası kişilik hakkını koruma için, temsil kayyımı düzeni keza merhum için de kabul edilmelidir.⁶⁵

57 Öztan, s. 25.

58 BGHZ 50 Nr. 22 140 vd.; Schack, Persönlichkeitsrecht, s. 359; Schack, Weiterleben, s. 615; Ott/Grieder, s. 629.

59 Schack, Persönlichkeitsrecht, s. 359; Ott/Grieder, s. 629.

60 Ott/Grieder, s. 629.

61 Öztan, s. 25.

62 Ott/Grieder, s. 629; Öztan, s. 25.

63 Öztan, s. 25.

64 Ott/Grieder, s. 629.

65 Yazarlar bu bağlamda BGE 73 II 85 vd. E 4'e işaret etmektedirler. (bkz.:

MK m. 426'ya göre, "Vesayet makamı, aşağıda yazılı olan veya kanunda gösterilen diğer hâllerde ilgisinin isteği üzerine veya re'sen temsil kayyımı atar." Eşinin ve yakın hısımlarının⁶⁶ öncelik (rüçhan) hakkı vardır (MK m. 414). Demek ki, kural olarak, ölenin kişiliğini korumaya yetkili olarak ilk önce merhumun en yakın hısımları söz konusu olmaktadır.⁶⁷ Fakat merhum ile menfaati çatışan veya onunla aralarında düşmanlık bulunan kişiler seçilemeyeceğinden (MK m. 418 b.3), merhumun kişilik hakkına bizzat kendisi müdahale eden yakını merhumun hakkını korumada yetkili olamayacaktır.⁶⁸

Merhumun hakkını korumaya yetkili olan, ölenin kişilik hakkının ihlalinden kaynaklanan talep olarak, saldırı tehlikesinin önlenmesini ve sürmekte olan saldırıya son verilmesini talep edebilir. Bununla birlikte ölen para ile artık hiçbir denkleştirme elde edemeyeceğinden, para talebi söz konusu olmayacaktır.⁶⁹

3. İsviçre/Türk Medenî Kanunu Açısından Ölüm Sonrası Kişiliğin Korunması Teorisi'nin Durumu ve Eleştirisi

İsviçre/Türk Hukuku'nda ölüm sonrası kişiliğin korunması teorisi'nin uygulama alanı için, bu teoriyi savunanların bile kabul ettikleri gibi⁷⁰, onun MK m. 28 f.1 (ZGB m.31 f.1) ile uyum içinde olup olmadığının incelenmesi gereklidir. MK m.28 f.1'in lafzına göre kişilik ölümle sona erdiğinden, bu hükümden ölene hiçbir kişilik hakkının tanınamayacağı şeklinde bir sonuç çıkarılabilir.⁷¹

Ancak İsviçre doktrininde Ott/Grieder tarafından bunun sadece ZGB m.31 f.1 (MK m.28 f.1) ile değil, bilakis tüm hukuk

-
- 66 Ott/Grieder, s. 629, dnt.51).
Burada geçen "yakın hısım" kavramından, ilgiliyle "yakın ailevi ilişkisi" bulunan özellikle anne, baba, çocuklar ve kayın hısımları anlaşılmalıdır (Stephanie Hrubesch-Millauer, ZGB 380, N 3, in Jolanta Kren Kostkiewicz/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), ZGB Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Zürich 2006). Akıntürk'e göre "yakın hısım"dan anlaşılan, haklı bir sebep aksini gerektirmedikçe, "en yakın hısımdır" (Bkz.: Turgut Akıntürk, Türk Medenî Hukuku - Aile Hukuku, İkinci Cilt, 10. Bası, İstanbul 2006, s. 506. MK m. 414 konusunda ayrıca bkz.: Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku - Aile Hukuku, Cilt III, İstanbul 2005, s. 604-605). Şu halde yakın ailevi ilişkinin bulunmaması haklı bir sebep teşkil edecektir.
- 67 Bkz.: BGHZ 50 Nr. 22 140; v. Gamm, s. 1826; Koebel, s. 937; Schack, Weiterleben, s. 614; Ott/Grieder, s. 629.
- 68 Ott/Grieder, s. 630.
- 69 Bkz.: Geiser, s. 89; Ott/Grieder, s. 629; Öztan, s. 25.
- 70 Ott/Grieder, s. 630.
- 71 Knellwolf, s. 24; Ott/Grieder, s. 630.

