

**T.C.  
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDELER ÜZERİNDEKİ  
HAKKIN HUKUKÎ NİTELİĞİ VE BU MADDELERİN  
HUKUKÎ İŞLEMLERE KONU EDİLMESİ**

**DOKTORA TEZİ**

**Arif Barış ÖZBİLEN**

**Tez Danışmanı: Prof. Dr. Nami BARLAS**

## ÖNSÖZ

Bilim ve tıp alanında son yıllarda meydana gelen gelişmeler, insan vücudu içerisinde yer alan veya bu vücudun oluşturduğu organ, doku, hücre, kan, sperm, yumurta, gen ve DNA gibi biyolojik maddelerin günümüzde, meydana geldikleri kişiden bağımsız olarak ele alınabildikleri ve gerek insan tedavisi, gerekse bilimsel araştırmalar bakımından önemli bir kaynak oluşturdukları gerçeğini gözler önüne sermektedir. Bilindiği gibi, insan vücudundan elde edilen biyolojik maddeler, bugün itibariyle uygulanmakta olan bilimsel yöntemler sayesinde, organ ve doku transplantasyonu, yapay dölllenme, kök hücre üretimi ve genetik analiz gibi farklı amaçlar doğrultusunda kullanılarak, üzerlerinde hâkimiyet sağlanabilen nesnelere dönüşmüştür. Bu bakımdan çalışmamız, “insan kökenli biyolojik maddeler” üzerinde özel hukuk bakımından kimlerin ne türden bir hakka sahip olduklarının belirlenmesi, bu maddelerin konu edildikleri sözleşmelerin hukukî niteliklerinin tespit edilmesi ile sağlık ve tıp uygulamalarında sıklıkla karşılaştığımız bu gibi hukukî ilişkilerin hangi hâllerde geçerli sayılıp, hangi durumlarda geçersiz addedileceği meselelerinin aydınlatılması maksadıyla gerçekleştirilmiştir.

Etrafı hukuk boşlukları ile çevrelenen bu konu ile ilgili olarak, ortaya çıkabilecek muhtemel uyuşmazlıkların çözümünde başvurulacak kaynaklardan biri olmasını temenni ettiğim bu çalışma, bir “doktora tezi” olarak hazırlanmıştır. 25 Şubat 2011 günü, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde, **Prof. Dr. Turgut Öz, Prof. Dr. Atilla Altop, Prof. Dr. Nami Barlas, Prof. Dr. Yener Ünver** ve **Prof. Dr. Şükran Şıpka**’dan oluşan jüri önünde savunulan bu tez, jürinin oybirliği ile aldığı kararla başarılı bulunmuş ve kabul edilmiştir.

Tez araştırmalarının önemli bir bölümü İsviçre’de, 2007-2008 akademik döneminde TÜBİTAK Bilim İnsanı Destekleme Bursu ile gönderildiğim Neuchâtel Üniversitesi Sağlık Hukuku Enstitüsü ve Neuchâtel Üniversitesi Hukuk Fakültesinde gerçekleştirilmiştir.

Doktora eğitimimin ve tez çalışmamın her aşamasında bana büyük katkılar sağlayan ve tezimin danışmanlığını üstlenen değerli hocam **Prof. Dr. Nami Barlas**’a ne kadar teşekkür etsem azdır. Kendisine, gerek tez konumu seçmem, gerekse içeriğini belirlemem konusunda bana tanıdığı akademik özgürlük ve gösterdiği güven nedeniyle minnettarım. Umarım bu güveni boşa çıkartmamışımdır.

Araştırma görevlisi olduğum günden itibaren bana verdiği büyük destek ile kendimi her zaman minnet borcu altında hissettiğim kürsü hocam Sayın **Prof. Dr. Şükran Şıpka**’ya da sonsuz teşekkürü borç bilirim. Aynı şekilde, gerek tezin yazımı gerekse savunulması aşamalarında yapıcı eleştirileriyle tezime büyük katkılar sağlayan değerli hocalarım **Prof. Dr. Atilla Altop, Prof. Dr. Nevzat Koç, Prof. Dr. Yener Ünver** ve **Prof. Dr. Turgut Öz**’e de teşekkürlerimi sunarım.

İsviçre’deki çalışmalarım esnasında kendilerinden yakın ilgi ve destek gördüğüm **Prof. Dr. Olivier Guillod, Prof. Dr. Dominique Sprumont** ve **Jean Perrenaud**’ya, ayrıca çalışmamı burs değer görerek, bana maddî anlamda katkı sağlayan TÜBİTAK kurumuna da teşekkür ederim.

Çalışmamda bana manevî destekleriyle güç veren ve başta **Pınar, Doruk, Nilay** ve oda arkadaşım **Buket** olmak üzere aynı zorlu süreci birlikte yaşadığımız tüm araştırma görevlisi arkadaşlarıma da bu vesile ile teşekkür ediyorum.

Son olarak, doktora tezi yazmak gibi çok uzun ve meşakkatli olan bu yolda, bana sınırsız bir sabır, güven ve hoşgörü gösteren annem **Gönül Özbilen**, babam **Onur Özbilen** ve tüm aileme yürekten teşekkür ediyorum. İyi ki varsınız!

**Dr. Arif Barış Özbilen**  
Ulus, 2011

## İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	I
İÇİNDEKİLER.....	III
KISALTMALAR.....	X
RESUME.....	XIV
ABSTRACT.....	XIX
ÖZET.....	XXIII

## GİRİŞ

I. Sunuş.....	1
II. Çalışmanın Amacı.....	2
III. İnceleme Plânı ve Konunun Sınırlandırılması.....	3

## BİRİNCİ BÖLÜM

**İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDE KAVRAMI VE  
BU MADDELER ÜZERİNDEKİ HAKKIN HUKUKÎ NİTELİĞİ**

§ 1. “İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDE” KAVRAMINA GENEL BAKIŞ .....	7
I. “İnsan Kökenli Biyolojik Madde” Kavramı.....	7
II. İnsan Kökenli Biyolojik Madde Kavramı İçinde Ele Alınan Varlıklar.....	8
III. İnsan Kökenli Biyolojik Maddelerin Hukukî Niteliği .....	12
1- Genel Olarak .....	12
2- İnsan Vücudu ve Vücut İçerisinde Bulunan Biyolojik Maddelerin Hukukî Niteliği .....	13
3- İnsan Vücudundan Ayrılmış Olan Biyolojik Maddelerin Hukukî Niteliği .....	17
a) Genel Olarak .....	17
aa- İnsan Vücudundan Ayrılmış Olan Biyolojik Maddelerin Hukukî Niteliği Konusunda Ortaya Atılan Görüşler .....	19
aaa) Vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddeleri “eşya” olarak kabul eden görüş.....	19
bbb) Vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddelerin “eşya” niteliğinde olmadığını kabul eden görüş .....	21

b) Özel Olarak: Üreme hücreleri ve genetik materyal .....	23
aa- Üreme hücreleri.....	23
bb- DNA molekülü (Genetik materyal) .....	27
4- İnsan Kökenli Biyolojik Madde Kavramı Dışında Kalan Diğer Biyolojik Varlıkların Hukukî Niteliği.....	30
a) Embriyo ve Cenin Kavramı .....	30
b) İnsan Cesedi ve Kalıntıları.....	32
<b>§ 2. İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDELERİN HUKUKÎ NİTELİĞİ KONUSUNDA GÜNDEME GELEBİLECEK MÜESSESELER .....</b>	<b>34</b>
<b>I. Eşya (<i>İnsan Kökenli Biyolojik Madde Eşya mıdır?</i>) .....</b>	<b>34</b>
1- “Eşya” Tanımı ve Temel Özellikleri .....	34
a) Maddî (cismanî) bir varlığa sahip olma .....	35
b) Sınırlanabilir olma .....	37
c) Üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanabilme .....	38
d) Kişi dışı varlık olma.....	41
e) İktisadî bir değer taşıma.....	43
2- İnsan vücudu ile arasındaki bağlantının insan kökenli biyolojik maddenin “eşya” niteliğine etkisi.....	46
a) Konunun önemi.....	46
b) “Bütünleyici parça” kavramı .....	47
c) “Doğal ürün” kavramı .....	48
d) “Eklenti” kavramı .....	50
e) Genel Sonuç : Bağımsız Eşya .....	52
3- İnsan Kökenli Biyolojik Maddeler ve “Ticarete Konu Olmayan Eşya” Kavramı.....	52
a) “Ticarete konu olmayan eşya” kavramı .....	53
b) Kavramın “insan kökenli biyolojik maddeler” hakkında uygulanabilirliği meselesi .....	56
<b>II. Kişilik Değeri (<i>İnsan Kökenli Biyolojik Madde Kişilik Değerinin Uzantısı mıdır?</i>) .....</b>	<b>60</b>
1- “Kişilik Değeri” Kavramı .....	60
2- Temel Özellikleri .....	61
a) Kişiden ayrılamaz (soyutlanamaz) olma.....	62
b) Aslî öneme sahip olma.....	63
c) Kişiye özel (münhasır) ve tek (benzersiz) olma.....	64
d) Kişinin menfaatine yönelik olma.....	66

3- İnsan kökenli biyolojik maddelerle ilişkilendirilebilecek olan başlıca kişilik değerleri.....	68
a) Vücut bütünlüğü.....	68
b) Üreme ve soyunu sürdürme hakkı .....	72
c) Kişinin sırları ve özel hayatı .....	74
d) Kişinin resmi.....	78
<b>§ 3. İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDELER ÜZERİNDE SÖZ KONUSU OLAN HAKLARIN HUKUKÎ NİTELİĞİ.....</b>	<b>81</b>
<b>I. Genel Olarak .....</b>	<b>81</b>
<b>II. İnsan Kökenli Biyolojik Maddeler Üzerindeki Hakların Görünüş Biçimleri.....</b>	<b>82</b>
1- Aynî Hak.....	82
a) Genel olarak .....	82
b) Aynî hak kavramı ve unsurları.....	84
aa- Eşya üzerinde söz konusu olma .....	85
bb- Eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlanması.....	85
cc- Herkese karşı ileri sürülebilme.....	86
dd- Malvarlığı hakları içinde yer alma.....	87
c) İnsan kökenli biyolojik maddeler üzerinde söz konusu olabilen aynî hak türleri .....	91
aa- Mülkiyet hakkı açısından değerlendirme .....	91
aaa) Kavram ve içerik .....	91
bbb) İnsan Kökenli Biyolojik Maddeler Üzerindeki Mülkiyet Hakkının Kazanılması ve Kaybı.....	93
bb- Sınırlı aynî haklar açısından değerlendirme .....	98
aaa) İntifa hakkı bakımından.....	98
bbb) Rehin hakkı bakımından .....	99
2- Kişilik Hakkı.....	102
a) Tanım .....	102
b) Kişilik Hakkının Özellikleri.....	103
aa- Herkese karşı ileri sürülebilme.....	103
bb- Başkasına devredilemez ve vazgeçilemez olma .....	105
cc- Mirasçıya intikâl edememe .....	106
dd- Zamanaşımına ve hak düşürücü süreye tâbi olmama.....	108
ee- Maddî değere sahip olmama .....	108
<b>III. İnsan Kökenli Biyolojik Maddeler Üzerindeki Hakların Bir Arada Bulunması.....</b>	<b>110</b>

## İKİNCİ BÖLÜM

**İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDELERİN  
KONU OLABİLECEĞİ HUKUKÎ İŞLEMLER**

<b>§ 1. KONUYA GENEL BAKIŞ .....</b>	<b>115</b>
<b>§ 2. İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDE VERME BORCU VE BU BORCUN HUKUKÎ NİTELİĞİ.....</b>	<b>116</b>
<b>§ 3. İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDELERİ KONU ALAN HUKUKÎ İŞLEMLERİN GRUPLANDIRILMASI .....</b>	<b>122</b>
<b>I. Kişinin Vücudundan Biyolojik Madde Alınmasını Konu Alan Hukukî İşlemler.....</b>	<b>122</b>
1- Genel Olarak .....	122
2- Kişinin Vücudundan Biyolojik Madde Alınmasını Konu Alan Hukukî İşlemlerin Amaç Bakımından Sınıflandırılması.....	123
a) Tedavi, Sağlık ve Estetik Amacıyla Biyolojik Madde Alınması .....	123
aa- Genel Olarak .....	123
bb- Vekâlet sözleşmesi niteliğindeki biyolojik madde alımları.....	123
aaa) Tanımı ve mahiyeti .....	123
bbb) Unsurları .....	125
i. Bir işin görülmesi .....	125
ii. İşin müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun olarak yapılması .....	126
iii. Zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilememesi tehlikesini taşımaksızın belli bir yönde iş görülmesi .....	126
iv. Vekil ile müvekkilin anlaşması.....	128
v. Ücret.....	129
vi. Vekilin müvekkile karşı bağımsız olması.....	130
vii. Tarafların sözleşmeyi her zaman sona erdirebilme haklarının bulunması .....	131
cc- Eser sözleşmesi niteliğindeki biyolojik madde alımları.....	132
aaa) Tanımı ve mahiyeti.....	132
bbb) Unsurları .....	133
i. Eser meydana getirilmesi .....	133
ii. Ücret ödeme vaadi .....	138
iii. Taraflar arasında anlaşma .....	139
dd- Vücuttan Tedavi, Sağlık ve Estetik Amacıyla Biyolojik Madde Alınmasını Konu Alan Sözleşmelerin Hukukî Niteliği .....	139

ee- Vekâlet ve eser sözleşmelerinin ifasının vücuttan alınan biyolojik maddeler üzerindeki hak sahipliğine etkisi.....	143
b) Yeniden Kullanım Amacıyla Biyolojik Madde Alınması .....	145
aa- Genel Olarak .....	145
bb- Yeniden Kullanım Amacıyla Biyolojik Madde Alımının Uygulamada Arz Ettiği Başlıca Görünüm Biçimleri .....	146
aaa) Başkasının vücuduna nakil (transplantasyon) ve aşılama amaçlı alımlar .....	146
bbb) Bilimsel araştırma, deney, kopyalama (üreme amaçlı/ tedavi amaçlı klonlama) ve kök hücre üretimi .....	148
cc- Yeniden Kullanım Amacıyla Biyolojik Madde Alımını Konu Alan Sözleşmelerinin Esaslı Unsurları.....	151
aaa) Hayattakiler arasında kazandırıcı bir işlemin varlığı .....	151
bbb) Bağışlama sebebi ile yapılması .....	154
ccc) İvazsız (Karşılıksız) olması.....	156
ddd) Sözleşme olması.....	156
dd- Sözleşmenin Hukukî Niteliği .....	157
c) Saklama Amacıyla Biyolojik Madde Alınması.....	166
aa- Tanımı ve mahiyeti .....	166
bb- Esaslı Unsurları .....	167
aaa) Biyolojik maddenin laboratuvar ortamında saklanması.....	167
bbb) Saklayan kuruluşa saklama karşılığında belirli bir ücret ödenmesi .....	167
ccc) Tarafların anlaşması .....	168
cc- Sözleşmenin Hukukî Niteliği .....	168
<b>II. İnsan Kökenli Biyolojik Maddelerin Devrini Konu Alan Hukukî İşlemler.....</b>	<b>171</b>
1- Genel Olarak .....	171
2- Esaslı Unsurları.....	172
a) Biyolojik maddenin devri.....	172
b) Biyolojik maddenin devri karşılığında bedel ödenmesi .....	173
c) Biyolojik madde ile bedelinin birbiriyle değiştirilmesi konusunda tarafların anlaşması .....	175
3- Sözleşmenin Hukukî Niteliği.....	176
<b>III. Kişinin Vücuduna Biyolojik Madde Nakledilmesini veya Aşılmasını Konu Alan Hukukî İşlemler.....</b>	<b>182</b>
1- Genel Olarak .....	182
2- Vücuda Biyolojik Madde Nakledilmesinin Uygulamada Arz Ettiği Başlıca Görünüm Biçimleri.....	182



## VIII

a) Alıcının tedavisi amacıyla yapılan nakiller.....	182
b) Alıcı ve eşinin çocuk sahibi olması amacıyla yapılan nakiller.....	184
3- Alıcının Vücuduna Biyolojik Madde Naklini Konu Alan Hukukî İşlemlerin Esaslı Unsurları.....	185
a) Hastane işletmesi ya da sağlık kuruluşunun, alıcının tedavisine ya da çocuk sahibi olmasına yönelik tıbbî müdahalede bulunması ....	185
b) Alıcının yapılacak tıbbî müdahale karşılığında hastane işletmesi ya da sağlık merkezine ücret ödemesi.....	186
c) Hastane işletmesi ya da sağlık merkezinin alıcı ile anlaşması.....	186
4- Sözleşmenin Hukukî Niteliği.....	187

### ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

#### İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDELERE YÖNELİK HUKUKÎ İŞLEM VE FİİLLERDE ÖZELLİK ARZ EDEN GEÇERLİLİK VE HUKUKA UYGUNLUK SORUNLARI

§ 1. KONUYA GENEL BAKIŞ .....	192
§ 2. İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDELERİ KONU ALAN HUKUKÎ İŞLEMLERDE ÖZELLİK ARZ EDEN GEÇERLİLİK SORUNLARI.....	193
I. Genel Olarak .....	193
II. Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık.....	194
III. Genel Ahlâka Aykırılık.....	199
IV. Kişilik Haklarına Aykırılık .....	204
§ 3. İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDELERİ KONU ALAN TIBBÎ MÜDAHALELERDE ÖZELLİK ARZ EDEN BİR HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ OLARAK “RIZA” KAVRAMI.....	210
I. Genel Olarak .....	210
II. Rızanın Hukukî Niteliği.....	212
III. Rızanın Geçerlilik Şartları .....	214
1- Rıza Veren Fiil Ehliyetine Sahip Olması.....	214
a) Tam ehliyetli kişilerin rızası .....	215
b) Sınırlı ehliyetli kişilerin rızası .....	215
c) Sınırlı ehliyetsiz kişilerin rızası .....	216
d) Tam ehliyetsiz kişilerin rızası .....	225
2- Rızanın Hukuk ve Ahlâk Kurallarına Uygun Olması .....	232

3- Rıza Verenin İrade Sakatlığının Bulunmaması (Rızanın Sağlıklı İrade ile ve Aydınlatma Sonucunda Verilmesi) .....	232
a) Aydınlatma Sonucunda Verilen Rıza.....	233
b) Rıza ve İrade Sakatlığı .....	239
4- Şekle uygunluk.....	245
<b>IV. Rızanın Aranmadığı Hâller .....</b>	<b>253</b>
1- Genel Olarak .....	253
2- Hastanın Üstün Nitelikteki Özel Yararı (Âciliyet ve Tıbbî Zorunluluk Hâlleri) .....	253
3- Üstün Nitelikteki Kamu Yararı ve Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması .....	260
a) Genel Olarak .....	260
b) Özel hukuktan kaynaklanan bir yetkinin kullanılması .....	260
c) Kamu hukukundan kaynaklanan bir yetkinin kullanılması.....	265
<b>SONUÇ.....</b>	<b>270</b>
<b>YARARLANILAN KAYNAKLAR.....</b>	<b>276</b>
<b>ÖZGEÇMİŞ.....</b>	<b>300</b>

## KISALTMALAR

<b>ABD</b>	: Ankara Barosu Dergisi
<b>Adpt.</b>	: Adaptation
<b>AİHM</b>	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>Art.</b>	: Artikel / article
<b>Ass. Plén.</b>	: Assemblée plénière de la Cour de cassation
<b>Atl. Rptr.</b>	: Atlantic Reporter
<b>ATF</b>	: Arrêts du Tribunal Fédéral suisse
<b>AÜEHFD</b>	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>b.</b>	: Bent
<b>BGB</b>	: Bürgerliches Gesetzbuch [Alman Medenî Kanunu]
<b>BGHZ</b>	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
<b>BK</b>	: Türk Borçlar Kanunu
<b>Bkz.</b>	: Bakınız
<b>Böl.</b>	: Bölüm
<b>Bull. civ.</b>	: Bulletin civil de la Cour de cassation
<b>C.</b>	: Cilt
<b>Cah.</b>	: Cahier
<b>Cal. Rptr.</b>	: California Reporter
<b>Cass. civ.</b>	: Cour de cassation, Chambre civile [Fransız Yargıtayı, Hukuk Dairesi]
<b>CCfr</b>	: Code Civil Français [Fransız Medenî Kanunu]
<b>CGK</b>	: Ceza Genel Kurulu
<b>CMBMY</b>	: Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik
<b>CMK</b>	: Ceza Muhakemesi Kanunu

<b>CP</b>	: Code Pénal Suisse [21 Aralık 1937 tarihli İsviçre Ceza Kanunu]
<b>consid.</b>	: Considérant
<b>çev.</b>	: Çeviren
<b>D.</b>	: Recueil Dalloz
<b>DEÜHFD</b>	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>dn.</b>	: Dipnot
<b>DÜHFD</b>	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>E.</b>	: Esas
<b>EBD</b>	: Eskişehir Barosu Dergisi
<b>Ed., Éd.</b>	: Editör
<b>Édt.</b>	: Edition
<b>EWHC</b>	: High Court of England and Wales
<b>Fed. Sup.</b>	: Federal Supplement
<b>FSEK</b>	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
<b>Gaz. Pal.</b>	: Gazette du Palais
<b>HD</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HHY</b>	: Hasta Hakları Yönetmeliği
<b>HUMK</b>	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
<b>IDS</b>	: Institut de Droit de la Santé
<b>IRB</b>	: Institutional Review Board
<b>İBD</b>	: İstanbul Barosu Dergisi
<b>İDMY</b>	: İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik
<b>İMİK</b>	: İsviçre Medenî Kanunu
<b>J.</b>	: Jurisprudence
<b>JCP</b>	: Juris Classeur Périodique
<b>JT</b>	: Journal des Tribunaux
<b>K.</b>	: Karar
<b>Karş.</b>	: Karşılaştırınız
<b>KAY</b>	: Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik
<b>LAGH</b>	: Loi Fédérale sur l'Analyse Génétique Humaine [8 Ekim 2004 tarihli İnsan Genetik Analizi Hakkında İsviçre Federal Yasası]

<b>LPMA</b>	: Loi Fédérale sur la Procréation Médicalement Assistée [18 Aralık 1998 tarihli Yapay Döllenme Hakkında İsviçre Federal Yasası]
<b>LTransp.</b>	: Loi Fédérale sur la Transplantation d'Organes, de Tissus et de Cellules [8 Ekim 2004 tarihli Organ, Doku ve Hücre Nakli Hakkında İsviçre Federal Yasası]
<b>m.</b>	: madde
<b>MHB</b>	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
<b>MK</b>	: Türk Medenî Kanunu
<b>mük.</b>	: mükerrer
<b>n.</b>	: note
<b>NJW</b>	: Neue Juristische Wochenschrift
<b>No.</b>	: Numéro
<b>N.W.</b>	: North Western Reporter
<b>obs.</b>	: Observation
<b>ODNK</b>	: Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun
<b>R.</b>	: Regina
<b>RCDIP</b>	: Revue critique de droit international privé
<b>RDS</b>	: Revue de droit suisse
<b>RGDM</b>	: Revue générale de droit médical
<b>RIDC</b>	: Revue internationale de droit comparé
<b>RRJ</b>	: Revue de la recherche juridique
<b>RSDS</b>	: Revue suisse de droit de la santé
<b>RSJ</b>	: Revue Suisse de Jurisprudence
<b>RTDC</b>	: Revue trimestrielle de droit civil
<b>RTDH</b>	: Revue trimestrielle des droits de l'homme
<b>S.</b>	: Sayı
<b>sh.</b>	: sayfa
<b>SJ</b>	: La Semaine Judiciaire
<b>SUT</b>	: Sağlık Uygulama Tebliği
<b>T.</b>	: Tôme
<b>TBD</b>	: Trabzon Barosu Dergisi
<b>TCK</b>	: Türk Ceza Kanunu
<b>TGI</b>	: Tribunal de grande instance

### XIII

<b>TŞK</b>	: Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
<b>TYİUT</b>	: Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliği
<b>UKHL</b>	: United Kingdom House of Lords
<b>UKSY</b>	: Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi
<b>USDC</b>	: United States District Court
<b>ÜYTY</b>	: Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik
<b>v.</b>	: versus
<b>vb.</b>	: ve benzeri
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>vol.</b>	: volume
<b>Yarg. HD</b>	: Yargıtay Hukuk Dairesi
<b>YCGK</b>	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
<b>YHGK</b>	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
<b>YKD</b>	: Yargıtay Kararları Dergisi
<b>YÜHFD</b>	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>ZGB</b>	: Zivilgesetzbuch [10 Aralık 1907 tarihli İsviçre Medenî Kanunu]

## RÉSUMÉ

Ce travail dont l'intitulé est "*Le Régime Juridique du Droit sur les Éléments Biologiques du Corps Humain et les Actes Juridiques Concernant ces Éléments Biologiques*" a été réalisé pour l'objet de résoudre les problèmes juridiques créés par les recherches en cours et les applications techniques concernant les organes, les tissus, les cellules, les cellules reproductrices, les cellules souches et substances apparentées telles que les molécules d'ADN.

