

DOĞUM ÖNCESİ (PRENATAL) VE ÖLÜM SONRASI (POSTMORTAL) KİŞİLİĞİN KORUNMASI

Prof. Dr. Rona SEROZAN*

GİRİŞ

Hukukçu gerçekçi olduğu kadar hayalcidir de! Hukukçunun fikir ve hayal gücünün, görüş ve fantezi üretiminin, mantık cambazlığının ve düşün dünyasına kanatlanma eğiliminin sınırı yoktur. Bunun en çarpıcı görüntüleriyle, doğum öncesinde ve ölüm sonrasında kişiliğin korunması alanlarında karşılaşılır. Bu alanlarda gezinenler, kendilerini bir anda gerçek anlamıyla bir bilimsel kuramlar ve bilimkurgusal varsayımlar aleminde bulurlar. Kuramcılığın, hayalciliğin ve hayaletçiliğin böylesine yoğun bir biçimde birarada bulunduğu başka bir alan kolay kolay bulunamaz.

Bu sunuda, doğum öncesi dönemle ölüm sonrası dönemin birlikte ele alınmasının nedeni şudur: Bu iki zaman kesiti için ortaya atılan birbirinden ilginç önermeler ve fantastik varsayımlar, geliştirilen hayaller ve hayaletler birbirlerine şaşırtıcı biçimde benzerler. Hukukçuluğun çekici ama aynı zamanda ürkütücü yüzü her iki zaman kesitinde de kendisini eşit ölçüde gösterir. Doğum öncesi ve ölüm sonrası dönemler, kürtajıyla, gen manipülasyonu, yapay döllemeyle, organ nakliyle, ötanaziyle ve insana ana karnında da toprak altında da huzur bırakmayan daha nice müdahaleyle, aynı zamanda insan onurunun ve etik değer yargılarının işe karıştığı dönemlerdir de.

KİŞİLİĞİN BAŞLANGICINI GEÇMİŞE ETKİLİ KILAN VARSAYIMIN BOYUTLARI

Gerçi kişilik çocuğun sağ olarak doğduğu anda başlar. Ama çocuk sağ doğma (geciktirici -) koşuluyla, ta ana rahmine düştüğü andan (dölleme anından) başlayarak hak ehliyetini (hukuksal kişiliğini) elde eder (MK 28).

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Bu geçmişe etkililik varsayımının Roma hukukuna dayanan iki bin yılı aşkın bir geçmişi vardır. Digesta'da, Paulus D 1, 5, 7'de şu tümceye rastlanır: Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur. Türkçesi: Ana rahminde bulunan, maddi çıkarları gerektirdiği ölçüde, sanki yaşıyormuş gibi korunur. Bu Digesta metninden türetilen ünlü pandekt hukuku özdeyişi de şöyledir: Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur. Türkçesi: Cenin (dölüt) maddi çıkarları söz konusu olduğunda doğmuş sayılır.

Roma'da bu varsayımın işlevi, talihsiz bir rastlantı (kaza) sonucu babanın ölümünden sonra (postumus) doğan ceninin mirasçılığını bu kronolojik aksilik yüzünden yakmamaktı. Bu uğurda ceninin miras beklentisini güvence altına almak üzere cenine bir curator ventris atanırdı (Ulpianus D. 37, 9, 1, 17).

Bugün de bu ünlü varsayımın işlevi değişmiş değildir. MK 582'de şöyle denir: Cenin sağ doğma koşuluyla mirasçı sayılır. Böylece, mirasçı olabilmek için miras bırakanın ölümü (mirasın açılma) anında mutlaka mirasçılık ehliyetine sahip bir "yaşayan kişi" olma koşuluna (MK 580 kuralına) şeklen (pro forma) uyulmuş olunur. Sonuç olarak, birtakım kronolojik rastlantıların kişinin mirasçılığını haksızca engellemesi önlenir. Örnek vermek gerekirse, bu sayede, doğuma yetişmek üzere hastaneye giderken trafik kazasına uğrayıp ölen babaya da mirasçı olunabilir.

