

İNSAN VÜCUDU ÜZERİNDE TASARRUFLAR

Menkul malların mevzuunu varlıklar teşkil eder. (Aynı haklar mevzuunu teşkil eden varlıklar fizikte mevcut olan varlıklar değildir. Dünyevi mallar meyanında ve iktisadî bir kıymeti olan ve üzerine hakimiyet tesisi mümkün olan ve bu hakimiyet tesisine mevzuatı kanuniye ile mümkün olan mallar hukukî bakımdan bir varlık olabilir. Haab C. 1 S. 10).

İnsanın vücudu bu varlıklar meyanına dahil midir? Bu mes'ele-yi burada tahlil edeceğim. İnsan hayatta iken vücudu ve vücudunun bir cüz'ü üzerinde bir tasarruf vaki olamaz. Kanunumuz Avrupada eskidenberi kabul edilen şahsiyyetin himayesi prensibini kabul etmiş ve 23 üncü ve 24 üncü maddeleri vaz etmiştir.

Bu sahada Fransız içtihadının uzun zamanlardanberi cereyan eden tatbikat sahasındaki mes'elelerin sureti hallerine ve İheringin ilmi sahada müteaddit ısrarlarına rağmen Alman vazu kanunu bu esasatı kabul etmekten kaçındı ve Fransada olduğu gibi mes'elenin hallini hakime havale etti.

İsviçre kanununda vaz olunan bu esaslar bir çok diğer vazii kanunlara model olmuştur (Polonya, Macar, Lihtinştayn, kanunları, Çek layıhası). Bu mevaz vasıtaşile şahsiyyetin himayesi kuvvetli bir surette tespit olunmuş oluyor İnsan hayatta iken vücudunun tamamı veya bir kısmı üzerinde vaki olabilecek bil'umum tasarruflar keenlemyekündür. Bu görüşün bariz hakikatı üzerine fazla bir söz söylemek ihtiyacını his etmiyorum.

Vücudun bir kısmı veya bir azası aslından ayrılırsa, ayrılış anından itibaren şahsiyyetin rümresi dahilinden çıkar ve bir şey olur, meselâ : berberde kesilen saç, diş doktorunda çıkarılan diş

üzerine şahsiyyetin himayesi mevzuu bahs olamaz, bu şeyler aynı haklar zümresine dahil olur. Hatta daha ileri gidüp denilebilir ki : vücuden bir kısmı veya bir azası üzerine ayrıldıkları an için bir tasarruf yapılabilir, fakat bu tasarruf bir hukuki tasarruf olmakla beraber kuvvei icraiyesi olamaz.

Bir fert kesilecek saçını veya bacağı, çekilecek dişini bir diğere vermek üzere bir sözde bulunabilir, bu hukukî tasarruflar borçlar kanunu mucibince muteberdir (maliki olmadığım bir tabloyu satabilirim) fakat tasarrufun mahiyetini nazari itibara alarak icra kabiliyeti olmadığından tasarrufun mevzuu olan şeyi elde edebilmek için tazyikî mahiyette bir şartı cezai koşulacak olursa, mukavele muteber addolunmalı fakat şartı cezainin mevcut olmadığı gibi hareket etmeli. Kan verme (transfusion) meselesini bu meydana tahlil etmek muvafıktır: Burada da icraî bir kuvvet yoktur, bir şartı cezai muteber değildir, icradan kaçan adam almış olduğu paraları iade etmekle mükellef tutulabilir.

