

MEDENİ HUKUK AÇISINDAN ÖLÜM ANININ BELİRLENMESİ VE CESET ÜZERİNDEKİ HAKKA İLİŞKİN BAZI DÜŞÜNCELER

*Yrd. Doç. Dr. Çağlar ÖZEL**

I- GİRİŞ

A- Genel Olarak

Günümüzde bütün hızıyla yaşanan tıp ve biyoloji alanındaki yeni gelişmeler, yaşamın başlangıcı ve sonuna ilişkin geleneksel görüşlerin değişmesine yol açmakta, hukuk, tıp, ahlak ve din adamlarını farklı boyutlarda yeni sorunlarla karşı karşıya getirmektedir.¹

Hukuk kuralları, kişilerin toplu halde yaşamını düzenleyen, hak ve yükümlülükler öngören toplumsal düzen kurallarıdır.² Özel hukukun bir bölümü olarak kişiler hukuku ise insan ve insan topluluklarının hukuk düzeni içindeki yerinin ne olduğu sorusuyla ilgilenir. Hukuk düzeni içinde, insana³, yani gerçek kişiye ilişkin olarak bu soruya verilecek yanıt, baskın olarak kabul edilen ahlaksal düşüncelere bağlıdır. Ahlaksal açıdan insan olarak kendisine karşı sorumluluğu taşıdığı gösteren kişi, aynı zamanda hukuk toplumunun sorumlu bir üyesi, hakların öznesi olarak görülür. Buna karşılık hiç bir zaman bir hakkın konusu ya da amaca ulaşmak açısından bir

* H.Ü. İ.İ.B.F. Kamu Yönetimi Bölümü Beytepe/Ankara

¹ Özsunay (Hayat), s. 4. Öğretide yaşamın başlangıcı ve sonuna ilişkin olarak "dölinü sürdürme (üreme) hakkı", "benzersiz olma hakkı", "kimliğini bilme hakkı", "müdahale edilmemiş bir genetik köke sahip olma hakkı", "farklı olma hakkı", biyolojik kökenini bilme hakkı", "hastalığını öğrenme hakkı" "ölme hakkı", "insan onuruyla ölme hakkı" gibi yeni hak kategorilerinin ortaya çıktığından söz edilmektedir. Bu konuda bak. Özsunay (Hayat), s. 4 vd.

² Bilge, 12; Umar, 12.

³ İnsanın topluluk içinde ve buna bağlı olarak hukukta aldığı yer, Roma'nın gelişimi içinde epeyce değişmiştir. Eski Roma dönemi insanı henüz birey olarak görmemekte, aksine içinde bulunduğu birliklerin bir üyesi olarak görmekteydi. Bunlar, özel hukuk ilişkileri açısından en büyük birlik oluşturan devletle, en küçük birlik olan ailedir (Kaser, 60).

araç olarak görülemez.⁴ Hak ve yükümlülüklerin öznesi olma iktidarı ise hak ehliyetidir.⁵ Bu çerçevede insan, hukuk düzeni açısından kişidir, yani hakların ve yükümlülüklerin sahibidir.⁶ Ancak hak ehliyetine sahip varlık olarak sadece insan kişi sayılmaz. Aynı zamanda hukuk düzeni kişi birliklerine ve mal topluluklarına (tüzel kişiler) da hak ehliyeti tanımış, yani onları da kişi saymıştır.⁷

Konumuz, gerçek kişiliğin sona ermesine neden olan en doğal olayla, yani ölüm ile doğrudan ilgilidir.⁸ Bu çerçevede açıklamalarımızı, insanın ölümü açısından yapacağız.

Ölüm olayının hukuksal ilişkiler ve toplumsal yaşamdaki önemi yadsınamazsa da, ölüm anının belirlenmesi Medeni Hukuk açısından ayrı bir önemi haizdir. Gerçekten, özellikle miras hukukunda kimin önce öldüğünün

⁴ Merz.321; Bilge, 4. Çağdaş düşünce bu olmasına karşılık, farklı hukuk düzenlerinde aynı esasin gerçekleştiğinden söz edilemez. Bak. Dural/Öğüz(Dural), 6; Güriz, 112; Hatemi, 2; Akipek/Akıntürk, 10 ; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 229. (Bu yazarlara göre başkasının kişiliği üzerinde hak sahibi olunamamakla birlikte yaşam alanları ve bazı ilişkileri üzerinde hak sahibi olmak mümkündür (Bak. Zevkliler/Acabey/Gökyayla ,120)."Geleneksel haklar şemasında velayetin ve vesayetin başkasının şahsi üzerinde egemenlik hakkı olarak sunulması talihsizliktir. Kölelik tasfiye edileli beri insan üstünde hukuki egemenlik varsayılmaz." Hatemi/Serozan/Arpacı, 9. Karş. Bilge, 217.

⁵ Öztan, 39; Dural/Öğüz(Dural), 39; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 229; Merz. 321. Medeni Kanunun 8. maddesinin kenar başlığı, kaynak İsviçre Medeni Kanunun (ZGB) bu maddeyi karşılayan 11. maddesinin Fransızca metrine uygun olarak "Medeni haklardan yararlanma" (jouissance de droit civils) demektir. Buna karşılık almanca metinde geçen "Rechtsfähigkeit" anlamındaki hak ehliyeti deyimini , bugün türk hukukunda da baskın olarak kullanılan terimdir. Bak. Dural/Öğüz(Dural)/Öğüz, 39;Oğuzman/Seliçi/Oktay, 29; Tekinay, 201; Öztan, 39; Hak ehliyeti (Rechtsfähigkeit) kavramı çağdaş hukuklara Roma kaynaklarından aktarılmış olmasına karşılık, Roma döneminde romalılar tarafından henüz formüle edilmemişti (Kaser, 63). Ayrıca bak. Gürkan, 44 vd., 48.

⁶ Kişi ve kişilik hukuki kavramlardır (Oğuzman/Seliçi/Oktay, 2). Bu sözcükler genel dilde ise daha çok doğal terimlerdir. Bunlar en genel ve en önemli insansal olgulara özgüdür. İnsan ruhunun felsefi doğası anlamında şöyle tanımlanabilir: Kişi (Person) ruhsal varlığın bütünlüğüdür. Kişi olarak tanımlanan bedensel ruhsal varlıktaki insan, bağımsız ve kendi içinde bütünsel (birey olarak) olarak ortaya çıkar. Cins isim olan kişi kavramına bağlı olarak kişilik ise birey olarak insandır, yani, doğası gereği birey olan ve eşsizliği içinde ehliyetlerinin bütünlüğü ile ve kendisini ortaya çıkaran eylemleriyle bireyi oluşturur. (Merz, 145a,146a). Ayrıca bak. Gürkan, 41 vd.

⁷ Öztan, 7-8; Dural/Öğüz(Dural), 6; Tekinay, 201; Akipek/Akıntürk, 3; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 209; Jäggi, 148a.

⁸ Bu çerçevede gerçek kişilerin kişiliğinin ölümüne eş değer varsayımsal olarak sona ermesi konularına değinilmeyecektir. Bu konularda bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 564 vd.; Tekinay, 211 vd. ;Akipek/Akıntürk, 19 vd.; Dural/Öğüz(Dural), 27 vd. ; Öztan, 29 vd. Oğuzman/Seliçi/Oktay,18 vd. Ayrıca eski hukuklarda varolan, ancak günümüz hukuklarında yer almayan bir kurum olan yaşamakta olan bir insanın bazı nedenlerle (bir suçtan mahkum olma, din adamı olma gibi), hukuksal olarak kişi olma niteliğini kaybetmesi hallerini (medeni ölüm, manastır ölümü) de konumuzun dışında tutuyoruz (bak. Velidedeoğlu, 8; Köprülü, 240. dn. 2; Grossen, 303; Akipek/Akıntürk, 11; Dural/Öğüz(Dural), 20; Öztan, 21).

belirlenmesi açısından, bazan dakikalar hatta saniyeler terekenin geleceği hakkında verilecek kararın değişmesine yol açacaktır.⁹ Bunun yanı sıra insan bedeninin "ceset" olarak nitelendirilmesi anından itibaren, hukuk düzeni içinde ceset üzerinde yapılacak tasarruflar söz konusu olabilecektir (organ ya da doku alınabilmesi, otopsi gibi)¹⁰. Bu çerçevede insan bedeninin ne zaman cansız beden (ceset) sayılacağı hususu üzerinde durmak zorunluluğu doğmaktadır. Tıp bilimi açısından bu hususta günümüzde baskın olan düşüncenin "beyinsel ölüm" anlayışı olduğu iddia edilmektedir.¹¹ Bu konulara aşağıda değinilecektir.¹² Ancak yaşamın sona ermesi, öncelikle, başlamış bir yaşamın varlığını gerektirdiği için, aşağıda öncelikle doğuma ilişkin genel bilgilerin verilmesi ve daha sonra ölümle ilgili açıklamalara geçilmesi zorunluluğu doğmaktadır.

B- Doğum

Ceninin hukuksal durumunu bir tarafa bırakırsak¹³, kişilik doğum ile ölüm arasındaki zaman parçasında söz konusu olur. Bu anlamda doğum ile ölüm arasında yer alan kimilerine göre çok kısa kimilerine göre çok uzun zaman parçası olan süre insanın yaşamıdır¹⁴. Bu anlamda ölümün tanımlanması ya da başka bir deyişle ölümün ne zaman gerçekleştiğinin belirlenmesi için bunun başlangıcının da yani doğumun da hukuksal açıdan belirlenmesi kaçınılmazdır.

⁹Bu konuda özellikle Köprülü tarafından formüle edilen şu örneğe dikkat çekmek istiyoruz." .. karı kocanın tek çocukları dünyaya geldikten bir kaç dakika sonra, önce karı, ondan kısa bir süre sonra da çocuk ölürse , koca karısının (karısının ölümü sonucu 1/4 kendi payı), çocuğun ölümü üzerine de, onun anasından miras hakkı olarak aldığı 3/4 payın , bu kere kendisine verilmesi sonucu mirasın tamamına sahip olacaktır. Çocuğun ölümünden sonra , ana, kalbine yapılan masaj yolu veya elektroşok ile kısa bir süre için hayata döner (avdet eder) ve fakat çocuğun ölümünden sonra da ölürse, çocuk ona (anasına) mirasçı olamayacağı için koca, birlikte mirasçı bulunduğu zümreye göre , karısının mirasının tamamına değil, ancak bir bölümüne hak kazanacaktır. Başka bir deyişle, mirasın diğer bölümünü ölen karısının mirasçıları alacaktır." (Köprülü, 243'den naklen). Ayrıca bak. Egger, Art. 31, N. 8. ; Öztan, s. 26. Karş. Arpacı, 7, dn. 9'a ait metin.

¹⁰ Bak. aşa. III D.

¹¹Bak. Öztan, 22.; Zevkliler./Acabey/Gökyayla, 557. Karş. Bilgin, 14 vd.; Müller, s.465. Aksi fikirde: Dural/Öğüz(Dural), 21; Arpacı, (184).

¹² Bak. aşa. II A1.

¹³ Bu konuda bak.: Egger, Art.31, N.7 vd. ; Merz. 332 vd.;Zevkliler./Acabey/Gökyayla, 220 vd.; Öztan, 13 vd.; Dural/Öğüz(Dural). 17 vd.; Özsunay, 20; Köprülü, 233; Akipek/Akıntürk, 15 vd.; Arpacı, 7 vd.; Ataay, 42; Tekinay, 207 vd. Ayrıca embriyonun ve ceninin hukuksal durumu ile "gebeliğin sona erdirilmesi hakkı" açısından ortaya çıkan güncel sorunlarla ilgili olarak bak. Özsunay (Hayat), s. 9 vd.

¹⁴ Karş. Velidedeoğlu, 10.

MK md. 28 gereğince kişilik tam ve sağ doğumla başlar.¹⁵ Ancak yasada tam ve sağ doğum kavramlarından ne anlaşılması gerektiği konusunda bir açıklık yoktur. Bunun açıklaması öğretisi ve uygulama tarafından gerçekleştirilecektir.¹⁶

Tartışmalı olmakla birlikte tam doğumun gerçekleşmiş sayılması için , çocuğun ana karnından ayrılmış ve bağımsız bir varlık kazanmış olması yeterlidir¹⁷. Buna karşılık göbek bağının kesilmiş olması,¹⁸ doğumun normal ya da sezeryanla olması¹⁹ ya da çocuk eşinin (son, plesanta) ana bedeninden ayrılması gerekmez²⁰.

Kişiliğin başlamış sayılabilmesi için gerekli sağ doğum koşulunun²¹ ne zaman gerçekleştiğinin belirlenmesi ise tıp biliminin işidir. Tıp bilimi açısından yaşam belirtisi bulunan durumlarda (nefes alması²², kalbinin atması, göbek bağının darbeleri, ağlaması ya da bir reflekste bulunması gibi) çocuğun, hukuken de sağ doğduğunu kabul etmek gerekir.²³ Bu anlamda

¹⁵ Alman hukuku açısından da aynı düzenleme geçerlidir. § 1BGB'ye göre "İnsanın hak ehliyeti doğumun tamamlanmasıyla başlar"(Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der vollendung der Geburt).

¹⁶ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 215.

¹⁷ Egger, 338; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 215; Öztan, 12; Egger, 338; Dural/Öğüz(Dural);Oğuzman/Seliçi/Oktay,10; 13 Ataay , 38; Tekinay, 206; Akipek/Akıntürk, 13 ; Merz,322; Wolf/Naujoks, 18.

¹⁸ Velidedeoğlu, 10; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 215; Öztan, 12; Egger, 338, Dural/Öğüz(Dural), 13; Ataay, 38; Tekinay, 206; Akipek/Akıntürk, 13; Merz, 322; Wolf/Naujoks, 18.

¹⁹ Dural/Öğüz(Dural), 13; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 215.

²⁰ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 216; Merz, 323.

²¹ MK md. 28/II gereğince "Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder." Ceninin ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetini kazandığının bir doğa kurah olduğu düşüncesi hak. bak. Wolf//Naujoks, 132.