Les technologies émergentes ont servi à modifier la compréhension que les organes, les tissus et les cellules ne servent qu'à la personne dont ils sont reliés au corps, en faveur de l'idée que ces substances contiennent autant d'avantages pour des tiers et celles-ci devraient aussi être utilisées dans ce sens.

De nos jours, les établissements de santé et les institutions de recherche ont besoin de maintenir la souveraineté sur les éléments biologiques d'origine humaine, soit pour effectuer leurs recherches scientifiques, soit pour réaliser des interventions sur le corps des patients qu'ils ont entrepris le traitement, ainsi que vendre différents types des produits sur le marché d'industries cosmétiques et des médicaments.

L'objectif de cette étude s'est apparu exactement à ce moment:

La détermination du régime juridique des organes, de tissus et de cellules humaines, traités sous le nom de l' "*élément biologique du corps humain*" est devenue aujourd'hui une nécessité. C'est pour cette raison qu'il faut chercher quels types de droits ont les sujets de droit comme la personne dont le matériel biologique a été prélevé sur le corps, ou des tiers tels que des scientifiques, des médecins, des hôpitaux ou des établissements de santé et de recherche, et comment ces personnes acquièrent et perdent leurs droits sur ces éléments biologiques.

D'autre part, en raison de différents besoins des personnes, les organes, les tissus et les cellules, sont soumis aux différents types de contrats. Aujourd'hui, l'élément biologique est prélevé sur le corps à des fins thérapeutiques, ainsi que l'esthétique, le diagnostic, le stockage, la recherche scientifique et aussi pour être transplanté dans un autre corps humain. Les institutions intermédiaires comme les banques de sang et de tissus transmettent ces substances provenant des donneurs aux établissements de santé et de soins comme des hôpitaux, et puis, les matériaux biologiques sont transplantés dans le corps des personnes au fin d'assurer leur traitement ou pour la procréation de celles-ci. La transplantation, la congélation, le stockage, la production et la reproduction des substances biologiques humaines donnent lieu à un certain nombre de difficulté de nature médicale ainsi qu'ils apportent de nombreux problèmes juridiques. Pour résoudre ces problèmes, les qualifications juridiques de ces contrats devraient être identifiées.

En outre, dans notre pays, il n'existe malheureusement aucune réglementation légale ayant une essentialité et actualité sur le sujet. Même si en Suisse, les concepts de l'insémination artificielle, le génie génétique, le clonage, le transfert d'embryons,

la transplantation d'organes et de tissus sont envisagés aujourd'hui par des dispositions de texte constitutionnel (art. 119 et art. 119a) ; ces sujets ont été inclus dans une réglementation légale toujours en vigueur depuis plus de quarante ans et sont restés bien sûr, très loin derrière le temps dans notre pays. D'autre part, sur certaines questions, la loi reste également incompatible avec les dispositions des conventions et règlements internationaux actuels.

Sur la scène internationale, on remarque que les actions ont commencé à se présenter devant les tribunaux des pays comme les États-Unis, la Grande-Bretagne, l'Allemagne, la Suisse et la France où les techniques médicales et scientifiques sont fréquemment mises en œuvre sur les organes, les tissus et les cellules humaines. Ces actions nécessitent la résolution des questions comme "*qui peut avoir un droit et de quelle sorte de droit peut-on avoir sur les éléments biologiques d'origine humaine ?*" ou par exemple "*quand les actes juridiques concernant ces substances biologiques sont juridiquement valides?*" C'est sûr que dans un peu de temps, les tribunaux turcs rencontrent aussi les questions similaires.

De cette manière, nous manifestons le but de notre travail de thèse qui se compose de trois sections principales et une partie de conclusion.

Dans la première partie de notre étude, le concept d'élément biologique du corps humain et la nature juridique de cet élément ont été examinés. Les notions qui peuvent émettre sur la nature juridique des substances biologiques d'origine humaine ont été observées notamment sous les rubriques de "choses" et de "biens de la personnalité". En outre, le régime juridique des droits en question sur les éléments biologiques d'origine humaine est abordé dans ce chapitre. Cette section de l'étude, a en particulier porté sur les questions de droit réel et de la personnalité; la question dans quels cas les substances biologiques d'origine humaine bénéficient d'une protection juridique, a tenté d'être expliquée à partir d'angles différents.

La deuxième partie de la thèse a été consacrée généralement au sujet des actes juridiques concernant les éléments biologiques du corps humain. Dans cette section, la nature juridique de la promesse de donner du matériel biologique a été étudiée, ensuite la classification des contrats des éléments biologiques a été lancée. Dans cette section, les contrats qui ont pour objet de prendre les substances biologiques en dehors du corps humain, les contrats réalisés pour le but de transférer les substances biologiques aux autres institutions de santé et de recherche, et les contrats qui ont pour objet de la transplantation du matériel biologique dans le corps d'un autre individu ont été étudiés ainsi que leurs sous-groupes. Gardant à l'esprit de tous les éléments principaux d'un contrat basé sur le type, nous avons essayé de déterminer le régime juridique de ces contrats.

Dans la troisième partie de notre étude, certains problèmes caractéristiques de validité des contrats concernant les éléments biologiques de l'homme sont traités, ainsi que la notion de "consentement" qui tient une place importante dans les interventions médicales relatif aux éléments biologiques humains a été étudiée dans cette partie.

En ce qui concerne les frontières de notre étude, quel sorte de droit la personne a sur son "propre" corps tant qu'elle garde son droit de personnalité et quels types de contrats peut-elle conclure relatif aux parties séparées de son corps



constituent l'essence de notre travail. Notre sujet est limité par les actes juridiques dont les effets se réalisent dans la période que les contractants survivent. À cet égard, les dispositions à cause de mort avec lesquelles une personne vivante laisse à la disposition de tiers un organe ou un tissu particulier ou tout son cadavre après sa mort, reste en dehors de l'examen de notre travail.

Une autre limitation que nous apportons à ce sujet concerne "l'embryon" lequel est constitué par la fécondation, c'est à dire, par la combinaison de cellules reproductrices mâles et femelles. On peut expliquer la raison comme l'embryon lui-même, ne peut pas être définie comme un élément biologique du corps humain. En d'autres termes, embryon humain, portant en soi-même le potentiel de la jouissance des droits civils, a une autre fonction des autres matières biologiques, tels que les organes, les tissus et les cellules.

Pour ces raisons-là, la notion de cadavre, parties du cadavre et celle de l'embryon qui sont exclues du concept de l'élément biologique d'origine humaine, ont été brièvement expliquées dans le chapitre premier.

Notre sujet est limité par les éléments essentiels, le régime juridique et les conditions de validité des actes juridiques concernant les substances biologiques d'origine humaine. À cet égard, les effets du contrat, les droits et les obligations des parties découlant de ces contrats et l'extinction des obligations dans des contrats relatifs aux éléments biologiques du corps humain ont été exclus du champ d'application de notre étude. Toutefois, on a tenté de donner lieu aux questions en cause, à la mesure du sujet de notre travail.

Notre thèse concerne le domaine du droit privé. Par conséquent, en particulier sur la question des interventions médicales relatives aux substances biologiques d'origine humaine, on a fait une évaluation de la validité du consentement en termes de droit privé et on a évité de passer aux frontières du droit pénal.

Les résultats de notre thèse que nous avons obtenus peuvent être résumés comme suit:

Dans la détermination de la nature juridique des "éléments biologiques d'origine humaine" qui sont exprimés à l'article 23/3 du Code Civil Turc, la connexion physique de ces substances au corps vivant est importante. En conséquence, les substances biologiques qui se trouvent dans le corps humain ou attachées au corps, doivent être prises en compte dans le bien de l'intégrité physique de la personne. En d'autres termes, tant qu'ils sont attachés au corps, ces éléments font partie intégrante du corps humain et seront donc protégés par un droit de la personnalité et non par un droit de propriété. En revanche, à partir du moment où le matériel biologique d'origine humaine s'est séparé du corps, acquiert l'indépendance de la personne reliée, et entre légalement dans le statut de chose.

La matière biologique séparée du corps contient un atout économique important. Ce point semble être une réalité que tout le monde sait ; mais en raison des préoccupations morales, éthiques ou religieuses, personne ne peut oser de l'exprimer. La majorité des substances biologiques qui sont séparées du corps, devient l'objet de très grand nombre de contrats entre les donneurs, les hôpitaux, les organismes intermédiaires de santé, les banques d'organes et de tissus, les

institutions de recherche, les compagnies de l'industrie pharmaceutiques et les receveurs, de sorte qu'il y a une grande demande sur le marché de santé et de la recherche et ces éléments ont une valeur économique importante. Le fait que les règlements établissent une exigence au sujet du transfert des éléments biologiques qui doit se réaliser à titre gratuit, constitue la preuve la plus importante que ces substances ont une certaine valeur économique.

Bien qu'en droit positif, les réglementations disposent des normes qui interdisent entièrement ou partiellement la possibilité d'être l'objet d'échanges commerciales des éléments séparés du corps humain, on ne peut pas faire une conclusion générale telle que ces substances sont des "choses hors commerce". En effet, ce qui fait obstacle aux éléments détachés du corps humain d'être l'objet d'échanges commerciales, c'est la volonté du législateur et non pas les différentes particularités de ces substances. Si le législateur souhaite, il peut décider de faire objet de commerce tous les éléments biologiques qui étaient mis jusqu'à ce temps-là à l'extérieur des échanges commerciales.

Grâce à l'application par analogie de la règle qui se trouve à l'article 685 du Code Civil Turc disposant "*Le propriétaire d'une chose l'est également des fruits naturels de celle-ci*" aux éléments biologiques séparés du corps, la personne sera le propriétaire des organes, tissus ou cellules, indépendamment de sa volonté et de *ipso facto* à partir du moment de la séparation. Dans le cas où l'on rejette une telle argumentation, il sera inévitable qu'une tierce partie, seule avec la volonté d'acquisition, acquiert un droit de la propriété sur les éléments biologiques prélevés sur le corps d'une personne, qui seront considérés juridiquement comme *res nullius*.

Les substances biologiques prélevées du corps humain, à l'exception des fins de la réutilisation et appelées comme les "déchets médicaux" ne peuvent pas être qualifiées comme des choses sans maître (*res nullius*) ou des choses abandonnées (*res derelictae*). Le patient donc, n'a pas l'intention de laisser sans maître ces éléments biologiques détachés de son corps mais surtout il utilise son droit de disposer et d'épuiser (*abusus*) sur ces substances. Par conséquent, le médecin qui prélève ces substances du corps de son patient, ne peut pas acquérir un droit de la propriété sur ces éléments par occupation. Le médecin, peut seulement acquérir un droit de propriété sur le matériel biologique séparé du corps de son patient sous réserve qu'il obtient son consentement explicite, c'est-à-dire par voie dérivé.

Plusieurs droits de caractère absolu peuvent coexister en même temps sur le même élément biologique détaché du corps humain. L'effet du droit de la personnalité et l'effet du droit réel fournit à son titulaire différents types de protections juridiques. Par exemple, le droit réel sur les cellules reproductrices, fournit à son titulaire (à la banque de sperme ou d'ovule) un droit qui protège la présence concrète de cellules, tandis que le droit de la personnalité protège le droit à la liberté de reproduction et d'avoir des enfants de son titulaire (le donneur) contre le danger d'une attaque ou d'agression. En conséquence, la protection réelle et la protection de la personnalité qui peuvent être mentionnées sur ces substances biologiques, n'est pas une alternative à l'autre; mais ce sont surtout des protections juridiques qui complètent les uns les autres. Le propriétaire du matériel biologique doit se servir de son droit de propriété, sans nuire au droit de la personnalité du donneur de la matière biologique.

## XVIII

Le consentement du patient est nécessaire à l'acte médical concernant les éléments biologiques du corps humain. Le consentement est le point principal dans la relation de confiance entre le médecin et la personne que l'on prélève ou transplante un élément biologique. Le consentement à l'acte médical a plusieurs dimensions et importances dans le concept juridique. Cela concerne le droit au respect du corps humain et en même temps un fait justificatif de l'atteinte volontaire au corps humain dans le domaine de la responsabilité du médecin qui réalise l'opération. C'est aussi une obligation contractuelle établie par relation juridique entre le médecin et le patient. Le consentement de la personne dont l'intégrité corporelle est violée par l'opération médicale, démontre en plus, que le principe d'auto-détermination a été respecté par les parties.

Par contre, pour qu'une intervention médicale soit licite, le consentement de la personne dont les biens de la personnalité qui pourraient être endommagés par l'intervention, ne suffit pas en lui-même. C'est-à-dire, pour être valable, l'expression du consentement doit être en conformité avec les conditions de validité qu'un acte juridique doit comporter en soi. Dans ce contexte, il faut que la personne qui donne son consentement à l'acte médical ait la capacité juridique nécessaire que la loi exige, sa volonté ne soit pas viciée, et le consentement ne soit pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

**ABSTRACT**

This work, titled “*The Legal Aspects of the Rights on Biological Materials of Human Origin and Their Treatment in Legal Transactions*”, was conducted for the purpose of solving legal problems created by current researches and technical applications on organs, tissues, cells, reproductive cells, stem cells and related substances such as DNA molecules.

Emerging technologies modified the understanding that the organs, tissues and cells serve not only the person they are connected to but these substances may contain as many benefits for others and they should also be utilized in this sense.

Today, medical establishments and research institutions need to maintain sovereignty over the biological elements of human origin, to make scientific researches, to perform operations on patients’ bodies that they have undertaken to cure and to merchandise various types of products on the markets of cosmetic and drug industries.

The objective of this study may be outlined as follows:

Determining the legal status of organs, tissues and human cells, which are treated under the name of “*biological material of the human body*”, has become a necessity. It is for this reason that we must seek out what kinds of rights has the person whose biological material was removed from his body or the rights third parties such as scientists, doctors, hospitals or medical and research institutions hold, and how they acquire and lose their rights on these biological elements.

On the other hand, due to the different needs of individuals; organs, tissues and cells, are subjected to different types of contracts. Today, biological elements are removed from a body for therapeutic purposes, as well as aesthetics, diagnostics, storage, scientific researches and also to be transplanted into other human bodies. Intermediary institutions such as blood and tissue banks transfer these substances from donors to medical institutions such as hospitals, and then, the biological materials are transplanted into the bodies of people for their treatment or to ensure reproduction thereof. Transplantation, freezing, storage, production and reproduction of human biological substances give rise to a number of medical problems and many legal problems as well. To resolve these problems, the legal qualifications of these contracts should be identified.

Furthermore, in our country, unfortunately there is no fundamental legal regulation covering the essentiality of the subject. While in Switzerland, the concepts of artificial insemination, genetic engineering, cloning, embryo transfer, transplantation of organs and tissues are being considered today by the provisions of the constitutional text (art. 119 and art. 119a); in our country these subjects are regulated by bylaws or by acts still in effect for over forty years and remained of course, very far behind the times. On the other hand, on some issues, the law is also inconsistent with the provisions of existing international conventions and regulations.

Internationally, the cases have started to appear on the courts of countries like the United States, Great Britain, Germany, Switzerland and France where the medical and scientific techniques are frequently adopted in practice on the organs, tissues and human cells. These actions require the resolution of questions like “*Who may have a right and what kind of right do we have on the biological elements of human origin?*” or for example “*When the contracts concerning these biological substances are legally valid?*” It’s sure that, in a short time, the Turkish courts will also face similar issues.

In this way, we demonstrate the purpose of our thesis which consists of three main sections and a conclusion.

In the first part of our study, the concept of biological material of human origin and the legal nature of these materials are examined. The concepts that cover the legal nature of biological substances of human origin have been observed particularly under the headings of “*property*” and “*values of the personality*”. In addition, the legal rights in question on the biological elements of human origin are discussed in this chapter. This section of the study particularly focuses on issues of property and personality rights, the question in which cases the biological substances of human origin have legal protection, tried to be explained from various angles.

The second part of the thesis is devoted generally to the legal transactions concerning the biological elements of the human body. In this section, the legal nature of the promise to provide biological materials is studied and then the classification of contracts of biological elements has been discussed. In this section, contracts that are intended to take biological substances outside the human body, the contracts made for the purpose of transferring biological materials to other medical and research institutions, and the contracts which are intended to transplant biological materials into the body of another individual were sampled and also their subgroups were examined. Bearing in mind all the principal elements of contracts based on the type, the legal status of these contracts are determined.

In the third part of our study, some typical problems of validity of contracts relating to the biological elements of human origin are treated, and the notion of “*consent*” which holds an important place in medical procedures on biological materials has been studied.

With regard to the boundaries of our study, the kind of right the person has on his/her “*own*” body as it keeps his/her personality rights and types of contracts it may make on separate parts of its body are the essences of our work. Our subject is limited by the legal acts whose effects are realized in the period that the contractors survive. In this respect, the provisions on death with which a living person leaves at the disposal of others, a particular organ or tissue or his body after his death, remains outside the review of our work.

Another limitation that we bring to this issue concerns “*the embryo*” which consists of fertilization, i.e., the combination of male and female reproductive cells. We can explain the reason as the embryo itself, cannot be defined as a biological substance of human origin. In other words, human embryo, carrying in itself the

potential for the enjoyment of civil rights, has another function from other biological materials, such as organs, tissues and cells.

For these reasons, topics of cadavers, parts of cadavers and the embryo that are excluded from the concept of the biological component of human origin, were briefly explained in the first chapter.

Our subject is limited by the essential elements, the legal regime and the conditions of validity of legal transactions concerning the biological substances of human origin. In this regard, the effects of contract, rights and obligations of the parties under these contracts and the termination of obligations in contracts related to biological components of the human body were excluded from the scope of our study. However, attempts were made to discuss the questions at issue, about the extent of our work.

Our thesis is in the field of private law. Therefore, particularly on the issue of medical interventions for biological substances of human origin, we conducted an evaluation of the validity of consent in terms of private law and avoided going beyond frontiers of criminal law.

The results we have obtained in our thesis can be summarized as follows:

In determining the legal nature of “*human biological materials*” expressed in article 23/3 of the Turkish Civil Code, the physical connection of these substances to a living body is important. Consequently, biological materials present in or attached to the human body, must be considered in the value of physical integrity of the person. In other words, these elements are part of the human body and will therefore be protected by a right of personality and not by a property right. However, from the moment the biological material of human origin is separated from the body, it acquires the independence from the person connected and gets legally the property status.

Biological material separated from the body is an economic asset. This point seems to be a fact that everyone knows, but because of moral, ethical or religious concerns, many cannot dare to express. The majority of organic substances which are separated from the body become the subject of very large number of contracts between donors, hospitals, intermediary medical agencies, banks of organs and tissues, research institutions, pharmaceutical industry companies and recipients, so that there is great demand on medical and research market and these elements have a significant economic value. The fact that the regulations establish a requirement on the transfer of biological elements that must be achieved at no cost is the most important evidence that these substances have some economic value.

Although in positive law, regulations have standards that prohibit entirely or partially the trade of separated elements of the human body, it is not possible to conclude that these substances are “non-traded goods”. Indeed, what prevents the biological materials of human origin to be commercially traded, is the will of the legislature and not the different characteristics of these substances. If the legislature wishes, it may allow the trade of all biological elements which were prohibited before.

Through the application by analogy of the Article 685 of Turkish Civil Code with “*The owner of a thing is also the owner of natural fruits thereof*” to the separated biological components of the body, person will be the owner of organs, tissues or cells separated from his body, independent of his will and ipso facto from the time of separation. If we reject such an argument, it is inevitable that a third party, only with the desire of acquisition, gains a property right on the biological elements removed from the body of a person which will be legally classified as *res nullius*.

Biological materials removed from the human body, except for reuse and known as “*medical waste*”, do not qualify as things without an owner (*res nullius*) or abandoned things (*res derelictae*). The patient has no intention of leaving the biological elements which are detached from his body without owner but mostly he uses his right of disposal or exhaust (*abusus*) on these substances. Therefore, the doctor who takes these substances from the body of his patient cannot acquire a right of ownership on these elements by occupation. The doctor can only acquire a property right of the biological material separated from the body of a patient, provided that he obtains his explicit consent, i.e. by derivative acquisition.

Several rights of absolute nature can coexist simultaneously on the same biological element detached from the human body. The effect of the personality right and the real right provide to the holders of rights various types of legal protection. For example, the real right on the reproductive cells gives its holder (the sperm or ovum bank) a benefit that protects the physical presence of cells, while the right of personality (of the donor) protects the right to freedom of reproduction and having children of its owner (the donor) against the danger of an attack or assault. Accordingly, the protection of real right and the protection of personality right that may be mentioned on these biological substances are not an alternative to the other, but they are mostly legal protections that complement each other. The owner of the biological material must use its right of ownership, without impeding the right of personality of the donor of the biological material.

Patient consent is required for a medical procedure on the biological elements of the human body. Consent is the main point in the relationship of trust between the doctor and the person that is taken or transplanted a biological material. Consent to medical treatment has several dimensions and importance in the legal concept. This includes the right to respect the human body, at the same time a justification of achieving voluntary body in the area of responsibility of the doctor performing the operation. It also established a contractual obligation by legal relationship between doctor and patient. The consent of the person whose bodily integrity is violated by the medical operation, demonstrates again that the principle of self-determination was respected by the parties.