*
* *

Vucudun sun'î azaları :

Vucudun sun'î azaları: Camdan göz, dişlik, dolmuş dişin maddesi, altın diş, tahtadan bacak ve ayak, takma saç gibi şeyler aynı haklar mevzuatı dahiline girüp girmediğine dair münakaşalar vardır:

I. — Leemann (C. I s. 409) ve Staudinger (C. L s. 306 tab 1910) gibi şarihler bunları doğrudan doğruya bir şey olarak telâkki ediyorlar. Bu fikrin müdafaası kendileri beyan etmedikleri halde basittir. Ortada vucuda irtibat vaki olmadan evvel bir şey vardı: bir tahta bacak, bir parça platin veya gümüş. Yapılan tasarruf bunların mahiyeti hukukiyelerinde bir tebeddül vucuda getiremez, yalnız hukukî neticelerini tadil eder: bu nevi şeyler rehin edilemediği gibi haciz da edilemez.

Bu fikir şu noktalarda çürüktür :

a) Sayılan eşyalardan bazıları rehin edilebilir bilhassa takma saç ve dişlik gibi.

b) Bu nevi şeyleri menkul mallardan telakki etmek ve aynı zamanda bilûmum hukukî neticelerden mahrum kılmak, bir garibe hukukiye tevliit etmekten başka bir faidesi yoktur.

II. — Ennccerus (C. 1 s. 35) sa nazaran bu kısım şeyler şahsın himayesi çerçevesine girmeli, binaenaleyh kanunumuzun 23 ve 24 üncü maddeleri tatbik olunmalı ve aynı haklardan bahsolunmalı

Şarih meselenin izahı için iki misal veriyor : doldurulmuş diş ve saçlar. Şahsiyetin himayesi verilen bu misallere şamildir, çünkü saç ve diş insan vücudunun bir cüz'ü olarak telekki olunmaktadır; fakat bu nazariyeyi diğer verdiğimiz misallere Enneccerus'un sü-kûtuna rağmen tamim etmek, böyle sun'î şeylerin vucuda ilavesile onlar üzerinde şahsın himayesinden bahsetmek caizmidir? Takma saç ve bacağı şahsiyetin himayesi zümresine sokmak pek mübalağalı zannediyorum.

III. — Meseleyi halledebilmek için taksim ve aynı haklar bahsinde mevcut mütemmim cüzü ve teferruat esasları gözönünde tutarak tahlil etmek lâzımdır. Bir takma saç ile sabit bir halde takılan bir dişi aynı hukuk terazisine koymak doğru değildir. Sun'î aza vucuda esaslı bir surette bağlanmış, rabtedilmiş ise orada vücudun bir mütemmim cüz'ünden bahsetmek lâzımdır, ve o uzuv aslında bir şey olmakla beraber şahsiyetin himayesi sahasına girer ve onu irtibat vaki olduktan sonra bir şey olarak telekki etmek doğru olmaz; fakat irtibat bu derece kavi değilse meselâ bir dişliği, takma bir gözü, veya bir bacağı menkul mal olarak telekki etmek mümkündür. Bunlar ipotek olunabilir, çünkü ipotekte sahibin rızası vardır ve böyle sun'î bir parçayı vücuttan uzaklaştırarak teslimden sonra ona tamamen müstakil bir şey olarak bakmak lâzımdır. Fakat bu mallar haciz olunamaz ve iflâs halinde masaya dahil olamaz. İcra ve iflâs kanunumuzun 32 inci maddesinin 2inci numarası sarihdir. Bir ferd ağzında bir servet taşısa da, alacaklı borçlunun aczi halinde, dişlerinin haczine müracaat edemez, bu dişlik altın olsa dahi borçlunun zati eşyaların en zatisi olmak itibarile gayrı kabili hacizdir.

Bir diş doktoru yaptığı bir dişlikten dolayı diğer tarafın taahhüdünü ademi ifasından dolayı mukaveleyi feshederse, dişliğin geri alınmasını isteyemez, yalnız bir alacak davası açılabilir.

Bu şeyler üzerinde mülkiyeti muhafaza mukavelesi mümkündür, fakat malikin elinde, mukavelenin feshi ile malın zilyetliğinin eline geçebilmesine dair bir kuvvet yoktur.