²² Çocuğun sağ doğup doğmadığını anlamak için yapılan basit bir yöntemle göre , çocuğun akciğer su dolu bir kaba konduktan sonra ciğer suyun yüzünde kalırsa çocuk sağ doğmuş eğer ciğer suyun dibinde kalırsa ölü doğmuş demektir. (Akipek/Akıntürk, 14. dn. 12'ye ait metin)." Yeni doğmuş bir çocuk ölüsünün açılmasında yapılacak fenni tetkikler, çocuğun bilhassa doğumu mütaakıp yahut doğum esnasında yaşayıp yaşamadığını ve vaktinde doğup doğmadığını yahut vakitsiz doğmuşsa yaşayabilecek bir halde olup olmadığını tayine matul olur." (CMUK md. 82)

²³ Dural/Öğüz(Dural), 14; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 217; Köprülü, 230; Öztan, 13 Dünya Sağlık Örgütü'nün (WHO) 1950 tarihli tanımlaması da, nefes alma ve kalp atışlarının yanında, göbek bağının çarpıntısı (Pulsation) ya da sempatik kasların hareketi de sağ doğumun belirtileri olarak görülmüştür (Bak. Merz, 329-330; Wolf/Naujoks, 21). Merz'e göre kalp atışı ya da nefes almayı katmadan böyle bir belirleme yeterli ölçüt oluşturmaz (Merz, 330).

çocuğun bir an dahi olsa yaşaması yeterlidir²⁴. Medeni Kanun md. 27 anlamında kişiliğin başlaması için başka koşul aranmaz.²⁵

II- ÖLÜMÜN TANIMI

A- Genel Olarak

Ölüm ve ölme olguları her zaman din adamı, hekim, hukukçu ve sıradan insanın ilgi ve dikkatini çeken, özellikle de organ ve doku alınması açısından büyük önem taşıyan ölçütlerin söz konusu olduğu "yaşamın gerçeği" olarak ortaya çıkar.²⁶ Ölümü saptama yöntemlerini açığa çıkartma görevinin tip bilimine ait olduğu kuşku götürmez. Ancak ölüm olayının hukuksal düzenlemeye tâbi tutulması da kaçınılmazdır. Bu çerçeveden olarak kişilik haklarının belirlenmesi açısından ölümle yaşam arasındaki sınırın saptanmasına hukukun yabancı kalması düşünülemez.²⁷ Doğal ve biyolojik bir olgu olan ölüme, hukuk tarafından da bazı sonuçlar bağlanmıştır. Ölümle birlikte kişilik sona erer (MK. md.28).²⁸ Bunun yanı sıra ölüme bağlı bazı hakların doğumu için, bu haklara sahip olacak kişilerin, kişinin ölümü anında sağ olması gereklidir (MK. md.580, 581). Bunun gibi, özellikle vücutta tek olan ve kişinin yaşamının bunların varlığına bağlı organlarının alınması, ancak insanın ölmüş sayılmasına bağlıdır.²⁹ Bu yüzden ölümün tanımlanması (ölüm anının belirlenmesi) gereği doğmaktadır.

Ruh ile bedenin birbirinden ayrılmasını ölüm olarak tanımlayan teoloji biliminin bu açıklaması dindar kişiler açısından doyurucu ve yeterli sayılabilecekse de, soyutluğu nedeniyle, böyle bir yaklaşımın hukukçu

²⁴ Velidedeoğlu, 11; Egger, Art. 31, N. 6; Grossen, 299.

²⁵ Egger, Art. 31, N. 6; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 217. Oğuzman/Seliçi/Oktay,11. Buna karşılık yaşama yeteneğine sahip olma koşulu ya da insan biçiminde doğmuş olma koşulu arandığı gibi bunların her ikisinin de birlikte olması koşullarını arayan hüküm ve görüşler vardır. Bu konuda bak. Merz, 331 vd. ; Ataay, 39; Egger, Art. 31, N. 6; Wolf/Naujoks, 85 vd.; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 218 vd.; Dural/Öğüz(Dural), 15 vd. ; Oğuzman/Seliçi/Oktay,10.

²⁶ Özsunay (Hayat), s. 35.

²⁷ Hinderling, 423. Fiziksel ölümün belirlenmesi anlık bir maddi olguya dayanan sorunu oluşturur. Buna karşılık kişiye bağlı hakların kalkması hukuksal bir sorundur (BGE 118 IV 319).

²⁸ Ölü hakkında dava açılmasına ve hüküm kurulmasına yasal olanak bulunmadığı hk. bak. YİBK T. 4.5.1978 S. 4/5 (YKD 1978, C. IV,865); Y. 18. HD E. 1996/4439, K.1996/4796, K 14.05.1996 (Yasa Hukuk Dergisi Y.19, C.15, 181, 2013,1014); Y. 10. HD E. 1990/10316, K. 1990/10979, T. 20.12.1990 (YKD C. 17, Y. 1991, 4, 570 -572). Ölü kişiye kayıym tayin edilemeyeceği hak. bak. Y. 12. HD E. 1996/3896, K. 1996/5289, T. 16.4.1996 (YKD C. 22 Y. 1996, 7. 1082, 1083.; Ölümünden sonra davanın tarafının mirasçısı olacağı hakkında: Y. 17. HD E. 2000/5401, K. 2000/5359, T. 23.11. 2000 (YKD , C. 27, S. 1, s. 72).

²⁹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla,494; Toroslu ,105. Karş.2238 Sayılı Kanun md. 8.

açısından son derece yetersiz kalacağı açıktır.³⁰ Ancak hukukçunun da ölüm anının belirlenmesi konusunda fikir yürütmesi hem olası değil hem de gerekli değildir.³¹ Sonuç olarak duraksamaya yer verilmeksizin kabul edildiği gibi, bu konudaki yetkili bilim dalı olan tıp bilimine ve hekimlere başvurulmalıdır. Hukukçunun uğraş alanına giren ise tıp bilimi tarafından yapılan belirlemeler olacaktır.³² Ölüm olayı da doğum olayı gibi kişisel duruma ilişkin kütüklerdeki kayıtlarla kanıtlanır (MK md.30, Nüfus K. md. 42). Kütükte kaydın bulunmaması ya da doğru olmaması durumunda ölüm olayı ya da kayıtların düzeltilmesi her türlü delille kanıtlanarak belirlenir (MK md. 7, 30, 38; Nüfus K. md. 33-40, 46)³³.

Ölümün tanımlanması hususunda yüzyılı aşkın süredir titiz ve yoğun çalışmalar yapılmakta, bu konuda çeşitli yöntemler önerilmektedir. Buna karşılık bilim alanındaki her gelişme, soruna ilişkin verileri değiştirmekte ve sorunun çözümü gerçekleşmiş görünmemektedir.³⁴ Hukukumuzda ölüm anını tam olarak belirlemeye yönelik yasal bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'la ve yalnızca bu yasanın uygulanması yönünden ölümlerden organ ve doku alınmasında ölüm halinin saptanması düzenlenmiştir. Anılan Yasanın 11. Maddesine göre "Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölüm hali, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle, biri kardiyolog, bir nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anestezi ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile saptanır." denilmektedir. Ayrıca bu konuda bir de yönetmelik hükmü vardır³⁵. Aşağıda öncelikle bu konudaki belli başlı anlayışlara ve anılan hükümlere değinilecektir³⁶.

1- Biyolojik Ölüm Anlayışı

Klasik ölüm anlayışı da denilen bu görüş gereğince ölüm, kişinin canlılığını sağlayan ve dolaşım, solunum ve sinir sistemlerinden oluşan (=büyük yaşam fonksiyonu) bölümlerinin işlevini yerine getirmemesi halidir³⁷. Fizyolojik ölüm olarak da adlandırılan temel yaşam işlevlerinin

³⁰ Toroslu, 105

³¹ Ayiter (Organ), 183-184

³² Karş. Köprülü, s. 240.

³³ Köprülü, s. 243.

³⁴ Toroslu, 105.

³⁵ Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği (RG 1.6.2000 S. 24066).

³⁶ Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. Akıncı, 100 vd.

³⁷ Bayraktar, 183; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 556; Özsunay, 213; Özsunay (Hayat), 37 "Tres sunt atria mortis, cerebrum, pulmo, cor" (Ölüm üç yerden gelir: Beyin, akciğer ve kalp)der eski hekimler. Buna bağlı olarak üç tür ölüm belirlenebilir: Beynin, nefes almanın ya

tümünün sona erdiği bu durumda son nefes ve son kalp atışı ile ölüm gerçekleşmektedir³⁸.

Tıp alanında ortaya çıkan yenilikler, klasik ölüm anlayışının , ölümü tanımlamada yeterli kıstas oluşturmadığı sonucuna varılmasına neden olmaktadır.³⁹ Gerçekten bir kişinin solunumu ve kalbi tamamen dursa da, beynin canlılığı daha bir süre devam ettiği için, kalp masajı ya da yapay solunum gibi müdahalelerle bu sistemlerin yeniden çalıştırılması mümkün olabilmektedir.⁴⁰ Bunun gibi beden ısısının düşürülmesi ya da bazı ilaçların enjekte edilmesi ile beynin canlılığının 30-90 dakika uzatılması mümkün olmaktadır. Ayrıca hastanın ameliyat sırasında dolaşım ve solunum sistemlerinin devreden çıkarılarak, bunların işlevini yerine getiren aygıtların kullanılmaları durumunda da bu sistemler görevlerini yerine getirmemektedirler. Böyle bir olasılıkta ise kişiyi ölmüş sayma yanlış sonuçlar doğuracaktır⁴¹. Bunun gibi sinir sisteminin tamamen durduğu, ancak kişinin kalbinin atmayı ve soluk almayı sürdürdüğü ayrık durumlar da söz konusu olmaktadır. Görünüşte ölüm (Scheintod) ya da yapay kış uykusu (künstlicher Winterschlaf) denilen bu gibi durumlarda kişinin yaşadığı duraksamasız kabul edilemeyecektir.⁴² Aynı şekilde, bedenden ayrılan kalbin bir süre daha çalıştırılmasının mümkün olduğu durumlarda da, kişiyi canlı saymak olası değildir.⁴³

2- Beyinsel Ölüm Anlayışı

Yaşama hakkı, insanı bütün kişilik görünümüyle korur; nasıl ortaya çıktığı, bir defalık ya da sürekli olup olmadığıyla ilgilenilmez.⁴⁴ Başka bir deyişle, yaşamaya değer olmayan insan hayatı yoktur. Diğer yandan önemli bir husus da, insanın anayasa hukukunun bakış açısından ölü olarak kabul edilmesi, yaşamı sürdürmek için zorunlu koşul oluşturan bedensel işlevlerinin tamamen ve kesin olarak akamete uğramasıyla söz konusu olur. Böyle bir tanıya hangi kıstasların izin verdiğine tıp bilimi karar verir.⁴⁵ Özellikle son yıllarda reanimasyon (yeniden canlandırma) yöntemlerindeki

da kalbin durması yoluyla ölüm. Bunlardan biri diğerini de etkiler ve geri kalan organlar akamete uğrarlar" Wegelin. C. Altern und Tod, Bern 1951, 18 (Merz. 329, dn. 12'den naklen).

³⁸ Bayraktar, 183; Tekinay, 209. Ayrıca bak. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 556; Akıncı, 104.

³⁹ Güney Afrikalı Hekim Christiaan Barnard'ın 3.12.1967 tarihinde gerçekleştirdiği ilk kalp nakli sonrasında, beyinsel ölüm anlayışı (brain death) geliştirilmiş ve ölüm durumuyla ilgili Harvard Ölçütleri belirlenmiştir. Özsunay (Hayat), 37.

⁴⁰ Bayraktar, 183; Özsunay, 213.

⁴¹ Merz, 331. Ayrıca bak. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 557

⁴² Bilgin, 11 vd.; Wolf/Naujoks, 12; Bayraktar, 184; Ayrıca bak. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 557; Özsunay, 214; Öztan, 21.

⁴³ Bilgin, 11; Öztan, 22.

⁴⁴ Müller, 463; Schultz, 881. BGE 98 Ia 108.

⁴⁵ Karş. Dural/Öğüz(Dural), 22; Bayraktar, 188/189; Arpacı, 184.

gelişmeler gerçekleşmiş, bu gelişmeler aynı zamanda yoğun zorlukları da ortaya çıkarmıştır. Yeni bilimsel gelişmeler , kalbin durması ve bunun gibi kan dolaşımının durması nedeniyle geleneksel ölüm tanısının geçerliliği hususunda kuşkulara neden olmuştur. Tıp bilimi öğretisinde bugün hemen hemen genel kabul gören düşünceye göre, kalbin durması ya da kan dolaşımının durmasından çok kısa bir süre önce gerçekleşen beyin ölümü (yani beyin işlevlerinin tamamlanmış ve geri dönülmez [irreversible] biçimde sona ermesi) geleneksel ölüm anlayışıyla özdeş sayılmaktadır.⁴⁶ Çünkü beyin bütün olarak sadece duyuların merkezi, bilincin ve belleğin yönetim yeri değildir; aksine, aynı zamanda, kalp ve nefes alma işlemi, vücut ısısının düzenlenmesi işlemi gibi çok çeşitli işlemlerin yönetildiği otonom vegetatif sinir sisteminin merkezini oluşturur.⁴⁷ Nefes alma ve kalbin çalışması işlevleri bugün için ikame edilebilirken, beynin her hangi bir yolla tamamlanmış ve dönülemez hale gelmesinin etkisi ortadan kaldırılamaz.⁴⁸ Beyin ölümü tanısı da geniş bir bilimsel tartışma açan zorluklar ortaya çıkarır.⁴⁹

Yeni ölüm tanımı da denebilecek beyinsel ölüm anlayışına göre ölüm, bir kısım beyin hücrelerinin ölmesiyle başlayıp bütün beyin hücrelerinin ölümü ile sonuçlanan bir süreçtir.⁵⁰ Beyin hücrelerinin ölümüyle birlikte bedensel işlevleri, sistemleri kontrol eden ve düzenleyen beyindeki merkezler, görevlerini yapamayacak hale gelmektedirler. İşte böyle bir durumda,çeşitli fonksiyonlar arasındaki eşgüdümün bütünüyle durması ve birbirini tamamlamaktan yoksun hale gelmesiyle ölümün ortaya çıktığı kabul edilir.⁵¹

1981 tarihinde Amerika Birleşik Devletlerinde Başkanlık Komisyonu'nca geliştirilen ve Amerikan Tıp Derneği ile Amerikan Barolar Birliği tarafından benimsenen bir kanun tasarısıyla da beyinsel ölüme ilişkin olarak bazı ölçütler açıklanmıştır. Buna göre a) Dolaşım ve solunum

⁴⁶ Özsunay(Hayat), 38

⁴⁷ Müller, 465 ; Luternauer, 77 ; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 557

⁴⁸ Müller, 466; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 557

⁴⁹ Karş.Geilen, 373 vd.,383 vd. Beyin ölümü sonrası , bir organ ya da hücrelerin, yapay olarak sınırlı bir dolaşım sağlanması yoluyla yaşayacağı reddedilirse, bunun sonucunda yaşama hakkı ihlal edilmiş olmaz (Müller, 466).