By cons, for a medical intervention to be lawful, the consent in itself of the person whose personality right that could be damaged by surgery, is not enough. That is to say, to be valid, the expression of consent must be in compliance with the conditions of validity that a legal act must include in itself. In this context, it is necessary that the person who's giving consent to medical treatment has the legal capacity required by law, his will is not flawed, and his consent is not contrary to public policy and morality.

## ÖZET

Gelişen teknoloji ile birlikte, organ, doku ve hücrelerin, yalnızca içinde barındıkları vücuda ve bağlı oldukları kişiye hizmet ettikleri anlayışı yerine, bu maddelerin, üçüncü kişilere de yarar sağlayan özellikler taşıdığı ve bunlardan bu yönde de yararlanılması gerektiği anlayışı egemen olmaya başlamıştır. Bu bağlamda, insan vücudundan elde edilen organ, doku ve hücreler, yalnızca tedavi amacıyla değil, çocuk sahibi olunması veya bilimsel nitelikteki araştırmaların yürütülmesi amacıyla, hâttâ kimi zaman da kozmetik ve ilaç sanayisine hammadde olarak kullanılabilir. Günümüzde az da olsa gerçekleştirilmekle birlikte, çok yakın bir gelecekte sağlıklı insanların vücudundan alınan biyolojik maddelerin, laboratuvar ortamında çoğaltılarak dondurulacağı, sonra da dünya pazarında faaliyet gösteren tıp ve ilaç firmalarına “ürün” olarak satılmaya başlanacağına kuşku duymamak gerekir.

Hâl böyle olunca, insan kökenli biyolojik maddelerin hukukî niteliğinin tespitinin yapılması, önemi her gün biraz daha artan bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Hekimler, bilim adamları, hastane işletmeleri, sağlık ve araştırma kuruluşları gibi, vücudundan biyolojik madde elde edilen kişi dışındaki üçüncü şahısların, bu maddeleri hangi hakka dayanarak ellerinde bulundurdukları, bu hakkı nasıl kazandıkları ve kaybettikleri, bu hakkı kazanma ve kaybetme biçimlerinin hukukî geçerli sayılıp sayılmayacağı konularının aydınlatılması gerekmektedir.

Organ, doku ve hücre gibi biyolojik maddeler, insanların değişik ihtiyaçları nedeniyle çok farklı yapıda sözleşmelere konu teşkil etmektedir. Günümüzde, vücuttan tedavi amacıyla biyolojik madde alınmasının yanı sıra, estetik, yeniden kullanım ve saklama gibi amaçlarla da insan bedeninden biyolojik madde alınmakta, diğer yandan, vericilerden temin edilen bu maddeler, kan ve doku bankaları gibi aracı sağlık kuruluşları tarafından hastane işletmeleri ve benzeri sağlık kuruluşlarına devredilmekte ve yine, tedavi veya çocuk sahibi olunması gibi amaçlar doğrultusunda, kişilerin vücuduna insan kökenli biyolojik maddeler nakledilip, aşılanmaktadır. Biyolojik maddelerin nakli, dondurulması, saklanması, üretimi ve kopyalanması, tıbbî nitelikte bir takım sorunların ortaya çıkmasına neden olduğu kadar, birçok hukukî ve etik sorunu da beraberinde getirmektedir.

İnsan kökenli biyolojik maddeleri konu alan sözleşmelerin geçerliliği de önemli bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında, vücuttan biyolojik madde alımı ve vücuda biyolojik madde nakli doğrultusunda gerçekleştirilen tıbbî müdahalelerde verilen rızanın, hangi koşullar altında geçerli sayılabileceği de, müdahalenin hukuka uygunluğunun tespiti bakımından önem arz etmektedir.

“İnsan kökenli biyolojik madde” kavramı, Türk hukukuna Türk Medenî Kanununun 23. maddesine, 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı kanunla ilâve edilen üçüncü fıkra ile dâhil edilmiştir. Söz konusu fıkra, “*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan, edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz*” hükmünü getirerek, “insan



kökenli biyolojik madde” adı altında, ayrıca inceleme konusu yapılarak, irdelenmesi gereken yeni bir hukukî kavram ortaya koymuştur.

İnsan kökenli biyolojik madde, insan vücudu içerisinde bulunan organ, doku ve hücre gibi maddeler ile insan vücudundan, cerrahî müdahale ya da dış bir etkene bağlı olmaksızın kendiliğinden ayrılan biyolojik maddeleri açıklamak amacıyla kullanılan bir terimdir. Bu bakımdan, beyin, lenf dokusu, sperm, yumurta, ter, idrar, saç ve DNA molekülü gibi organ, doku, hücre ve genetik materyaller, “insan kökenli biyolojik madde” kavramı içinde ele alınmaktadır.

İnsan kökenli biyolojik maddelerin bütününe yönelik genel ve kapsayıcı bir hukukî nitelik tespitinde bulunulması güçtür. Bu nedenle, insan kökenli biyolojik maddeler, insan vücuduna organik olarak bağlı bulunan maddeler ile insan vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddeler başlıkları altında değerlendirmede bulunmak üzere ele alınmalıdır.

Yaşayan bir insanın vücudu ile bu vücuda bağlı olan organ ve dokular eşya olarak nitelendirilemez. İnsan vücudu ve bundan henüz ayrılmamış parçalar üzerinde aynî nitelikte bir hakkın kurulabilmesi de mümkün değildir. Ancak, yaşayan insan vücudunun da eşya hukuku kurallarıyla olmasa da, hukukî bir korumadan yararlanması şarttır. Hak süjesi olması bakımından kişiyi koruyan hukuk sistemi, kişinin somut görünümü olan insan vücudunu da koruma altına almak durumundadır. Dolayısıyla, kişinin vücut bütünlüğü değeri nasıl korunuyorsa, bu bütünlükten yararlanan organ, doku ve hücreler de aynı hukukî korumadan yararlanabilir.

Bununla birlikte, insan vücudundan belirli amaçlarla organ, doku ya da hücre gibi parçaların alınması durumunda, vücuttan ayrılmış ve başka kişilerin hâkimiyet alanına girmiş olan bu parçaların, meydana geldikleri kişinin vücut bütünlüğü değerinden farklı bir hukukî korumadan faydalanması gerekir.

İnsan vücuduna bağlı olarak varlığını sürdürürken, gerçek kişiye hizmet eden ve kişiliğe sağlanan hukukî korumadan faydalanan biyolojik madde, vücuttan ayrıldıktan sonra bağımsız bir varlık kazanmakta ve hakkında eşya hukuku kurallarının uygulanabilmesi yoluyla diğer insanlara da yarar sağlayabilmektedir. Şüphesiz ki, vücuttan ayrılmış dahi olsa, nihayetinde insandan elde edilen tüm biyolojik maddeleri katı bir eşya tanımı içine sokarak, bu maddelerin, aynı zamanda bünyelerinde kişiliği oluşturan değerleri de ihtiva edebileceği ve kişilik değerlerinin birer uzantısı olarak ele alınabileceği ihtimâlini de görmezden gelmemek gerekir.

Bir kimsenin kestirmiş olduğu saçları, bir kan merkezinin vericiler tarafından bağışlanan kan örnekleri ya da bir araştırma kuruluşunun, gönüllülerden topladığı DNA molekülleri üzerinde hâkimiyet kurması, fiilen olduğu kadar, hukuken de mümkündür. Nitekim hukuk düzeni, biyolojik maddeler üzerinde hâkimiyet kurulmasını engelleyecek nitelikte herhangi bir yasal düzenleme içermediği gibi; bu maddelerin devrinin hangi koşullar altında gerçekleşebileceği konusunda öngördüğü hükümler vasıtasıyla, insan kökenli biyolojik maddeler üzerinde hâkimiyet kurulmasını kaçınılmaz hâle getirmektedir.

Bir varlığın eşya olarak nitelendirilebilmesi için gereken koşullar dikkate alındığında, insan vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddelerin, üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanabilen, sınırlanabilen, ekonomik değer taşıyan ve kişi dışı maddî

varlıklar olduğu ortaya çıktığından, bunların hukuken eşya olarak nitelendirilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Devir kâbiliyeti ise, eşya olmanın *sine qua non* (olmazsa olmaz) koşulu değildir. Bir şey salt başkasına devir ve temlik edilemiyor olmakla, eşya niteliğini kaybetmez.

İnsan vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddelerden çoğunun ticarete kısmen konu edilebileceği, ya da tamamen ticaret dışında kalacağı, yasal düzenlemelerde yer almaktadır. Örneğin, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunun üçüncü maddesi “*Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır*” hükmünü getirerek, insan kaynaklı doku ve organların devrinin ancak ivazsız şekilde gerçekleştirilebileceği şartını koymuş ve bu suretle, biyolojik maddelerin devrini sınırlamıştır. Buna rağmen, insan vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddelerin tamamı için “ticarete konu olmayan” ya da “devredilemeyen” eşya ifadesinin kullanılması uygun değildir. Zira biyolojik maddeleri konu alan bazı hukukî işlemlerin yasal düzenlemeler aracılığıyla yasaklanması, yasak koyan devletin o günkü siyasî tutumuyla paralellik taşımakta, bu tutum, zamana ve mekâna göre değişiklik göstermektedir. Meselâ, spermin “ticaret dışı” ya da “devredilemeyen” eşya olarak vasıflandırılması, sadece bugün için ve ülkemiz açısından doğru olarak kabul edilebilir. İnsan kökenli biyolojik maddeler hakkında böyle bir nitelendirmede bulunulmasının, hukukî bakımdan herhangi bir faydası bulunmadığı gibi, “ticaret dışı eşya” kavramı pek çok açıdan yetersiz kalmaktadır.

İnsan bedeni içinde yer alan organ, doku ve hücreler, vücuda organik bir bağ ile bağlı olup, dış dünyada bağımsız bir varlığa sahip olmadıklarından, kişinin vücut bütünlüğü değeri içinde ele alınmalıdır. Bu bağlamda, kişinin rızası olmadan, vücut bütünlüğü değerine karşı gerçekleştirilecek her müdahale, kişilik hakkına saldırı niteliğinde sayılacaktır. Örneğin bir kimsenin rızası olmadan saçlarının kesilmesi hâlinde durum böyledir.

İnsan vücudundan daha önce ayrılmış olan bir maddeye yönelik saldırının ise, kişinin vücut bütünlüğü değerini ihlâl ettiğini iddia etmek pek de kolay değildir. Örneğin, bir kadının senelerdir uzattığı ve kendisine peruk yapması için kuaförüne yıllar sonra kestirdiği saçlarının çalınması hâlinde, bu fiilin artık o kadının bedensel bütünlüğü değeri ile ilişkilendirilmesi mümkün değildir. Kişinin kestirmiş olduğu saçlar üzerindeki mutlak hâkimiyetinin yeniden sağlanabilmesi ise, kişinin bunlar üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğunun kabulüne ve saçları haksız yere elinde bulunduranlara karşı aynî hak talebinde bulunabilmesine bağlıdır.

Vücuttan ayrılmış olan organ ve dokulardan bir kısmı, meydana geldikleri vücuttan ayrıldıktan sonra, kişiden tamamen bağımsız bir niteliğe bürünerek, birçok hukukî işleme konu olabilen, üzerinde tasarruf edilebilen ve başkalarına devredilebilen varlıklar olmakta; insan üreme hücreleri ve genetik materyali gibi diğer bazı biyolojik maddeler ise, yine bu tür işlemlere konu edilmekle birlikte, meydana geldikleri insanın kişilik özelliklerini içlerinde barındırmaya devam etmektedirler. Bu nedenle, ayrıldığı kişiden tamamen bağımsız hâle gelmiş bir biyolojik madde, ancak eşya statüsü içinde değerlendirilebilirken; vücuttan ayrıldığı hâlde, kişinin genetik bilgisini ve mirasını taşıyan bir madde ise, somut olaya göre, yeri geldiğinde kişilik değerinin bir uzantısı olarak da kabul edilebilir.

Yasal düzenlemeler, insan kökenli biyolojik maddelerin çoğunun devri hakkında, ivazsızlık şartını getirmekte ve kimi hâllerde de bu maddelerin devrini tamamen yasaklamaktadır. “İvazlı devir yasağı”nın söz konusu olduğu durumlarda, ne devre konu olan madde eşya olmaktan çıkmakta, ne de bu madde üzerindeki hakkın, malvarlığı hakkı sayılması engellenmektedir. Çünkü “ivazsızlık” kavramı, ne bir eşya, ne de eşya üzerindeki hak için kullanılabilir bir kavramdır. Olsa olsa o eşyanın devrini konu alan hukukî işlemin ivazsızlığından söz edilebilir ki, bu da, eşyanın mülkiyetini ve zilyetliğini devretme borcu altındaki kişinin, bu sözleşmeden doğan bir karşı edim alacağı olmadığını gösterir.

Mülkiyet hakkına sahip olunan eşyanın başkasına devredilemiyor olmasının, mülkiyet hakkının sağladığı yetkileri önemli ölçüde kısıtladığı bir gerçektir. Hâtta devri kâbil olmayan bir eşya üzerinde mülkiyet hakkı kurulabiliyor olmasının ne türden bir önemi olacağı yönünde bir soru dahi akla gelebilir. Bu soruya verilmesi gereken yanıt, mülkiyet hakkının aktif yetkiden ibaret olmadığı ve mâlikin, hakkına yönelik muhtemel saldırılar karşısında, hakkına riayet edilmesini ancak mülkiyet hakkının verdiği koruyucu yetki sayesinde talep edebileceğidir. Bu bakımdan, insan vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddeler üzerinde mülkiyet hakkı kurulabilmesinin büyük önemi vardır.

MK m. 685/f. 1 hükmünün kıyas yoluyla vücuttan ayrılan biyolojik maddelere de uygulanması neticesinde, kişiler, kendi vücutları içinde yer alan ya da vücutlarına bağlı bulunan organ, doku ve hücrelerin vücutlarından herhangi bir nedenle ayrılması ile birlikte, ayrılan bu maddeler üzerinde mülkiyet hakkına sahip olacaklardır. Kişi, doğal ürünlerde olduğu gibi, biyolojik maddeler üzerindeki mülkiyet hakkını de aslen kazanacaktır.

Kişinin kendi vücudundan ayrılan biyolojik madde üzerinde mülkiyet hakkı kazanabilmesi için bu yönde bir iradeye sahip olmasına gerek duyulmaz. Kişi, vücudundan ayrılan biyolojik maddeler üzerindeki mülkiyet hakkını iradesinden bağımsız olarak, *ipso facto* kazanır. Bu nedenle kişi, ayırt etme gücüne sahip olmasa dahi ya da ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte, biyolojik maddenin ayrılma ânı itibariyle ayırt etme gücünden geçici olarak yoksun kalsa dahi, kendi vücudundan ayrılan bu maddeler üzerinde mülkiyet hakkını kazanabilir.

Vücudundan ayrılan biyolojik maddeler üzerinde aslen mülkiyet hakkı kazanan kişi, bunlar üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkını üçüncü kişilere devredebilir. Örneğin, bir kimsenin bilimsel bir araştırmanın yürütülmesi amacıyla genetik materyalini bir araştırma kuruluşuna devretmesi hâlinde, araştırma kuruluşu, DNA molekülü üzerindeki mülkiyet hakkını devren kazanmaktadır. Biyolojik madde üzerindeki mülkiyet hakkının karşı tarafa geçebilmesi için, bu hususta tarafların anlaşmış olmaları ve biyolojik madde üzerindeki zilyetliğin devredilmesi gerekir.

“Tıbbî atık” olarak adlandırabileceğimiz biyolojik maddeler, sahihsiz mal (*res nullius*) ya da terkedilmiş mal (*res derelictae*) niteliğinde değildir. Bu maddeler, hastanın vücudundan yalnızca imhâ edilmek üzere alınmakta, bu maddelerden daha sonra istifade edilmesi amaçlanmamaktadır. Hastanın iradesi, vücudundan ayrılan atık maddeleri, bunlar üzerinde diğer kişilerin mülkiyet hakkı sağlayabileceği bir biçimde sahihsiz bırakmaya yönelik değil; bu maddeler üzerinde mülkiyet hakkının kendisine verdiği yetkilerden tüketme (*abusus*) yetkisini kullanmaya yöneliktir. Dolayısıyla, kişinin vücudundan alınan safra kesesi taşı, idrar, plasenta, kan ve

benzeri atıkların, bunları elde eden hastane işletmesi ya da hekim tarafından daha sonra başka amaçlarla kullanılabilmesi için, mutlaka kişinin rızasının alınmış olması gerekir. Yoksa operasyonu gerçekleştiren hekim, vücuttan ayrılan biyolojik maddelerin sahipsiz hâle geldiğini ileri sürerek, bu maddelerden bilimsel veya ticarî amaçlarla faydalanamaz.

İnsan vücudundaki organ, doku ve hücrelerin vücuttan ayrılmaları, onları, üzerlerinde aynı hak kurulabilecek bağımsız varlıklar hâline getirir. Kişilerin, hastane işletmelerinin, sağlık kuruluşlarının bu maddeler üzerinde sahip olacakları mülkiyet hakkı, günümüzde organ nakli, yapay döllenme, bilimsel araştırma ve genetik analiz tekniklerinin gelişmesiyle, piyasada devre konu olmaya başlayan bu maddelerin hukuken korunabilmesinin en etkin yoludur. Bir hastane işletmesinin, tedavi gören bir hastaya nakletmek üzere elinde bulundurduğu karaciğer üzerinde kişilik hakkına sahip olmadığı açıktır. Bu arada, hastane işletmesini, elinde bulundurduğu biyolojik maddelere yönelik saldırılara karşı koruyacak bir hakka da ihtiyaç duyulmaktadır. Hastane işletmesine, karaciğeri hastasına nakletmek veya bir başka sağlık kurumuna bağışlamak gibi biyolojik madde üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan ve bu maddelere karşı gerçekleştirilecek tecavüzlerden kaçınılmasını herkesten isteme yetkisi veren hak, mülkiyet hakkından başkası değildir.

Bazı biyolojik maddeler, nitelikleri gereği, meydana geldikleri insanın vücudundan ayrıldıktan sonra bile, o insanın varlığına ve gelişimine hizmet etmeye devam ederler. İnsanın genetik mirasını gelecek nesillere aktararak, soyunun devamını sağlayan üreme hücreleri ve insan hakkındaki en gizli bilgileri silinmez bir biçimde içinde barındıran insan genetik materyali buna örnek olarak gösterilebilir. Kişinin oluşumuna ve gelişimine katkı sağlayan bu hücrelerin gördüğü işlev, bu maddelerin, kişilik değerinin bir uzantısı olarak da ele alınmasına neden olmaktadır. Bu arada, bu özellikler, cismanî bir varlık ile somutlaştığından, üreme hücreleri ve DNA molekülleri de, tıpkı vücuttan ayrılmış diğer doku ve organlar gibi aynı hakka da konu oluşturabilir. Bu bakımdan, kendi vücudundan ayrılmış olan üreme hücreleri ya da DNA molekülü üzerindeki mülkiyet hakkı devam eden bir kişi, bu maddelere yönelik bir saldırının gerçekleşmesi hâlinde, bu saldırı hem kişilik değerlerini zedelediği için kişilik hakkına dayanan hukukî korumadan, hem de mülkiyet hakkını ihlâl ettiği için mülkiyet hakkına dayanan korumadan yararlanabilir. Bu maddeler hakkında söz konusu edilebilecek olan kişiliğin korunması ile aynı koruma birbirini tamamlayan hukukî korumalardır.

Verici, sağlıklı ve özgür iradesiyle vücudundan biyolojik madde alınmasına rıza göstermiş ve bu maddenin mülkiyetinin hastane işletmesine ya araştırma kuruluşuna geçmesi konusunda irade beyanında bulunmuş dahi olsa, maddenin mâliki sayılan kişi ya da kuruluşun, madde üzerindeki tasarruf yetkisi, vericinin kişilik hakkı ile sınırlanabilir.

Vücuttan ayrılan biyolojik maddenin eşya olduğunu kabul etmek ve bu madde üzerinde mülkiyet hakkının tesis edilebileceğini ileri sürmek, bu maddelere yönelik hak ihlallerinde, kişiliğin korunması yollarından artık istifade edilemeyeceği sonucunu çıkarmaya yetmez. Zira mülkiyet hakkının sağladığı hukukî koruma ile kişilik hakkına yönelik saldırılarda tanınan dava hakları, birbirinin alternatifi olarak değerlendirilemez.

Biyolojik madde verme konusundaki taahhüt, yalnızca MK m. 23/f. 3'ün ikinci cümlesinde, “edimin yerine getirilmesinin istenemeyeceği” ve “maddî ve manevî tazminat talebinde bulunulamayacağı” yönünde ifadelere yer verilmiş olması nedeniyle eksik borca benzetilebilir. Fakat alacaklının, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olan kişiden, edimini yerine getirmesini isteyememesi, borcun konusunun biyolojik madde olmasından değil, borcun ifasının, borçlunun kişilik değeri ile doğrudan bağlantılı olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim burada, sözleşmeye konu olan edimin ifası, doğrudan doğruya borçlunun kişilik değerleri ile ilişkilidir. Borçlunun, kişilik değerleri üzerinde sahip olduğu kişilik hakkı, herkese karşı ileri sürülebileceğinden, borçlu bu hakkını, borç ilişkisindeki alacaklı tarafa karşı da ileri sürebilecektir. Alacak hakkına sahip olmasına rağmen, borçlunun kişilik hakkına yönelik bir müdahalede bulunma yetkisi olmayan alacaklı da, borçludan edimini yerine getirmesini isteyemeyecek, uğradığı zararlar için maddî ve manevî tazminat talebinde bulunamayacaktır.

Borçlu, bedeni içinde ya da bedenine bağlı olarak varlık sürdüren, yani kendi vücut bütünlüğü değeri şemsiyesi altında korunan organ, doku ve hücrelerini verme yönünde bir taahhütte bulunduğunda, alacaklı, bu taahhüdünü yerine getirmesini borçludan talep edemeyecektir. Aynı şekilde, borçlunun vücutundan ayrılmış olmasına rağmen, onun bazı kişilik değerleri ile ilişkisi devam eden, üreme hücresi ya da DNA molekülü gibi biyolojik maddelerin verilmesi konusundaki taahhüdün de, alacaklı tarafından ifası istenemez. Buna karşılık, borçlunun vücutundan ayrıldığı için, vücut bütünlüğü değeri ile ilişkisi kesilen, aynı zamanda, borçlunun diğer kişilik değerleri ile de irtibatı bulunmayan biyolojik maddelerin verilmesi konusundaki taahhütler söz konusu olduğunda, bu borcun alacaklısı, biyolojik madde verme konusunda borç altına giren kişiden, borcunu yerine getirmesini pekâlâ isteyebilecektir.

İnsan kökenli biyolojik maddeleri konu alan hukukî işlemler, yapılarındaki amaca göre farklı gruplandırılmaya tâbi tutulabilir. Örneğin, biyolojik maddenin, belli bir süreliğine bir yerde muhafaza edilmesi amacıyla vücuttan alınması ile, kişiyi tedavi etmek amacıyla ya da biyolojik maddenin yeniden kullanılabilmesi amacıyla alınması arasında, tarafların sözleşme ile güttükleri amaç, sözleşmelerin içeriği ve bunların hukukî niteliği bakımından belirgin farklar bulunmaktadır.