İlginçtir; MK 28 II'nin ve MK 582'nin mirasçılık ehliyetini geriye çeken geçmişe etkililik varsayımı, "genişletici yorum" yoluyla, tüpteki (in vitro) bebek yararına ve "örnekseme" (kıyas) yoluyla da evlat edinme süreci henüz tamamlanmadan kendisini evlat edinecek olan kişiyi yitiren ama MK 315 II gereğince evlat edinilme süreci kesilmeyip sürdürülen evlatlık adayı yararına da uygulanır¹.

¹ Tescilden önce henüz (tüzel -) kişilik kazanmamış olan "ölüme bağlı işlemle kurulmuş vakıf" için de böyle bir örnekseme önerisi vardır. Nasıl cenin sağ olarak doğma yasal gıciktirici şartına bağlı olarak daha ana karnına düştüğü andan başlamak üzere mirasçılığa ehil sayılabiliyorsa, vakıf da mahkeme siciline tescil edilme yasal gıciktirici şartına bağlı olarak daha miras bırakanın ölümü anında mirasçılığa ehil sayılabilecektir. Bu öneri sayesinde ki, daha miras bırakanın ölümü anında vakıf doğrudan doğruya (aracsız, ika-

TANIMA, ART MİRASÇI VE LEHDAR OLARAK ATAMA

Genelde tanıma, art mirasçı atama ve üçüncü kişi yararına sözleşmede lehdar atama olanakları da MK 28 II kuralının geçmişe etkili hak ehliyeti varsayımı bağlamında ve nasciturus'un hakları olarak ele alınır.

Oysa, ceninin, "tanınabilmesi", "art mirasçı olarak atanabilmesi" (MK 538) ve "üçüncü kişi yararına sözleşme lehdarı olarak atanabilmesi" (BK 111) için MK 28 II kuralının geçmişe etkililik varsayımına yer ve gerek yoktur. Nitekim değil nasciturus (cenin), henüz ana rahmine düşmemiş "nondum conceptus" bile bu olanaklardan yararlanabilir².

ANA KARNINDA ZARAR GÖRME

Acaba ana karnındayken zarar verici bir eylemle karşılaşan ceninin sağ olarak, ama bu eylem yüzünden özürlü olarak doğduktan sonra, failden olası tazminat istemi MK 28 II kuralının geçmişe etkililik varsayımına dayandırılacak değil midir?

Genelde öğretilde MK 28 II kuralının cenine mirasçılığı sağlama işlevi dışında asıl işlevinin haksız fiil ya da üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kökenli bu tazminat istemini sağlama işlevi olduğundan söz edilir.

Oysa ana karnındayken gerçekleşmiş bir zarar verici eylem yüzünden dünyaya geldikten sonra bir zararla karşılaşan kişi, MK 28 II kuralının geçmişe etkililik varsayımına hiç gereksinim duyulmadan, pekala, klasik haksız fiil veya üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme sorumluluğu çerçevesinde ve geleneksel nedensellik bağı kalıpları içinde de tazminat istemine kavuşturulabilir. Zarar verici eylemle zararın oluşması ara-

mesiz) hak kazanmış sayılacak ve miras bırakanın ölümüyle vakfın tescili arasındaki dönemde, vakfedilmiş olan malların döktüğü tüm yararları vakfın doğrudan doğruya sahip çıkması olanaklı kılınacaktır.

MK 28 II kuralının tüpte bebek, evlatlık adayı ve tescil öncesi vakıf yararına uygulanması görüşü için bk. *Serozan/Engin*, Miras Hukuku, N 106 ve 520 ve oralarda anılanlar.