düzeni içinde diğer yasal hükümler ile bağlantılı olarak ele alınması gerektiği görüşü ortaya konmuştur. Ott/Grieder'e göre⁷², eğer yürürlükteki İsviçre Hukuk düzeni zaten ölüm sonrası hakkı öngörüyor ise, bu, 'ölüm sonrası kişiliğin korunmasının' lehine önemli bir işaret olacaktır. Nitekim Fikri Hukukta yazarın kişiliği ölümden sonra devam ediyor ki, fikri hakkın korunması ölüm anında yok olmamaktadır; kişiliğin cezai korunması ölüm sonrasına uzatılmaktadır; keza ölenin defin isteklerine saygı gösterilmektedir⁷³ ve nihayet ölümden sonra cesedin kullanımı hakkında kişisel istek var olmaya devam etmektedir.⁷⁴ Ott/Grieder'e göre⁷⁵ bunlar İsviçre Hukuk düzeninin ölüm sonrası hakları tanıyor gibi olduğunu göstermektedir. Knellwolf'a göre⁷⁶ ise, bu durumdakilerden hiç biri, ne tek olarak ne de hepsi beraber, İsviçre Hukukunda ölüm sonrası bir hak var olduğunu ispatlamak için kullanılamaz. Ayrıca, Knellwolf'a göre, merhumun devam eden bir kişiliğini kabul etmiş olursak, şüphesiz ki bu, yeni, yürürlükte olan esas prensiplere aykırı bir kabul olacaktır. Ona göre, başka bir deyişle, İsviçre'de yürürlükte olan hukukun Alman Hukukunun ölüm sonrası kişiliğin korunması görüşünü kabul etmeye hazırlayan bir temel içerdiğini şimdilik haklı olarak zaten ileri süremeyiz.

Ölüm sonrası kişiliğin korunması teorisine yöneltilen itirazlardan biri de ölenin adına dava açılabilmesi noktasındadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi⁷⁷, İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarının⁷⁸ haklı olarak belirttiği üzere İsviçre/Türk hukuk düzeni ölenin hak ehliyetinin ve böylece kaçınılmaz olarak aynı zamanda dava ehliyetinin ölüm ile sona erdiğini (MK m.28 f.1 (ZGB m.31 f.1)) ve bunun sonucu olarak yürürlükte olan hukuka göre birinin ölenin vekili olarak onun adına MK m.24 f.1'e göre (ZGB m.28 f.1) bir dava açmasının imkânsızlığını getirmektedir.⁷⁹

72 Ott/Grieder, s. 630.

73 Bkz.: BGE 97 I 229; Beretta; Art. 31, N 41.

74 BGE 98 Ia 508 vd.; BGE 101 II 190 vd.; BGE 111 Ia 231 vd.; BGE 123 I 112 vd. (Ott/Grieder, s. 630 ve dnt.61). Ayrıca bkz.: Bucher, N 222; Hausheer/Aebi-Müller, N 03.28; Beretta, Art. 31, N 41.

75 Ott/Grieder, s. 630.

76 Knellwolf, s. 80.

77 Bkz.: IV B 1.

78 BGE 127 I 115 E. 6a s. 122 vd.; BGE 109 II 353 E. 4a s. 359; BGE 104 II 225 E. 5b s. 234 vd.; BGE 101 II 177 E. 5a s. 190 vd.; BGE 70 II 127 E. 2 (BGE 129 I 306'dan naklen).

79 BGE 129 I 306.

Türk Hukuk doktrinde Öztan'a göre ise, kişinin himayesine yönelik olarak hem Anayasa'nın⁸⁰ hem de Medenî Kanun'un hükümleri, dar yorumlanmalarını gerektiren bir düzenleme tarzı ihtiva etmediklerinden, geniş yorumlanarak, kişinin ölümden sonra belirli bir süre ile sınırlı olarak hak ehliyetinin devam ettirilmesi isabetli olacaktır.⁸¹

V. Sonuç

MK m.28 f.1'in açık lafzına göre mademki ölüm ile hak ehliyetinin sona erdiği gerçeği söz konusudur, kişilik artık sona erdiğinden onun korunması da sona erecektir. Fakat hak ehliyetinin sona ermesi, bir insanın ölüm ile kişiliğinin korunmasını tamamen kaybettiği anlamına da gelmemektedir. Belirli kişilik hakları mirasçılara geçmeksizin ölümden sonra da var olmaya devam eder. Mesela her insan kendi ölümünden sonra bile etkili olacak cenazesinin şekli ve cesedinin kullanılması konusunda karar verebilir.⁸²

Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de bazı alanlarda kişilik haklarının ölümden sonra etkisinin olabileceğine karar vermiştir. Ancak Federal Mahkeme hiçbir zaman, ölüm sonrası kişiliğin korunması teorisinin savunucuları gibi, ölenin adına dava açabileceğini kabul etmemiştir (BGE 129 I 310): MK m.28 f.1'de (ZGB m.31 f.1) ifadesini bulan ölüm ile kişiliğin dolayısıyla hak ehliyetinin sona ermesi gerçeği, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarının da açıkça belirttiği gibi (BGE 129 I 302 vd.), ölünün taraf ehliyetini de sona erdirmektedir.