Bir kimsenin vücutundan, ister estetik, ister dinî, isterse sosyal nedenlerle biyolojik madde alınsın, tarafların sözleşme ile ulaşmak istedikleri asıl sonuç, biyolojik maddenin vücuttan alınması neticesinde, vücutun dış görünüşünde bir değişiklik yaratılması ve mevcut olan görünümün değiştirilmesi ise, eser sözleşmesinin varlığından söz etmek gerekir.

Estetik amaçlı bir operasyonun gerçekleştirilmesini konu alan bir sözleşmede, en ağır basan unsur, başarılı sonucun, bugünkü tıp imkânları dâhilinde hekim tarafından önceden taahhüt edilebilir olmasıdır. Bir kimseyi, herhangi bir tıbbî gereklilik olmadığı hâlde, bu sözleşmeyi yapmaya iten gerçek sebep de budur. Burada kişi, tedavi olmak, hastalığını yenmek ya da ağrılarını dindirmek gibi, sağlığı bakımından önem arz eden saikler nedeniyle değil, sırf, kendisine daha güzel bir görünüm sağlayacağına inandığı neticenin gerçekleşeceği konusundaki taahhüde güvenerek, müdahalenin yapılması konusunda hekimle anlaşmaktadır. Sözleşmenin gerçekleştirilmesinde en önemli etken olan “başarılı sonucu” elde edemeyen hekimin, bundan dolayı, bu kişiye karşı sorumlu olması gerekir.

Vücuttan biyolojik madde alınmasındaki esas amaç, hastanın fiziksel yapısını değiştirmek ya da onun güzel bir görünüm kazanmasını sağlamak değil de, hastayı tedavi etmek ve onun bozuk olan sağlığını iyileştirmek ise, yapılan müdahalenin sonucunda, kişinin dış görünümünde değişiklik meydana gelse dahi, sözleşme, vekâlet olarak kabul edilmelidir. Örneğin, diş hekiminin sözleşmeden doğan borcu, çürümüş dişin vücuttan ayrılması sonucunu meydana getirmek değil, hastanın ağız sağlığını en iyi şekilde korumak ve bunun için gereken tedavi yöntemlerini özen ve sadakatle uygulamaktır.

Belli bir ücret karşılığında, kolesterol, şeker, kan analizi, boğaz kültürü ya da genetik tarama gibi, hastanın sağlık durumunu tespit etmek amacıyla, onun vücudundan elde edilen kan, idrar ve benzeri biyolojik maddeler üzerinde bir takım incelemelerde bulunmak ve bu incelemeler neticesinde ortaya çıkan bulguları bir rapor hâlinde hastaya sunmak konusunda borç altına giren sağlık kuruluşları ve özel laboratuvarlar, belirli bir sonucu ortaya çıkarmak ve bu sonucu cisimleştiren raporu hastaya teslim etmekle yükümlü olduklarından, hasta ile aralarındaki sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

İnsan kökenli biyolojik maddeler çoğu zaman da, kişilerin vücudundan, başka insanların vücuduna nakledilmek ya da üzerlerinde bilimsel araştırma ve deneyler yapılmasına olanak sağlamak amacıyla alınmaktadır. Biyolojik maddenin, vücuttan tedavi ya da estetik amacıyla alınmasından farklı olarak, burada, kişiden alınan organ ya da dokunun, belli hedeflerin gerçekleştirilebilmesi için hastane işletmeleri ya da sağlık kuruluşları tarafından kullanılması amaçlanmaktadır. Kızılay kan bankasının kan vericileriyle yaptığı sözleşme ya da ülkemizde yasal bir dayanağı olmamakla beraber, İsviçre dâhil birçok ülkede gerçekleştirilmesine izin verilen, sperm vericisinin spermini, doğal yollardan çocuk sahibi olamayan çiftlerin kullanımına sunulmak üzere sperm bankasına vermeyi taahhüt ettiği sözleşme, yeniden kullanım amacıyla insan kökenli biyolojik madde alımını konu alan sözleşmelere örnek gösterilebilir.

İnsan kökenli biyolojik maddelerin yeniden kullanım amacıyla vericiden alınması, biyolojik maddenin, vericinin hâkimiyet alanından, hastane işletmesinin ya da özel bir sağlık kuruluşunun hâkimiyet alanına geçişi sonucunu doğurmaktadır. Aralarında gerçekleştirdikleri sözleşme uyarınca verici, kendi vücudundan alınacak olan biyolojik maddenin, sağlık kuruluşu tarafından belli bir amaç doğrultusunda kullanılmasına izin vererek, bu madde üzerinde sahip olduğu hakkı bu kuruluşa devretme borcu altına girmekte; sağlık kuruluşu ise, bu borcun ifa edilmesi neticesinde, kişinin vücudundan ayrıldığı ândan itibaren, bir eşya niteliğine giren biyolojik madde üzerinde, doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayabildiği ve herkese karşı ileri sürebildiği bir hakka sahip olmaktadır. Bu ise, teknik anlamda ancak, mülkiyetin devrini konu alan bir sözleşme vasıtasıyla gerçekleştirilebilecektir.

Yeniden kullanım amacıyla biyolojik madde alımını konu alan sözleşmelerde, vericinin biyolojik madde verme konusundaki taahhüdü, vericinin aynen ifaya zorlanamaması nedeniyle, bağışlama vaadi olarak kabul edilemese de, vericinin vücudundan ayrılan biyolojik maddenin mülkiyetini ve zilyetliğini sağlık ya da araştırma kuruluşuna devrettiği sözleşmenin, BK m. 237’de yer alan “elden bağışlama” sözleşmesi ile benzerlik gösterdiği söylenebilir. Gerçekten, nasıl ki, elden bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın bir şeyi bağışlanana teslim etmesiyle meydana

gelir ve bu sözleşme ile bağışlanan, bağışlama konusu şey üzerinde mülkiyet hakkını kazanır; vericinin de, mülkiyeti devir amacıyla vücutundan biyolojik madde alınmasına gösterdiği rızaya dayanılarak, bu maddenin vericinin vücutundan alınmasıyla birlikte, biyolojik madde üzerindeki mülkiyet hakkı, sağlık ya da araştırma kuruluşuna geçer.

Vücuttan yeniden kullanım amacıyla biyolojik madde alınmasını konu alan sözleşmeye, bağışlama sözleşmesine ait hükümler doğrudan doğruya uygulanamaz. Kişinin vücutundan yeniden kullanım amacıyla biyolojik madde alınmasını konu alan sözleşme tipi, gerek Borçlar Kanununda, gerekse diğer kanunlarda düzenlenmemiş olduğundan, isimsiz (atipik) bir sözleşmedir. Ayrıca bu sözleşme, tamamen veya kısmen, kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinin hiçbirinde bulunmayan unsurlardan meydana geldiğinden, kendine özgü yapısı olan (*sui generis*) bir sözleşme niteliği göstermektedir. Ancak, sözleşme ile tarafların, vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddenin mülkiyetinin, sağlık ya da araştırma kuruluşuna devrini amaçlamaları ve bu devrin ivazsız olarak gerçekleşmesi konusunda anlaşmış olmaları nedeniyle, bu sözleşme ile yakından benzerlik gösteren bağışlama sözleşmesine dair kanun hükümlerinin, kıyas yoluyla ve tamamlayıcı olarak uygulanabilmelidir. Özellikle, bağışlayanın kötü ifa nedeniyle sorumluluğunun, ancak ağır kusurunun bulunması hâlinde söz konusu olabilmesi ve özel olarak ayıba ve zapta karşı tekeffülü vaad etmedikçe, bunlardan sorumlu tutulamayışı (BK. m. 243), biyolojik madde vericisinin sorumluluğu konusunda da kıyasen uygulanabilir.

Aynı şekilde, vericinin, biyolojik maddeyi devralacak kuruluşa, maddenin belli bir amaç doğrultusunda kullanılması mükellefiyetini yüklediği durumlarda, mükellefiyetli bağışlama (BK m. 240/f. 1) hakkındaki hükümlerin, incelemekte olduğumuz sözleşme tipine kıyasen uygulanabilmelidir. Biyolojik madde vericisinin, üstlendiği mükellefiyeti yerine getirmeyen sağlık ya da araştırma kuruluşunu, mükellefiyetini ifa etmeye zorlayabilmesi veya sözleşmeden dönme imkânını kullanabilmesi, BK m. 241/f. 1 ile 244/f. 1/b.3 hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması neticesinde mümkün hâle gelecektir.

İnsan kökenli biyolojik maddeler, yalnızca belli bir süreliğine muhafaza edilmek amacıyla da vücuttan alınabilir. Örneğin, uygulanacak olan kanser tedavisi nedeniyle, üreme hücrelerini kaybetme riski bulunan hastalardan, daha sonra kullanılabilmesi amacıyla sağlıklı üreme hücreleri alınmakta ve bu hücreler hastane koşullarında dondurularak saklanmaktadır. Bunun yanında, özellikle son yıllarda “kordon kanı bankacılığı” olarak isimlendirilen bir uygulama ile, yeni doğan bebeklerin göbek kordonundan alınan ve kök hücre tedavisi bakımından büyük önem taşıdığına inanılan kordon kanı da, laboratuvar ortamında saklanabilmektedir. Dondurularak saklanan bu gibi hücrelerin, gerek duyulduğunda, çözülerek kişinin tedavisinde kullanılması amaçlanmaktadır. Bu sözleşmeler, BK m. 463 vd. maddelerde yer alan vedia akdi niteliğindedir.

İnsan kökenli biyolojik maddelerin, alıcının vücutuna naklini ya da aşılmasını konu alan sözleşmede, hastane işletmesi veya sağlık merkezinin, alıcının menfaatine ve iradesine uygun olarak ve başarılı sonucun elde edilememesi riskini taşımaksızın, belli bir yönde iş görme borcu altına girmesi söz konusu olduğundan; taraflar arasındaki sözleşme, maddî fiillere ilişkin olarak gerçekleştirilen bir vekâlet akdi niteliği taşımaktadır. Bu sözleşmenin, mülkiyeti devir borcu doğuran

bir sözleşme niteliğinde olmadığına kanıtı ise, biyolojik maddenin nakli sonucunda, alıcının malvarlığında herhangi bir artışın meydana gelmemesidir. Zira insan kökenli biyolojik madde, alıcının vücuduna nakledilmekle, nakledildiği kişinin vücut bütünlüğü değerine dâhil olmakta ve eşya niteliğini kaybetmektedir.

Her hukukî işlemin konusunun, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlâka ve kişilik haklarına uygun olması gerektiği gibi, insan kökenli biyolojik maddeleri konu alan sözleşmelerin de bu şartı gerçekleştirilmesi gerekir. Aksi hâlde işlem, BK m. 20/f. 1 gereği, kesin hükümsüz sayılacaktır. Bunun yanında, sözleşmenin taraflarının hukukî işlem ehliyetine sahip olmaları, irade beyanlarının sıhatli olması ve muvazaalı olmaması da sözleşmenin geçerliliği bakımından şarttır.

Bir kimsenin kişilik değerine ilişkin olarak karar verme özgürlüğünden kendi kendini yoksun bırakmış olduğu her sözleşmenin kesin hükümsüz niteliğinde olduğunu kabul etmek ise mümkün değildir. Kişinin, görüntüsü, sesi, sırları, hâttâ vücut bütünlüğü gibi kişilik değerlerini doğrudan ilgilendiren konularda taahhüt altına girerek, kendi kendini hukuken bağladığı her sözleşmeyi, “karar verme özgürlüğünden vazgeçilmesi” şeklinde yorumlayarak, kesin hükümsüz addetmek, hayatın olağan akışına ters bir durumdur. Aksi takdirde, bir kimsenin kan verme konusunda bir kan merkezine yaptığı taahhüt ile bir gönüllünün, bilimsel bir araştırmaya destek sağlamak amacıyla, ağzındaki yirmi yaş dişlerini araştırma kuruluşuna vermeyi borçlandığı sözleşmeyi de kesin hükümsüz saymak gerekirdi.

Her ne amaçla olursa olsun, vücudundan biyolojik madde alınması ya da vücuduna biyolojik bir maddenin nakledilmesi konusunda bir sağlık kuruluşu veya araştırma merkezi ile sözleşme yapan kişinin, sözleşmenin yerine getirilebilmesi için gerekli olan müdahaleye rıza göstermesi gerekir. Aksi takdirde, kendisine müdahalede bulunulacak olan kişinin rızasını almaksızın hareket eden hekim ya da sağlık kuruluşunun, borcunu gereği gibi yerine getirdiğinden söz edilemeyecek ve bu davranışından ötürü sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Bundan başka, tıbbî müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için, müdahale ile kişilik değerleri zarar göreceği olan kişinin, müdahaleye rıza göstermesi de başlı başına yeterli değildir. Rıza beyanının, bir hukukî işlemin geçerli sayılabilmesi için gerekli olan geçerlilik şartlarına uygun olarak verilmiş olması gerekir. Bu çerçevede, rıza beyanında bulunan şahsın, rıza verme konusunda gerekli ehliyetine sahip olması, iradesinin sakatlanmış olmaması, verilen rızanın hukuk ve ahlâk kurallarına aykırılık taşıması ve kanunun emrettiği şekle uygun olması icap eder.

Bir kimsenin kendisi hakkında uygulanacak olan tıbbî müdahaleye rıza göstermesi ya da kendisine teklif edilen tedavi yöntemini reddetmesi şahsa sıkı sıkıya bağlı olan bir hakkın kullanılmasından başka bir şey değildir. Hukuken “küçük” ya da “kısıtlı” olarak nitelendirilse bile, kendisine uygulanacak olan müdahalenin önem, kapsam ve sonuçlarını kavrayabilecek düzeyde ayırt etme gücüne sahip olan bir kişi, bu müdahaleye yasal temsilcisinin izni olmasa dahi rıza gösterebilmeli, kendi şahsına sıkı sıkıya bağlı olan bu hakkını tek başına kullanabilmelidir.

Tam ehliyetsiz kişiler, vücutlarından biyolojik madde alınmasına ya da vücutlarına biyolojik madde nakledilmesine bizzat rıza gösteremezler. Nitekim bu kişiler, böyle bir müdahalenin ne gibi sonuçlar yaratabileceğini, ne tür riskler içerdiğini ya da hangi amaca hizmet ettiğini kavrayacak düzeyde bir aklî melekeye



sahip değildir. Kişilik haklarının korunması ve özellikle tıbbî müdahalelere rıza gösterme, kişilerin nisbî anlamda (temsilin geçerli sayıldığı) şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları kapsamında kabul edilmeli ve yasal temsilci, gerçekleştirilecek olan müdahaleye, ayırt etme gücüne ve bunun bir sonucu olarak rıza ehliyetine sahip olmayan kişi adına rıza gösterebilmelidir. Fakat yasal temsilcisinin rızası ile dahi olsa, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin vücudundan, tedavi dışındaki amaçlarla veya onun doğrudan yararına aykırı olarak biyolojik madde alınmasına, hukuken izin verilmemelidir.

Vücudundan organ ya da doku alınacak veya vücuduna organ ya da doku nakledilecek olan kimsenin, müdahalenin gerçekleştirilmesi için açıkladığı rızanın, müdahaleyi gerçekleştirecek kişi tarafından yeterince aydınlatılmış olarak verilmesi gerektiği gibi; bu rızanın, hata, hile ya da korkutma gibi herhangi bir irade sakatlığı ile sakatlanmamış olması da gerekir.

Tedavi amacı dışındaki müdahalelerde, “hastanın üstün nitelikteki özel yararı” gerekçesiyle, hastanın rızasının alınması koşulu bertaraf edilemez. Bu bakımdan, örneğin başka bir kişinin vücuduna nakil, bilimsel nitelikteki bir araştırmaya destek sağlanması, biyolojik maddenin saklanması, estetik bir görünümün elde edilmesi ya da sağlık durumunun teşhis edilmesi gibi, vücudundan biyolojik madde alınan kişiye, kendi tedavisi dışındaki amaçlarla müdahalede bulunulacak ise, bu kişiden, müdahale öncesinde rıza alınması zorunludur.

Birçok Avrupa ülkesinde, anayasa ve güncel yasalarla düzenleme altına alınmış olan yapay dölleme, genetik mühendisliği, klonlama, embriyo transferi, organ ve doku nakli gibi konuların, ülkemizde hâlâ yönetmelik hükümleri ve kırk yılı aşkın süredir yürürlükte olan ve zamanın çok gerisinde kalmış yasa hükümleri ile düzenleniyor olması büyük bir eksikliklerdir. Bu bağlamda, vücuttan organ ve doku alınmasına ilişkin temel kanun niteliğinde bulunan 1979 tarihli ve 2238 sayılı ODNK'nın en kısa zamanda, yeni düzenlemeler ve güncel ihtiyaçlar doğrultusunda değiştirilmesi gerekir. Öte yandan kanunun, belirli konularda, uluslararası sözleşme hükümleriyle çeliştiği; 2000'li yıllarda çıkan birçok yönetmelik maddesinin de, kanun hükümlerine açıkça aykırılık taşıdığı görülmektedir. Örneğin, ülkemizde, kemik iliği nakli, kişilerden bilimsel amaçla genetik materyal elde edilmesi, kök hücre nakli ve bazı doku ve organ nakilleri, “klinik araştırma” safhası içinde değerlendirilmekte ve ODNK ile kesin bir biçimde yasaklanmış olmasına rağmen, bazı organ ve dokular, 2008 tarihli Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik hükümlerinden faydalanılarak, gerek tam ehliyetsiz, gerekse 18 yaşından küçüklerin vücutlarından alınabilmektedir. Bu konuda ortaya çıkabilecek hukukî ihtilâfları önleyebilmek için, yasanın âcilen, 2003 yılında yürürlüğe giren Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi ile uygun hâle getirilmesi ve hâlen yürürlükte olan sağlık uygulamalarına ilişkin yönetmeliklerin de yeni yasal düzenlemeye dayanılarak oluşturulması gerekmektedir.

## GİRİŞ

### I. Sunuş

Özellikle yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren, teknolojik, biyolojik ve tıbbî gelişmelerin hız kazandığı, bu konularda başdöndürücü gelişmelerin yaşandığı gözlemlenmektedir. Bu gelişmeler içerisinde haberleri sıkça gündeme gelen ve belki de kamuoyunun dikkatini en çok çeken konu “*insan kökenli biyolojik madde*” olarak adlandırabileceğimiz; organ, doku, hücre, üreme hücreleri ve kök hücre gibi maddelerle ilgili olarak yapılmakta olan araştırmalar ve teknik uygulamalardır.

Gelişen teknoloji ile birlikte, organ, doku ve hücrelerin, yalnızca içinde barındıkları vücuda ve bağlı oldukları kişiye hizmet ettikleri anlayışı yerine, bu maddelerin, üçüncü kişilere de yarar sağlayan özellikler taşıdığı ve bunlardan bu yönde de yararlanılması gerektiği anlayışı egemen olmaya başlamıştır. Bu bağlamda, insan vücudundan elde edilen organ, doku ve hücreler, yalnızca tedavi amacıyla değil, çocuk sahibi olunması veya bilimsel nitelikteki araştırmaların yürütülmesi amacıyla, hâttâ kimi zaman da kozmetik ve ilâç sanayisine hammadde olarak kullanılabilir. Günümüzde az da olsa gerçekleştirilmekle birlikte, çok yakın bir gelecekte sağlıklı insanların vücudundan alınan biyolojik maddelerin, laboratuvar ortamında çoğaltılarak dondurulacağı, sonra da dünya pazarında faaliyet gösteren tıp ve ilâç firmalarına “ürün” olarak satılmaya başlanacağına kuşku duymamak gerekir.

Hâl böyle olunca, insan kökenli biyolojik maddelerin hukukî niteliğinin tespitinin yapılması, önemi her gün biraz daha artan bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Hekimler, bilim adamları, hastane işletmeleri, sağlık ve araştırma kuruluşları gibi, vücudundan biyolojik madde elde edilen kişi dışındaki üçüncü şahısların, bu maddeleri hangi hakka dayanarak ellerinde bulduklarını, bu hakkı nasıl kazandıklarını ve kaybettiklerini, bu hakkı kazanma ve kaybetme biçimlerinin hukukten geçerli sayılıp sayılmayacağı konularının aydınlatılması gerekmektedir.

## II. Çalışmanın Amacı

Yukarıda da kısaca özetlemeye çalıştığımız gibi, insan kökenli biyolojik madde adı altında ele alınan insan organ, doku ve hücrelerinin hukukî niteliğinin tespitinin yapılması bir zaruret hâlini almıştır. Günümüzde, yalnızca vücutundan biyolojik madde alınan kişinin değil, bunun dışındaki kişi ve kuruluşların da bu maddeler üzerinde hak sahibi oldukları görülmektedir. Gerçekten, birçok sağlık ve araştırma kuruluşu, gerek bilimsel araştırmalarını yürütebilmek, gerek tedavisini üstlendikleri hastaların vücutuna nakil yönünde müdahalelerde bulunabilmek, gerekse değişik türden ürünler pazarlayabilmek için, insan kökenli biyolojik maddeler üzerinde hâkimiyet sürdürme ihtiyacı duymaktadır. İnsan kökenli biyolojik maddelerin hukuken nasıl nitelendirileceği ve kişi ya da kuruluşların, bu maddeler üzerinde ne türden bir hakka sahip olduklarının tespiti, gün geçtikçe daha da önem kazanmaya başlayan bir konudur.

Organ, doku ve hücre gibi biyolojik maddeler, insanların değişik ihtiyaçları nedeniyle çok farklı yapıda sözleşmelere konu teşkil etmektedir. Günümüzde, vücuttan tedavi amacıyla biyolojik madde alınmasının yanı sıra, estetik, yeniden kullanım ve saklama gibi amaçlarla da insan bedeninden biyolojik madde alınmakta, diğer yandan, vericilerden temin edilen bu maddeler, kan ve doku bankaları gibi aracı sağlık kuruluşları tarafından hastane işletmeleri ve benzeri sağlık kuruluşlarına devredilmekte ve yine, tedavi veya çocuk sahibi olunması gibi amaçlar doğrultusunda, kişilerin vücutuna insan kökenli biyolojik maddeler nakledilip, aşılanmaktadır. Biyolojik maddelerin nakli, dondurulması, saklanması, üretimi ve kopyalanması, tıbbî nitelikte bir takım sorunların ortaya çıkmasına neden olduğu kadar, birçok hukukî ve etik sorunu da beraberinde getirmektedir. Hukuk sistemi, bu alanda meydana gelen süratli gelişmeler neticesinde çoğu kez yetersiz ve sorunlara cevap veremez bir durumda kalmaktadır.

Keza, insan kökenli biyolojik maddeleri konu alan sözleşmelerin geçerliliği de önemli bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında, vücuttan biyolojik madde alımı ve vücuda biyolojik madde nakli doğrultusunda gerçekleştirilen tıbbî müdahalelerde verilen rızanın, hangi koşullar altında geçerli sayılabileceği de, müdahalenin hukuka uygunluğunun tespiti bakımından önem arz etmektedir.