⁵⁰ Beyinsel ölüm halinde bulunan hastalar gerçekte ölmemişlerdir. Ancak bunlar mutlak biçimde ölüme gitmektedirler. Bunlar üzerinde uygulanacak her hangi bir tedavinin en ufak bir etki gösteremeyeceği durumlarda dahi hukuk, ölümün mutlak anlamda kesinliğine değil, daha çok mutlaka gerçekleşeceğini ortaya koyan ve ölümün gerçekte vuku bulmamış olabileceği en küçük kuşkuyla dahi bütünüyle ortadan kaldırmayan yöntemleri meşru sayamaz. Bu nedenle beyinsel ölümü doğrudan tespit yöntemleri , ölüm anını tespit yerine ölüm anını öne almaya hizmet etmemelidir.(Toroslu, 106 ve dn. 46).Karş. Bilgin, 15 vd.

⁵¹ Bayraktar, 184, Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 557; Özsunay, :214; Bilgin, 17. Ayrıca bak. Akıncı, 106.

fonksiyonlarının geri dönülemez bir biçimde sona ermesi; b) Beyin sapı dahil, beynin tümünün bütün fonksiyonlarının geri dönülemez bir biçimde durması.⁵²

Bayraktar, beyinsel ölüm anlayışının hukukça da desteklenmesi gerektiğini ileri sürmektedir: "Buna göre insanın kişiliğini sağlayan esas organ beyin ve bunun faaliyetleridir. İnsanın çevresine uyması, hareketlerinin düzenlenmesi beyne bağlıdır. Beynin fonksiyonlarını kaybetmesi ve bilincin ortadan kalkması halinde vücuttaki dolaşım ve solunum sun'i olarak devam ettirmesi sadece 'görünüşte bir hayat' sağlayacaktır"⁵³. Buna karşılık beyinsel ölüm anlayışına eleştirel bir gözlemlerle yaklaşan bazı yazarlar, beyin kabuğunun bütünüyle tahrip olması neticesinde bitkisel hayata⁵⁴ giren kişilerin ölmüş sayılmayacağına, ölümün saptanmasının bazan rastlantısal yöntemlerle gerçekleştiğine ilişkin çekinceler ileri sürmektedirler.⁵⁵

Günümüzde beyinsel ölüm anlayışı duraksamasız kabul edilmiş olmamakla birlikte⁵⁶, çeşitli ülkelerde bu yönde bir eğilimin olduğu söylenebilir.⁵⁷ Ancak Dünya Tabipler Birliği'nin 1968 yılında Sydney'de yaptığı toplantıda vurgulanan ve tıp biliminin sürekli gelişimi karşısında sıkı biçimde beyinsel ölüm kıstasına bağlı kalınarak bunun yasalaşmasına duyulan kuşku dikkate değer.⁵⁸ Her halde çözüm, bugün için beyinsel ölüm kıstasını kabul edip, tıptaki ilerlemeleri takip ederek bu işi hekimlere

⁵² Özsunay (Hayat) 38'den naklen.

⁵³ Bayraktar,185.

⁵⁴ Beyin ölümüne yönelik itirazların genellikle odağını oluşturan beyinsel ölüm ile bitkisel hayata girme olguları birbiriyle karıştırılmamalıdır. Bitkisel hayata giren kişide beyin ölümü belirtileri bulunmaz ve hastanın gözleri kendiliğinden ya da sesli bir uyarı sonucunda açılabilir ancak hastanın izleme hareketleri yoktur. Hastada var olan uyku- uyanıklık döngüsü ile kan basıncı ve solunum kendiliğinden sürmektedir. Bu kişiler uzun yıllar yaşayabilirler. Buna karşılık beyinsel ölümden bu belirtiler bulunmaz. Bu yüzden de bitkisel hayata girmiş kişiler ölü kabul edilemez. Bkz. Bilgin, 28, 29; Akıncı, 115; Özsunay, 215.

⁵⁵ Çeşitli eleştiriler ve bunlara karşı ileri sürülen fikirler hk. bkz. Akıncı , 106 vd. Tekinay'a göre beyinsel ölüm düşüncesi , özellikle organ nakli ameliyatlarının dikkate değer başarılar kaydetmeye başlamasından beri hızla gelişmektedir. Bunun başlıca nedeni olarak, kalp nakillerinde , kalbi alınacak kişinin ölmüş sayılması için onun kalp atışlarının tamamen durmasına kadar beklenirse bu ameliyatların başarıyla yapılamaması görülmektedir. (Tekinay, 209).

⁵⁶ Karş. Özsunay, 214 ; Bayraktar,185; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, 557; Dural/Öğüz (Dural), 21.

⁵⁷ Karşılaştırmalı hukuk, özellikle Avrupa ülkeleri ile ABD ve Kanada 'daki buna ilişkin gelişmeler hk. bkz. Akıncı, 107 vd.

⁵⁸ Bununla birlikte Finlandiya ve İspanya'da ölüm anı resmen bu açıdan belirlenmiştir. Ayrıca diğer bazı ülkelerde de ölüm anının resmen belirlenmemesine karşılık çeşitli sağlık kuruluşlarının beyinsel ölümü benimseyen bildiri ve kararlarına rastlanmaktadır. (Zevkililer/Acabey/Gökyayla, 482; Özsunay, 214-215).

bırakmaktan geçecektir⁵⁹. Bu anlamda 2238 sayılı yasada belirtilen, organ ve doku alınması ile ilgili olarak ölümün gerçekleştiğine dair verilecek kurul kararının, hukukçular açısından "bilimin eriştiği" noktaya uygun olup olmadığını belirlenmesi önemli olmalıdır⁶⁰.

B- Ülkemizde Durum

1- Genel Olarak

Ölüm anının belirlenmesi açısından belirli bir sisteme bağlı kalındığında, tıptaki hızlı değişimlerin göz ardı edilebileceği yolundaki Dünya Sağlık Teşkilatı'nın kuşkusuz, Türk öğretisi tarafından da göz önünde tutulmaktadır.⁶¹ MK md. 28/1(Art. 31 Abs. 1 ZGB) kişiliğin ölümle sona erdiğini belirtir. Bunun dışında MK md. 31 (Art 34 ZGB) dışında Medeni Kanunda somut durumda ölümün tespitine yönelik yasal her hangi bir düzenleme getirmiş değildir. Yasa koyucu maddi olarak ölüm anını tanımlamaktan kaçınmıştır. Bunun nedeni ise yapılan tanımlamanın çok kısa bir süre içinde , bilimsel olarak anlamsızlaşacağına yönelik yasa koyucunun öngörüsüdür.⁶² Yasa koyucu çok kısa bir süre içinde bu tanımlamanın bilimsel olarak aşılabileceğini bilmekteydi. ZGB'nin yürürlüğe girmesinden itibaren gerçekleşen bilimsel gelişmeler yasa koyucunun bu çekingenliğinin dayanağını oluşturmaktadır. Gerçekten de on yıllar boyunca, kalbin geri dönülmez bir biçimde durması, kan dolaşımının, nefes almanın, yani asli yaşam fonksiyonlarının kaybı, ölümün tespiti açısından belirleyici kıstaslar olarak görülmüştür.⁶³ Buna karşılık yeniden canlandırma yöntemlerinin (reanimasyon) keşfi, geleneksel ölüm tanısı kavramının yeniden tanımlanmasını gerekli kılmıştır.⁶⁴ Bu sonuçlar Objektif zamana uygun tarihsel yorum açısından Art 31 Abs. 1 ZGB ye uygun olarak , bu hüküm tıp biliminin geliştiği aşama dikkate alınarak, bunun tarafından getirilen anlamda ele alınabilir.⁶⁵ Ancak, ölüm anının kesin ve sağlıklı biçimde belirlenebilmesi için, hastanın yaşatılması yolundaki tıp alanında varılan tüm yöntemlerin denenmesi ve harcanan tüm çabalara karşın kişinin yaşamayacağı kesinlikle belli olması gerektiği gözden irak tutulmamalıdır.⁶⁶

⁵⁹ Karş. Dural/Öğüz(Dural), 22; Bayraktar, 188/189; Arpacı, 184

⁶⁰ Karş. BGE 98 Ia 508, 515.

⁶¹ Dural/Öğüz(Dural), 22; Bayraktar, 188; Zevkiler/Acabey/Gökyayla, 557 ; Özsunay, 214-215; Toroslu, 106 .

⁶² Huber, 73.

⁶³ Strattenwerth, 528 vd.

⁶⁴ Grossen, 303; Luternauer, 77 vd.

⁶⁵ BGE 98 Ia 508 vd.

⁶⁶ Bayraktar , 188-189; Özsunay, 215; Dural/Öğüz(Dural), 20-21.

Türk Tabipler Birliği'nin 18.4.1968 tarihli kararında ise beynin işlevini tümüyle yitirmesinin yanısıra tüm reflekslerin sona ermesinin birlikte oluşması halinde ölümün gerçekleşeceği belirtilmektedir.⁶⁷ Aynı sonuç İsviçre Tıp Bilimi Akademisi ve Federal Mahkeme tarafından da benimsenmiştir.⁶⁸ Yüksek Sağlık Şurası'nın 24.11.1969 tarihli kararında ise "bugünkü düşüncelerin en kuvvetlisi ve hakim durumda olan beyin fonksiyonunun tamamıyla durması halinin tesbiti şeklinde kabul olunmuştur" denilerek ölümün belirlenmesi konusunda "beyinsel ölüm" anlayışı kabul edilmiştir⁶⁹.

Yargıtay'a göre ise ölümün gerçekleşmesi için bütün organların işlevlerini yitirmiş olması gerekir. Yargıtay I. Ceza Dairesinin 11.8.1972 tarihli kararına göre "ölüm anı bütün organlarının durduğu andır."⁷⁰ Ayrıca ölüme kimin karar vereceği hususunda Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 216 - 219. maddelerinde hükümler yer almaktadır.

2- Organ ve Doku Aktarmaları Açısından

2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'la ve yalnızca bu yasanın uygulanması yönünden ölümlerden organ ve doku alınmasında ölüm halinin saptanması düzenlenmiştir. Anılan Yasanın 11. Maddesine göre "Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölüm hali, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulanmak suretiyle, biri kardiolog, bir nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anestezi ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile saptanır." Organ Nakli Merkezi Yönetmeliği⁷¹ ve daha sonra çıkarılan

⁶⁷ Buna göre ölüm anının belirlenmesi için şu koşullar aranmaktadır: 1-İki taraflı ve devam eden midriasis ;2-Bütün reflekslerin tam kaybı (derin hissiyatın kaybolması); 3- Solunum ve dolaşım spontan alışmasının durması ve ancak reanimasyon tedbirleri ile sağlanması; reanimasyon tedbirleri yeterli sürece uygulandığı halde, normal solunum ve dolaşımın sağlanamayacağına dair karar verilmesi ; 4- Beynin fonksiyon yapmadığının EEG metoduyla tespit edilmesi, EEG'nin aktif bir belirti göstermemesi ve yeniden canlandırma metotlarıyla da aktif hiç bir belirti göstermemekte devam etmesi; 5- Ölümün tespiti için bu kriterlerin tek tek değil bütününün göz önüne alınması (Özsunay, 216'dan). Bu durumu Öztan, biyolojik ölüm olarak niteler. Bak. Öztan, 22.

⁶⁸ 25 Ocak 1969 tarihli "Richtlinien für die Definition und die Diagnose des Todes" (SJZ 65/1969, 248; ZStR 1969, 334; ZbJV 105/1969, 334); BGE 98 Ia 508.

⁶⁹ Bayraktar, 186. Ayrıca bak. Toroslu, 108, dn.56.

⁷⁰ İBD 1972, S. 9-10, 978,979.

⁷¹ RG. 20.8.1993 21674. Bu Yönetmeliğin amacı, tedavisi doku veya organ nakli ile mümkün olan hastaların hayatini sürdürmek için nakilleri gerçekleştirecek organ ve doku nakli merkezlerinin, organ ve doku kaynağı merkezlerinin ve doku tiplene ünitelerinin açılması, çalışması ve denetimi ile bunların bağlı olduğu kamu kurum ve kuruluşları ile özel kuruluşların uyumak zorunda oldukları usul ve esasları düzenlemek, organ ve doku nakli hizmetlerinin yürütülmesinde uyulması gereken esasları belirlemektir. (md.1) Bu

Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin⁷² ekinde beyin ölümü kriterleri sayılmıştır. Buna göre:

Beyin ölüm kriterleri:

Tanım: Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve beyin fonksiyonlarının tam ve irreversibl kaybıdır.

İrreversibl komanın temel bulguları

yönetmelikte getirilen kriterler daha sonra çıkarılan Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği (RG 1.6.2000 24066) ile daha farklı düzenlenmiştir (Bak. dn.72'ye ait metin)

Tanım: Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve beyin fonksiyonlarının tam ve irreversibl kaybıdır.