² Yalnız -şu var: Dondurulmuş spermle postmortal yapay dölleme (inseminatio post mortem) yönergesi veren kişinin nondum conceptus'u şarta bağlı olarak tanınması olanağı kuşkuludur ve tartışmalıdır (Bk. *Serozan/Engin*, Miras Hukuku, N 107).

sında geçen sürenin uzunluğu (zamansal uzaklık) bu açıdan hiç fark etmez.

Bebeğin doğumundan önce depreme dayanıksız (ayıplı) inşaat yapan müteahhit veya bozuk beşik üreten yapımcı, bina veya beşik yıllar sonra çöktüğünde, bebeğe karşı nasıl klasik sorumluluk hukuku kalıpları içinde sorumlu tutulabilecekse ve aynen bunun gibi, henüz ana karnına düşmeden önce kadına genetik veya virütik bir zarar veren (mikrop bulaştırıcı) ve bu yüzden çocuğun daha sonra özürsüz olarak doğmasına yol açan kişiye nasıl klasik sorumluluk hukuku ve geleneksel nedensellik bağı kalıpları içinde tazminat ödetilebilecekse, ana karnındayken cenine zarar veren de, doğumdan sonra, öylesine tazminat ödeme yükümü altına sokulabilecektir.

Doğumdan, hatta belki döllenmeden çok önce gerçekleştirilen zarar verici eylemle doğumdan sonra ortaya çıkan zarar arasındaki zamansal aralığın uzunluğu (zeitliches Distanzdelikt), olsa olsa, zamanaşımı açısından sorun yaratabilir. Bir de belki nedensellik bağımlı belirli ölçülerde gevşetebilir ve dolayısıyla sorumluluğu hafifletebilir. Ama sorumluluğu ortadan kaldırmaz.

Doğumdan önce gerçekleştirilen zarar verici eylemden ötürü doğumdan sonra tazminat isteyebilmek için zarar görenin zarar gördüğü anda hak ehliyetine (kişiliğe) sahip olması gerekmez³.

DESTEKTEN YOKSUNLUK ZARARI

Ana karnında dolaysız zarar gören cenin için saptananlar, ana karnındayken gelecekte kavuşacağı desteği öldürülen ve bu yüzden yansıma

³ Doğumdan önce gerçekleştirilen zarar verici eylemden ötürü doğumdan sonra tazminat isteyebilmek için, mutlaka çocuğun daha zarara uğratıldığı anda hak ehliyetine sahip bulunması koşulunu arayanlar ve MK 28 II'ye sırf bu nedenle gereksinim duyanlar, kavram hukukçuluğunun formalizmine tutsak olanlardır. Tıpkı bu gibi durumlarda MK 28 II'nin geçmişe etkililik varsayımının tazminat alacaklısı çocuğa ispat yükü açısından klasik sorumluluk kurallarının sağlayamayacağı kolaylıklar sağlayacağı görüşünü savunanlar gibi!

Buradaki gibi: *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, § 5 N 19, s. 127; *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Auflage, München, 2002, N 1049; *Mannsdofer*, Pränatale Schädigung, Fribourg, 2000, N 7 i.s., N 34 i.s., N 147 i.s., N 151 i.s.

yoluyla dolaylı zarar gören cenin için de geçerlidir. Onun da BK 45 II uyarınca doğduktan sonra destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilmesi için MK 28 II'nin geçmişe etkililik varsayımına gereksinimi yoktur.

Alman hukukunda destekten yoksun kalma tazminatının nasciturus'a ve nondum conceptus'a sunulmasının yerindeliliği tartışılırken, uzlaştırıcı bir çözüm olarak, sadece nasciturus'a bu tazminatın verilebileceği yasal kurala bağlanmıştır. (§ 844 II 2 BGB) Böylece bu tazminat istemi açısından *argumentum e contrario*, "nondum conceptus" açıkça dışlanmıştır.