Bu şeyler üzerinde hakkı haps mümkündür. Suiniyetle birisi diğerinin sun'î bir azasını alır ve kullanırsa, asıl mal sahibinin aynı bir dava hakkı varmıdır? Suiniyet sahibini himaye etmek muvafık olmadığı kanaatindeyim.

Vucuttan ayrılan kısımlar :

Çıkarılan bir diş veya bir göz, kesilen saç, bacak veya kol ve insanın içinden çıkarılan adele veya uzuv veya onun bir parçası veya bir taş menkul mal olarak telâkki olunup olunmadığı münakaşalara sebebiyet vermiştir.

Bütün bu meseleler tatbikat sahasında nadiren mevzuu bahsolmasına rağmen ilmi sahada bir kıymet iktisap eder. Adliyede münakaşa mevzuu olması meselesinin ehemmiyeti üzerinde hiç bir rol oynamaz. Muhtemel münakaşaları derpiş ederek meseleyi tavzih etmek, muhtemel ihtimalleri görmek hukukçuların mütalâatını toplamak ve hali hazır cereyanını tesbit etmek, hakime hukukî bir yol tavsiye edebilmek için elzendir. Her mevzuda olduğu gibi burada da birbirine uymıyan hatta zıt mütalâalara tesadüf olunmaktadır :

I. — Vucuttan ayrılan kısım üzerinde şahsi bir hakkın mevzuu bahsolması lâzımdır. Herkes tarafından kabul olunan insan vücudunun küllen ve cüzen himayesini burada da tatbik etmek lâzımdır.

Bu nazariye doğru değildir. Vucudun ve onun azaları himayesi bütün bütüne diğer esaslar üzerine yapılmıştır, kanunumuzun 23 üncü ve 24 üncü maddeler münasebetile şarihlerin vermiş oldukları tafsilât kâfi olduğundan tafsilâta girişmiyorum ; fakat vucuttan ayrılmış olan bir aza veya parça üzerinde aynı mütalaayı yürütebilmek, bir hakikatı göz önünden uzak tutmaktan ile gelebilir. Ortada bir hadise vardır : azanın vucuttan ayrılması, bu hadiseden sonra azayı vücudun bir parçası olarak telakki etmek mümkün olamaz, çünkü kendi kendine bir şey olmuştur. Böbrekten veya mesaneden çıkarılan taş, kangrenden dolayı kesilen bacak, çıkarılan ülserli mide vücudun bir uzvu olarak telâkki olunamaz.

II. — Bu şeyler sahihsiz mallardır diye bir mütalaa yürütmek mümkündür. Kanunumuz 691 inci madde de sahihsiz mallardan bahs ederek ihraz ile mülkiyyetin iktisabı mümkün olur demektir. Bu fikri müdafaa edenler demek istiyorlar ki : ortada bir sahip yoktur, çünkü ortada asıldan ayrılmadan evvel bir mal yoktur, binaenaleyh ortaya bir mal gelir gelmez ilk temellük eden ona malik olur. Ortada bir mal olmadığı buradan rızdırba ki bu azaların himayesi 23 ve 24 üncü maddeler mucibince cereyan eder. Bu mütalaaya nazaran bir operatör fenni bir gayede kullanmak üzere çıkarmış olduğu azayı istimplâk etmek üzere ziliyyet olursa malik olmuş olur.

Bu fikir sırf mantıki mütalaalara göre doğru olabilirse de adalet hislerine uygun olmamaktadır. Vazii kanun bütün bu mesail için maddeler vaz etmiştir, ve sahipsiz mallardan bahs ederken böyle bir hadiseyi nazarı dikkate almış değildir. Bu sahada ne olursa olsun, bir mevzuatı hukukiyye aramak, cümle ve kelimeleri tahlil ile vazii kanunun maksadını ortaya çıkarmak, faidesiz bir mesayi olur. Daha doğru yol : halkın telakkisi ve hukuki hisleridir, onlara müracaat ile hakikatı ortaya çıkarmak lâzımdır. Her kime kesilen bacağından bahs ederek sahibini sorarsanız, benim bacağımdır cevabını verir.