Tüm bu gerekçeler, insan kökenli biyolojik maddeler üzerinde söz konusu edilebilecek olan haklar ile bu maddeleri konu alan hukukî işlemlerin, hukuken nitelendirilmesi yönünde bir çalışmanın yapılması ihtiyacını doğrulamaktadır. Ülkemizde hâlen, konuya ilişkin esaslı bir yasal düzenleme olmaması, uluslararası arenadaki belirsizlik ve bilimsel gelişmelerin önceden tahmin edilememesi karşısında anlaşılabilir olarak görülse de, hızla gelişen bu alanın hukukî altyapıdan yoksun olması, istenmeyen sonuçlara açık kapı bırakabilecek niteliktedir. Biyoloji ve tıp alanındaki yeni teknik ve uygulamalar, beraberinde hukukî sorunları ve uyuşmazlıkları da getirmektedir. Bu bağlamda, söz konusu tekniklerin sıklıkla uygulanmakta olduğu Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Almanya, İsviçre ve Fransa gibi ülkelerdeki mahkemelerin önüne, insan kökenli biyolojik maddelerin hukukî niteliği, bu maddeler üzerinde kimlerin, hangi nitelikte haklara sahip olabileceği, biyolojik maddeleri konu alan hukukî işlemlerin hangi surette geçerli olabileceği gibi hukukî sorunların çözümünü gerektiren davalar gelmeye başlamıştır. Henüz bu gibi sorunlarla yukarıda adı geçen ülkelere nazaran yeni yeni karşılaşmaya başlayan Türk mahkemelerinin ise, önümüzdeki yıllarda bir hayli meşgûl olacağı muhakkaktır.

İleride mahkemelere de yansıtacağını düşündüğümüz bu gibi uyuşmazlıkların çözümü ise, ancak taraflar arasında gerçekleştirilen bu sözleşmelerin hukukî niteliğinin tespit edilmesi, biyolojik madde üzerinde ne türden bir hakka sahip olunabileceğinin belirlenmesi ve bu sözleşmelerin hukuken geçerli olup olmadıklarının tayini ile mümkün olacaktır. Bu gereklilik, doktora tez çalışmamızın amacını net bir şekilde ortaya koymaktadır.

### **III. İnceleme Plânı ve Konunun Sınırlandırılması**

Tez çalışmamız üç ana bölümden ve sonuç kısmından oluşmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde, insan kökenli biyolojik madde kavramı ve bu maddenin hukukî niteliği konularına değinilmiştir. İnsan kökenli biyolojik maddelerin hukukî niteliği konusunda gündeme gelebilecek olan müesseseler, özellikle eşya ve kişilik değeri başlıkları altında irdelenmiştir. Ayrıca insan kökenli biyolojik maddeler üzerinde söz konusu olan hakların hukukî niteliği de bu bölüm içinde ele alınmıştır. Çalışmanın bu bölümünde, özellikle aynî hak ve kişilik hakkı

konuları üzerinde durulmuş, insan kökenli biyolojik maddelerin, hangi hâllerde, hangi hukukî korumadan yararlanabileceği meselesi, farklı açılardan izâh edilmeye çalışılmıştır.

İkinci bölüm ise genel olarak insan kökenli biyolojik maddeleri konu alan hukukî işlemler konusuna tahsis edilmiştir. Bu bölümde, ilk olarak biyolojik madde verme borcunun hukukî niteliğinin tespitine çalışılmış, bunun ardından, insan kökenli biyolojik maddeleri konu alan hukukî işlemlerin gruplandırılması alt bölümüne geçilmiştir. Bu bölümde, vücuttan biyolojik maddelerin alımını, biyolojik maddelerin diğer sağlık kuruluşlarına devrini ve vücuda biyolojik madde naklini konu alan sözleşmeler, bunlara ait alt gruplarla birlikte incelenmiş, her bir sözleşme tipinin esaslı unsurları göz önünde bulundurulmak suretiyle, bu sözleşmelerin hukukî niteliğinin belirlenmesine çalışılmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise, insan kökenli biyolojik maddeleri konu alan sözleşmelerde özellik arz eden bazı geçerlilik sorunları ele alınmış, bunun yanında insan kökenli biyolojik maddeleri konu alan tıbbî müdahalelerde önemli yer tutan hukuka uygunluk sebebi olarak “rıza” kavramı üzerinde durulmuştur. Vücuttan biyolojik madde alımı ve vücuda biyolojik madde nakli doğrultusunda gerçekleştirilen tıbbî müdahalelerde verilen rızanın geçerlilik şartları ve tıbbî müdahalenin hukuka uygun sayılması için rızanın gerekmediği hâller de bu bölüm içerisinde incelenmiştir.

Sonuç bölümünde ise, çalışma neticesinde elde edilen başlıca sonuçlar ile konuya ilişkin temel değerlendirmelere yer verilmiştir.

Çalışmanın sınırları çizilirken, esas olarak, kişinin kendi vücudu ve vücudunun parçaları üzerinde ne tür bir hakka sahip olduğu, bu parçaların hangi tip sözleşmelere konu edilebileceği ve bu sözleşmelerin geçerliliği üzerinde durulması amaçlanmıştır. Kişinin, kişilik hakkına sahip olduğu müddetçe, “kendi” bedeni üzerinde nasıl bir yetkiye sahip olduğu, bedeninden ayrılan parçalar hakkında hangi sınırlamalarla karşı karşıya kalarak, ne tür sözleşmeler yapabileceği konumuzun özünü oluşturmaktadır. Konumuz, yaşayan bir kimsenin, sağlığında hüküm doğurmak üzere kendi vücudundan biyolojik madde alınması ya da vücuduna

biyolojik madde nakledilmesi amacıyla gerçekleştirdiği hukukî işlemler ve kişilerden elde edilen biyolojik maddelerin sağlık ve araştırma kuruluşları arasında el değiştirmesini konu alan sözleşmelerle sınırlı tutulmuştur. Bu bakımdan, kişinin, ölümünden sonra hüküm doğurmak üzere, cesedinin tamamının ya da bu cesetten alınacak olan belli bir organ ya da dokunun, üçüncü kişilerin tasarrufuna bırakılması konusunda gerçekleştirdiği ölüme bağlı tasarruflar inceleme konumuz dışındadır. Nitekim ölüme bağlı tasarruf hüküm doğurmaya başladığı ândan itibaren, tasarrufu gerçekleştiren kişinin değil, üçüncü kişilerin ölmüş beden üzerindeki hak sahipliği söz konusu olmaya başlayacaktır. Hak ehliyetine sahip olmayan bir insanın, kendi vücudu ve ondan ayrılan parçalar üzerindeki hak sahipliğinden bahsedilemeyeceğinden, olsa olsa, ölen kişi dışındaki bir takım kimselerin bunlar üzerindeki hak sahipliği gündeme gelir ki, bu da, belirtmiş olduğumuz gibi konumuzun kapsamı dışında kalmaktadır.

Konuya getirdiğimiz diğer bir sınırlama ise, kadın ve erkek üreme hücrelerinin döllenebilirlikle bir araya gelmesiyle oluşan embriyo ile ilgilidir. Embriyonun hukukî niteliği, embriyo üzerinde kim ya da kimlerin hak sahibi olabilecekleri ve embriyoyu konu alan sözleşmeler de konumuzun kapsamı dışında tutulmuştur. Buna gerekçe olarak ise, embriyonun başlı başına “insan kökenli biyolojik madde” olarak tanımlanabilecek bir nitelik taşımaması gösterilebilir. Embriyo, insan olma, diğer bir deyişle hak sahipliği potansiyelini tek başına taşıyan ve bu bakımdan, insan vücudundan elde edilen organ, doku ve hücre gibi diğer biyolojik maddelerden farklı bir özelliğe sahiptir.

Bu sebeplerden ötürü, insan kökenli biyolojik madde tanımı dışında kalan, ceset ve cesedin parçaları ile embriyo kavramlarına ilk bölümde kısaca değinilmekle yetinilmiştir.

Konumuz, insan kökenli biyolojik maddeleri konu alan hukukî işlemlerin esaslı unsurları, hukuksal niteliği ve özellik arz eden geçerlilik koşulları ile sınırlandırılmıştır. Bu bakımdan, biyolojik maddeleri konu alan sözleşmelerden doğan borçların hükmü, tarafların bu işlemlerden doğan hak ve borçları ile sözleşmelerin sona ermesi gibi hususlar da, çalışmamızın kapsamı dışında

bırakılmıştır. Bununla birlikte, söz konusu hususlara, çalışma konumuz ile ilgili olduğu ölçüde yer verilmeye çalışılmıştır.

Tez çalışmamız, özel hukuk alanını ilgilendirmektedir. Bu nedenle, özellikle insan kökenli biyolojik maddeleri konu alan tıbbî müdahalelerde, rızanın geçerliliği konusunda özel hukuk bakımından bir değerlendirmede bulunulmuş, konunun ceza hukuku boyutuna temas etmekten kaçınılmıştır.

## Birinci Bölüm

# İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDE KAVRAMI VE BU MADDELER ÜZERİNDEKİ HAKKIN HUKUKÎ NİTELİĞİ

## § 1. “İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDE” KAVRAMINA GENEL BAKIŞ

### I. “İnsan Kökenli Biyolojik Madde” Kavramı

“İnsan kökenli biyolojik madde” kavramı, hukukumuzda Türk Medenî Kanununun 23. maddesine, 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı kanunla ilâve edilen üçüncü fıkra ile dâhil edilmiştir. Söz konusu fıkra, *“Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan, edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz”* hükmünü getirerek, **“insan kökenli biyolojik madde”** adı altında, ayrıca inceleme konusu yapılarak, irdelenmesi gereken yeni bir hukukî kavram ortaya koymuştur.

İnsan kökenli biyolojik madde, adından da kolaylıkla anlaşılacağı gibi, insan vücudu içerisinde bulunan organ, doku ve hücre gibi maddeler ile insan vücudundan, cerrahî müdahale ya da dış bir etkene bağlı olmaksızın kendiliğinden ayrılan biyolojik maddeleri açıklamak amacıyla kullanılan bir terimdir. İnsan kökenli biyolojik maddelerin kaynağını “insan” oluşturmaktadır. Bu bakımdan, hayvan ya da bitkilerden elde edilen biyolojik maddeler ile bağımsız olarak yaşam yeteneğine sahip olan mikroorganizmalar, bu kavramın dışında kalmaktadır.

“Biyolojik madde” kavramı ise, canlı organizmaları oluşturan organ, doku ve hücreler ile bu organizma tarafından üretilen salgı ve atıklara verilen genel adı tarif



etmek üzere kullanılmaktadır. Bu bakımdan, beyin, lenf dokusu, yumurta, ter, idrar ve saç gibi varlıklar, genel itibariyle, “biyolojik madde” olarak tanımlanmaktadır. Buna karşılık, protez bacak, takma kirpik, diş dolgusu, sentetik peruk gibi yapay maddelerden imâl edilerek kişilerin hizmetine sunulan, hâttâ, onların vücut bütünlüğü değerine dâhil olan yapay uzuv ve materyaller ise, insan bedeni içinde veya bu bedene bağlı olarak varlık göstermelerine rağmen, canlı bir organizma olan insan bedeninden kaynaklanmamaları nedeniyle, insan kökenli biyolojik madde kavramı içinde yer almamaktadır.

## II. İnsan Kökenli Biyolojik Madde Kavramı İçinde Ele Alınan Varlıklar

İnsan kökenli biyolojik maddeler, yukarıda da ifade etmiş olduğumuz gibi, insan organizmasının oluşturduğu organ, doku ve hücrelere verilen genel bir addır. İnsan kökenli biyolojik madde kavramı içinde ele alınan bu varlıklar arasında ise, yapısal özelliklerine göre bir takım farklılıklar bulunmaktadır.

İnsan kökenli biyolojik maddelerle ilgili olarak önemli yasal düzenlemeler arasında yer alan 29.5.1979 tarih ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunun, organ ve dokuya ilişkin herhangi bir tanımlamada bulunmadığı görülmektedir. Yalnız, ODNK m. 2/f. 1’de, “organ” ve “doku” deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarının anlaşılması gerektiği hususu belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonunun, söz konusu kanun hükümlerine tâbi olmadığı öngörülmüştür<sup>1</sup>.

Saç, deri ve kan gibi insan vücudundan elde edilen maddeler de, her ne kadar ODNK’nın kapsamı dışında tutulmuş olsalar dahi, insan kökenli biyolojik madde olarak adlandırılmaktadır. Diğer bir anlatımla, “insan kökenli biyolojik madde” terimi, ODNK hükümlerine tâbi olan organ, doku ve bunların parçalarının yanısıra, bu kanun hükümlerine tâbi olmayan saç, tırnak, deri, kan, idrar, sperm ve yumurta

<sup>1</sup> Kanunun kapsamı dışında tutulması amaçlanan biyolojik maddelerin sınırlayıcı olarak sayılmasının doğru olmadığı görüşünde bkz. Şahin Akıncı, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukukî Sonuçlar, Ankara 1996, sh. 11-12. Yazar, böyle bir ayrıma gidilecekse de, bazı biyolojik maddelerin, tek tek sayılarak değil, örneğin “vücut tarafından yenilenebilir olma” gibi ortak özellikleri itibariyle kapsam dışında tutulması gerektiğini savunmaktadır.

gibi üreme hücreleri ile insan DNA molekülü gibi, vücuttan alınmaları hâlinde vücut tarafından yenilenebilen biyolojik maddeleri de kapsamaktadır<sup>2</sup>.

ODNK’da organ ve doku kavramları hakkında esaslı bir tanım yapılmamış olmasına karşılık, insan kökenli biyolojik maddelerle ilgili olarak çok yakın bir tarihte yürürlüğe giren İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik m. 4’te, organ, doku, hücre ve üreme hücreleri gibi biyolojik maddelerin tanımlarına yer verildiği görülmektedir. 27.10.2010 tarih ve 27742 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren bu yönetmeliğe göre; organ, “*özerk olarak fizyolojik fonksiyonlarını yürütebilme kapasitesi olan, damarlanmış ve yapısını muhafaza eden çeşitli dokulardan oluşan insan vücudunun farklılaşmış hayati bir bölümü*” olarak tanımlanmaktadır.

Yönetmeliğe göre, hücrelerden ve hücre dışı elemanlardan oluşan ve insan vücudunun bütününe oluşturan parçalara “doku”; herhangi bir bağ dokusu ile birlikte olmayan tek insan hücresi veya insan hücreleri topluluğuna ise “hücre” adı verilmektedir. Yönetmelik, ayrıca üreme hücrelerini de, “*yardımcı üreme teknikleri için kullanılan bütün hücre ve dokular*” olarak tanımlamaktadır<sup>3</sup> (İDMY m. 4).

Sözlük anlamına bakıldığında ise, **organ** (*organ, organe, Organe*), canlı organizmaların, dolaşım, solunum, sindirim ve üreme gibi farklı sistemleri içinde yer alan ve vücutta belli bir işlev görmek üzere farklılaşmış olan kısım, anatomik yapı ya da oluşum olarak tanımlanmaktadır<sup>4</sup>. Her organın, bağlı olduğu organizmanın yaşamını sağlıklı bir biçimde sürdürebilmesi için üstlendiği görevler bulunmaktadır. Örneğin, böbrekler, idrar oluşturmak suretiyle, metabolizmada yer alan atıkların vücuttan uzaklaştırılmasına hizmet etmekte, kalp, pompaladığı kanın, bütün vücutta

<sup>2</sup> Bkz. Cüneyt **Çilingiroğlu**, Tıbbî Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993, sh. 73.

<sup>3</sup> 8 Ekim 2004 tarihli Organ, Doku ve Hücre Nakli Hakkında İsviçre Federal Yasası (Loi Fédérale sur la Transplantation d’Organes, de Tissus et de Cellules) m. 3’de de, organ, doku ve hücreye ilişkin benzer tanımların yer aldığı görülmektedir.

<sup>4</sup> Utkan **Kocatürk**, Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü, İstanbul 2005, sh. 601; İsmet **Dökmeçi**, Tıp Terimleri Sözlüğü, İstanbul 2006, sh. 525.

Organ (uzuv) tanımına 1978 tarihli bir Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında da yer verilmiştir: “*Uzuv (organ), vücutta belirli bir görevi yapan veya hareketi sağlayan bir kısımdır*”. Bkz. YCGK, 23.10.1978, 4-350/387 (<http://www.kazanci.com>).

dolaşmasını sağlayarak yaşamsal bir görev üstlenmekte, mide ise vücuda giren besinlerin öğütülerek sindirilmesi işlevini görmektedir<sup>5</sup>.

**Doku** (*tissue, tissu, Gewebe*), benzer nitelikteki hücrelerin, belli bir fonksiyonu yerine getirmek üzere bir araya gelmesiyle oluşan canlı kümeye verilen addır. Doku yapısı, vücuttaki örgütlenmenin hücreden sonraki bir üst aşamasıdır<sup>6</sup>. İnsan vücudunda bulunan dokulara örnek olarak, epitel (organizmanın iç boşluğunu kaplayarak deri ve mukoza yüzeylerini örten tabaka) doku, bağ dokusu ve sinir dokusu gösterilebilir<sup>7</sup>.

**Hücre** (*cell, cellule, Zelle*) ise, çekirdek, sitoplazma ve onu çevreleyen zardan oluşan ve dokuyu oluşturan en küçük canlı birimi olarak tanımlanabilir<sup>8</sup>. Erişkin bir insanın vücudunda 70 trilyon kadar hücre bulunmaktadır<sup>9</sup>. Hücrelere örnek olarak, eritrosit (alyuvar), lökosit (akyuvar) ve trombosit olmak üzere üç farklı yapıda kendini gösteren kan hücreleri, sperm ve yumurtanın oluşturduğu üreme hücreleri ve “nöron” olarak da adlandırılan sinir hücreleri gösterilebilir.

**Kök hücreler** (*stem cell, cellule souche, Stammzellen*), henüz işlevsel olarak farklılaşmamış, ancak çok sayıda farklılaşmış hücre üretme potansiyeline sahip olan, çoğalma yeteneği bulunan, kendini yenileyebilen, hasar görmüş dokuları tamir edebilen ve hâttâ yeni bir canlı yaratma potansiyeline sahip olan hücrelerdir<sup>10</sup>. Kök hücreler, embriyodan (embriyonik kök hücre), fetüsten (fetal kök hücre)<sup>11</sup> ve erişkin dokularından (erişkin kök hücresi)<sup>12</sup> elde edilebilmektedir<sup>13</sup>. Canlı organizmasında

<sup>5</sup> Temel Britannica, Temel Eğitim ve Kültür Ansiklopedisi, İstanbul 1991, C. 3, sh. 324; C. 19, sh. 39; C. 12, sh. 204.

<sup>6</sup> Temel Britannica, C. 19, sh. 38.

<sup>7</sup> Özellikle kök hücre uygulamalarında kullanılan kemik iliği, kan hücrelerini oluşturan bir dokudur. Bkz. **Dökmeci**, sh. 144.

<sup>8</sup> **Dökmeci**, sh. 296.

<sup>9</sup> Temel Britannica, C. 19, sh. 38.

<sup>10</sup> Bkz. Meral **Beksaç**, Kök Hücre, Ne? Nasıl? Niçin? Ne Zamandan Beri? Nereye Kadar?, Bilim ve Teknik, S. 511, Haziran 2010, sh. 36.

<sup>11</sup> Fetal kök hücreler, plasenta, göbek kordonu ve amniyon sıvısında bulunan kök hücrelerdir. Bkz. Nur **Çakar**, Embriyodan Erişkin Kök Hücreler, Bilim ve Teknik, S. 511, Haziran 2010, sh. 43.

<sup>12</sup> Erişkin kök hücreleri, kemik iliğinde, vücutta dolaşan kanda, kam damarlarında, kordon kanında, iskelet ve kalp kasında ve karaciğer gibi bazı organlarda bulunmaktadır. Bkz. **Çakar**, sh. 44.

<sup>13</sup> **Çakar**, sh. 43.

bulunan tüm dokuların en erken aşamasında yer aldıkları için, kök hücrelerin, farklı dokulara dönüşebilme özellikleri bulunmaktadır. Örneğin, kemik iliği nakli sonrasında, vericinin kemik iliğinde bulunan kök hücrelerin, alıcının kemik iliği dışındaki dokularına da yerleşerek, alıcının akciğer, karaciğer ve beyin hücrelerine dönüşebilme yeteneğine sahip olduğu keşfedilmiştir<sup>14</sup>. Bu nedenle, gelecekte, kök hücrelerin, işlevlerini kaybetmiş olan dokuların tamiri ve yenilenmesi konusunda büyük bir rol üstleneceğine, bu sayede, organ ve doku nakilleri, ilaç tedavileri ve hasta bakımları için harcanan milyarlarca liradan tasarruf edilmesinin yanında, hasta ve engelli kişilerin sağlıklarına kavuşmalarının sağlanacağına inanılmaktadır<sup>15</sup>. Onarımsal tıbbın kaynağı olarak kabul edilen kök hücreler, inme, omurilik felci, diyabet, alzheimer, parkinson vb. hastalıkların tedavisi ve önlenmesi amacıyla gerçekleştirilen bilimsel çalışmalarda önemli bir yer tutmaktadır<sup>16</sup>.

*Genetik materyal* olarak da isimlendirilen deoksi ribo nükleik asit (*deoxyribonucleic acid*) ya da kısaca **DNA molekülü**, kromozomların kimyasal yapısını oluşturan ve hücre çekirdeğinde bulunan karmaşık yapıdaki bileşikler olarak tanımlanmaktadır<sup>17</sup>. Üzerinde 30.000 kadar gen barındıran bu molekül, insan vücudundan elde edilen doku ve hücrelerin laboratuvar ortamında ayrıştırılması ve saflaştırılması neticesinde, vücuttan alınan doku ya da hücreden bağımsız bir varlık kazanmaktadır<sup>18</sup>. DNA molekülünde kayıtlı bulunan ve nesilden nesile aktarılan genetik kodun (şifrenin) çözümlenmesi sayesinde genetik mühendisliğinde çok önemli bir adım atılmıştır<sup>19</sup>.

Bütün canlılarda kromozomların yapısında bulunan ve canlının kalıtsal özelliklerini belirleyen DNA parçasına ise gen adı verilmektedir<sup>20</sup>. Genler, canlı türünün kalıtsal özelliklerinin, yavru döllere aktarılmasını sağlamaktadır. Hücre

---

<sup>14</sup> **Beksaç**, sh. 39.

<sup>15</sup> **Beksaç**, sh. 37.

<sup>16</sup> **Beksaç**, sh. 40.

<sup>17</sup> Bkz. Petit Larousse de la Médecine, Paris 2001, “acide désoxyribonucléique”, sh. 16.

<sup>18</sup> [http://www.biltek.tubitak.gov.tr/bdergi/poster/icerik/insan\\_genom\\_posteri.pdf](http://www.biltek.tubitak.gov.tr/bdergi/poster/icerik/insan_genom_posteri.pdf) (erişim tarihi: 10.6.2010).

<sup>19</sup> Bkz. <http://www.biltek.tubitak.gov.tr/bdergi/poster/icerik/dna.pdf> (erişim tarihi: 10.6.2010).

<sup>20</sup> Medicana Genel Sağlık Ansiklopedisi, Cilt 12, Tıp Sözlüğü, İstanbul 1993, sh. 153.

çekirdeğindeki kromozomlar üzerinde bulunan genlerin temel bileşenini DNA molekülü oluşturmaktadır.