İrreversibl komanın temel bulguları:

I) Komanın aşağıdaki nedenlere bağlı olmaması

A-Primer hipotermi

B-Hipovolemik ya da hipotansif şok

C-Geriye dönüşüm sağlayabilecek intoksikasyonlar(barbitürat ve diğer sedatifler, depresan ve narkotik ilaçlar) ile metabolik ve endokrin bozukluklar

II) Bilincin tam kaybı

III) Spontan hareketin bulunmaması ve ağırlı uyaranlara yanıt alınmaması

IV) Spontan solunumun bulunmaması

V)Beyin sapı reflekslerinin tamamen kaybolması

A-Pupiller dilate ve/veya fiks, ışık reaksiyonu alınmaması

B-Kornea refleksi yokluğu

C-Vestibulo-oküler refleks yokluğu

D-Okülocefalik refleks yokluğu

E-Palatal ve trakeal reflekslerin yokluğu

VI) Apne testi(Pasif oksijen verilerek respiratörün birkaç dakika çekilmesi ve spontan solunumun gelmediğinin kontrolü, kan gazı bakılabiliyorsa pCO2 60 mmHg olmasına rağmen spontan solunumun bulunmaması)

*Daha önce tanısı konmuş bir nedenle hasta irreversibl koma tablosuna girmişse en az 12 saat, etyolojisi bilinmeden gelişen tablolarda en az 24 saat bu koşulların değişmeden devamlılığı gözlenmelidir.

*Etyolojisi belirlenmemiş irreversibl komada, hekimler kurulunun uygun göreceği bir yöntemle klinik bulgular teyid edilebilir.

*Donör, beyin ölümü nedeniyle yaşamını yitirdikten ve bu durum kanunun öngördüğü biçimde teyid edildikten sonra donörün yakınına beyin ölümü deklare edilir

⁷² RG 1.6.2000 S. 24066. Bu Yönetmeliğin amacı, tedavisi doku veya organ nakli ile mümkün olan hastaların hayatini sürdürmek için nakilleri gerçekleştirecek organ ve doku nakli merkezlerinin, organ ve doku kaynağı merkezlerinin ve doku toplama ünitelerinin açılması, çalışması ve denetimi ile bunların bağlı olduğu kamu kurum ve kuruluşları ile özel kuruluşların uymak zorunda oldukları usul ve esasları düzenlemek, organ ve doku nakli hizmetlerinin yürütülmesinde uyulması gereken esasları belirlemektir (md. 2). Yönetmeliğin 32. maddesi gereğince, 20/8/1993 tarihli ve 21674 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan ve 22/9/1994 tarihli ve 22059 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Yönetmelikle değiştirilen Organ Nakli Merkezleri Yönetmeliği ve 20/8/1993 tarihli ve 21674 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Kornea Naklinde Kornea Sağlanması ve Paylaşımı Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır.

I) Beyin ölümüne karar vermek için komanın aşağıdaki nedenlere bağlı olmaması,

a) Primer hipotermi,

b) Hipovolemik ya da hipotansif şok,

c) Geriye dönüşüm sağlayabilecek intoksikasyonlar (barbitürat ve diğer sedatifler, depresan ve narkotik ilaçlar) ile metabolik ve endokrin bozuklukları,

II) Bilincin tam kaybı,

III) Spontan hareketin bulunmaması.

Aşağıda bulunan durumlar beyin ölümü tanısını ekarte ettirmez.

a) Derin tendon reflekslerinin alınması,

b) Yüzeysel reflekslerin alınması,

c) Babinski refleksi alınması,

d) Solunum benzeri hareketler alınması, (omuz elevasyon ve adduksiyonu önemli tidal volüm değişikliği olmaksızın interkostal genişleme),

e) Patolojik fleksiyon ve ekstensiyon cevabı dışındaki spontan ekstremiteler hareketleri.

IV) Ağrılı uyaranlara serebral-motor cevap alınmaması,

V) Spontan solunum bulunmaması,

VI) Beyin sapı reflekslerinin tamamen kaybolması,

a) Beyin ölümünde pupiller parlak ışığa yanıtız ve dilatedir (4-9 mm),

b) Kornea refleksi yokluğu,

- c) Vestibulo-oküler refleks yokluğu,
- d) Okülosefalik refleks yokluğu,
- e) Feringeal ve trakeal reflekslerin yokluğu,

VII) Apne testi:

Apne testi uygulanabilmesi için, Arterial pO₂ ve pCO₂ değerleri normal olmalıdır (pCO₂ 40 mmHg ve üzerinde). Bu koşullarda hasta 10-30 dakika süre ile %100 oksijen ile ventile edilerek arteriyel oksijen basıncının 200 mmHg üzerinde olması sağlanmalıdır. Bu koşullar sağlandıktan sonra hasta mekanik solunum desteğinden ayrılarak trakea içerisine en az 8-10 dakika süre ile 6 lt. dakikada oksijen uygulanmalıdır. Bu uygulamalara rağmen spontan soluma yoksa apne veya kan gazlarında pCO₂ basıncı 60 mmHg veya üzerinde ise spontan soluma hareketi yoksa apne testi pozitifdir."

Yönetmelikte bu kıstaslar sayıldıktan sonra "hasta yakınına beyin ölümü deklare edildikten sonra organ bağış izni alınmadığında , hastaya uygulanan tıbbi destek kesilir" denilmiştir.

Gerçekleştirilen bu düzenlemelerle, öğretilerde en azından biyolojik ölüme yeğ tutulan 'beyinsel ölüm' anlayışı benimsenip⁷³ ölümlerden organ ve doku alınması yönünden bu kıstasa dayanılarak ölümün belirlenmesi işi esas olarak hekimlere bırakılmıştır.⁷⁴

III- Ceset Üzerindeki Hak ve Korunması

A- Genel Olarak

Ölümlerle birlikte malvarlığı hakları mirasçıya geçer; kişiye bağlı olanları ise (örneğin intifa, sukna gibi) sona erer⁷⁵. Buna karşılık ölüm sonrası özellikle ölenin şeref ve itibarına ya da cesete karşı yapılan ihllalere karşı korumanın kim tarafından ve hangi yollarla yapılacağı sorunlarıyla karşılaşmaktadır. Bu çerçevede ölümle ilişkili haklarının ortadan kalktığı, nispi olarak devam ettiği yada ölümlen başka kişilerin (özellikle yakınların)

⁷³ Bilgin, 11 vd; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 557; Müller, 465.

⁷⁴ Bayraktar, 188, 189; Dural/Öğüz(Dural), 22; Toroslu, 108,109. Ayrıca bak. Akıncı, 111. Ölüm anının belirlenmesine yönelik olarak İsviçre Tıp Bilimleri Akademisi tarafından çıkarılan yönergenin anayasaya aykırılık oluşturmadığı hakkında bak. BGE 98 Ia 508.

⁷⁵ Velidedeoğlu,124,125.

kişilik hakları çerçevesinde korumanın sağlanabileceği düşünceleri ortaya çıkmaktadır. Bununla birlikte ceset üzerinde tasarruf edilebilip edilemeyeceği ya da hangi oranda edilebileceği konuları da her kes için üzerinde anlaşılabilir konular olmaktan uzaktır. Bu bağlamda konunun ahlak boyutuna da değinmenin yararlı olacağı düşüncesindeyiz. Çünkü, hukuk ve ahlak tamamlayıcı bir biçimde insan davranışlarını düzenlerler. Bu bağlamda birbirleriyle kısmen etkileşim içinde, kısmen de her bir alan bireysel olarak kendi varlıklarını sürdürürler. Aşağıda, anılan çerçeve içinde, ölüm anının etkileri üzerinde durulacaktır.

B- Kişilik, Hukuk ve Ahlak Arasındaki İlişki Çerçevesinde Ölümün Etkisi

Mahkeme kararlarında Anayasal bir düstur olarak nitelenen kişisel özgürlük ilkesi, insanın kişiliğini geliştirmeye yönelik asli görünümünü içeren her türlü özgürlüğü sağlamayı amaçlar.⁷⁶ Anayasanın koruması içine her şeyden önce bizzatıhi kişinin yaşamı girer (AY md.17).⁷⁷ Anayasa Hukuku açısından yaşama hakkı kendisini diğerlerine karşı belirginleştirir, bireysel özgürlüğü sağlayan temel ilke olan kişiliğin korunması yoluyla, bilerek yapılan her saldırı mutlak olarak korunan varlığının ihlali doğurması nedeniyle anayasaya aykırılık oluşturur.⁷⁸ Bu nedenle yaşama hakkı her hangi bir biçimde sınırlanamaz; yasal temele dayanan ve kamu yararını ilgilendiren ihlaller, anayasa hukuku açısından düşünülemez.⁷⁹

Genel bir kanaat olarak ahlak (etik) haklılıktan ve izin verilebilirlik anlamında hukuksallıktan o kadar uzak değildir. Buna karşılık hukuk normları kural olarak ahlaksal kurallara göre daha dar bir standart ortaya koyar. Çok açık olarak bu bağlamda hukuktan kısaca " asgari ahlak" olarak söz edilir.⁸⁰ Buna karşılık hukuk, emirler koyması ve bunun uygulanmasını ortaya çıkardığı cebir aracılığıyla garanti etmesi ve buna bağlı olarak da saf anlamda ahlaksal kurallara göre eylemli olarak yüksek bir bağlayıcılık derecesi göstermesi neticesinde "azami ahlak" biçiminde ortaya çıkar. Buna bağlı olarak Kant'ın meşruluk (Legalitaet) ve ahlak (Moral) ayrımı anlamındaki hukuk ve ahlaktan (Ethik) , ahlak aynı zamanda "saik" yani ahlaken kabul edilebilir bir güdü olarak anlamlı olmasına karşılık, hukukun

⁷⁶ BGE 97 I 49 Erw. 3, 842 Erw. 3.

⁷⁷ 3.10.2001 Tarihli ve 4709 sayılı Yasa ile Anayasaya "Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez" hükmü eklenmiştir.

⁷⁸ BGE 97 I 50; Müller, 46.

⁷⁹ Müller, 462; BGE 98 Ia 508 vd.

⁸⁰ Jellinek, 45; Taupitz, 4. Güriz'e göre hukuku asgari ahlak olarak değerlendiren yaklaşımın doğru olmadığı söylenebilir. Bu bağlamda örneğin şehirlerarası yollardan yüksek hız düzeyini belirleyen ve bunu 90 km olarak saptayan kuralın ahlak ile her hangi bir ilişkisi yoktur. (Bak. Güriz, 24)

bireyin norma uygun dış davranışları olması açısından ayrılır.⁸¹ Bu anlamda Hukuk dışı yansımayan insan davranışlarıyla ilgilenmez. Ancak bir davranış dışı yansıdıktan sonra, kişinin hangi saikle o davranışta bulunduğu önem kazanır. Bireyin kendi iç yaşamı ile ilgili olan ve dışı yansımayan davranışları ahlakın ilgi alanında değerlendirilir.⁸²

Aynı zamanda hukuk çok yönlü olarak ahlakın hukuksal alanda doğrudan kapsanmasına çalışır (ahlakın da tamamen hukuksal düşünceden ayrı hareket edememesi gibi): " Dürüstlük (iyiniyet) kurallarına aykırı hukuksal işlemler hukukça korunmaz" (MK/ZGB md.2; BGB § 138) biçimindeki bir kural, hukuk ve ahlakın birbiriyle bağlantısız biçimde yan yana durmasına değil, aksine hukukun çok taraflı olarak ahlakın değerlerini üzerine almasına çabalar ve onu " hukuku takdis makamı" dedirtmemek için bir uygulama gücü verir. Buna karşılık hukukun bilinçli olarak temelsiz ahlak çıkarımlarını gözü kapalı kabul edeceği anlamına da ulaşılamaz. Çünkü hemen her zaman olduğu gibi, uygun aktarma bağlantıları biçimlenerek yerleştirilmiştir: Ahlaksal değerlerin hukuka aktarılması, hukuk düzenindeki diğer isterlere ve özellikle anayasal gereklere olabildiğince uygun olmalıdır. Örneğin ahlaksal bir yükümlülük olarak ortaya çıkan aile bireylerinden birine kan ya da böbrek bağıışı hukuksal bir yükümlülük olarak mevcut değildir.⁸³

Sonuç olarak her toplum kendi hukuk düzeni ve toplumun diğer yönlendirici etmenleri arasında bir iş bölümünü işaret etmelidir. Bu her şeyden önce yaptırımla donatılmış hukuk normlarının, temelde sadece son seçenek (ultima ratio) olarak ortaya konulması anlamında geçerlidir. Ancak bunun dışında sosyal, ahlaksal, dinsel ya da bir meslek grubuna özgü ahlak temelli normlar, birlikte yaşamın işlerliğini - aynı zamanda bireyin ölümü hakkında da- güvence altına alır.⁸⁴

C- Cesedin Medeni Hukuk Açısından Niteliği

1- Genel Olarak

Hukuk ve ahlakın karşılıklı olarak birbirine nüfuz etmesi ve etkileşimi açısından dikkate değer bir nokta "insan kime aittir- kendi bedeni üzerinde mülkiyet hakkı var mıdır" sorusudur.⁸⁵ Ortak hukuk öğretisinde (Gemeinrechtslehre) ceset, mülkiyete konu olabilecek bir şey kabul edilirdi.

⁸¹ Taupitz, 4, 5.

⁸² Güriz, 23.

⁸³ Taupitz, 5.

⁸⁴ Taupitz, 4.

⁸⁵ Karş.Taupitz, 5. dn.14.

Bu düşüncedekiler görüşlerini çeşitli hukuksal dayanaklarla kanıtlamaya çalışmışlardır. Bir düşünceye göre ceset sahihsiz bir maldır: Bunun nedeni ise daha önceden var olmayan şeyin ölüm yoluyla ortaya çıkmasıdır; bu malın sahibinin ölümden önce yaşayan kişi olduğu düşünülse bile artık bu kişi de yoktur. Yasada da cesedin terekeye dahil olacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durumda ceset hakkında sahihsiz mallara ilişkin Medeni Kanunun 691. Maddesi uygulanmalıdır. Bunun gibi cesedin ticari alana dahil olmayan bir şey (res extra commercium) ya da mirasçıların mülkü olduğu görüşleri de ileri sürülmüştür.⁸⁶

Günümüzde ise ceset üzerinde bir mülkiyet hakkının olmayacağı kabul edilmektedir.⁸⁷ Başka bir deyişle ceset – aynı yaşayan insan gibi - mülk olarak kabul edilmeye uygun bir şey değildir; en azından “kişilik hukuku” boyutu “eşya hukuku” boyutunun gölgesinde kalır.⁸⁸ Cesedin daha önceki kişi ile olan bağlantısı tamamen kopmuşsa; bu durumda geriye kalan, örneğin anatomideki bir iskelet gibi, eşya olarak görülebilir.⁸⁹ Ancak cesedin eşya olma özelliğine ne zaman ulaşacağı ile ilgili sınır oldukça muğlaktır ve tek başına geçen zaman, bu sınırı tayin etmek için yeterli değildir.⁹⁰

2- Ceset Üzerindeki Hak ve Kişilik Hakkı

Ceset üzerindeki hakkın kişilik haklarıyla olan bağlantısı açısından öğretide farklı düşünceler ileri sürülmektedir. Bunları aşağıdaki gibi gruplandırmak olasıdır.

a) Ölenin Kişiliğinin Ölümle Sona Erdiğine İlişkin Düşünceler

Türk/İsviçre hukuku açısından Öğretideki baskın görüş gereğince kişiliğin ölümden sonra sürdüğü kabul edilemez.⁹¹ Kanunumuz kişiliğin ölümden sonra -kısa bir süre de olsa- sürmesini kabul etmemiştir⁹². Ölüm ile kişiye bağlı olmayan haklar mirasçılara geçer. Miras yoluyla geçmeyenler

⁸⁶ Atabek, 192 vd.