III. — Eski sahip maliktir : yani aza ayrılır ayrılmaz, ihraz vaki olamadan binefsihi emvali menkule olur olmaz eski sahibin mülkü olur. (Eski sahip istilahı doğru değildir, ayrılmış olduğu vücutta temerküz eden şahsiyyetin mamülküne girer demek en doğrudur.) Ayrılmış olan azayı menkul bir mal olarak kabul etmek kolaydır, çünkü o şeyin tamamen mustakil bir mevcudiyeti hukukiye ve maddiyesi barizdir. Eski sahibinin mülkü olduğuna gelince bu esasın kabulü hukuki bir telâkkiye kanunda mevcut bir maddeye istinat etmez. Kanunu medenimizin 1 inci maddesinde verilen salahiyet ile hakim vazii kanun mevkiine geçerek mevzunun hususî mahiyetini ve kanunun sükûtunu görerek hususî bu temellük tarzını kabul etmesi lâzımdır.

* * *

Ölü vücudu :

Ölüm bir çok hukuki neticeler tevhit eden bir hadisedir. Ölüm ile vereseyle dahil olan bilûmum mallar varislere geçer ve mamülûke dahil olmayan mallar kaybolur. Buna rağmen müteveffanın bazı noktalarda şahsiyeti hukukiyesi devam eder.

1. - Ölünün vücudu.
2. - Ölünün şerefi, ismi, namusu
3. - Veresenin taksimi için ölenin son ikametgâhı

Bu 3 noktanın yalnız birincisile meşgul olacağım. Ölümünden evvel vücut bir şey telâkki edilerek aynı haklar sahasına giremezdi, fakat ölüm ile vaziyet tebeddül etmiş oluyor. Ölü cesedinin bir şey olup olmaması meselesi bir çok münakaşalara sebebiyet vermiştir.

1. - Ölünün cesedi bir şeydir.

a) Sahipsiz maldır. Bu müdafaada bulunanların basit fakat hukuki noktai nazardan kuvvetli görüşleri vardır. Ortada hukuki

bakımından evvelden bir şey yoktu, ölüm ile bir şey vucut buluyor, bu vücudun belki maliki yaşayan adamdı fakat o da ortada yoktur, diğer taraftan varislerin mülkü olduğuna dair hiç bir sarahat yoktur, binaenaley ortada sahihsiz bir mal vardır, ve kanunu medenimizin 69 1 inci madde ahkâmı tatbik olunmalıdır. Bu fikre cevap 691 inci maddenin vaz'ında böyle bir hadise derpiş olunmamıştı. Aynı zamanda bütün dünyaya şâmil örfü adet ve ahlâk kaidelerine muhalif bir telâkkî kanun vazetmemiştir. Ölünün sahihsiz bir mal olarak telâkkî olunması ve her kim olursa olsun ihraz ile mülkiyet iktisab edebilmesi hepimize pek garip gelen bir görüştür. Hukuk kaideleri örfü adete buralarda ittiba etmekle mükelleftir, insaniyete şamil bir ahlak kaidesini hukukî mevzuat keenlem yekün addedemez.

b) Diğer bir nazariye cesedi res extra - commercium ticari sahaya dahil olamayan bir şey olarak kabul ediyor. Bazı hukukçular (Staudinger C. 1 s. 306 1910 tab'ı) bu nazariyeyi hatalı görüşler tevhit edebileceğinden reddediyorlar. Bence esasta hata vardır. Ortada bir şey yoktur. Cesede bir şey telâkki etmek ve diğer taraftan ticaret harici kabul ederek üzerinde vaki olabilecek tasarrufların önüne geçmek tatbikat sahasında meseleyi halledebilir, fakal cesedi bir şey telâkki etmek ve aynı haklar mevzuuna dahil kılmak doğru değildir, bura da şahsiyetin himayesinden bahsetmek en muvafıktır.