Genetik materyal, insanın saç ve göz rengi, boy uzunluğu, kemik yapısı, burun, ağız şekli, hangi hastalıklara eğilimli olduğu gibi binlerce özelliği içinde barındıran bir bilgi deposudur. DNA materyalinde yer alan sayısız bilgi, üreme hücreleri vasıtasıyla sonraki nesillere de aktarılabilmekte ve yeni jenerasyonun da bu özelliklere sahip olarak dünyaya gelmesi sağlanmış olmaktadır<sup>21</sup>.

### III. İnsan Kökenli Biyolojik Maddelerin Hukukî Niteliği

#### 1- Genel Olarak

Tıp bilimindeki gelişmeler ve biyoteknoloji alanındaki çalışmaların hız kazanması, insan vücudundan elde edilen biyolojik maddelerin kullanımını büyük ölçüde artırmıştır. Özellikle sağlık ve araştırma sektörü içerisinde el değiştiren bu maddelerin hukukî niteliği üzerindeki tartışmalar da giderek önem kazanmaya başlamıştır.

Yasa metinlerinde<sup>22</sup>, insan kökenli biyolojik maddeler hakkında çok sayıda kuralın yer almasına rağmen, bu maddelerin hukukî niteliği konusunda bir

<sup>21</sup> Bkz. <http://www.biltek.tubitak.gov.tr/bilgipaket/gen/index.html> (erişim tarihi: 10.6.2010).

<sup>22</sup> Örneğin, 1 Ocak 2000'de yürürlüğe giren 1874 tarihli İsviçre Federal Anayasasının düzeltilerek yenilenmiş hâli, yapay döllenme ve genetik uygulamalara dair sınırlamalara ve bu tekniklerin uygulandığı kişiler lehine getirilen hukukî koruma tedbirlerine ilişkin genel prensipler ortaya koyması ve organ, doku ve hücre nakli konusundaki yasal çerçeveyi çizmesi bakımından büyük bir yenilik olarak kabul edilmesine rağmen, ele aldığı insan kökenli biyolojik maddelerin niteliği konusunda herhangi bir hüküm içermemektedir.

Keza, Fransız hukukuna bakıldığında da, Fransız Medenî Kanunu m. 16'yı değiştirerek dokuz yeni madde getiren 29 Temmuz 1994 tarih ve 94-653 sayılı yasa, insan vücudunu ve parçalarını korumaya yönelik hükümler ortaya koymaktadır. Bu koruma, her kişinin kendi vücuduna saygı duyulmasını talep etme hakkını, insan vücudunun bütünüyle ya da parçaları itibarıyla malvarlıksal bir hakka konu oluşturamayacağı ilkelerini kapsamaktadır (art. 16-1 CCfr). Bkz. bu konuda Gérard **Cornu**, *Droit Civil: Introduction, Les Personnes, Les Biens*, Paris 2003, sh. 212-213. Bir başka yenilik olarak, Fransız Medenî Kanunu m. 16-5, insan vücuduna, parçalarına ya da bunlardan elde edilen ürünlere malvarlıksal bir değer izafe eden tüm sözleşmelerin kesin hükümsüz sayılacağını da hüküm altına almaktadır. Adı geçen yasa, Fransız Fikrî Mülkiyet Kanunu'nda da değişiklik yaratmış, art. L.611-17, insan vücudunun, bunun parçalarının ve ürünlerinin, keza, insan geninin kısmî ya da bütünsel yapı bilgisinin, patent hakkı konusunu oluşturamayacağını kural hâline getirmiştir. Bu değişiklik, Fransız Ceza Yasası'nı da etkilemiş ve "biyotip etiği hakkındaki suçlar" başlığı altında yeni bir bölüm tanzim edilmiştir. 4 Mart 2002 tarih ve 2002-303 sayılı yasa ise, insan vücudunun parçalarının ve ürünlerinin kullanımına ve nakline ilişkin hükümler getirmekte, doğum öncesi teşhisi ve yapay döllenme teknikleri konusunda yeni düzenlemeler ortaya koymaktadır. Bu yasalar neticesinde, uygulamada ortaya çıkan birçok soru aydınlatılmış olsa da, insan vücudunun parçalarının hukukî statüsü meselesine hiç değinilmemiştir.

tanımlamaya yer verilmediği ve gerek Türk, gerekse yabancı mahkeme kararlarında, biyolojik maddeler ile ilgili olarak, genel bir hukukî nitelik tespitinde bulunulmadığı görülmektedir. Buna karşılık, öğreti, ileride de ayrıntılı bir şekilde ele alınacağı gibi, biyolojik maddelerin hukukî niteliği konusunda, birbirine tamamen zıt dahi olsa farklı görüşler ortaya koymaktadır.

İnsan kökenli biyolojik maddelerin iki başlık altında sınıflandırılması, bu maddelerin hukukî statülerinin belirlenmesi açısından fayda sağlayacaktır. Zira aşağıda da görüleceği gibi, insan kökenli biyolojik maddelerin bütününe yönelik genel ve kapsayıcı bir hukukî nitelik tespitinde bulunulması güçtür. Bu nedenle, insan kökenli biyolojik maddeler, insan vücuduna organik olarak bağlı bulunan maddeler ile insan vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddeler başlıkları altında ele alınacaktır. Bundan başka, “insan kökenli biyolojik madde” kavramı ile tam olarak örtüşmemesi nedeniyle, konumuzla doğrudan bağlantısı olmayan insan embriyosu ile insan cesedi ve kalıntılarının hukukî niteliği üzerindeki tartışmalara da kısaca değinilecektir.

## **2- İnsan Vücudu ve Vücut İçerisinde Bulunan Biyolojik Maddelerin Hukukî Niteliği**

İnsan kökenli biyolojik maddeler, doğal yapıları gereği, insan vücudu içinde bulunarak, insan yaşamının sürdürülmesine hizmet ederler. Meselâ, insan vücudu içinde dolaşan kan, oksijen ve besinlerin vücuttaki tüm dokulara ulaştırılmasını sağlamakta; aynı zamanda karbondioksit ve atık maddelerin, bunların vücuttan atıldıkları bölgelere nakledilmesi görevini üstlenmektedir. Bu bakımdan, vücut içinde dolaşan kan, insan yaşamı için hayatî bir önem arz etmektedir.

Öte yandan, insan vücudu içinde yer alan bir organ, doku ya da hücre, vücut içerisinde görmesi gereken işlevi yeterince göremese, hâttâ kişinin sağlığı açısından olumsuz etkiler doğursa dahi, insan bedeni içerisinde yer almaya devam ettiği müddetçe, o bedene sahip olan gerçek kişiliğin bir parçası olarak kabul edilmelidir. Meselâ, bir kimsenin gözleri, görme fonksiyonunu tamamen kaybetmiş dahi olsa, beden ile arasında bulunan fiziksel bağlılık nedeniyle o kimsenin vücut bütünlüğü değeri içerisinde ele alınacaktır. Bu bakımdan, bir bütün olarak insan vücudu, hak süjesi olan gerçek kişiyi somutlaştıran, ona varlık kazandıran ve onun sosyal alanda

bir dış görünümüne sahip olmasına hizmet eden bir cisim olarak tanımlanmaktadır<sup>23</sup>. Felsefenin sınırlarına ulaşmakla birlikte, hukuk alanında da yanıtı aranan önemli bir soru da şudur: Gerçek kişi, kendisine varlık kazandıran bu vücuttan mı ibarettir, yoksa o, bu vücudun sahibi midir<sup>24</sup>?

Bu soruya herhangi bir yanıt veremeseler de, bazı yargı kararlarının, insan vücudu içinde yer alan ya da insan vücudu ile fiziksel bir bütünlük arz eden biyolojik maddeler hakkında hükme vardığı görülmektedir. Örneğin, İngiltere Yüksek Mahkemesinin 2006 yılında verdiği *DPP v. Smith* kararında, kesilen saçların hukukî niteliği üzerinde durulmamakla birlikte, eski kız arkadaşının rızası olmaksızın, onun saçlarının önemli bir kısmını kesen bir kişinin fiili, mağdurun vücut bütünlüğü değerine yönelik bir saldırı olarak nitelendirilmiştir<sup>25</sup>.

Yine, bir İngiliz mahkeme kararına konu olan ve insan vücuduna bağlı olan organların “eşya” sayılmadığını ortaya koyan 10.3.2005 tarihli karar<sup>26</sup> da bir hayli ilginçtir. İngiltere’de yürürlükte olan Ateşli Silahlar Yasasına göre, ateşli silah ya da ateşli silah görünümündeki taklit eşyalarla suç işleyen ya da suç işlemeye teşebbüs eden kişiler hakkında cezaî yaptırımlar öngörülmüştür. Bu kapsamdaki bir davayı değerlendiren Mahkeme, elinde ateşli bir silah tutuyormuş izlenimi vermek için ceketi içine sakladığı elini ve parmaklarını kullanarak, hırsızlığa teşebbüs eden davalının fiilini, kişinin el ve parmaklarının “eşya” olarak nitelendirilemeyeceği gerekçesiyle suç kapsamı dışında kabul etmiştir.

İngiliz mahkemesinin de belirtmiş olduğu gibi, yaşayan bir insanın vücudu ile bu vücuda bağlı olan organ ve dokular eşya olarak nitelendirilemez<sup>27</sup>. İnsan vücudu

<sup>23</sup> Xavier **Dijon**, *Le sujet de droit en son corps*, Bruxelles 1982, sh. 12. **Carbonnier**, bedeni, kişinin “*substratum*”u, yani özü, cevheri, temel unsur olarak tanımlamaktadır. Bkz. Jean **Carbonnier**, *Droit Civil T. 1, Introduction-Les personnes-La famille, l’enfant, le couple*, Paris 2004, sh. 381.

<sup>24</sup> Bkz. Bernard **Beignier**, *L’ordre public et les personnes*, *Annales de l’Université des Sciences Sociales de Toulouse*, T. 42, 1994, sh. 33.

<sup>25</sup> Bkz. *DPP v. Smith* [2006] EWHC 94. Karar metni için bkz. <http://a-level-law.com/caselibrary/DPP%20v%20Smith%20%5B2006%5D%20EWHC%2094.doc> (erişim tarihi: 19.7.2010)

<sup>26</sup> *R. v. Bentham* [2005] UKHL 18. Karar metni için bkz. <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd050310/bent.pdf> (erişim tarihi: 19.7.2010)

<sup>27</sup> Paul-Henri **Steinauer**, *Les droits réels*, T. I, Berne 2007, no: 65; Arthur **Meier-Hayoz**, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Band IV: *Das Sachenrecht*, 1. Abteilung: *Das Eigentum*, 1. Teilband: *Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen*, Artikel 641-654 ZGB, Bern 1981, sh. 72; Robert **Haab**/August **Simonius**/Werner **Scherrer**/Dieter **Zobl**,

ve bundan ayrılmamış parçalar üzerinde aynî nitelikte bir hakkın kurulabilmesi de mümkün değildir<sup>28</sup>. Esasen, Roma hukukunda yer alan ve bir kişinin, başka bir kimsenin hâkimiyeti altına alınmasını ifade eden kölelik kavramının<sup>29</sup>, modern hukuk sistemleri tarafından reddedilmesi ile birlikte, yaşayan bir kişinin bedeni üzerinde hak sahibi olunması da imkân dâhilinden çıkmıştır<sup>30</sup>.

Ancak pek tabiidir ki, yaşayan insan vücudunun da eşya hukuku kurallarıyla olmasa da, hukukî bir korumadan yararlanması şarttır. Hak süjesi olması bakımından kişiyi koruyan hukuk sistemi, kişinin somut görünümü olan insan vücudunu da koruma altına almak durumundadır. “Vücut” ile “kişi” kavramlarının hukuken eşdeğerde görülemeyeceğini savunanlar dahi, bu iki kavramın aynı hukukî korumadan yararlanması gerektiği konusunda mutabık kalmaktadır<sup>31</sup>.

Kişi ile vücudu arasında bir birlik olduğu fikrini savunanlara<sup>32</sup> göre, insan vücudu ile gerçek kişilik birbirinden ayrılması mümkün olmayan bir birleşme-bağdaşma ilişkisi içerisindedir. Bu düşünceye göre, bir şey, bir hakkın aynı anda hem süjesini hem de objesini (konusunu) oluşturamaz. Dolayısıyla, hak süjesi olan ve vücuduyla bir bütünlük içerisinde bulunan insan, onun olmazsa olmaz unsuru, yani vücudu üzerinde hak sahibi olamayacaktır. Nitekim insan; vücudu olmadan, hak süjesi olarak da kabul edilemez. Bu görüşte olanlardan *Cornu*'ya göre, gerçek kişi

---

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, 1. Teil, Das Sachenrecht, 12. Lieferung, Art. 726-729, Zürich 1977, Einleitung, No: 22.

<sup>28</sup> **Meier-Hayoz**, sh. 72.

<sup>29</sup> Bu konuda bkz. Özcan **Karadeniz Çelebican**, Roma Eşya Hukuku, 4. Bası, Ankara 2008, sh. 32-33; Salvatore **Di Marzo**, Roma Hukuku (5. Basıdan çev.: Ziya Umur), 2. Bası, İstanbul 1959, sh. 35; Ziya **Umur**, Roma Hukuku Ders Notları, Usûl Hukuku-Borçlar Hukuku-Eşya Hukuku-Miras Hukuku, Tıpkı 3. Bası, İstanbul 2010, sh. 156; Paul **Koschaker**/Kudret **Ayiter**, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, 7. Bası, Ankara 1983. Roma hukukunda köle, efendisinin malvarlığına dâhil olan *res mancipi* bir mal niteliğinde idi. Bkz. Türkân **Rado**, Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku, İstanbul 2001, sh. 211. Ayrıca bkz. Andreas B. **Schwarz**, Roma Hukuku Dersleri, 1. C., Tarihî Kısım ve Umumî Doktrinler (çev.: Türkân Basman), İstanbul 1943, sh. 227-228.

<sup>30</sup> Bkz. Jale **Akipek**/Turgut **Akıntürk**/Derya **Ateş Karaman**, Türk Medenî Hukuku, Cilt I, Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2010, sh. 238.

<sup>31</sup> Bernard **Edelman**/Marie-Angèle **Hermitte**, L'homme, la nature et le droit (éd.: Christian Bourgeois), Paris 1988, sh. 103; Michèle **Harichaux**, La protection des libertés et droits corporels, Libertés et Droits Fondamentaux, Paris 1995, sh. 19.

<sup>32</sup> Bkz. Roger **Nerson**, L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil, RTDC 1970, sh. 670; **Cornu**, Les Personnes, sh. 211.



yani insan, hukuken nasıl korunuyorsa, onun vücudu da aynı şekilde korunmalıdır<sup>33</sup>. Dolayısıyla, kişi ile vücudu arasında bir ayrıma gidilmesinde herhangi bir hukukî menfaat de bulunmamaktadır. Zira gerçek kişinin vücuduna yönelik olarak gerçekleştirilen herhangi bir saldırı, o kişiye yapılmış demektir<sup>34</sup>.

Buna karşılık, soyut bir varlık olarak kabul edilen kişilik ile, somut dışa vurum vasıtası olan insan vücudunun birbirinden ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunan, hâttâ bu ayrımı, kişinin kendi “bedensel zırhı” üzerinde gerçek bir hakka sahip olduğu düşüncesine kadar götüren görüşler<sup>35</sup> de ortaya atılmıştır.

İnsan vücudunu, “gerçek kişilik” kavramı ile bağdaştıran ve vücudun, gerçek kişiden bağımsız olarak ele alınmasını faydasız bulan düşünce bize de yanlış gelmemektedir. Gerçekten, insan vücudu içinde yer alan biyolojik maddeler, kişinin vücut tamlığı/bütünlüğü değeri<sup>36</sup> ile doğrudan ilişki içerisindedir. Dolayısıyla, kişinin vücut bütünlüğü değeri nasıl korunuyorsa, bu bütünlükten yararlanan organ, doku ve hücreler de aynı hukukî korumadan yararlanabilir<sup>37</sup>. Bilindiği gibi, kişinin vücut tamlığı, hayatı ile sağlığı, onun kişiliğine dâhil olan değerlerden sayılmaktadır<sup>38</sup>. Kişinin vücut bütünlüğü de, diğer kişilik değerleri gibi mutlak hak karakteri taşımakta; şahısvarlığı hakkı olarak nitelendirildiğinden, maddî değere sahip olmamakta, vazgeçilmesi, devredilmesi ve kural olarak mirasçıya geçmesi mümkün olmamakta ve zamanaşımına da uğramamaktadır.

<sup>33</sup> **Cornu**, Les Personnes, sh. 211.

<sup>34</sup> **Harichaux**, La protection, sh. 29.

<sup>35</sup> Bu görüşte, Jean-Pierre **Baud**, L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps, Paris 1993, sh. 22. Bu görüşe getirilen en büyük eleştiri, bu sayede, insan vücudunun “şeyleştirilmesi”, diğer bir deyişle, eşya hâline getirilmesi tehlikesidir. İnsan vücudu, “içinde barınan” kişiden arındırılmak istenmekte, bu yolla da, ticarî bir metâyâ dönüştürülmektedir. Bkz. **Dijon**, sh. 12-13.

<sup>36</sup> Vücut bütünlüğü, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde koruma altına alınmıştır. T.C. Anayasası'nın 17. maddesinin II. fıkrasında; “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbî tutulamaz*” denilmek suretiyle söz konusu değere, anayasal bir güvence kazandırılmıştır.

<sup>37</sup> **Haab/Simonius/Scherrer/Zobl**, Einleitung, No: 22. İnsan kökenli biyolojik maddelerin hukukî niteliğinin, bu maddelerin özgülenme amacına göre belirlenebileceğini savunan **Labbé**'ye göre, gerçek kişinin hizmetine özgülenen vücut, özgülenme süresi olan yaşam devam ettiği müddetçe, hukuken “gerçek kişi” kavramı içerisinde kabul görece ve kişiliğin korunması yollarından faydalanacaktır. Bkz. Xavier **Labbé**, Condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort, Lille 1990, sh. 57.

<sup>38</sup> Kemal **Oğuzman**/Özer **Seliçi**/Saibe **Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2010, sh. 145.

Bununla birlikte, “kişi” ile “beden”i birbiriyle bağdaştıran görüş, gerçek kişi ile eşdeğerde kabul ettiği “insan vücudu”ndan belirli amaçlarla organ, doku ya da hücre gibi parçaların alınması durumunda, vücuttan ayrılmış bu parçaların hukukî niteliği konusunda sessiz kalmaktadır. Bir bütün olarak insan vücudu, gerçek kişiye tanınan hukukî korumadan yararlanabilecek ise de, acaba, insan vücudundan nakil amacıyla elde edilen karaciğer parçası ya da bilimsel bir araştırmada kullanılmak üzere alınan saç teli de, bu korumadan faydalanabilecek midir?

İnsan vücudu içerisinde, ya da vücuda bağlı olarak varlığını sürdüren biyolojik maddeler, insan vücuduna sağlanan hukukî korumadan yararlandırılrsa da; esas tartışma, aşağıda da ele alınacağı gibi, meydana geldiği bedenden ayrılmış olan organ, doku ve hücreler açısından ortaya çıkmaktadır.

### **3- İnsan Vücudundan Ayrılmış Olan Biyolojik Maddelerin Hukukî Niteliği**

#### **a) Genel Olarak**

İnsan vücudu parçalarının ve bunlardan elde edilen ürünlerin, özellikle tıp uygulamalarındaki gelişmeler neticesinde önem kazanmasıyla birlikte, gerçek kişi ile onun vücudundan ayrılan parçalar arasındaki nitelik farkı iyiden iyiye belirginleşmiş; bu nedenle, insan vücudundan ayrılan biyolojik maddelerin hukukî niteliği hakkında yeni değerlendirmeler yapılması ihtiyacı doğmuştur.

Buna ilâveten, insan kökenli biyolojik maddelerin, sağlık ve araştırma sektörü içerisinde el değiştirmesine yönelik genel esaslara ilişkin yasal düzenlemelerin ortaya çıkması neticesinde, vücuttan ayrılan biyolojik maddelerin, insan vücudundan farklı bir hukukî statüde bulunduğu, yasa koyucu tarafından da kabul edildiği ileri sürülmüştür<sup>39</sup>.

<sup>39</sup> Bkz. Jean-Christophe **Galloux**, De corpore jus, Premières analyses sur le statut du corps humain, ses éléments et ses produits selon les lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994, Les Petites Affiches, 14 décembre 1994, sh. 18. İnsan vücudunu ve parçalarını korumaya yönelik hükümler içeren yasaların çıkarılması ile güdülen gerçek amacın, insan kökenli biyolojik maddelerin devrini kurala bağlamak bahanesiyle, bu maddeleri, devirlerine cevaz vermek suretiyle, eşya statüsüne sokmak olduğu iddia edilmektedir. Bu görüşü savunan, **Harichaux**, La protection, sh. 20.

Vücuttan ayrılan biyolojik maddelerin hukukî niteliği konusunda, yasal düzenlemelerde tatmin edici sonuçlar bulunmasa da, meselenin, mahkeme kararları vasıtasıyla bir nebze de olsa aydınlatılmaya çalışıldığı görülmektedir.

Vücuttan ayrılmış olan insan kanının hukukî statüsünün tartışıldığı önemli kararlardan biri, 1983 yılında Fransa’da yaşanmış olan hastalıklı kan skandalı sonucunda verilmiştir<sup>40</sup>. Mahkeme, kan bankasının belli bir miktar para karşılığında hastane işletmelerine ya da hastalara devrettiği kanın, ancak “eşya” statüsünde değerlendirileceğine hükmetmiştir.

*Daoud davası*<sup>41</sup> olarak bilinen bir başka davada ise bir tutuklu, kendi hakkında verilecek olan hükümle ilgili olarak, davaya bakan mahkemenin dikkatini çekmek ve tutukluluğunu protesto etmek için, Adalet Bakanı’na göndermek üzere serçe parmağını kesmiştir. Zamanında müdahalede bulunulamadığı için tutuklunun eline dikilemeyen parmak, kurum tarafından bir kavanoz içerisinde saklanmıştır. Tutuklu, daha sonra, parmağın kendisine iade edilmesi amacıyla mahkemeye başvurunca, mahkeme verdiği hükümde, vücuttan kopmuş olan bu parçayı, “eşya” statüsünde değerlendirmiştir. Somut olaya, müsadere edilen eşyanın iadesi

<sup>40</sup> Karara konu olan olay, Fransız Millî Kan Nakli Merkezi’nin, 1983 yılında, Fransa’da üretilen kan ürünleri ile tedavi görmüş fransız hemofili hastalarının bağışıklık sistemlerinde anomali tespit edildiğine dair raporu ile ortaya çıkmıştır. 1984 yılının aralık ayında ise, hemofili hastaları için üretilen ve binlerce verici tarafından verilmiş olan tüm kan ürünlerinin, hastalık taşıdığı tespit edilmiştir. Bunun yanında, kanlarda virüs bulunduğunu tespit eden raporlara rağmen, birçok kan merkezinin bu ürünleri kullanmaya devam ettiği sonradan anlaşılmıştır. Dava sırasında başvurulmuş olan bilirkişi raporlarında da, kan vericilerinin sağlık durumlarının ciddi bir biçimde araştırılması, hastalara nakledilecek olan kanların testlerden geçirilmesi ve kullanılmadan önce ısıtılması gibi bu zararlı sonucu engelleyecek olan tekniklerin, davalı kan merkezlerince uygulanmamış olması sebebiyle, bu merkezlerin zarardan sorumlu oldukları sonucuna varılmıştır. Bu önlemleri almamış olan merkezler, birçok hastanın kanlarına AIDS dâhil, hastalıklı virüs bulaşmasına sebebiyet vermişlerdir. Aleyhlerine açılmış olan bu davada, savunma haklarını kullanan kan merkezleri, kanın, eşya ya da ürün statüsünde olmadığı gerekçesine dayanmışlar ve sorumlu tutulabilmeleri için haklarında, üreticinin sorumluluğu hükümlerinin de uygulanamayacağı savında bulunmuşlardır. Mahkeme kararı için bkz. TGI Toulouse référé, 16 juillet 1992, JCP 1992, II, no: 21965. Kararın özeti için bkz. Marie-Angèle **Hermite**, *Le sang et le Droit, Essai sur la transfusion sanguine*, Paris 1996, sh. 280 ve Irma **Arnoux**, *Les droits de l’être humain sur son corps*, Bordeaux 1995, sh. 99.