Bizdeyse, nasıl uzak gelecekte "farazi destek" *verebilecek* bir nişanlı veya küçük çocuk öldüğünde, geride kalana, yerine göre, failden destekten yoksun kalma tazminatını isteme hakkı tanınabiliyorsa, bunun tam tersine, "gelecekte destek" *alabilecek* olan cenin ve hatta nondum conceptus da, doğduktan sonra, yerine göre, failden pekala destekten yoksunluk tazminatı isteyebilecektir⁴.

İhlal (ölüme yol açma) ile üçüncü kişide zararın oluşması (sonradan parasal destekten yoksun kalma) arasındaki zamanın uzaklığı, ne ihlal ile desteksiz kalma arasındaki nedenselliği ne de tazminat sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır. Olsa olsa, nedensellik bağımlı gevşetebilir, buna bağlı olarak belki sorumluluğu hafifletebilir; işte o kadar! Durum ana karnındaki cenine zarar verme olgusundan ayrımsızdır.

Desteğin ölümü (zarar verici eylem) anında, zarar görenin (nasciturus'un veya nondum conceptus'un) hak ehliyetine sahip bir kişi olarak mevcut bulunmasının veya öyle varsayılmasının sorumluluğun olmazsa olmaz koşulunu oluşturmadığını bu bağlamda bir kez daha vurgulayalım.

⁴ Nondum conceptus'un nasıl olup da destekten yoksun kalabileceği konusunda duraksanmamalıdır. Varsıl büyükbaba öldürüldüğünde, onun yoksul oğlunun bu ölümden bir yıl sonra doğan oğlu (öldürülenin torunu) da bu yüzden daha düşük bir nafaka elde eder duruma düşmüş ve bu yüzden destekten yoksunluk zararına uğramış olur ve böyle bir olasılıkta pekala failden, destekten yoksun kalma zararının giderilmesini isteyebilir.

WRONGFUL BIRTH

Ceninle ilgili asıl düşündürücü sorun başkadır; ama onun da MK 28 II kuralıyla (geçmişe etkililik varsayımıyla) yakından uzaktan hiçbir ilgisi yoktur. Bu sorun çocuğun doğmasını engelleme yükününün varlığı veya yokluğu ve çocuğun doğumunun bir zarar sayılıp sayılmayacağı sorunsalıyla ilgilidir. Aslında sorun “normun koruma amacı”, “hukuka aykırılık bağı” ve “genel yaşam riski” kavramlarıyla ve kuramlarıyla bağlantılı bir sorundur.

Yalnız hukuksal açıdan değil, etik açıdan da düşündürücü olan ve çocuğun onuruyla da yakından ilgili olan (nitekim Anayasa Mahkemele-
rinin de çözümüne karıştırıldığı) sorun şudur: Acaba özürlü olarak doğ-
ması istenmediği halde, doğumu eczacı veya hekim tarafından engellen-
memiş olan çocuk (wrongful birth) için ana babanın tazminat istemine
olanak tanınabilir mi?

Çok tartışılmış olan bu konuda Almanya’da (ve şimdi İsviçre’de de) baskın görüşün ve Anayasa Mahkemesi’nden Anayasa uygunluk vi-
zesini almış olan yaygın mahkeme uygulamasının görüşü şudur: Ana
baba özürlü olarak doğması ve yaşaması yüzünden çocuğun yol açtığı
bakım giderleri fazlasının tazminini, doğumu engellememiş olan eczacı-
dan veya hekimden isteyebilirler.

Bu konuda daha da ileri gidenler, ama şimdilik azınlıkta kalmış sa-
yılanlar, doğumu istenmemiş olan “sağlıklı” çocuk (wrongful conception
/ wrongful pregnancy) için bile, ana babanın aile planlaması özgürlükle-
rinin ve dolayısıyla kişilik haklarının ihlalinden ötürü nafaka tazminatı
isteyebileceklerini savunurlar⁵.