c) Varislerin mülküdür. Bu fikrin müdafaası şu merkezde olabilir müteveffanın bütün mamülkü varislere intikal eder, binaenaleyh vücudu da, aynı zamanda cenaze masrafları nihayetülnihaye varisler tarafından yapıldığından ceset varislerin mülkü olmalıdır. Bu nazariye iki noktadan yalnızdır:

1. - Ceset varislere intikal etmez yalnız müteveffanın mamülkü 515 inci maddenin 1 inci ve 2 inci fıkralarına nazaran varislere intikal eder. Alman kanunu intikal meselsini daha açık ve katî bir surette 1922 inci maddesinde halletmiştir. Ölüm ile müteveffanın mamülkü bir kül olarak bir veya bir kaç kişinin (varislerin) üstüne geçer. Kanun burada mamülkten bahsetmiştir, vucut buna dahil değildir. Kanunumuzda bu prensibi, Alman kanunu kadar vazih olmamakla beraber kabul etmiştir.

2. - Varislerin mülkü olduğunu kabul edecek olursak, aynı zamanda varislerin tasarruf hukukunu kabul etmeliyiz, bedel mukabilinde yapılabilecek bilumum tasarrufat hiç bir münakaşaya sebebiyet vermeden, bütün hukukçular tarafından kabul edilmektedir.

II. — Ölenin cesedi bir şey değildir, devam eden şahsiyetin himayesi dahilinde addolunmalıdır. Ölü artık cemiyetin bir azası olmadığından hiç bir hukuktan istifade edemez, buna rağmen ölüm ile her şey bitmez, o adam hatıralarda yaşar Ceset ölümden evvel o adamın şahsiyetinin temerküz noktası olduğundan, ölümden sonra dahi herkesin nazarında hususî bir kıymete haizdir. Bütün dinlerde cesede hususî bir ehemmiyet verilmekte, en eski Mısır medeniyetinden bugüne kadar ölümlere hörmet devam edegelmektedir. Her kes tarafından bilinen bu tarihî malumat bize bir hakikat gösterir. Ceset ölen adamla ölüm hadisesinden sonra bile hususî bir irtibat muhafaza etmektedir. Bu telâkkiye hörmet etmek lâzımdır, ve ceset aynı haklar mevzuunu teşkil edebilecek bir şey olarak kabul edilirse, umuma şamil telâkkilere tecavüz edilmiş olur.

Varisler ölenin şeref, isim, namusuna karşı yapılan tecavüzler aleyhine dava ikame ederken varis sıfatile değil müteveffanın akrabası sıfatile ve bu sıfattan dolayı şahsen mutazarrır olduğundan dava ikame eder. Bu hal şahsî hakların gayri kabili tevarüs olmasından ileri gelir, fakat evvelden söylediğimiz fikirleri sarsmaz.

Ölü cesedinin üzerine tesarruf olmamakla beraber ivazsız olarak müteveffa vücudunun bir teşrihaneye tevdi edilmesini isteyebilir ve bu merkezde bir vasiyet yapılır. Eger para veya paraya muadil bir şey mukabilinde müteveffa veya varisleri vücut üzerinde tasarrufatta bulunacaklarına dair taahhüdatta bulunmuşlarsa, bu akit ahlaka ve adaba mugayir olduğundan batıl addedilmelidir.