⁸⁷ Ayiter (Organ), 181; Özsunay, 211; Egger, Art 31, N. 15; Dural/Öğüz(Dural), 26; Öztan, 23; Zevkliiler/Acabey/Gökyayla, 452; Oğuzman/Seliçi/Oktay, 16. “İnsan cesedi ile cesedin parçaları da ilke olarak hukuki işlemlere, mülkiyete konu olamaz. Ancak istisnai olarak, ölen şahsın veya yakınlarının kişilik haklarını koruyan hükümlerin sınırları içinde kalmak, bunlar ihlâl edilmemek şartıyla ceset, aynı haklara ve bu arada mülkiyete konu olabilir” (Gürsoy/Eren/Cansel, 374’dan naklen). Karş. Atabek, İBD, s. 629

⁸⁸ Deutsch, 253; Taupitz, 8.

⁸⁹ Deutsch, 253; Taupitz, 8; Gürsoy/Eren/Cansel, 374.

⁹⁰ Taupitz, 7.

⁹¹ Egger:Art.31.N.15; Özsunay, 211; Özsunay (Hayat), 37; Ataay, 248; Ataay, (MHAD), 28; Zevkliiler/Acabey/Gökyayla, 452.

⁹² Ataay, 248; Egger, Art. 31N. 15.

ise ortadan kalkar (örneğin intifa, nafaka iradı gibi). Ancak kişiliğin bazı etkileri ölümden sonra da sürer. Kişinin bedensel varlığının yeryüzündeki kalıtı olarak cansız beden kalır. Bunun yanı sıra, kişiliğin toplumsal görüngülerinden olan şeref, saygınlık, giz alanı gibi değerler hukuksal korunmadan yararlanarak etkilerini sürdürürler. Söz konusu hukuksal korunmadan yararlanma, ölenin kişiliğinin sürmesinden ya da geriye bazı kalıntıların kalmasından kaynaklanmaz. Çünkü hukuk düzeni yaşayanlar için getirilmiştir. Ölü ise artık insan topluluğunun bir üyesi değildir. Bu yüzden de korumanın konusunu yaşayanların ölüye karşı besledikleri hürmet ve saygı duyguları oluşturur.⁹³

Öğretide baskın olarak ceset üzerinde ölenin yakınlarının haklarının olduğu kabul edilmekte ancak bu hakkın niteliği konusunda değişik fikirler ileri sürülmektedir.⁹⁴

Öğretide savunulan ve baskın görünen görüş gereğince ise, ceset üzerinde yakınların kişilik hakkı⁹⁵ söz konusudur. Ceset üzerinde korumanın konusunu, hayatta kalanların ölene karşı besledikleri hürmet ve saygı duyguları oluşturur.⁹⁶ Yakınların duygusal yaşamları ve kişiliklerinin ruhsal varlıkları söz konusudur. Ceset üzerindeki hak da bu şekilde açıklanabilir.⁹⁷ Bir diğer düşünceye göre ise kişinin cesedi üzerinde bir kişilik hakkı olduğu söylenemez. Buna göre ölenin yakınlarının ceset üzerinde kendine özgü mutlak bir hakkı vardır.⁹⁸ Ceset üzerinde yakın aile bireylerinin, ikinci derecede de mirasçıların mülkiyet benzeri mutlak hakları söz konusudur. Bu hakkın mutlaklığı mülkiyet hakkındakine benzer bir etki yaratır. Ancak bunun kendine özgü (sui generis) bir mutlak hak olarak kabul edilmesi gerekir. Ceset üzerindeki bu hakkın içeriği gelenek hukukuna göre, gelenek hukuku olmadığı durumlarda da yargıcın hukuk yaratma yetkisiyle belirlenecektir. Ceset üzerinde öncelikle kimin söz sahibi olduğu ise (gömülme biçiminin, yerinin belirlenmesi ya da cesetten bir parça alınması gibi) yine gelenek hukukuna göre belirlenir.⁹⁹

⁹³ Egger, Art. 31, N.15.

⁹⁴ Bak. Dural/Öğüz (Dural), 26, 27; Öztan, 23 vd.; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 451 vd.; Özsunay, 212 vd.; Egger, Art. 31, N. 16.

⁹⁵ Bu kavramla ilgili örnek olarak bak. Jäggi, vd; Egger, Art 28, N. 47 vd.; Öztan, 111 vd.; Dural/Öğüz(Dural), 97 vd.; Oğuzman/Seliçi/Oktay, 115 vd.; Velidedeoğlu, 81 vd.; Köprülü, 262 vd.; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 441 vd.; Akipek/Akıntürk, 105 vd.

⁹⁶ Özsunay, 211; Ataay, 129-130; Atabek, 194; Egger, Art 31, N.10; Dural/Öğüz (Dural), 26; Oğuzman/Seliçi/Oktay, 16; Arpacı, 129.

⁹⁷ Jäggi, 168a; Egger, Art 31, N.17.

⁹⁸ Ayiter (Organ), 181. aynı fikirde Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 452.

⁹⁹ Karş. Öztan, 25.

b) Ölenin Kişiliğinin Ölümünden Sonra Sürebileceğine İlişkin Düşünceler

Eğer hukuk düzeni öncelikle açık emir ve yasaklar yoluyla belirli davranış biçimleri göstermez ve buna bağlı olarak emir ve yasaklara aykırı davranılması halinde karşılaşılabilecek olan yeterli yaptırımları tam olarak tespit edemezse , tıp alanında ceset sorunsalı ile ilgili yaklaşımlar, hem tıp hem hukuk alanı için yetersiz tanıların doğmasına yol açacaktır: Yalnızca esasların açıkça belirtilip, geri kalan kısmın somut olayın koşullarına gönderme yapılması biçimindeki yaklaşım ise ancak (aslında yetersiz olan) yaptırım korkusu aracılığıyla sağlanacaktır. Diğer bir bakış açısından, "hukuksal güvenlik", "hukuksal açıklık" ve "öngörülebilirlik" amaçları, gerçi tutturulması gerekli bir düzey olarak ileri sürülebilir, ancak buna karşılık "yeni sorunla baş edilebilmesi için uyumluluk niteliği" ve "eşit olmayanlara eşitsiz davranmak için ayırım yapabilme gereği" eşitliği sağlayıcı götürü çözümler yerine, aynı derecede gereklidir. Buna ek olarak, hukuk düzeni aynı zamanda, özgür bir toplum için gerekli olan işlem serbestisini sağlamak için çabalamalı ve yaptırımla donatılmış emir ve yasakları toplumun tümünden çıkan (aynı zamanda ahlaki ve politik olarak) uyuşmayla olan bağını koparmamalıdır¹⁰⁰.

Yaşama hakkı kişisel özgürlüklerin temelidir ve sınırsız olarak geçerlidir.¹⁰¹ Fakat burada tartışmalı olan kısım, "kişilik hakkının" ölen insanı etkileyip etkilemeyeceği veya nasıl etkileyeceğidir. Bu durumun tartışmalı olmasının nedeni ise, sadece yaşayan bir insanın bir hakka sahip olmasından ileri gelmektedir. Bu konuda sıkça kullanılan "postmortal (ölüm sonrası) kişilik hakkı" da yanılgıya düşürmemelidir. Yani, ölen kişiye, hak ve fiil (eylem) ehliyetinin yetersizliği yüzünden, böyle bir hakkın sahibi olarak bakılmaz¹⁰². Medeni Kanunun 27. maddesi metnine göre kişilik ölümle sona erer.¹⁰³ Kişiliğin ölümden önce sona ermesi olası değildir. Çünkü kişinin sırf insan olmasından kaynaklanan ve irade ile ortadan kaldırılamayacak hakları söz konusudur. Ancak kişilik ölümden sonra sona erebilir mi ? Yani hukuksal kişiliğin, fiziksel kişilikten daha uzun sürmesi olası mıdır?¹⁰⁴ Konuya değinen DEUTSCH, anayasada temelini bulan insan onuru¹⁰⁵ prensibinden hareketle, devletin, tek tek kişilere insan onuruna

¹⁰⁰ Taupitz , 4.

¹⁰¹ BGE 98 Ia 508.

¹⁰² Taupitz, 8.

¹⁰³ Bu durum yeni (1998 tarihli)Medeni Kanun Tasarısı'nda da aynı biçimde ancak 28. madde altında düzenlenmiştir.

¹⁰⁴ Egger, Art .31 N. 15.

¹⁰⁵ "İrade özerkliğinin önemli bir görünümü, insan onuruna ilişkin hak (right to human dignity) . Onurumuz üzerindeki hak, tıbbi müdahale ve tedavi bakımından insanın bir "araç" değil fakat "amaç" olarak gözönüne alınmasını gerekli kılmaktadır" (Özsunay(Hayat), 35'den

yönelik olarak gelişen saldırılara karşı ölümlerinden sonra da koruma sağlamakla yükümlü olduğu sonucuna varır. Bu bakış açısı ile bakıldığında, dogmatik bazı sorular göz ardı edilerek kişilik hakkının insanın ölümünden sonrasını da etkilediği kabul edilmelidir¹⁰⁶, ve bunun en ikna edici yolu bu hakkın bir devamlılık yöntemi şeklinde (her ne kadar devredilemez ve miras olarak bırakılamaz gibi görülse de) güvenilir kimseler olarak yakınlarına devredilmesidir¹⁰⁷.

Buna karşılık, iki yönlü bir bakış açısı ile bakıldığında, kişiliğin ölümünden sonra da korunması mümkündür: Bu, bir yandan yaşayan kişinin kişilik hakkı veya bunun açık belirtilerinin ölümünden sonra ortaya çıkan sonucun art etkileri ile (örneğin ölen kişinin yaşadığı dönemde kişiliğin özgür gelişimi çerçevesinde vermiş olduğu kararlar -nerede ve nasıl gömüleceği, otopsi ve gen analizi v.b.- ölümünden sonra tartışmasız olarak geçerlidir) ilgilidir.¹⁰⁸ Öte yandan böyle bir talebe, bu tür ihtilafli durumlarda ödenen maddi tazminatın sonuç olarak bir ücret ödeme anlamına geldiği ve verilen veya reddedilen bir onamanın endişe verici bir ticarileşmeye yol açabileceği gerekçesi ile ilke olarak karşı çıkılmaktadır.¹⁰⁹ Buna bağlı olarak, kişiliğin ölümünden sonra da sürdüğünün kabul edilmesi gerektiğini ileri süren yazarlardan SEROZAN'a göre ölümle kişiliğin sona ermesi düşüncesi "ölüyle ticaret yapılmasına, ölü sayesinde yüksek tutarda tazminatlar elde edilmesine, Yargıtay'ın sözcüklerini kullanmak gerekirse, kişilerde 'yakınlarının ölmesi arzusunun kökleşmesine' yol açabilecek sakıncalı bir görüştür."¹¹⁰ Yazar, bu görüş yerine kişilik hakkının ölüm sonrasında belirli bir art-etki (post mortal etki) sağlığının kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre "böylece ölenin cesedine, mezarına, onuruna, saygınlığına, eseri üzerindeki manevi haklarına yönelik saldırılar karşısında, yerine göre, evvelce kendisi tarafından atanmış olan vasiyeti tenfiz memuru ya da belirli yakınları, salt ölenin çıkarlarını ve kişilik hakkını dikkate alarak onun açık ya da varsayımlı (farazî) dileklerine uygun bir hukuksal korumayı gerçekleştirebilir."¹¹¹ Yazar, bu fikirleri ileri sürdüğü makalesinde, ölenin yakınlarının ölenin kişilik haklarına saldırıldığı gerekçesiyle manevi giderim (tazminat) istemelerini de hukuk mantığına aykırı sayarak, bu kişilerin,

naklen). Karş. AY md. 12. "Avrupa Anayasalarının hemen hemen hepsinde insan haklarının şu veya bu ölçüde güvence altına alınmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır. ...Federal Almanya Anayasası daha birinci maddesinde "insan onuru(nun) dokunulmaz"lığını ve "dokunulmaz, devredilmez insan hakları"nın devlet düzeninin temeli olarak belirtmiştir. ...Keza İsviçre Anayasası da 2. maddesinde kamu yetkisini herkesin eşit değerine ve "bireyin özgürlük ve onuruna" saygı gösterecek şekilde kullanılacağını belirtmektedir. ..." (Erdoğan, 5.)

¹⁰⁶ Deutsch, 260.

¹⁰⁷ Deutsch, 260; Taupitz, 8.

¹⁰⁸ BHG, NJW-RR 1992, 834 vd.; Öztan, 121.

¹⁰⁹ Serozan, 109; Taupitz, 8; BGH, NJW-RR 1992, 834 vd.

¹¹⁰ Serozan, 109; Karş. Arpacı, 129.