WRONGFUL LIFE

Çözümü zarar sorunsalı bağlamında baş ağrıtmış olan “ceninle ilgi-
li”, ama yine “MK 28 II varsayımıyla ilgisiz” değişik bir sorun da şudur:
Acaba bizzat özürlü olarak doğmuş olan bir çocuk da, doğumuna yol

⁵ Yargıtay HGK da E 2002/13 – 1011, K 2002/1047 sayılı bir içtihadında özürlü çocuğun doğumunu engellememiş olan hastaneyi ve hekimi zarar giderim borçlusu saymakla bu görüşü benimsemiş görmektedir.

açmış olan ana babasından veya hekimden, sırf bu nedenle, yani “tatmin-
siz, eksik, bozuk yaşam” (wrongful life, dissatisfied life) için özel bir
tazminat isteyebilir mi? Bu istemin dayanağı evlilik dışı bir çocuk olarak
dünyaya getirilme olgusuna kadar genişletilebilir mi?

Dikkat edilirse, bu tazminatın, açıkçası zararın dayanağı, özürlü o-
larak doğmak ve bu yüzden fazla masrafa gereksinim duymak değildir de
(o zararın giderimi istemi ayrıdır ve saklıdır), bizatihi yaşamaktır; dünya-
ya gelmektir. Ama tatminsiz, eksik bir yaşama mahkum edilmektedir.

Bu sorunun yanıtı genelde olumsuzdur. Bu olumsuz yanıtın man-
tıklal dayanağı da şudur: Çocuğun hiç yaşamamasına oranla, sağlıksız
(özürlü) veya tatminsiz yaşamasının çocuk için maddi veya manevi bir
zarar oluşturabileceği kanıtlanamaz.

Aslında bu özgül sorunların sosyal ve etik boyutları onların hukuk-
sal boyutlarından daha ağır basar. Tartışmalar son aşamada çocuğu dış-
lama, kürtaja teşvik ve hatta ötanazi tartışmalarına bağlanır. Gerçekten
de, tazminat olanaklarının genişletilmesi, çocuğu ana babasından uzak-
laştırır, kürtajı ve ötanaziye körükler⁶.

CENİNİN BÖLÜMSSEL HAK EHLİYETİ YA DA ÖZNESİZ HAKKI

MK 28 II’nin sağ doğma geciktirici koşuluna bağlı olarak cenine
hak ehliyeti (bence salt mirasçılık ehliyeti) sağlayan geçmişe etkililik
varsayımına dönelim.

Kimi hukukçular, bu varsayımı salt cenine miras çıkarları sağlama
işlevine indirgemek şöyle dursun, bu varsayımı adamakıllı genişletirler;
bu varsayımı dayanarak cenine düpedüz bir “bölümsel ya da sınırlı hak
ehliyeti” (Teilrechtsfähigkeit) tanır. Bunu gerçekleştirmek için de MK
28 II’nin öngördüğü sağ doğma geciktirici koşulunu ölü doğma bozucu

⁶ Wrongful birth ve wrongful life konusunda bk. *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Auflage, München, 2002, N 1050; *Mannsdorfer*, Pränatale Schädigung, Fribourg, 2000, N 919 i.s.; *Schwenzer*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, N 14. 04; Roberto, Schweizerisches Haftpflichtrecht, N 112.

koşuluna dönüştürürler. Böylece cenine daha ana karnında kişilik kazanırlar.

Aynı amaçla, “öznesiz hak” (subjektloses Recht) kavramını seferber edenler de, ceninin konumunu başka bir mantıksal yoldan giderek güçlendirirler. Ona hak ehliyetinin (kişiliğin), eşdeyişle hak öznesinin varlığını hiç mi hiç gerektirmeyen “öznesiz bir hak” tanırlar⁷.

Bu çabalarla izlenen amaç bellidir: Bu yoldan, embriyon (oğulcuk) üzerinde tıbbi denemelerin ve rahim tahliyesinin bir kayyım eliyle önlenmesi amaçlanmaktadır⁸.