İnsan kanı ve insan vücudundan ayrılan diğer organ ve dokuların, “ayıplı ürün” olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda bkz. Tuba **Akçura Karaman**, Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008, sh. 279, 286-288. Söz konusu maddelerin, üreticinin sorumluluğu alanında, ürün kapsamı içinde değerlendirilmesi ihtiyacının bulunduğu yönünde bkz. Ayşe **Havutçu**, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005, sh. 121.

<sup>41</sup> *Affaire Daoud*, TGI d’Avignon référé, 24.9.1985, Gaz. Pal. 14-15 février 1986, note Bertin. Kararın ayrıntılı özeti ve yorumu için bkz. Jean-Pierre **Baud**, *L’affaire*, sh. 11.

hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğine karar veren mahkeme, parmağın tutukluya iadesine hükmetmiştir.

İçtihatların yanı sıra, öğretide de, vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddelerin hukukî niteliği konusunda farklı görüşlerin ortaya atıldığı gözlemlenmektedir.

### **aa- İnsan Vücudundan Ayrılmış Olan Biyolojik Maddelerin Hukukî Niteliği Konusunda Ortaya Atılan Görüşler**

#### **aaa) Vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddeleri “eşya” olarak kabul eden görüş**

İnsan kökenli biyolojik maddelerin fiziksel yapı itibariyle, insan vücuduna bağlı olarak mevcudiyet sürdürmesi ya da vücuttan ayrılarak, bağımsız bir varlık hâline gelmesi, bu maddelerin hukukî statülerinin belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır<sup>42</sup>. Bu sebeple, insan vücudundan ayrılarak bağımsız birer varlık kazanan parçalar, vücuda bağlı olarak varlık gösteren parçalar kadar kolay ve tereddütsüz bir biçimde, meydana geldikleri gerçek kişinin vücut bütünlüğü değeri ile ilişkilendirilememektedir.

Vücuttan ayrılan biyolojik maddelerin “eşya” statüsünde değerlendirilmesi gerektiğini savunanlara<sup>43</sup> göre, hukuk düzeni, tedavi veya bilimsel amaçlı olarak,

<sup>42</sup> **Steinauer**, No: 65. Yazar, insan kökenli organ, doku ve hücrelerin vücuttan ayrılma ânının altını çizerek, bu ân itibariyle, maddenin eşya statüsüne girdiğini belirtmektedir (No: 65, dn. 6).

<sup>43</sup> Bkz. bu görüşte Denis **Piotet**, Quelques réflexions sur les limites juridiques du corps, Cahiers médico-sociaux, no: 39, 1995, sh. 69; **Steinauer**, No: 65; Charles **Joye**, Génome humain, droit des brevets et droit de la personnalité, Lausanne 2002, sh. 96; **Meier-Hayoz**, sh. 72; Otile **Pelet**, Organes, tissus, cellules: Loin du corps, loin de la personne?, Bern 2002, sh. 84; **Haab/Simonius/Scherrer/Zobl**, Einleitung, No: 22; Charles **Joye**, Statut juridique et réutilisation de l'échantillon biologique, L'analyse génétique humaine: Quelles perspectives législatives? (éd.: Charles Joye), Genève 2004, sh. 94; Oliver **Kälin**, Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB, Zürich 2002, sh. 87.

Türk hukukunda: Enis **Sarıal**, Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986, sh. 13; Kemal **Gürsoy**/Fikret **Eren**/Erol **Cansel**, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, sh. 23. Ayrıca bkz. Jale **Akıpek**/Turgut **Akıntürk**, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, sh. 28. Yazarlar, konunun tartışmalı olduğunu belirtmekle birlikte, çekilen dişler ile kesilen saçların eşya niteliğinde olduğunu ifade etmektedirler. İktisadî veya manevî değer taşımaları nedeniyle kan ve kesilen saçların, eşya niteliğinde olduğunu savunan yazarlar olarak bkz. Selahâttin Sulhi **Tekinay**/Sermet **Akman**/Halûk **Burcuoğlu**/Atillâ **Altop**, Eşya Hukuku, C. I, 5. Bası, İstanbul 1989, sh. 20. Bedenden herhangi bir nedenle ayrılmış bulunan parçaların, vücut bütünlüğü değeri kapsamına girmeyeceği ve ekonomik değer taşımaları hâlinde, bunların eşya niteliğinde sayılacakları yönünde bkz. Aydın **Zevkliler**/Beşir **Acabay**/Emre **Gökyayla**, Medenî Hukuk, Giriş- Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku- Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2000, sh. 403. İnsan vücudundan ayrılan parçaların taşınır eşya niteliğinde olduğu görüşünde ayrıca bkz. **Akçura Karaman**, sh. 288 ve Burak **Gemalmaz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2009, sh. 269. Yazar, bu maddeler açısından savunulan eşya niteliğinin, Avrupa Konseyi

insan vücudunun parçalarının devrine cevaz vermesine rağmen, devre konu olan bu varlıkların “eşya” olarak nitelendirilmesi konusunda her nedense, itirazlar ortaya atılmaktadır. Oysa mevcut hukuk sistemine göre, “kişi” ve “eşya” kavramları arasında bir kesişme kümesi olmadığı açıktır ve bu kurala göre de, bir varlık, bazı hâllerde “eşya” bazı hâllerde “kişi” olarak nitelendirilemez. Bundan hareketle, insan vücudundan ayrılmış olan bölümlerin, eşya sayılması da kaçınılmaz olmaktadır. Aynı görüş, vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddeleri kişiliğin bir uzantısı olarak kabul eden görüşü, bu maddelerin devredilebilmesinin, kişilik hakkının devredilmezliği ilkesi ile nasıl bağdaştığını açıklayamaması nedeniyle eleştirmektedir. Bu konuda *Labbée* şu örneği vermektedir: (A)’nın vücudundan alınan bir bacak, (B)’nin vücuduna nakledildiğinde, (A)’nın kişiliğinin bir unsuru, (B)’nin vücuduna intikâl etmiş sayılmaz, çünkü kişinin vücudundan ayrılan bir biyolojik madde, o “kişi” ile eş değerde değildir<sup>44</sup>.

Bazı yazarlar ise, insan vücudundan ayrılmış olan organ, doku ve hücrelerin “eşya” statüsünde olduğunu kabul etmekle birlikte, bu maddeleri, gerek nitelikleri<sup>45</sup>,

---

tarafından hazırlanarak 18.5.1954 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, mülkiyet hakkına yer veren 1 no’lu protokolüne (İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesinin, Sözleşmede Hâlihazırda Yer Alanlardan Başka Belli Hakları ve Özgürlükleri Güvence Altına Alan Protokol No: 1) de uygun olduğunu belirtmektedir.

Fransız Hukukunda: **Arnoux**, sh. 80. Aynı görüşte Jean-Pierre **Baud**, *Présentation du corps en personne*, Cahiers médicaux-sociaux 1995, vol. 39, sh. 59. Belçika hukukunda aynı yönde bkz. Yves-Henri **Leleu**/Gilles **Genicot**, *Le droit médical, Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Bruxelles 2001, sh. 123, 222.

Fransız doktrininden farklı olarak, Alman doktrininde bu görüşü savunanlar çoğunluktadır. Bu yazarlar için bkz. (**Joye**, *Génome*, sh. 96 ve **Pelet**, sh. 28-29’dan naklen): Rolf **Müller**, *Die kommerzielle Nutzung menschlicher Körpersubstanzen, Rechtliche Grundlagen und Grenzen*, Berlin 1997, sh. 35; Joachim **Maier**, *Der Verkauf von Körperorganen: Zur Sittenwidrigkeit von Übertragungsverträgen*, Heidelberg 1991, sh. 11; Hans-Jürgen **Rieger**, „Verkauf“ von Körperbestandteilen an die pharmazeutische Industrie, *Deutsche Medizinische Woche* 1978, sh. 290; Hans-Dieter **Lippert**, *Zur Zulässigkeit medizinischer Forschung an menschlichen Körpermaterien*, *Medizinrecht* 1997, sh. 458; Hermann **Schuenemann**, *Die Rechte am menschlichen Körper*, Frankfurt 1985, sh. 58-59; Jochen **Taupitz**, *Privatrechtliche Rechtspositionen um die Genomanalyse: Eigentum, Persönlichkeit, Leistung*, *JZ* 1992, sh. 1092; York **Schnorbus**, *Schmerzensgeld wegen schuldhafter Vernichtung von Sperma*, *JuS* 1994, sh. 832; Burkhard **Wichmann**, *Die rechtlichen Verhältnisse des menschlichen Körpers und der Teile, Sachen, die ihm entnommen, in ihn verbracht oder sonst mit ihm verbunden sind*, Berlin 1995, sh. 9.

<sup>44</sup> Bkz. **Labbée**, sh. 52.

<sup>45</sup> “Dış eşya” (*choses extérieures*), “dokular ve yenilenebilir ürünler” (*tissus et produits régénérables*) ve “yaşamsal önemi haiz eşya” (*choses vitales au principe de vie*) olmak üzere, insan kökenli biyolojik maddeleri, üç büyük kategoride toplayan **Galloux**, yapmış olduğu bu ayrıma rağmen, insan vücudundan ayrılmış tüm parçaların eşya statüsünde olduğunu belirtmektedir. Bkz. Jean-Christophe **Galloux**, *De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant*, *RRJ* 1989, sh. 538.

gerekse hizmet ettikleri amaçları<sup>46</sup> göz önünde bulundurarak, farklı tasniflere sokmuşlardır<sup>47</sup>. Aslına bakılacak olursa, öğretisi içerisinde, insan kökenli biyolojik maddeler hakkında, *sui generis* (kendine özgü yapısı olan) bir statü tanınması gereğini savunanların sayısı da küçümsenmeyecek derecededir. Ne var ki, bu görüş dahi, “kişi” ve “eşya” başlıklı *summa divisio*’nun (temel ayrımın) hüküm sürdüğü mevcut hukuk anlayışının, üçüncü bir hukukî statüyü kabul etmeye hazır görünmediğini itiraf etmektedir<sup>48</sup>.

### bbb) Vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddelerin “eşya” niteliğinde olmadığını kabul eden görüş

İnsan vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddelerin, hukuken “eşya” olarak nitelendirilmesi yönünde ortaya atılan görüş, birçok karşıt fikri de beraberinde getirmiştir. Bu maddelerin eşya statüsünde olmadığını savunanların gösterdikleri belki de en haklı gerekçe, “*Bir şey, nasıl olur da, hem piyasada işlem göremez, haczedilemez, belli bir ivaz karşılığında devir ve temlik edilemez, maddî değeri belirlenemez ve buna rağmen eşya olarak kabul edilir?*” sorusuna rahatlıkla yanıt verilememiş olmasıdır<sup>49</sup>. Bununla birlikte, biyolojik maddelerin, bağlı oldukları

<sup>46</sup> **Labbée**, sh. 276. Bu sebeple, yazar tarafından, amaca yönelik bir ayrım yapılarak, “kişi amaçlı/kişiyeye özgülenen varlık” (*personne par destination*) ve “eşya” olmak üzere iki ayrı kategori yaratılması önerilmiştir. Bkz. aynı yazar, sh. 267. İnsan vücudunun parçaları, bir başka kişiyeye nakledilmek amacıyla, diğer bir kişiden alınmışsa, alınan bu parça, “kişi amaçlı” sayılarak, kişiliğin korunma yollarından yararlanabilmeli; kişilerin yararına kullanılması amaçlanmayan diğer tüm parçalar ise tam anlamıyla “eşya” olarak kabul edilmelidir, **Labbée**, sh. 269.

Yazar, görüşünü şöyle açıklamaktadır: Bazı eşyalar, kişinin hizmetine ya da yararına özgülenirse, kişilik mertebesine ulaşmaktadır. Örneğin, metalden yapılmış bir bacak protezi, aslına bakıldığında bir eşyadır, fakat ne zaman ki bu eşya, kişinin hizmetine özgülenerek, onun vücuduna takılır, o ândan itibaren, vücuduna takıldığı kişinin kişilik değerinin bir parçası olur. İnsan kökenli biyolojik maddeler de buna göre değerlendirilmelidir. Bir biyolojik madde, vericinin vücudundan ayrıldığı ândan itibaren, özgülenme ilişkisi sona erdiği için, eşya mertebesine iner. Ancak, bir madde, şayet, bir başka kişinin vücuduna nakledilmek üzere vericinin vücudundan ayrılmışsa, bu takdirde, alıcının kişilik değerinin bir parçası hâline gelir. Bkz. **Labbée**, sh. 267-269.

<sup>47</sup> **Arnoux**, insan vücudundan ayrılmış olan saç, diş, tırnak gibi satışına herhangi bir yasal engel bulunmayan parçaların eşya niteliğinde olduğunu savunmaktadır. Bkz. **Arnoux**, sh. 82. **Baud** ise, vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddelerin ticarete konu olup olmamaları ile, bu maddelerin hukukî nitelikleri arasında bir irtibat bulunmadığını iddia etmektedir. Yazara göre, kanın ticarete konu olup olamayacağı tartışılabilir, ama eşya olduğu tartışılmaz. Bkz. **Baud**, L’affaire, sh. 194.

<sup>48</sup> Bkz. **Baud**, L’affaire, sh. 11. Yazar, insan vücudunun gerek bütünüyle gerekse parçaları itibarıyla, gerçek kişiden ayrı olarak değerlendirilmeye başlanmasıyla birlikte, bunların eşya olarak kabulünün zorunlu olduğunu ifade etmektedir. Bu da, çok da zor olmayan bir çıkarımdan kaynaklanmaktadır. Zira vücut ve parçaları, kişi değilse, ancak eşya olabilir. Benzer görüşte olan **Labbée**, sh. 276. Yazar, ortada başka bir kategori olmadığı için, kararını bu şekilde verdiğini itiraf etmektedir.

<sup>49</sup> Bkz. Marie-Angèle **Hermitte**, Le corps hors du commerce, hors du marché, Archives de Philosophie du droit no: 33, 1988, sh. 339. Yazar, insan vücudu ve parçalarının, nitelik itibarıyla,

ve meydana getirdikleri insan ile aynı öze sahip olduğu gerçeği<sup>50</sup> de göz önüne alındığında, akla şöyle bir soru da gelebilecektir: İnsan, kendini oluşturan ve bir anlamda var eden parçalara sahip olup, bunların tamamı ya da bir kısmı üzerinde tasarrufta bulunabilir mi?

Vücuttan ayrılan organ, doku ve hücrelerin eşya olarak nitelendirilemeyeceğini savunanların büyük bir kısmı, Roma hukuku kaynaklı hukuk sistemlerinde hâkimiyet sürmekte olan “eşya” ve “kişi” adı altındaki iki temel ayrımın, insan kökenli biyolojik maddelerin hukukî niteliğinin belirlenmesi ihtiyacına yanıt vermede yetersiz kaldığını ileri sürmektedir<sup>51</sup>. Bu düşünceye göre, söz konusu iki temel başlık dışında yeni bir kategori yaratılması kaçınılmaz olmuştur ve bu görevi üstlenmek de öğretiyeye düşmektedir.

Gerçekten öğretiyeye, yeni kategorinin nasıl şekillenmesi gerektiği konusunda ilginç örnekler sunmaktadır. Biyolojik maddeleri, “içinden kişiliği çıkarılmış canlı varlık” olarak tanımlayanlar<sup>52</sup> olduğu gibi, bu maddeler için “mâmelek dışı (malvarlıksal olmayan) 'extrapatrimonial' eşya” kavramını ortaya atanlar<sup>53</sup> ile “insan kökenli ve insan amaçlı eşya” adı altında isim üretenler<sup>54</sup> de bulunmaktadır.

İnsan vücuduna bağlı olarak varlığını sürdürürken, gerçek kişiye hizmet eden ve kişiliğe sağlanan hukukî korumadan faydalanan biyolojik madde, vücuttan ayrıldıktan sonra bağımsız bir varlık kazanmakta ve hakkında eşya hukuku

---

ticarî işlemlere konu olamayacağını, bu nedenle de eşya sayılamayacaklarını belirtmektedir. **Hermitte**, insan kökenli tüm biyolojik maddeler için “insan kökenli ve insan amaçlı varlık” (*chose d'origine humaine et à finalité humaine*) adı altında özel bir statü öngörmekte ve söz konusu maddelerin bu suretle, eşyanın yararlanmadığı bazı hukukî korumalardan da yararlanabileceğini savunmaktadır. Aksi görüşte **Labbé**, sh. 276-277. Yazara göre, tüm bu özellikler, bir eşyayı eşya olmaktan çıkarıp, kişi hâline getiremeyeceği gibi, o eşya üzerindeki aynı hakkı da, kişilik hakkına dönüştürmeye yetmeyecektir. Türk hukukunda **Havutçu** ise, insan kanı ve organlarının, vücuttan ayrıldıktan sonra dahi, taşınır eşya olarak nitelendirilemeyeceğini savunmaktadır. Bkz. **Havutçu**, sh. 121. Buna karşın yazar, söz konusu maddelerin, üreticinin sorumluluğu alanında “ürün” kapsamı içinde değerlendirilebileceğini ifade etmektedir (sh. 121).

<sup>50</sup> Muriel **Fabre-Magnan**, Propriété, patrimoine et lien social, RTDC 1997, sh. 593.

<sup>51</sup> **Baud**, L'affaire de la main, sh.11

<sup>52</sup> “*Vivant humain détaché de la personne*” kavramını öneren Jean-Louis **Baudouin**/Catherine **Labrusse-Riou**, Produire l'homme: De quel droit? Etude juridique et éthique des procréations artificielles, Paris 1987, sh. 193-194. Yazarlar, burada, yaşam sürmesine rağmen, hak ehliyeti olmayan, kişi ile eşya arası bir varlığı tasavvur ederek bu kavramı ortaya koymuşlardır.

<sup>53</sup> **Fabre-Magnan**, sh. 611

<sup>54</sup> **Hermitte**, Le corps, sh. 339.

kurallarının uygulanabilmesi yoluyla diğer insanlara da yarar sağlayabilmektedir. Şüphesiz bu uğurda, vücuttan ayrılmış dahi olsa, nihayetinde insandan elde edilen tüm biyolojik maddeleri katı bir eşya tanımı içine sokarak, bu maddelerin, aynı zamanda bünyelerinde kişiliği oluşturan değerleri de ihtiva edebileceği ve kişilik değerlerinin birer uzantısı olarak ele alınabileceği ihtimâlini görmezden gelmek de isabetli olmayacaktır. Konuyu, biyolojik maddeler üzerinde hangi hakların tesis edilebileceği meselesini incelerken daha detaylı bir biçimde açıklamaya çalışacağız.

### **b) Özel Olarak: Üreme hücreleri ve genetik materyal**

Aşağıda inceleyeceğimiz gibi, özellikle yabancı öğretiye bakıldığında, vücuttan ayrılmış olan bazı biyolojik madde türleri üzerinde, diğerlerine nazaran daha ağırlıklı olarak durulduğu ve bazı maddelerin, vücuttan ayrılmış olan diğer biyolojik maddelerden farklı bir hukukî niteliğe sahip olduğunun savunulduğu görülmektedir.

Bu bakımdan, vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddelerin hukukî niteliği konusunda ileri sürülen fikirlerin ortaya konulmasından sonra, diğer biyolojik maddelere göre farklı özellikler taşıdığı savunulan bu maddelerin hukukî niteliği üzerinde yürütülen tartışmalara da göz atılmasının, çalışmamız açısından yararlı olacağına inanıyoruz.

#### **aa- Üreme hücreleri**

Öğretide, insan üreme hücreleri ya da diğer adıyla gametlerin, insan türüne ait kalıtsal özellikleri, gelecek nesillere aktarmak ve bu türden yeni bireylerin oluşmasını sağlamak bakımından, önemli bir işlev gördüğü ve bu nedenle, diğer hücrelerden farklı bir hukukî niteliğe sahip olduğu savunulmaktadır<sup>55</sup>. Özellikle son yıllarda yapay dölllenme tekniklerinin çeşitlenmesi ve üreme hücreleri üzerinde tıbbî müdahale ve deneylerin yaygınlaşması sonucunda, bu hücrelerin, hukukî zeminde de önemi artmış, birçok ülkede kanun koyucu, konuyu düzenleyici ve sınırlayıcı

<sup>55</sup> **Baudouin/Labrusse-Riou**, sh. 195. Daha çok Fransız hukukunda ortaya atılan bu görüş, özellikle günümüzdeki üremeye yardımcı sağlık uygulamalarının, en ufak bir tereddüt dahi duymadan, insan üreme hücrelerini devredilebilir, stoklanabilir, dağıtılabılır hâle getirerek, bu maddeleri bir anlamda “şeyleştirdiğini” işaret etmekte ve bunu eleştirmektedir. Benzer görüşte, **Galloux**, De la nature juridique, sh. 534, 535.



hükümler ortaya koyarken, mahkemeler de bu hücrelerin hukukî niteliğinin belirlenmesinde çözüm arayışına girmiştir.

Üreme hücrelerinin, mahkeme kararına konu olduğu ilginç davalardan biri Fransa'da açılmıştır. Kararda<sup>56</sup>, üreme hücrelerinin hukukî niteliği konusunda kesin bir söz söylenmemiş olmasına karşılık, spermın insan neslinin devamına hizmet eden bir unsur olduğu ve ticarete konu edilebilecek türden bir eşya olmadığı tespitinde bulunulmuştur. Davaya konu olan olayda, davacı kadının kocası 1981 yılında yakalandığı testis kanseri nedeniyle, sperm örneğini, sperm inceleme ve muhafaza merkezi olan CECOS (Centre d'Etudes et du Conservation du Sperme)'a vermiş ve bundan iki yıl sonra da hayatını kaybetmiştir. Kocasının ölümü neticesinde, adı geçen merkeze giderek bırakılmış olan sperm örneğinin kendisine verilmesini talep eden davacının bu isteği, merkez tarafından reddedilince, olay mahkemeye intikâl etmiştir. Mahkeme, yaptığı inceleme sonucunda, merkezin, saklamakta olduğu sperm örneğini, davacıya iade etmesine hükmetmiş, ancak davaya konu olan biyolojik maddenin hukukî niteliğini belirlemekten kaçınmıştır. Mahkeme yalnızca, spermın, alışverişe konu edilecek bir eşya statüsünde olmadığını; bunun, insanın üremesine hizmet eden ve içerisinde yaşamsal özellikler barındıran bir salgı olduğunu belirtmekle yetinmiştir. Ayrıca mahkeme, ölmüş eş ile merkez arasında gerçekleştirilmiş olan sözleşmenin, “organ bağı” kapsamında değerlendirilemeyeceğine hükmetmiş, buna gerekçe olarak da, sperm ile insan vücudunun diğer organları arasındaki doğal nitelik farkını göstermiştir.