¹¹¹ Serozan, 109.

paranın mezaradaki ölünün gönlünü almayacağı gerekçesiyle tazminat dışı koruma yollarını seçmeleri gerektiğini belirtmiştir. Yazar'a göre pozitif hukukumuzdaki çeşitli hükümler bu görüşü desteleyecek niteliktedir.¹¹²

Fakat burada asıl soru, bu şekli ile kendi parasal çıkarı için başkasına saldıran birisinden başkasını korumaktan başka bir işe yaramayan bu durumun, doğru olup olmadığıdır. Bu durumda kurbanın korunması ilerleme kaydedemezken, ticarileştirme argümanı ile faile düşündürücü bir ayrıcalık sağlayan bir sonuca ulaşılmaktadır.¹¹³ Sadece çok nadir durumlarda akrabaların da failin elde ettiği kazançtan pay almaları mümkün olacaktır. Fail gerçekte ölen kişinin ölüm sessizliğinden yararlanıp kendi cebini doldurmaktadır.¹¹⁴

Kişiliğin ölümden sonra korunması sorununa değinen HATEMİ ise görüşlerini şöyle temellendirmektedir¹¹⁵: Tıpkı cenine yaşam hakkı tanınmasının , kişiliğin doğumdan önce ve devlet makamlarınca korunarak pratik bir gereksinimin karşılanmasında olduğu gibi, ölümden sonra ortaya çıkacak ihlallerin de yine bir devlet makamı tarafından ve pratik anlam taşınması itibariyle korunması gerekir.İdeal bir düzende yapılması gereken bu düzenlemeyle mirasçılar yararına değil, bir hayır kurumu yararına bir tür özel para cezası niteliğindeki “manevi tazminat” isteminde bulunabilecek devlet makamına bu konularda yasal temsil yetkisi verilmelidir.

Ancak genel kişilik hakkı ölen kişinin medeni hukuk açısından korunması için bir çıkış noktası olarak kullanılmaya hazırken, medeni hukuktaki yaptırım aracı yinede kör bir silah olarak kalmaktadır: akrabalar kural dışı bir otopsi, organ nakli yada izni alınmamış bir deney sonucunda kural olarak maddi veya parasal bir kayba uğramadıklarından, sadece ceza gerektiren eylemi kabul etme anlamında manevi zarar vermiş olmaktan dolayı yakınlarla manevi tazminat ödenmesi söz konusu olabilir (Kar. BK md. 47).¹¹⁶ Bu düşünce gereğince de ölümden sonra kişiliğin belli bir süre daha devam ettirilmesi ve bu korumanın yakınları ya da daha önce belirlenecek kişiler yardımıyla sağlanmasının de lege ferenda olumlu olacağı fikrini paylaştığımızı belirtmeliyim.¹¹⁷ Buna karşılık yeni bir yasal düzenleme yapılana dek sorunun ancak baskın düşüncenin kabul ettiği, yakınların kişilik haklarının korunması bağlamında çözümleneceği olgusunu tespit etmekte de yarar vardır

¹¹² Serozan, 110. Yazar BK md. 47 gereğince ölenin yakınlarına ödenecek manevi tazminatı bu kapsamın dışında tutmaktadır (Serozan, 110).

¹¹³ Taupitz,9.

¹¹⁴ Taupitz, 9.

¹¹⁵ Hatemi ,105.

¹¹⁶ Taupitz, 9

¹¹⁷ Bak. Öztan, 25

D- Ceset Üzerinde Yapılacak Tasarruflar

Olağan bir eşya niteliği taşımadığı için ceset üzerinde egemenlik kurulamaz. Bunun gibi kural olarak cesedin parasal bir değeri yoktur ve hukuksal işlemlerin konusunu oluşturmaz.¹¹⁸ Ancak ceset üzerinde hukuksal bir koruma söz konusudur. Ayrıca Ceza Kanununda da ceset "mezara ve ölüye karşı yapılan tecavüzler"¹¹⁹ cezalandırılarak korunmaktadır.¹²⁰ Bunun yanı sıra 17.6.1982 tarihli "İnsan Cesedi Üzerinde Bilimsel Araştırma Yapılmasına İlişkin Yönetmelik"¹²¹ ile de ceset üzerinde bilimsel çalışma yapmanın koşulları açıklanmıştır. Bu yönetmeliğin amacı 2238 Sayılı Kanunun 14. maddesinde sağlığa bağışlanan cesetlerle, kimsenin sahip çıkmadığı ve adli kovuşturma ile ilgisi bulunmayan cesetlerin, Yükseköğretim Kurumlarına bilimsel araştırmalarda yararlanılmak üzere gönderilmesi, korunması, def'in ruhsatı dahil, tabi olacakları işlemleri belirlemek olarak açıklanmıştır (md. 1). Anılan yönetmelik anlamında "vasiyet edilen ceset" deyiminden , sağlığında, ölümünden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vücudunu bağışlayan kişiler ait cesedin anlaşılacağı 3b hükmünde belirtilmiştir. CMUK'ta da ceset üzerinde yapılacak otopsiye ilişkin hükümler mevcuttur (md. 79-83).

¹¹⁸Ataay,130; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, 453; Ayiter(Organ),181; Dural/Öğüz(Dural), 26. 2238 Sayılı Kanun md. 3 ve İnsan Cesedi Üzerinde Bilimsel Araştırma Yapılmasına İlişkin Yönetmelik (RG. 17.6.1982, S. 17727) md. 7/1 gereğince parasal çıkar karşılığı ceset vasiyet edilemez ve ceset sağlanamaz; cesetlere, bir ölüye gösterilmesi gereken azami sayı gösterilir .Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine[4.4.1997 Oviedo/İspanya'da imzaya açılmış ve Türkiye tarafından 7 Ağustos 1997 tarih ve 97/9767 kararla anlaşma (bazı çekincelerle) kabul edilerek 18 Kasım 1997 tarihinde Genel Sekreterlikte tescil edilmiştir]) 6(4) maddesi gereğince, İnsan vücudunun hiçbir parçası ticari amaç için kullanılamaz.

¹¹⁹ TCK. Madde 178 - (Değişik: 9/1/1986 - 3255/4 md.) Bir kimse, bir ölünün naaş ve kemikleri hakkında hakaret yapar veya tahkir maksadıyla veya meşru olmayan diğer bir maksatla birinin naaşını yahut kemiklerini alırsa, üç aydan bir yıla kadar hapis ve beşbin liradan yirmibeşbin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Bunların dışında, her kim bir ölünün naaşını tamamen veya kısmen alır veya ruhsat almaksızın bir naaşı mezardan çıkarır yahut kemiklerini alırsa, iki aydan altı aya kadar hapis ve beşbin liradan yirmibeşbin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır. Eğer bu cürüm kabristanda veya ölü gömülmeye veya muhafazasına mahsus diğer yerlerde görevli olan yahut kendilerine naaş ve kemikler tevdi olunan kişiler tarafından işlenirse, yukarıda yazılı cezalar bir misli artırılarak hükmolunur.

¹²⁰ Bu konudaki ilginç bir Yargıtay kararı için bkz. Y. 4. CD. 2.4.1975 tarih ve E. 1975/2433, K. 1975/3150 (Bu kararda yakınlarının iznini almadan cesetten başka hastaya göz nakleden hekimlerin TCK. 178/II'de düzenlenen "Mezara ve ölüye yapılan tecavüz" suçundan dolayı sorumlu tutulamayacakları belirtilmektedir. Güner , s. 587 vd.) Bununla birlikte cesetten bir parça (göz) alınmasının ölenin mirasçı ve yakınlarının kişilik haklarına aykırılık oluşturduğundan dolayı, operasyonu yapanlar hakkında açılan manevi tazminat davasında tazminata hükmedilmesi gerektiğini kabul eden başka bir Yargıtay kararı için bkz. 4. HD. 10.3. 1977 tarih ve E. 3455, K.2751 Sayılı Kararı (Karahasan, s.1345-1346).

¹²¹ RG.17.6.1982, S. 17727.

Bu anlamda otopsi , kuşkulu ölümlerde, gerçek ölüm nedeninin belirlenmesi ve bunun gibi suç delillerinin elde edilmesi amacıyla yetkili kişiler tarafından ceset üzerinde yapılır. Otopsi yapılması, kişinin sağlığındaki ya da yakınlarının ölümünden sonraki rızalarının varlığını gerektirmeyen kamu düzenini ilgilendiren bir işlemdir.¹²² Buna karşılık her hangi bir şekilde yasal zorunluluğun bulunmadığı durumlarda otopsi yapılması kişilik haklarına aykırılık oluşturur.¹²³

Ancak bazı durumlarda kamu düzeni ve genel ahlak kurallarına aykırı olmamak üzere ceset, bazı hukuki işlemlerin konusunu oluşturabilir (2238 Sayılı Kanun). Özellikle cesedin gömülme yeri ve biçimine karar verilirken kamu düzeni ve İdare Hukuku kuralları göz önünde tutulmalıdır¹²⁴. Bununla birlikte ceset üzerinde belirli tasarruf ve girişimlerde bulunmak üzere yapılacak işlem, parasal sonuç doğurmaya yönelikse geçersiz sayılmalıdır¹²⁵. Ancak, modern eğilim ve gereksinimler göz önünde tutularak , bilime hizmet ya da başkalarına sağlık kazandırmak gibi “üstün bir amaca yönelik “ işlemlerin hukuka aykırı sayılmaması gerektiği öğretide belirtilmiştir.¹²⁶

Öğretide savunulan bu görüş, 2238 Sayılı Yasa ile dayanağını bulmuştur. Klasik kişilik hakkı görüşü, bir kişinin cesedi üzerinde tasarrufta bulunmasını uygun bulmaz¹²⁷. Buna karşılık, modern eğilimlere uygun olarak, bilimsel amaçlarla ve üzerinde denemeler yapılmak, tıp alanında eğitilenlere gösterilmek ya da başkalarının tedavisinde kullanılmak üzere kişi, cesedi üzerinde tasarruflarda bulunabilir .Bu tasarruf resmi ya da yazılı bir vasiyetname düzenlenerek olabileceği gibi iki tanık önünde açıklanan irade beyanı yoluyla da olabilir (2238 Sayılı Yasa md. 14/I).

Bir kişi sağlığında, kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve dokusu alınmaz (md. 14/II'nin karşıt kavramından). Ancak kişi ölümünden önce bu konuda her hangi bir tasarrufta bulunmamışsa yakınlarının izniyle ölüden organ ya da doku alınabilecektir (md. 14/I). Yasanın bu konudaki düzenlemesi şöyledir : “Bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını tedavi , teşhis ve bilimsel almaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası

¹²² Bak. Arpacı, 129.

¹²³ Karş Özsunay (Hayat), 37, dn. 72.

¹²⁴ Dural/Öğüz (Dural), 30.

¹²⁵ Dural/Öğüz (Dural), 30; Öztan, 31; Ataay, 130; Ayiter, 143; Köprülü, 267; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 453

¹²⁶ Ataay, 129.

¹²⁷ Ataay, 130.

veya kardeşlerinin birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan her hangi birinin muvafakatiyle ölüden organ ve doku alınabilir.”

Öğretide, ölünün yakınlarının izniyle cesetten organ ya da doku alınabilmesi hususundaki yasal düzenlemenin yetersiz olduğu savunulmaktadır¹²⁸. Bu görüşte olanlara göre yakınlar bu kararı oybirliği ile¹²⁹ ya da hiç olmazsa oy çokluğu ile vermelidirler¹³⁰.

Fikrimce bu düzenlemenin temelinde yanlışlık vardır. Öncelikle 14. maddede getirilen hükümler birbiriyle çelişki içindedir. Gerçekten 2. fıkrada “Aksine bir vasiyet veya beyan yoksa, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir.” 3. fıkrada “Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmemişse organ ve doku alınabilir.” denilmekte 4. fıkrada ise (Değişik: 21/1/1982- 2594/1 md.) “Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11.maddede belirlenen hekimler 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 hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir. denilmektedir. Yine 5. fıkrada (Değişik: 21/1/1982- 2594/1 md.) Ayrıca vücudunu ölümünden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığını ve adli kovuşturma ile ilgili olmayan cesetler aksine bir vasiyet olmadığı takdirde 6 aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yüksek öğretim kurumlarına verilebilirler. Bu cesetlerin defin hususu dahil tabi olacakları işlemler Adalet, İçişleri, sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 ay içinde çıkarılacak yönetmelikle belirlenir” hükmü getirilmiştir¹³¹.

Bu düzenlemenin “üstün amaç ve değerlere” hizmet ettiği , “ulvi” bir amacı olduğu ileri sürülemez. Gerçekten böyle bir düşünce olsaydı yasanın diğer hükümlerini de kapsaması gerekirdi. Böyle bir düşünce ile yapılması gereken ise “üstün amaç ve değerlerin” söz konusu olduğu her durumda

¹²⁸ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 453.

¹²⁹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 453; Dural/Öğüz(Dural), 26.

¹³⁰ Köprülü, 275.

¹³¹ Bu hususta kabul edilen modeller ve bu konudaki geniş açıklamalar için bak. Akıncı 124 vd.

sahipli -sahipsiz ceset ayrımı yapılmaksızın bir düzenlemeye gidilmesidir. Bu da kişinin ölümden sonra ortaya çıkan cansız bedeninin, tedavi amaçlı olarak, özellikle yaşamı cesetten alınacak organlara bağlı kişilere aktarılması, kişinin sağlığında bunun aksine bir irade beyanında bulunmaması koşuluna bağlanabilir.¹³² Bu, hem bilim adına, hem insanlık adına yapılan bir davranış olarak nitelendirilebilir. Kişinin ölmeye önceki düşüncelerine değer verilmesinin kabul edilmesi halinde ise, her durumda kişinin bu konudaki olumlu düşünce ya da davranışının varlığı aranmalıdır. Kişinin ölümden önce olumlu ya da olumsuz bir davranış ya da düşüncesinin söz konusu olmaması halinde ise, öğretide ileri sürüldüğü gibi yakınlarının oybirliği ya da hiç olmazsa oy çokluğu ile verecekleri karar geçerli olmalıdır.¹³³

E- Ceset Üzerindeki Hakkın Korunması

1- Genel Olarak

Yaşayan kişinin genel kişilik hakkı ve bundan türetilen özel kişilik haklarının korunmasının yanısıra vücut bütünlüğü, vücut işlevlerinin korunması kapsamlı ve mutlak bir şekilde korunması sağlanmışken (BK/OR md. 41/I, BGB § 823),¹³⁴ ölen insana ayrılan korumanın boyutu oldukça küçüktür. Cansız bedenin bütünlüğüne yönelik bir saldırı, vücut yaralama olayı kapsamında değil, en fazla ölen kişiye uyarlanmış kişilik hakkı kapsamında (ölü bakım hakkı) kapsamında değerlendirilmektedir (Karş.TCK md. 178). Bir “çerçeve hak” olarak kişilik hakkının ihlal edilmesi (beden bütünlüğünün ihlalden farklı olarak), ancak içinde saldırı nedenini ve saldırının şiddetini de barındıran¹³⁵ çok kapsamlı bir mal ve menfaat ölçüsüyle değerlendirmeye tabi tutulduğunda bir sonuç olarak kabul görürken,¹³⁶ kişilik hakkının ön planda olduğu olaylarda sorumluluk sınırı,

¹³² Bu sonuç Avusturya Hukukunda kabul edilmiştir. Gerçekten , cesetten organ ve doku aktarılmasını düzenleyen Krankenanstaltengesetz (KAG) § 62 a/1 gereğince, cesetten organ alınması , kişinin hayattaki iradesine ya da ölümden sonra yakınlarının iznine tabi olmayıp, ancak ölmeye önceki kişinin iradesi dikkate alınır.