Ne var ki bir Medeni Kanun’un boyunu aşan, ne bu yasanın ve onun 28’inci maddesinin ne de öznesiz hak kavramının altından kalkamayacağı işlevlerdir bunlar. Nitekim bu konuları Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği, Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve Ceza Kanunu gibi kamusal karakterde yasalar düzenlerler.

Kaldı ki bu konular, tıbbın gelişimini, gelecek kuşakların sağlığını ve çocuğun anasının, hatta babasının kişiliğini de yakından ilgilendiren konulardır; bu duyarlı alanda çatışan menfaatler MK kurallarıyla, hele geçmişe etkililik varsayımlarıyla kolay kolay uzlaştırılacak gibi değildir.

Nitekim ilginçtir, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne cenini de tıbbi manipülasyonlara ve rahim tahliyesine karşı koruyucu bir kuralın eklenmesi önerisi o denli hararetli tartışmalara yol açmıştır ki, sonunda sırf Kurulun dağılmasını önlemek ve Sözleşmeyi hiç değilse çocuklar için yaşama geçirebilmek uğruna böyle bir koruyucu kural gündemden çıkarılmıştır.

Bilindiği gibi, cenine kayyım eliyle korunacak bir bölümsel hak ehliyeti tanıma çabalarına benzer çabalar, hayvanları ve bitkileri (çevreyi)

⁷ Öznesiz (sahipsiz) hak (subjektloses Recht) kavramı, Roma hukukunun “uyuyan mirasında (hereditatis iacens), bugün de, terk edilmiş bir taşınmaz yararına irtifakta, terk edilmiş hamile yazılı senet üstündeki haklarda ve hayırlı bir iş için yardım amacıyla toplanan paralarda varsayılır. (Bk. *Hübner*, Allgemeiner Teil des BGB, N 76) Ceninin haklarını genişletmek amacıyla mobilize edildiğinde, bu kavramın tarihsel ve asal işlevine yabancılaştırıldığı açıkça görülmektedir.

⁸ Bilindiği gibi bir cenine kayyım de lege lata ancak mallarının yönetimi için bir yönetim kayyımı olarak atanır (MK 427 b. 3).

kayyım yardımıyla koruyup kurtarma amacıyla da harcanmıştır. Ama gerçekçilikten uzak bu fanteziler bir türlü kök tutmamıştır⁹.

ÖLÜMDEN SONRA KORUMA

Kişiyi ölümünden sonra koruma, kişiyi doğumundan önce korumadan daha zordur. Çünkü doğum öncesine ilişkin MK 28 II benzeri bir kural, değişik bir söyleyişle, geçmişe etkililik varsayımına koşut bir geleceğe etkililik varsayımı, ölüm sonrası için öngörülmüş değildir.

Oysa kişinin cesedini, organlarını, onurunu ve başkaca kişilik değerlerini ölüm anından sonra korumak şarttır¹⁰.

Kişiliği ölüm sonrasında korumanın zorunluluğunda herkes birleşir. Ama bu korumanın dogmatik temelleri konusunda görüşler ayrılır. Ölümle kişilik sona erdiğine, kişilik hakları da mirasçılara geçmediğine göre bu görüş ayrılığı doğal karşılanmalıdır.

a) Mirasçıların, kendi (öz) kişilik haklarının dolaylı olarak (yansıma yoluyla) ihlal edilmiş olduğuna dayanabilecekleri görüşü İsviçre’de ve Türkiye’de yaygın ve baskın görüştür¹¹.