Bir fert ameliyat masasında kesilen bacak veya taş üzerinde para mukabilinde tasarrufatta bulunabilir, fakat ölümden sonra bütün vücut üzerinde paraya mukabil bir tasarrufatta hiç kimse bulunamaz. Aradaki farkın sebebi: Bacak veya taş ayrılmadann evvel o vücudun bir cüz'ü olmakla beraber ayrıldıktan sonra şahsiyet devam eder ve ortada tamamen müstakil bir şey vardır, ve bu şeyin mevcudiyeti şahsiyetin azalmasına veya çoğalmasına hiç bir tesiri yoktur. Vücut ise ölüm vaki olduklan sonra dahi bir kıymeti mahsusaya haizdir, ve tasarruf mevzuu olamaz; yalnız ivazsız olan müteveffa vücudunu bir teşrihaneye verilmesini veya muayyen bir tarzda defin edilmesini, yakılmasını veya denize atılmasını isteyebilir. Müteveffanın son arzularını yerine getirmek eskiden kalma bir örf hatta bir ahlâk esasıdır; fakat burada da bir çok tefrikler yapmak muvafıktır :

a) Müteveffa böyle bir arzuda bulunmuş ise son talebi yerine getirilir. Müteveffanın bu arzusu vasiyetnamesinde mukayyet-

olmayıp fakat arzusu bu merkezde tereddüde mahal vermeyici bir tarzda bariz bir surette izhar edilmiş olması kâfidir.

b) Müteveffa böyle bir arzu izhar etmemiş, varisler bu meydana filiyata geçmek istiyorlar. Varislerin arzuları yerine gelmemelidir, çünkü örfü adet haricine çıkabilmek için müteveffanın arzusu şarttır.

c) Müteveffa böyle bir arzu izhar etmemiş, varislerde sükût ediyor veya muhalif bir fikirde bulunuyorlar, üçüncü şahıs vücut üzerinde bir tasarrufta bulunamaz. Hastahanedede ölen bir adamın otopsisini bir doktor resen yapamamalıdır, böyle bir hareket halkın tecavüzü ve ölüye karşı hörmetsizlikte bulunulmak demektir.

d) Müteveffa vücudunun muayyen bir tarzda kullanılmasını veya defnedilmesini arzu etmiş, fakat varisler buna muhalif : varislerin arzuları tercih olunmalı, çünkü nihayetül nihaye varisler filen vücudu teslim etmelidirler, bu hareket dinî telâkkilerine vicdanlarına, içtimâî görüşlerine muhalif olabilir. Filvaki diğer taraftan da müteveffanın son arzusunu yerine getirmek uzun zamanlardanberi mukaddes kelimesile tavsif edilmiştir, buna rağmen varislerin telâkkilerine hörmet etmek ve müteveffanın son arzusunun üstünde olduğunu kabul etmek lâzımdır. Burada iki şahsiyet çarpışmaktadır. Ölüyü defin vazifesi varislerine terettüp ettiğinden, telâkkilerine muhalif bir tarzda harekette bulunmaları kendilerinden talep olunamaz kanaatındayım.

Müteveffanın son arzusu her şeyden üstündür, varislerin şahsiyetleri, dinî telâkkileri, içtimâî görüşleri ikinci derecede ehemmiyet iktisap eder diye bir mütalâa yürütmekte mümkündür.

e) Müteveffa arzu etmiş, varislerden bazıları kabul bazıları reddediyorlar. Bence burada varisleri veraset derecesile değil, içtimâî telâkkilere göre ehemmiyet vermeli ve müteveffaya en yakın olanın sözünü daha uzak olanın sözüne tercih etmeli. Müteveffaya içtimâî kaidelere göre en yakın karı veya kocası, ondan sora evlâtları, sonra ana babasını kabul ederek, ve bu esas üzerine meseleyi biraz enfüsi olmakla beraber halletmek en muvafıktır. Karı ister çocuklar istemezse, sözü tercih olunur, çocuklar ister ana baba istemezse çocukların sözleri tercih olunmalı.

Mumyaları iskeletleri bir şey olarak kabul etmek lâzımdır, bunlar satılabilir, rehin haciz edilebilir, ticari bir muamelenin dahi mevzuu olabilir, burada şahsiyetin himayesi mevzuu bahsolmaz, bunlar menkul mallara dahildir.

Dr. Reşat Atabek