¹³³ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 453.

¹³⁴ “Yaşam”, “vücut”, ve “sağlık” Alman Medeni Kanunu (BGB) § 823/I de kesin olarak korunması gereken mal olarak belirtilmiştir. Karş BK md. 41/I. BGB § 823’de belirtilen bu durumlar ve BK md. 41 ile ilgisi için bkz. Atamer , 6 vd.

¹³⁵ Taupitz, 9. Örneğin Bonn Eyalet Mahkemesi organ nakli için kullanılan bir organ alınması “zarar vermenin objektif anlamı yaralama olayının gerçek sebebi tarafından hafifletilmektedir” gerçeği ile ağır kişilik hakkı ihlali olarak değerlendirmemiştir LG Bonn, JZ 1971, 56, 61.

¹³⁶ Taupitz, 9.

vücuda yönelik saldırılara oranla daha yüksektedir.¹³⁷ Ancak dogmatik hukuksal çıkış noktasındaki bu farklılık, ölen kişinin mal ve menfaat ölçüsünü bizzat tayin etme hakkı ne oranda göz önünde bulundurulursa, uyumsuzlukların da o oranda azalmasını vesile olur. Uyumlu bir değerlendirmeye, hukuka uygun alınmış vücut parçalarının alınması değil; nasıl kullanıldığı göz önünde bulundurulduğunda ulaşılabilir. Burada, yaşayan insanla ilintili olarak, vücudun korunmasından çok genel kişilik hakkının korunması ön plandadır.¹³⁸

Yaşayan bir insanda olduğu gibi ölmüş bir insanın medeni hukuk tarafından korunmasının hareket noktasını, bütün kişisel değerler üzerinde, kesin ve herkes için geçerli olarak korunan kişilik hakkı oluşturmaktadır.¹³⁹

İster kişiliğin ölümden sonra sona ermesi nedeniyle bir an bile sürmeyeceği, ister kişiliğe ilişkin en azından bir takım değerlerin bir süre için de olsa süreceği görüşü kabul edilsin, kişilik haklarına ölümden sonra yapılan saldırılara karşı koruma söz konusu olacaktır. Bu günkü pozitif hukuk düzenlememiz açısından, korumayı talep edecek olan (her iki görüş açısından da ortak olarak kabul edildiği gibi) yakınlardır.

Burada "yakın" kavramının ne olduğu konusu üzerinde durmakta da yarar vardır. Gerçekten böyle bir durumda kimin yakın akraba olarak kabul edilebileceği sorunludur. Yakınlık mirastaki sıraya göre değil, yakın olarak nitelendirilecek kişinin ölenle arasında var olan yakınlığa göre belirlenmelidir.¹⁴⁰ Bu durumda ölen kişiyle olan ruhsal yakınlığa önem verilmelidir; eğer bir uzak akraba ölen kişinin aynı zamanda bakıcılığını yapmışsa, bu kişi bu nedenle "ölüm sosyal yardımı" sorumlusu "en yakın akraba" olarak görülebilir. Ölen kişinin kendi kendine karar verme yetkisinin arttırılması "hasta vasiyetnamesinin" hukuksal anlamda tanınması veya "sağlıkla ilgili işlerde tam yetkili kılınması" ile de ulaşılabilir.¹⁴¹ ESCHER'e göre de yakın kavramı nispidir. Kural olarak kişinin altsoyu, akrabaları, kardeşleri ve eşi bu kavrama dahildir. Uzak akrabalarda ise aradaki somut ilişkiler belirleyici olacaktır. Aynı zamanda akraba olmayan bir üçüncü kişi de yakın sayılabilir. Örneğin arkadaş ya da koruma altında bulunduruşun kişi . Bu duruma kız ya da erkek arkadaş ile bir evi birlikte paylaşan kişiler de girer.¹⁴² Bu durumda yakınlar, ölen kişi ile ilgili, ölenin

¹³⁷ Ölü. ceza hukuku açısından, fiziksel ölümün gerçekleşmesinden itibaren bir süre daha-olağan koşullar altında defne kadar- kişiye sıkı sıkı bağlı hakların sahibidir. (BGE 118 IV 319).

¹³⁸ Taupitz, 9.

¹³⁹ Jäggi, 149a.

¹⁴⁰ Özsunay, 212; Dural/Öğüt, 26; Oğuzman/Seliçi/Okray, 16, 17; Egger, Art 31, N. 16.

¹⁴¹ Taupitz, s. 8. dn 14.

¹⁴² Escher, Art. 477, N.15.

lehine bir koruma zorunluluğunu da içeren, kişilik hakkının kullanıcıları durumuna gelirler.¹⁴³ Bu kişilik hakkının uygulaması, ölen kişinin isteği ve düşünüş biçimine uygun olmalıdır; sıralama açısından karar vericiler içerisinde yine de ölen kişiye öncelik verilir¹⁴⁴. Özellikle ölen kişinin yaşadığı dönemde ölümünden sonra cesedinin nasıl kullanılacağı ile ilgili kesin bir şekilde reddettiği veya kabul ettiği konular hakkında yakınlarının itiraz hakkı yoktur¹⁴⁵. Sadece yakınların ölen kişinin tahminen nasıl bir karar verebileceği konusunda bir fikirleri olmaması durumunda onların – bu durumda yine de ölen kişinin menfaati gözetilir – kararına öncelik verilir.¹⁴⁶ Ölenin onur ya da saygınlığına saldırıldığı, giz alanına girildiği ya da istençlerine aykırı olarak açığa çıkarıldığı durumlarda, yakınların, kişilik haklarını koruyucu hükümlere dayanarak dava açmaları söz konusu olacaktır (MK md. 25¹⁴⁷ BK md. 49).¹⁴⁸Buna karşılık tazminat davası açması bu hakların korunmasının niteliği ile bağdaşmaz¹⁴⁹.

2- Ceset Üzerindeki Hakkı Koruyucu Davalar

Medeni Kanunun 24. Maddesi 12.5. 1988 gün ve 19812 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 3044 Sayılı Yasa ile değiştirilmiştir. Ayrıca bu yasa ile 24a maddesi eklenmiştir. Yapılan bu düzenlemeyle, eski hükme oranla daha geniş bir biçimde, rızaya aykırı olarak yapılan saldırılara karşı kişilik korunmaktadır. Ancak bu korumayı tamamlayan ve söz konusu 3044 sayılı Yasa ile değiştirilen Borçlar Kanununun 49. maddesinin de birlikte ele alınması gerekmektedir. Bu hükümler çerçevesinde, kişiliğe yönelik bir saldırı olduğunda; durdurma (men); önleme; tespit davası ile vekaletsiz işgörmenden kaynaklanan davalar açılabilir. Bu davaların açılabilmesi için saldırının hukuka aykırılığını kaldırmayan saldırının durdurulması (men), önlenmesi ,saptanması (tespit) davaları açılabilir. Ayrıca bu davalar sonucu verilecek kararların etkili biçimde yerine

¹⁴³ Akrabaların ölen kişinin bizzat karar verme hakkının gerisinde kalan temel hakları için bkz. Schmid-Didczuhn, 264, 266.

¹⁴⁴ Schmid-Didczuhn, 264, 266.

¹⁴⁵ Deutsch, 261; Taupitz, 8

¹⁴⁶ Bu durumda akrabalar ölen kişinin sadece tahmini veya gerçek istekleri hakkında bilgi alınabilecek kişiler değillerdir. Taupitz, 8; Deutsch, 262

¹⁴⁷ Yeni Medeni Kanun ile 24a Maddesi'nin yerine 25. madde koyulmuş ve İsviçre'de 1985 yılında yapılan değişiklikle getirilen 28a maddesi aynen hükme alınmıştır. (1998 Tarihli). Türk Medeni Kanunu Tasarısı, Madde Gereççeleri, 6-7.

¹⁴⁸ Kişiliğin korunmasına ilişkin düzenlemeler bunlardan ibaret değildir. Bunların yanısıra başta Anayasa olmak üzere (md. 12, 17, 22, 48); Ceza Kanunu (md. 17, 174, 179, 181 -186, 194, 197-199, 201, 448 vd.) ; Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu, Basın Kanunu, TRT Kanunu, 2238 Sayılı Kanun vb. yanısıra Medeni Kanunun 26,121, 158, 174. hükümleri ile Borçlar Kanununun 45 ve 48. maddelerinde de kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlere rastlanmaktadır.

¹⁴⁹ Bak. Öztan, 25.

getirilmesini sağlamak amacıyla, mahkemeden tedbir nitelikli bazı istemlerde¹⁵⁰ de bulunulabilecektir. Bununla birlikte yakınların, saldırının yarattığı sonuçlara yönelik olarak da vekaletsiz iş görmeden kaynaklanan dava ile maddi ve manevi giderim (tazminat) davalarını açma hakları vardır (MK. Md. 25, BK. md. 49). Kişiliğin korunmasına ilişkin bu davalarda yetkili mahkeme davacının ya da davalının ikametgâhı mahkemesidir (MK. md. 25/V)).

a- Durdurma Davası

Bu dava, kişisel varlıklardan her hangi birine yapılan saldırının başlaması ya da devam ediyor olması halinde açılır,¹⁵¹ davanın açılması için saldırganın kusuru aranmaz; saldırının haksız olması yeterlidir.¹⁵² Ayrıca, saldırı nedeniyle mağdurun her hangi bir zarar görmesi koşulu da bu tür davalar için aranmış değildir.¹⁵³

Durdurma davası saldırı sürdüğü müddetçe açılabilir¹⁵⁴ ve bu süre içinde zamanaşımına da uğramaz.¹⁵⁵

b- Önleme Davası

Bu dava, henüz gerçekleşmemiş, ancak gerçekleşme tehlikesi gösteren kişilik hakkına yönelik saldırı emarelerine karşı açılır.¹⁵⁶ "Tehlikenin" yakın ve ciddi olması, esaslı bir endişe yaratması aranır.¹⁵⁷ Böylece gerçekleşmesi olası saldırının, henüz etkilerini doğurmadan önlenmesi amaçlanır. Bu dava da da, saldırı tehlikesini oluşturan durumlarda, bu davranışın haksızlığı tek başına yeterlidir; kusur aranmaz.¹⁵⁸

¹⁵⁰ Karş. Jäggi, 252a.

¹⁵¹ Dural/Öğüz(Dural), 152; Tekinay, 268; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 526; Öztan, 152; Arpacı, 151; Akipek/Akıntürk, 157; Egger, Art. 28, N. 78; Jäggi, 175a, 183a.

¹⁵² Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 526; Dural/Öğüz(Dural), 52; Tekinay, 269; 153; Arpacı, 151; Egger, Art. 28, N. 79; Akipek/Akıntürk, 162;

¹⁵³ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 527; Dural/Öğüz(Dural), 152. Karş. Akipek/Akıntürk, 157; Öztan, 153; Egger, Art. 28, N. 79.

¹⁵⁴ Dural/Öğüz (Dural), 152. Karş. Öztan, 153; Akipek/Akıntürk, 156; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 527; Egger, Art. 28, N. 79; BGE 126 III 161.

¹⁵⁵ Dural/Öğüz(Dural), 152; BGE 97 II 97; BGE 104 II 225 Erw. 5

¹⁵⁶ Öztan, 153; Dural/Öğüz(Dural), 152; Akipek/Akıntürk, s158; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 528; Egger, Art. 28, N. 82.

¹⁵⁷ Dural/Öğüz (Dural), 152; Öztan, 154; Egger, Art. 28, N. 82. Karş. ZGB Art. 28a.

¹⁵⁸ Öztan, 154; Dural/Öğüz(Dural), 153; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 529; Karş. Egger, Art. 28, N. 82.

c- Tespit Davası

MK md. 25'de düzenlenmiş diğer bir dava da, hukuka aykırılığın tespitine yönelik genel tespit davasının özel olarak kişiliğe saldırı haline ilişkin tespit davasıdır.¹⁵⁹ Bu dava ile kişilik haklarına karşı gerçekleştirilmiş ve etkileri hala sürmekte olan davranışın hukuka aykırılığının saptanması amaçlanır. Bu davada da kusur anmadığı gibi, bir zarar ortaya çıkmış olması da aranmaz.¹⁶⁰ Mahkeme tarafından verilen kararın, gerektiğinde yayınlanmasına ya da üçüncü kişilere bildirilmesine karar verilmesi istenebilir (MK md. 25/II).

d- Vekaletsiz İş Görme Davası İle Maddi Ve Manevi Tazminat Davaları

Kural olarak ölenin onur ya da saygınlığına saldırıldığı, giz alanına girildiği ya da istençlerine aykırı olarak açığa çıkarıldığı durumlarda, yakınlarmın, kişilik haklarını koruyucu hükümlere dayanarak yukarıda sayılan davaları açmaları söz konusu olacaktır. Ancak kişilik haklarının ihfalinden dolayı, kişilik hakları yakınları aracılığıyla korunan ölünün manevi ya da maddi zarara uğradığından ya da elde "tecavüzden elde edilen kazançları vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca talep etme hakkı"nın olmasından söz edilmesi eşyanın doğasına aykırıdır. Bu sebeple, bu tür davalar ancak aynı zamanda yakınların da kişilik haklarının haksız biçimde ihlal edilmesi hallerinde söz konusu olabilecektir. Bu durumda saldırının haksız bir fiil oluşturmadığı ve davacının mal varlığında bir eksilmeye neden olmadığı için davalının sebepsiz zenginleşmeden söz edemeyeceği hallerde vekaletsiz iş görme özellikle de gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri işlerlik kazanabilecektir (BK md. 410 vd.).¹⁶¹ Bu dava mağdurun elde etmek istemediği ya da elde edemeyeceği bir kazancın saldırıda bulunan kişinin

¹⁵⁹ Dural/Öğüz(Dural), 154; Öztan, 154; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 530. Bak. Egger, Art. 28, Nr. 76 vd. Akipek/Akıntürk, 158 vd. BGE 122 III 449; BGE 120 II 371; BGE 113 II 13; 97 II 97. Tekinay'a göre genel tespit davalarından farklı olarak burada bir tatmin amacı vardır (Tekinay, 273).