Oysa bu görüş ölenin konumuyla ve çıkarıyla mirasçının konumunun ve çıkarının ayrıştığı olasılıklarda etkin bir kişilik koruması sağla-

⁹ Ceninin sınırlı, bölümsel, nispi hak ehliyetine ya da öznesiz hakka sahip kılınması önerileri için bk. *Fabricius*, Relativität der Rechtsfähigkeit, München, 1963; bu gibi önerilerin eleştirisi için bk. *Medicus*, Juristenzeitung 1986, 778 i.s.; *Mannsdorfer*, Pränatale Schädigung, Fribourg, 2000, N 51 i.s.

¹⁰ Yasa doğumdan farklı olarak ölümü tanımlamış bile değildir. Bugün ölüm anı dolaşımın ve solunumun kesilmesi anından, beynin işlevlerini yitirmesi anına geri çekilmiştir. Mirasın geçmesi (intikali) ve bundan da önemlisi, ölüden organ alınabilmesi açısından bu kritik anın pratik önemi büyüktür. Eklemeli ki Organ Kanunu m. 11 kuralı, ölüden organ alınabilmesi için belirlenmesi gerekli ölüm anının saptanması konusunda ayrıntılı bir düzenleme getirmiştir.

¹¹ Bk. *Dural/Öğüz*, Kişiler Hukuku, 2004, s. 27; *Oğuzman/Seliçi/Oktay*, Kişiler Hukuku, 2002, s. 117; *Riemer*, Personenrecht des ZGB, 2. Auflage, Bern, 2002, s. 85; İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 70 II 127, 101 II 191, 104 II 235/36, 109 II 353/59.

yamaz. Unutulmasın ki ölüye karşı her saldırı her zaman mirasçının öz kişilik hakkına bir saldırı oluşturmayabilir¹².

Bu görüşün bir başka sakıncası da bir yandan bencil mirasçılarının olur olmadık manevi tazminat istemleri aracılığıyla ölünün sırtından ticaret yapmalarına çanak tutması, ama öte yandan asıl etkin büyük "kazanç devri" yaptırımını (MK 25 III/BK 414) kapalı tutmasıdır. Kapıları kapalı tutan neden açıktır; ihlal edilen hakkın sahibi bu hakka mantiken halef olamayacak olan mirasçı değil, miras bırakandır.

b) Kişinin ölüm sonrasına uzanan zayıflamış postmortal (art -) kişiliği kuramı Almanya'da yaygın kuramdır. Bu kuram bizde de Organ Kanunu'nda (madde 14 kuralında) ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda (madde 19 I ile 85/86 kurallarında) dayanak bulur. Bu kuram çerçevesinde, ölenin yakınları (yoksa mirasçıları değil), yasaca öngörülmüş belirli bir sıra içinde, kişilik hakkının asıl sahibi olarak kalan ölünün adeta post mortem vekili sıfatıyla, onun kişiliğini, saldırılara karşı özgecil (altruist) bir yaklaşımla korurlar. Yoksa ilk görüşte olduğu gibi, mirasçılarının bencil (egoist) yaklaşımıyla değil. Bu kuramın eksiki de saldırganlara karşı sadece durdurma yaptırımının işletilebilirliği, buna karşılık, yakıcı ve caydırıcı parasal tazminat ve menfaat devri yaptırımlarının işletilemezliğidir. Parasal çıkar ölüye yaramaz ki!¹³

c) Almanya'da Marlene Dietrich içtihadından, bizde de Safiye Ayla (Çile Bülbulüm Çile) içtihadından sonra geliştirilen bir görüşe göre, kişinin ad, imza, resim, ses gibi para eder kişilik değerleri pekala mirasçıya intikal eder. Böylece mirasçı doğrudan doğruya miras bırakandan kendisine geçen kişilik değerlerinin ihlaline (küllü halef sıfatıyla) dayanarak, saldırganın parasal tazminat elde edebilir. Hatta küllü halef mirasçı, bu görüş çerçevesinde kişilik değerleri artık "kendisine ait" sayıldığı için, bir medeni hukuk cezası olarak büyük "kazanç devri" yaptırımını da yaşama geçirebilir. Bu görüşün de eksiki vardır; para etmeyen kişilik değerlerinin ihlalinde caydırıcı olamayacaktır.