Federal Mahkeme içtihatları hatırayı koruma doktrinine göre karar vererek, ölünün vekili olarak hiç kimsenin onun adına dava açmadığı bu gerçeklikte, ölünün yakınlarının kendi kişilik

80 Anayasa'da yer alan hükümlerin Türk Hukukunda yatay etkisinin bulunduğu Anayasa'nın "Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü" başlıklı m. 11 f.1'in, "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallardır." hükmünden açıkça anlaşılmaktadır. Anayasa hükümlerinin yatay etkisinin anlamı, yargıcın özel hukuk anlaşmazlıklarında Anayasa hükümlerinin lafzı ve ruhu ile kesin bağlı olmasıdır (Helvacı, s. 28-29; Dural/Öğüz, s. 93 vd.).

81 Öztan, s. 25. Ayrıca bkz.: Rona Serozan, "Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler", *MHAD*, Yıl 11, S. 14, 1977, s. 109 (Helvacı, s. 57, dnt. 203'ten naklen).

82 Bkz.: Bucher, N 222; Beretta, Art. 31, N 40.

haklarına dayanarak ölümden sonra devam eden ölünün bazı kişilik değerlerini savunabileceğini vurgulamıştır.

İsviçre Federal Mahkemesinin de açıkça belirttiği gibi, MK m.28 f.1'in (ZGB m.31 f.1) varlığı, Alman ölüm sonrası kişiliğin korunması teorisi'nin yürürlükte bulunan hukuka dahil olmasına engel olmaktadır. Bu teoriyi Alman içtihatları gibi kullanabilmek için, MK m. 28 f.1'in (ZGB m.31 f.1) değişikliği ve böylece kanun koyucunun bir kararı gereklidir (BGE 129 I 310).

Bibliyografya

Akıntürk, Turgut: *Türk Medenî Hukuku – Aile Hukuku*, İkinci Cilt, 10. Bası, İstanbul 2006.

Akipek, Jale G./ Akıntürk, Turgut: *Türk Medenî Hukuku – Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku*, Birinci Cilt, 6. Bası, İstanbul 2007.

Beretta, Piera: in Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/ Thomas Geiser (Hrsg.), Bearbeiter, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, 2. Auflage, Basel 2002.

Brückner, Christian: *Das Personenrecht des ZGB*, Zürich 2000.

Bucher, Andreas: *Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz*, 3. Auflage, Basel 1999.

Buschmann, Arno: "Zur Fortwirkung des Persönlichkeitsrechts nach dem Tode", *NJW* 1970, s. 2081 vd.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: *Kişiler Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 2004.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan /Gümüş, Alper: *Türk Özel Hukuku – Aile Hukuku*, Cilt III, İstanbul 2005.

v. Gamm, O.-F.: "Zur praktischen Anwendung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts", *NJW* 1955, s. 1826-1827.

Geiser, Thomas: *Die Persönlichkeitsverletzung insbesondere durch Kunstwerke*, Basel 1990.

Hausheer, Heinz/Aebi-Müller, Regina E.: *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern 1999.

Helvacı, Serap: *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, İstanbul 2001.

Hinderling, H.: "Nochmals zur Frage der Zulässigkeit von Organübertragungen", *SJZ* 65 (1969), s. 234 vd.

Hrubesch-Millauer, Stephanie: in Jolanta Kren Kostkiewicz/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), *ZGB Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich 2006.

Jäggi, Peter: "Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit", *ZSR* (1960) II, s. 133a vd.

Kaestlin, H.: "Der Persönlichkeitsschutz nach schweizerischem Recht", *NJW* 1959, s. 1009 vd.

Kley, Andreas: in Jolanta Kren Kostkiewicz/Ivo Schwander/Stephan Wolf (Hrsg.), *ZGB Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Zürich 2006.

Knellwolf, Esther: *Postmortaler Persönlichkeitsschutz – Andenkensschutz der Hinterbliebenen*, Diss. Zürich 1990.

Koebel, Ulrich: "Das Fortwirken des Persönlichkeitsrechts nach dem Tode", *NJW* 1958, s. 936 vd.

Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/Oktay, Saibe: *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 6. Baskı, İstanbul 1999.

Ott, Walter/Grieder, Thomas: "Plädoyer für den postmortalen Persönlichkeitsschutz", *AJP/PJA* 6/2001, s. 627 vd.

Özsunay, Ergun: *Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar*, İstanbul 1998.

Öztañ, Bilge: *Şahsın Hukuku – Hakikî Şahıslar*, 7. Baskı, Ankara 1997.

Müller, Jörg P.: "Recht auf Leben, Persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation", *ZSR* 90 (1971) I, s. 457 vd.

Pedrazzini, Mario M./Oberholzer, Niklaus: *Grundriss des Personenrechts*, 4. Auflage, Bern 1993.

Riemer, Hans Michael: *Personenrecht des ZGB*, Bern 1995.

Schack, Haimo: "Das Persönlichkeitsrecht der Urheber und ausübenden Künstler nach dem Tode", *GRUR* 87 (1985), s. 352 vd. (kııs. Schack, Persönlichkeitsrecht.)

Schack, Haimo: "Weiterleben nach dem Tode – juristisch betrachtet", *JZ* 1989, s. 609 vd. (kis. Schack, Weiterleben,)

Schmid, Jörg: *Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht*, Zürich 2001.