¹⁶⁰ Dural/Öğüz(Dural), 155; Akipek/Akıntürk, 159; Öztan, 154. Tekinay, tespit davası açabilmek için saldırının sona ermesi gereğinin anlamsız olduğunu belirtmektedir. (Tekinay, 274, aynı fikire Arpacı, 161). Oysa saldırının sürmesi ve ya da ileride doğmasının beklenmesi hallerinde başka dava yolları vardır (Öztan, 154).

¹⁶¹ Tekinay, 275. Öğretide bu durumda gerçek olmayan vekaletsiz iş görme (karş. Öztan, 162.Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 550; Arpacı, 162. Bak. Hatemi, 95.) ve sebepsiz zenginleşme hükümlerinden yararlanılabileceği (Öztan, 162; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, 550) düşünceleri vardır.

yanına kalmaması amacına hizmet eder.¹⁶² Bu dava aynı zamanda maddi ya da manevi tazminat davaları ile birlikte de açılabilir.¹⁶³

Bu çerçevede yine kişilik hakları ihlal edilen yakınlar, saldırı sonucu uğradığı maddi ve manevi zararın giderilmesini isteyebilir (MK md. 25/III).Tazminat davası açabilmek için kişilik haklarının hukuka aykırı olarak ihlal eden bir davranış, kusur ve davranışla zarar arasında illiyet bağı gereklidir.¹⁶⁴ Tazminat talebinde bulunmanın ön koşulu mutlaka bir zararın varlığıdır. Zarar sözcüğü hukukumuzda dar ve geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır.¹⁶⁵ Zarar kavramı kural olarak dar anlamda zarara (buna maddi zarar da denilebilir)¹⁶⁶ karşılık gelir. Dar anlamda zarar ise malvarlığında oluşan eksilme (damnum emergens) ya da artmanın önlenmesi (lucrum cessans) olarak ortaya çıkan malvarlığı zararidir (Vermögensschaden). Maddi zararın karşıtı ise manevi zarardır¹⁶⁷ (immateriler Schaden). Maddi zarar malvarlıksal değerlerin ihlali sonucunda meydana gelirken , manevi zarar kişilik hakkının koruma kapsamına giren değerlerin ihlalden meydana gelen zarar olarak nitelendirilir. Geniş anlamda zarar ise bunların hepsini de birden kapsayacak şekilde kullanılır.¹⁶⁸ Böylece geniş anlamda zarar, hukuken korunan maddi ve manevi varlıkların, bunlara yapılan bir saldırının (ihlalin) gerçekleşmesinden önce ve sonraki durumları arasındaki fark olarak tanımlanır.¹⁶⁹

Bu çerçevede kişilik hakkının ihlali nedeniyle tazminat istenebileceği özel olarak düzenlenmiş bir hükmün (MK md. 26,121, 158, 174; BK, md. 45, 46, 48/I, TTK 58) ya da bunların kapsamı dışında kalan durumlarda

¹⁶² Bak. Dural/Öğüz (Dural), 155.

¹⁶³ Dural/Öğüz (Dural), 156. Aksi görüşte, Arpacı, 162.

¹⁶⁴ Öztan, 158; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, 532; Akipek/Akıntürk, 164; Arpacı, kusursuz sorumlulukla ilgili hükümler nedeniyle kusurun aranmayacağı hallere dikkat çekmektedir. (Arpacı, 153).

¹⁶⁵ Tandoğan, 63.

¹⁶⁶ Tandoğan, 63.

¹⁶⁷ "Borçlar Kanununun 47. maddesi hükmüne göre bir hakimin özel halleri gözönünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmülecek bu para , zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukna ilişkin zararın karşılanması da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktarı mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır." Y. 4. HD. E. 1996/13717, K. 1997/3157 T. 27.3.1997 (Yasa Hukuk DergisiY.20. C.16. S. 185, s. 529). Aynı anlamda Y. 4. HD E. 1996/7573. K. 1996/10291, T. 21.10.1997 (Yasa Hukuk Dergisi, Y. 19.C. 15, S. 181, s.2017).

¹⁶⁸ Bkz. Hatemi, 44 vd.; Kelller, 39 vd.

¹⁶⁹ Tandoğan, Mes'uliyet, 63.

genel hükümlere (BK md. 41,49, 96) göre tazminat istenebilecektir.¹⁷⁰ Tazminatın miktarını hakim belirleyecektir (BK md. 43). Bunun yanında manevi tazminatın belirlenmesiyle ilgili olarak, BK md. 49/II' deki hüküm gereğince "hakim , manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır".¹⁷¹

I. SONUÇ

Ölümün belirlenmesi hususundaki kıstaslar "beyinsel ölüm" anlayışı üzerinde yoğunlaşmaktadır. Ancak tıp biliminin sürekli geliştiği günümüzde, sabit kıstaslara bağlı kalınması ve hukuksal düzenlemenin buna bağlı olarak yapılması istenmeyen sonuçlar doğurabilir. Bu yüzden insanın öldüğüne dair tüm kuşkuşların bertaraf edilmediği bir anlayışı hukuk düzeni korumaz. Bu konuda özellikle tıp biliminin gelişmelerine hareket alanı sağlayacak ve ölüm anının belirlenmesi hususunu tıp bilimine bırakacak düzenlemeler yerinde olarak değerlendirilir.

Cesedin bir mal olmadığı, günümüzde kabul edilmiştir.Ceset üzerinde kişilik haklarından kaynaklanan koruma söz konusudur. Bu kişilik hakkı ölenin kişilik hakkının uzantıları ya da yakınlarının kişilik hakkı olarak ortaya çıkar. Günümüzün değişen koşullarında cesedin -belli sınırlar içinde- hukuksal işlemlerin konusu olacağı kabul edilmektedir. Ceset üzerinde tasarrufa izin veren tek yasal düzenlememiz 2238 Sayılı Yasa'dır. Ancak bu Yasa getirdiği hükümlerle "düzenleme"den çok karışıklığa sebep olmaktadır. Bu yüzden organ aktarmaları ile ilgili yeni ve çağdaş bir yasanın getirilmesi yerinde olur. Bu anlamda olmak üzere , "bedeni harabiyete uğramış kişiler" ve sahipli-sahipsiz ceset kavramlarının kişilik haklarına uygun bir düzenleme ile yeniden değerlendirilmesinin yerinde olacağı görüşünderiz.

¹⁷⁰ Dural/Öğüz (Dural), 157. 158; Arpacı, 153. Bu durumda , kusurun kanıtlanması, zamanaşımı gibi durumlar her bir hükmün kendi koşulları üzerinde değerlendirilmelidir (Arpacı, 153). Öztan, manevi tazminat açısından yasakoyucunun iradesinin BK md. 47'de kusur aramadığı biçiminde yorumlanması düşüncesindedir (161).

¹⁷¹ Bu hüküm öğretilde çok tartışılmış ve eleştirilmiştir. Bak. Dural/Öğüz(Dural)/Öğüz, 159; Arpacı, 156; Tekinay, 272."takter edilen maddi ve manevi ödence tarafların sosyal durumu.ile uyumlu bulunmamaktadır" Y. 2. HD, E. 1995/7033, K. 1995/7919. T. 6.7.1995 (Yasa Hukuk Dergisi. Y. 19. C. 15, S.170, s. 96)

BİBLİYOGRAFYA

Akıncı: Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996

Akıpek/Akıntürk: Türk Medeni Hukuku, Birinci Cilt-İkinci Cüz, Şahsın Hukuku, Ankara 1996

Ataay: Şahıslar Hukuku, Birinci Yarımlar, Giriş-Hakiki Şahıslar, 3. Bası, İstanbul 1978.

Ataay:"Vücut (Beden) Üzerindeki Hak", Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1996 Y. 20., s. 25-28.(Kıs. Ataay, MHAD)

Atabek:"Hastanelerin Sorumluluğu", İBD,C.60, S. 10-11-12, s. 613 vd.

Atamer: Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul 1996.

Ayiter (Organ):"Organtransplantation als privatrechtliches Problem", Ankara Hukuk Fakültesi Mecmuası, Y.1975, C.XXXII, s.173vd.

Ayiter:"Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli", AHFM, Y.1968,C.XXXV, s.137-144.

Bayraktar: Hekimin Tedavi Nedeniyle Sorumluluğu, İstanbul 1972.

Bilge: Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurunları, Ankara 2001.

Bilgin: Hayat İçin Elzem Organların Naklinde Başlıca Hukuki Problemler ve Çözüm Yolları, İBD Eylül-Ekim 1968 Eki-1, İstanbul 1968.

Deutsch: Ärztrecht und Arzneimittelrecht, Berlin 1991

Dural/Öğüz(Dural): Kişiler Hukuku, Birinci Cilt ,Gerçek Kişiler.İkinci Cilt, Tüzel Kişiler, İstanbul 2001.

Egger: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band, Einleitung und Personenrecht, Unveränderter Nachdruck 1978 der zweiten umgearbeiteten Aufl. 1930, Zürich 1930.

Erdoğan:"Avrupa Birliği Anayasalarında Devletin Temel Nitelikleri", Liberal Düşünce, Yaz 2001, N. 23, s. 5 vd.

Escher/Escher: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, III. Band. 2. Abteilung, Der Erbgang, 3. Auflage, Zürich 1960.

Geilen:"Medizinischer Fortschritt und juristischer Todesbegriff", Festschrift für Ernst Heinitz, Berlin 1972, 373 vd., 383 vd

Grossen:Das Recht der Einzelpersonen, Schweizerisches Privatrecht, 303 vd.

Güner: "*Hukuksal Yönden Organ Aktarması ve Konuya İlişkin Yargıtay Görüşü*", AD, Y. 66, S. 5/6, s. 587 vd.

Güriz: Hukuk Başlangıcı, Gözden Geçirilmiş, Değiştirilmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara 2001.

Gürkan: "*Kişilik Kavramının Evrimi*", Hamide Topçuoğluna Armağan, Ankara 1995, s. 39 vd.

Gürsoy/Eren/Cansel: Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.

Hatemi: Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul 2001

Hatemi (Borçlar): Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Sözleşme-Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1997.

Hatemi/Serozan/Arpacı: Eşya Hukuku, İstanbul 1994.

Hinderling: "*Organ Aktarmasının Ortaya Çıkardığı Hukuk Sorunları*" (Çev.: Erdener Yurtcan) Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1969, Y.3. S.5, s.419-427.

Huber, Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl., 1. Band.

Jäggi *Fragen des Privatrechtlichen Schutz der Persönlichkeit*, ZSR 79 II s. 137a vd.

Jellinek: Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, Berlin 1908.

Karahasan: Tazminat Davaları , İstanbul 1976.

Kaser: Römisches Privatrecht, München 1981.

Keller: Haftpflicht im Privatrecht, Bern 1979

Köprülü: Medeni Hukuk , Genel Prensipler-Kişinin Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1984.

Luternauer: Die ärztliche Pflicht zur Lebenserhaltung unter besonderer Berücksichtigung der Frage des Hirntodes, Diss. Basel 1971.

Merz: *Anfang und Ende der Persönlichkeit*, ZSR 76, s. 321 vd.

Müller: *Recht auf Leben, persönliche Freiheit und das Problem der Organtransplantation*, ZSR 90/1971

Oğuzman/Seliçi/Oktay: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 1999

Özsunay: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, İstanbul 1979.

Özsunay(Hayat) "*Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar*", Bülent Davran'a Armağan, 1998, s.2 vd.

Öztan: Şahıs Hukuku, Hakiki Şahıslar, Ankara 2001.

Schimid-Didchzuhn:"*Transplantationsmedizin in Ost und west im Spiegel des Grundgesetzes*" ZRP 1991, s. 264 vd.

Schultz:*Organtransplantation*, Schweizerische Ärztezeitung Nr. 33/1968, s.. 881.

Serozan:"*Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler*", Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi,1977, Y.11, S. 14, s. 93 vd.

Strartenwerth:"*Zum juristischen Begriff des Todes*", Festschrift für Karl Engisch, Frankfurt 1969, s. 528 vd.

Tandoğan:Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1963.

Taupitz:Das Recht im Tod: Freie Verfügbarkeit der Leiche? Rechtliche und ethische Probleme der Nutzung des Körpers Verstorbener, Dortmund 1996.

Tekinay Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992.

Toroşlu:"*Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk*", AÜHFD, 1978, C. XXXV, S.1-4, s.91-118.

Umar:Hukuk Başlangıcı, İzmir 1997.

Velidedeoğlu:Türk Medeni Hukuku, Cilt: 1-Cüz:2, Şahsın Hukuku, İstanbul 1956.

Wolf/Naujoks:Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen, Frankfurt a. M 1955.

Zevkliler/Acabey/Gökyayla: Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 1999.

Kısaltmalar

Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage (Baskı)
AÜHFM	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
AD	: Adalet Dergisi
Bak.	: Bakanız
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Bundesgerichtsentscheidungen.
BGH	: Bundesgerichtshof
BK	: Borçlar Kanunu
C	: Cilt
CK	: Ceza Kanununun
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
çev.	: Çeviren
dn	: Dipnotu eMK 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi (eski Medeni Kanun)
Erw.	: Erwägungen
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İKİD	: İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K	: Karar
LG	: Landesgericht
md.	: Madde
MK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
N	: Numara
NJW	: Neue Juristischen Wochenschrift
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SZR	: Zeitschrift für schweizerisches Recht
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Y	: Yıl
YHD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
ZGB	: Zivilgesetzbuch