¹² Bu konuda verilen klasik örnek şudur: Sağcı bir politikacının solcu oğlu ölmüş babası hakkındaki illegal sol parti üyeliği söylentisine karşı harekete geçip, kendi saygınlığında (image'ında) bir saldırıya uğramış olduğunu ileri süremez.

¹³ Bk. *Serozan/Engin*, Miras Hukuku, N 120.

Ayrıca bu görüş ölenin kişiliğine yönelik saldırıları mirasçıların kişiliğine yapılmış sayan ilk görüşe karşı ortaya atılan "ölünün sırtından ticaret yapma" eleştirisine de hedef tahtası olur¹⁴.

d) Ölenin kişiliğine yönelik saldırıları koruyan son bir görüş de prenatal bölümsel hak ehliyeti fantezisinin bakışımını (simetriğini) oluşturan postmortal bölümsel hak ehliyeti ya da "öznesiz hak" fantezisi bağlamında geliştirilmiştir. Bu görüşe göre, mezarda yatan bireyin ölüm sonrasında, "varsayıli sahipli" ya da "büsbütün sahipsiz" kişilik haklarını özel olarak atanacak bir kayyım korur. Ama onun da saldırganın isteyip sağlayabileceği edim, zorunlu olarak, ancak kaçınma, durdurma ve olsa olsa mezarlığa çiçek ektirme olabilir¹⁵.

Bu görüş gerçekçi değildir; öznesiz hak kavramını amacına yabancılaştırmaktadır; üstelik "mezara çiçek ektirme" mecazından da anlaşılabilir gibi, amaca elverişli de sayılamaz.

SONSÖZ

Öyle sanıyorum ki prenatal ve postmortal kişilik koruması konusundaki açıklamalar bu iki alanın gerçek bir kuramlar ve fanteziler alemine, hani neredeyse bir "Frankenştayn hukukuna" dönüştüğü konusunda "Giriş"te söylenenleri doğrulamıştır.

Her iki alanda da hukukun çekiciliği kadar ürkütücülüğü de karşımıza çıkmaktadır.

Bilimle bilimkurgu, kuramcılık ile hayalcilik, hatta hayaletçilik iç içedir.

¹⁴ Bk. Alman Federal Mahkemesi, BGHZ 143, 214; Yargıtay HGK, E 1981/ 4 – 70, K 1983, Yargıtay HGK'nun On Yıllık Emsal Kararları, 1975 – 1984, s. 682 i.s.; *Serozan/Engin*, Miras Hukuku, N 114; *Jauernig*, BGB – Kurzkomentar'da Stürmer, § 1922 N 12. İsviçre'de de Marlene Dietrich içtihadının izinde bu görüşü savunanlar vardır. Bk. *Büchler*, Aktuelle Juristische Praxis 1/2003, s. 3 i.s. Bu görüşün en son temsilcileri için bk. *Metzger*, Rechtsgeschäfte über das droit moral, München, 2002, s. 104 i.s.; *Fischer*, Die Entwicklung des postmortalen Persönlichkeitsschutzes, Frankfurt, 2004, s. 10 i.s. •

¹⁵ Bk. *Leipold*, Münchener Kommentar, § 1922 N 50/51; *Müller*, Postmortaler Rechtsschutz, Überlegungen zur Rechtssubjektivität Verstorbenen, s. 51 i.s.

Hukukçunun bu alemde çözüm ararken dikkat etmesi gerekli nokta, çözüm önerilerinin işe yaramazlığının ve somut yaşam gerçeğine aktarılmazlığının tuzağına düşmemektir; ayrıca önerilen çözümlerin ekonomik, sosyal ve etik açıdan getirdiklerini ve götürdüklerini de iyice düşünüp tartmaktır.