İnsan vücudundan ayrılmış olan üreme hücrelerinin hukukî niteliği konusundaki bir başka karar da, 1993 tarihli bir Alman mahkemesi tarafından verilmiştir<sup>57</sup>. Davaya konu olan olayda, çocuk sahibi olma yeteneğini tamamen ortadan kaldıracak nitelikte bir tıbbî operasyon geçirecek olan davacı, spermelerini, daha sonra kullanabileceğini düşünerek, muhafaza edilmesi için bir kliniğe bırakmıştır. Saklama kapasitesinin kısıtlı olması nedeniyle, klinik, belli bir süre sonunda davacıya bir mektup yollayarak, spermelerinin saklanmasına devam edilip edilmeyeceği hakkında soru yöneltmiş ve kendilerine dört hafta içerisinde yanıt

<sup>56</sup> L'affaire *Parpalaix*, TGI de Créteil 1<sup>er</sup> août 1984, Gaz. Pal. 1984 II sh. 560; JCP 1984 II 20321 note Corone; RTDC 1984 sh. 703, obs. J. Rubellin-Devichi. Karar için ayrıca bkz. aşağıda dn. 557.

<sup>57</sup> BGHZ 124, 52; NJW 1994, sh. 127. Karar ile ilgili olarak ayrıca bkz. dn. 230.

verilmediği takdirde, sperm numunesinin imhâ edileceğini bildirmiştir. Davacının, numunenin saklanmasına devam edilmesini istediğine dair mektubun kliniğe ulaşmasına rağmen, bilgi, davacının dosyasına işlenmeyerek, spermler klinikçe imhâ edilmiştir. Yeni evlendiği karısı ile, dondurulmuş olan spermlerinin kullanılması yoluyla çocuk sahibi olmaya karar veren davacı ise, bu amaçla kuruma başvurduğunda olayı öğrenerek, kliniğe tazminat davası açmıştır.

Davaya bakan mahkeme, Alman hukukunda çoğunlukla vücuttan ayrılmış olan spermin -vücuttan ayrılmış diğer parçalar gibi- “eşya” sayılması gerektiğini savunan görüşten farklı bir görüş benimsemiş ve kliniğin, davacının vücut bütünlüğü değerini ihlâl ettiği sonucuna varmıştır.

İnsan sperminin, hem mülkiyet hakkına konu olan, hem de kişilik değeri ile doğrudan bağlantılı bir eşya olduğu, 1996 tarihli bir Amerikan mahkemesi kararında<sup>58</sup> dile getirilmiştir. Davaya konu olan olayda, William Kane adında bir kişi, ölmeden önce saklanması amacıyla sperm bankasına vermiş olduğu sperm örneklerinin, kendi ölümünden sonra kız arkadaşına teslim edilmesini istemiştir. Kane’in intihar etmesi sonucunda, sperm örneklerinin, kime verileceği konusunda bir uyuşmazlık ortaya çıkmıştır. Kane’nin çocukları, terekeye dâhil olduğunu iddia ettikleri sperm örnekleri üzerinde, yalnızca kendilerinin hak sahibi olduğunu ileri sürmüş ve bu maddenin imhâ edilmesini talep etmişlerdir. Mahkeme ise, kişinin, kendi spermleri üzerinde “mülkiyet benzeri” bir hakka sahip olduğunu kabul etmekle birlikte, sperm üzerindeki hakkın aynı zamanda kişinin üreme hakkı ile doğrudan bağlantılı olduğunu göz önünde bulundurmuş ve spermin akıbetinin belirlenmesi konusunda yalnızca, spermi veren kişinin söz hakkına sahip olabileceğine karar vermiştir. Bu nedenle, sperm örneklerinin, ölen kişinin iradesi doğrultusunda kız arkadaşına teslim edilmesi gerektiğine hükmeden Mahkeme, bu kişinin spermlerden yalnızca yapay dölllenme tekniklerinde kullanılmak üzere yararlanabileceğini ve bunlar üzerinde başka amaçlarla tasarrufta bulunamayacağını öngörmüştür.

Yargı kararları dışında, öğretilerde de vücuttan ayrılmış olan üreme hücrelerinin hukukî niteliği üzerinde durulduğu görülmektedir. Bir görüş, insan üreme hücrelerini oluşturan yumurta ve spermlerin, vücuttan ayrılmış olan diğer doku ve hücrelerden

<sup>58</sup> Bkz. *Hecht v. Superior Court*, 59 Cal. Rptr. 222 (1996).

farklı bir hukukî statüde bulunduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, kişinin genetik özelliklerini içinde barındıran ve bu materyali sonraki nesillere aktarma potansiyeline sahip olan üreme hücreleri, kişiliğin bir parçası olarak kabul edilmelidir<sup>59</sup>.

Üreme hücrelerinin, kişiliği oluşturan unsurlardan birini oluşturduğunu iddia eden *Labbée*, görüşünü, insan vücudu ile bir paralellik kurarak izah etmektedir<sup>60</sup>. Yazar, alışverişe konu edilmelerinin hukuk düzeni tarafından engellenmiş olması sebebiyle, insan üreme hücreleri ile insan vücudunu aynı statüde değerlendirmektedir<sup>61</sup>. Kanımızca, bu düşünce şu açıdan eleştirilebilir: Gerçek kişi, bir bedeni olamadan varolamaz. Bu bakımdan, bir bedenin, kendisinde vücut bulan gerçek kişiden bağımsız olarak ve bu kişinin yaşamına engel olmadan varlık sürdürebilmesi mümkün değildir. Oysa sperm ya da yumurta, her ne kadar kişilerin genetik bilgilerini sonraki nesillere aktarabilme özelliğine sahip olan biyolojik maddeler olsalar da, bunların, meydana geldikleri kişilerden bağımsız olarak ve bu kişilerin yaşamlarına etki etmeden varlıklarını sürdürebilmeleri mümkündür.

Vücuttan ayrılmış olan üreme hücreleri için *sui generis* bir statü öneren *Cornu* ise, bu maddeleri, “genetik güç” olarak adlandırmaktadır<sup>62</sup>. Gerçekten, nasıl ki doğal bir güç olan elektrik enerjisi, içinde barındırdığı enerji kaynağını binlerce kilometre uzaklıktaki yerleşim alanlarına, iletim hatları ile iletmektedir, üreme hücreleri de, vücuttan ayrılan diğer hücrelerden farklı olarak, yaşam kaynağını içinde barındırmakta ve üreme faaliyeti sayesinde bu kaynağı sonraki nesillere

<sup>59</sup> Bkz. bu görüşte Olivier **Guillod**, Implications juridiques de certains progrès scientifiques dans le domaine de la procréation et du génie génétique, Aspects du droit de la personnalité, SJ 1986, sh. 118. Yazar, üreme hücrelerinin, en çok eşya kavramı ile benzerlik taşıdığını, ancak yine de, bunların eşya olmadığı görüşündedir. Aynı görüşte, Jean **Guinand**, Implications juridiques de certains progrès scientifiques dans le domaine de la procréation et du génie génétique, Aspects contractuels, SJ 1986, sh. 127. **Guinand**, üreme hücrelerinin, eşya gibi, başkalarına devir ve temlik edilebilir olma fikrine karşı çıkmaktadır. Benzer görüşte bkz. Cyril **Hegnauer**, Künstliche Fortpflanzung und Vertrag, Mélanges Paul Piotet, Recueil de travaux offerts à M. Paul Piotet, Bern 1990, sh. 70 (**Pelet** sh. 31’den naklen). Yazar, üreme hücrelerinin, eşyanın hukukî anlamdaki tüm özelliklerini taşımasına rağmen, eşya olarak değerlendirilemeyeceğini, bunların tam anlamıyla, „Teile der Persönlichkeit“ (kişiliğin parçaları) olduğunu savunmaktadır. Ayrıca bkz. **Baudouin/Labrusse-Riou**, sh. 195.

<sup>60</sup> **Labbée**, sh. 343.

<sup>61</sup> Bkz. **Labbée**, sh. 343.

<sup>62</sup> Bkz. **Cornu**, Les Personnes, sh. 222; Gérard **Cornu**, Droit civil: La famille, Paris 2003, sh. 457.

aktarmaktadır<sup>63</sup>. Bu düşüncenin bir sonucu olarak, vücuttan ayrılmış olan üreme hücreleri “eşya” kavramına dâhil edilemeseler bile, genetik güç üzerindeki hak da, tıpkı doğal güç ve enerji üzerindeki hakla aynı şekilde, hukukî korumadan yararlanabilecektir<sup>64</sup>.

Öğretide, üreme hücrelerinin, vücuttan ayrılmış olan diğer tüm doku ve hücreler gibi eşya statüsünde olduğunu savunanlar<sup>65</sup> da bulunmaktadır. Bu görüşü savunanlardan *Pelet*, insan üreme hücrelerinin eşya olarak nitelendirilemeyeceğini, zira bu hücrelerin kullanılması için kendisinden hücre alınan kişinin (vericinin) rızasının şart olduğu gerekçesinin ileri sürülmesine karşılık, bu gerekçenin, üreme hücresinin eşya niteliğinde olduğu görüşünü haksız çıkarmada yetersiz kaldığını ifade etmektedir<sup>66</sup>. Nitekim üreme hücrelerinin bir amaç doğrultusunda kullanılabilmesi için mutlaka vericinin rızası gerekiyorsa, mâlikin de, mülkiyet hakkına sahip olduğu eşyanın başkaları tarafından kullanılabilmesi için rıza göstermesi gerektiği tartışma götürmez bir gerçektir<sup>67</sup>.

Biz ise, üreme hücrelerinin hukukî niteliği hakkındaki kişisel görüşümüzü, insan kökenli biyolojik maddelerin hukukî niteliği konusunda gündeme gelebilecek müesseseler konusunu<sup>68</sup> inceledikten sonra açıklayacağız.

### **bb- DNA molekülü (Genetik materyal)**

DNA molekülü üzerinde yapılan çalışmalar, her insanın genetik kimliğinin farklı olduğunu ve bu yapının ancak beş milyarda bir oranla bir başka kişinin DNA’sı ile benzer olabileceğini ortaya koymaktadır. Bu özelliği taşıması nedeniyle DNA

<sup>63</sup> **Cornu**, Les Personnes, sh. 222, dn. 26.

<sup>64</sup> Doğal güçler üzerindeki hakkın korunması konusunda bkz. Kemal **Oğuzman**/Özer **Seliçi**/Saibe **Oktaç Özdemir**, Eşya Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2009, sh. 588; **Akıpek/Akıntürk**, sh. 580; Ferit H. **Saymen**/Halit K. **Elbir**, Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), İstanbul 1954, sh. 426-427; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 709-710; Hüseyin **Hatemi**/Rona **Serozan**/Abdülkadir **Arpacı**, Eşya Hukuku, İstanbul 1991, sh. 304.

<sup>65</sup> Bu görüşteki yazarlar için bkz. **Pelet**, sh. 63; Claudia **Schaumann**, Die Heterologe künstliche Insemination, Verhältnis zwischen Samenspender und Samenvermittler, Fribourg 1991, sh. 63-65. **Schaumann**, sperm ve yumurtanın, teknik anlamda eşya sayılamaması için hiçbir neden bulunmadığını belirtmektedir (**Pelet**, sh. 31’den naklen).

<sup>66</sup> **Pelet**, sh. 31.

<sup>67</sup> **Pelet**, sh. 31.

<sup>68</sup> Bkz. aşağıda Böl. 1, §2.

molekölü, kişinin “genetik parmak izi” olarak da nitelendirilebilir<sup>69</sup>. DNA molekülü ya da genetik materyal, kişinin vücudundan alınan ya da vücuttan dökülen veya kopan saç, deri parçası, tırnak veya kan gibi her çeşit biyolojik madde içinde bulunmaktadır. Belli bir kişiye ait olan DNA molekülünün ortaya çıkarılması amacıyla, gerek hukuk gerekse ceza yargılamasında DNA analizi tekniklerine başvurulmaktadır. Örneğin, kendisini öldürmeden önce katiliyle boğuşarak, onun yüzünü tırnaklayan kadın maktûlün tırnaklarının içinde bulunan deri parçalarından elde edilen DNA molekülü ile katilin genetik kimliği, beş milyarda birlik bir yanılma payı ile tespit edilebilmektedir<sup>70</sup>. DNA molekülünde yer alan bilgilerin ortaya çıkarılması, kişilerin, ileriki yaşlarda yakalanabilecekleri genetik hastalıklar hakkında bilgi sahibi olmaları veya doğacak olan bir çocuğun, özürli olup olmadığı konusunda önceden haberdar olunması bakımından da önem arz etmektedir<sup>71</sup>.

Hukukî bakış açısı, insan kalıtımında en önemli rolü oynayan kromozomları oluşturan DNA moleküllerini iki farklı yönüyle ele almaktadır. Bunlardan ilki, moleküllerin maddî (fiziksel) yönü, diğeri ise maddî olmayan ya da işlevsel yönüdür<sup>72</sup>. İnsan DNA’sının maddî yönü, onun, insan vücudunu oluşturan hücreler içerisinde yer almasını, diğeri bir deyişle, insan hücresiyle olan fiziksel bağıllığını ifade eder. DNA’nın işlevsel yönü ise, kişinin genetik bilgilerinin uzun süreli olarak depolanması ve sonraki nesillere aktarılması şeklinde kendini gösterir<sup>73</sup>.

---

<sup>69</sup> Bkz. Vincent **Stauffer**, Les Secrets et la Détermination des Liens Biologiques Entre Individus par des Tests Génétiques, (éd.: Piermarco Zen-Ruffinen) Les Secrets et Le Droit, Genève 2004, sh. 170; **Harichaux**, La protection, sh. 154; **Arnoux**, sh. 125; Jean-Christophe **Galloux**, Essai de définition d’un statut juridique pour le matériel génétique, Bordeaux 1988, sh. 53-54; Sandrine **Rohmer**, Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée: Les exemples des profils d’ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique, Genève 2006, sh. 49-50.

<sup>70</sup> Örnek için bkz. Bahri **Öztürk**/Durmuş **Tezcan**/Mustafa Ruhan **Erdem**/Özge **Sırma**/Yasemin **Saygılar**/Esra **Alan**, Nazarı ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009, sh. 311.

<sup>71</sup> Bkz. Yusuf **Büyükay**, Gen Analizleri ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler, AÜEHFD, C. 9, S. 3-4, 2005, sh. 364.

<sup>72</sup> **Guillod**, Aspects du droit, sh. 118. Yazar, hukukî bakımdan, molekülün işlevsel yönünün aslı, fiziksel yönünün ise tâli öneme sahip olduğunu belirtmektedir. Ayrıca bkz. Noël **Mazen**, Réflexions juridiques sur le matériel génétique de l’homme, Bioéthique et droit, Etudes rassemblées par Raphaël Draï et Michèle Harichaux, Paris 1988, sh. 195.

<sup>73</sup> Florence **Bellivier**/Laurence **Boudouard-Brunet**, Les ressources génétiques et les concepts juridiques de patrimoine, Le droit saisi par la biologie, Colloque sur la protection juridique de la personne face aux risques biotechnologiques, 11 juin 1987, Paris 1996, sh. 183. Ayrıca bkz. **Rohmer**, sh. 35, 45.

İncelediğimiz hukuk sistemleri içerisinde, DNA moleküllerinin hukukî niteliğini belirleyen yasal bir düzenlemeye rastlanmadığı gibi, konunun, yargı kararlarına da henüz yansımadağı görülmektedir. Yalnız, yabancı öğretiye bakıldığında, çok sınırlı da olsa mesele üzerinde durulmaya başlandığı söylenebilir. Özellikle Fransız hukukunda, insan kökenli biyolojik maddelerden bağımsız olarak, insan genetik materyalinin hukukî niteliği üzerinde tartışmalar yapılmaktadır. Bu tartışmalar neticesinde ortaya çıkan baskın görüşün, eşya lehine gerçekleştiğini söyleyebiliriz<sup>74</sup>. Bunun yanında, insan kökenli diğer biyolojik maddelerin hukukî niteliği hakkında yapılan doktriner tartışmalarda olduğu gibi, bu maddeleri de içine alan *sui generis* bir kategori oluşturulması fikri de ortaya atılmıştır<sup>75</sup>. Ancak öğretilerde, genetik materyalin hukukî statüsünden ziyade, kişinin bu materyal üzerinde sahip olduğu hakkın hukukî niteliği konusuna rağbet edildiği gözlemlenmektedir<sup>76</sup>.

Bilimdeki gelişmeler neticesinde ortaya çıkan yeni buluş ve kavramların, hukukî bir altyapıya kavuşturulma isteği, kimi yazarlar tarafından ise kıyasıya eleştirilmektedir. Hukukun, bu suretle “biyolojileştirildiğini” savunan görüş<sup>77</sup>, bunun yerine, meseleye faydacı bir bakış açısıyla yaklaşılması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, insan vücudu hukuk düzeni tarafından korunduğuna ve DNA molekülü gibi genetik materyaller de insan vücudunun parçaları olduğuna göre, hukuk düzeninin bu parçaları da koruyacağına şüphe yoktur. O hâlde, bu parçaların hukukî niteliğine bir isim bulma çabasının amacı nedir<sup>78</sup>?

Amaç ne olursa olsun, yukarıda çeşitlerini ortaya koymaya çalıştığımız insan kökenli biyolojik maddelerin hukukî niteliğinin ne olduğu konusunda, öğretilerde farklı düşüncüler bulunduğu açıktır. Ancak bu düşünceler çoğu zaman, hukukî gerekçeden

<sup>74</sup> DNA molekülünün maddî ve işlevsel yönleri itibariyle eşya sayılması gerektiğini söyleyenler, **Arnoux**, sh. 131, 132; **Bellivier/Boudouard-Brunet**, sh. 182-186; **Pelet**, sh. 63. İnsan kökenli diğer tüm parçalar gibi, DNA molekülünün de, vücuttan ayrılmasıyla birlikte eşya olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan **Galloux**, De la nature juridique, sh. 535, 536.

<sup>75</sup> Bu görüş için bkz. **Mazen**, sh. 196.

<sup>76</sup> Bu konudaki açıklamalar için bkz. Böl. 1, §3.

<sup>77</sup> Loïc **Cadiet**, La notion d’information génétique en droit français, La génétique humaine: De l’information à l’informatisation, Paris 1992, sh. 51. Yazar, hukuk ile bilim arasında her zaman belli bir mesafenin bulunması gerektiğinin altını çizmekte, hukukî muhakemenin, bilimsel temeller üzerine oturtulmaya çalışılmasının, insanı yanlış yerlere götürebileceğini, zira, bilimin ortaya koyduğu sonuçların her zaman geçici olduğunu, oysa hukukun, niteliği gereği, bu tür muğlaklıkları içine sindiremeyeceğini savunmaktadır.

<sup>78</sup> **Cadiet**, sh. 56.

yoksun bir biçimde, kişisel kanaatler olarak yer almaktadır. Oysa insan kökenli biyolojik maddenin hangi sebeplerle eşya sayılması gerektiği ya da neden kişilik değerinin bir uzantısı olduğu açıklanırken, “eşya” ve “kişilik değeri” kavramlarının tanımı ve özellikleri göz önünde bulundurulmalı ve eğer varılacaksa, bu değerlendirme sonucunda bir yargıya varılmalıdır. Bu sebeple biz bu çalışmada, insan kökenli biyolojik maddelerin hangi hukukî statü içerisinde yer aldığı sonucuna varmadan önce, “eşya” ve “kişilik değeri” kavramlarına kısaca değinerek, adı geçen maddelerin, bu kavramların özellikleriyle ne ölçüde örtüştüğünü tespit etmek gerektiğini düşünüyoruz. Fakat bu konuya geçmeden önce, “insan kökenli biyolojik madde” kavramının kapsamı dışında kalmasına rağmen, hukukî niteliği konusunda bir hayli tartışma yaratan iki kavram üzerinde kısaca durmanın da faydalı olacağına inanıyoruz.

#### **4- İnsan Kökenli Biyolojik Madde Kavramı Dışında Kalan Diğer Biyolojik Varlıkların Hukukî Niteliği**

##### **a) Embriyo ve Cenin Kavramı**

Embriyo (*embryo/embryon*), döllenme anından başlayarak, gebeliğin yaklaşık ikinci ayına kadar gelişmekte olan yeni canlıyı tanımlamak üzere kullanılan bir terimdir<sup>79</sup>. Gebeliğin sekizinci ilâ onuncu haftası sonunda, neredeyse tüm organların oluşumu tamamlandığından, embriyo döneminin sona ererek, cenin, dölüt ya da fetüs (*foetus*) olarak ifade edilen dönemin başladığı kabul edilmektedir<sup>80</sup>. Bu bakımdan ne embriyo ne de cenin, insan kökenli bir biyolojik madde olarak tanımlanabilecektir. Her ikisi de ayrı ayrı birer insan kökenli biyolojik madde olan sperm ve yumurtanın bir araya gelerek döllenmesi neticesinde, yeni bir canlı vücuda gelmekte ve gebelik sürecinin doğum ile son bulması şartına bağlı olarak, insan yaşamına dair ilk safha, embriyo dönemi ile birlikte başlamış olmaktadır<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> Medica Genel Sağlık Ansiklopedisi, Tıp Sözlüğü, İstanbul 1993, C. 12, sh. 121.

<sup>80</sup> Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, İstanbul 1986, C. 6, sh. 3665.

<sup>81</sup> Embriyoyu, henüz doğmamış, fakat teşekkül etmiş, “muhtemel hak süjesi” olarak gören ve farklı bir hukukî statü öngören **Baudouin/Labrusse-Riou**, sh. 83; Henri **Mazeaud/Léon Mazeaud/Jean Mazeaud/François Chabas**, Leçons de Droit Civil, T. 1, Les Personnes, Paris 1997, sh. 10.

MK m. 28/f. 2'ye göre cenin, hak ehliyetini sağ ve tam doğma koşuluna bağlı olarak ana rahmine düştüğü ândan başlayarak elde etmektedir<sup>82</sup>. Öğretide ise, yapay dölllenme tekniklerinin uygulanması suretiyle yumurta ile spermin tüpte döllendirildiği durumlarda, hak ehliyetinin başlangıç ânının (yine sağ ve tam olarak doğma geciktirici şartına bağlı olarak), tüpte döllenen embriyonun, kadının rahmine yerleştirildiği ân olarak değil, embriyonun tüpte oluştuğu ân olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>83</sup>. Böylelikle embriyonun, rahme yerleştirilmeden önceki dönemde de, basit bir eşya veya anne ile babanın vücudu veya kişiliklerine ait bir obje olarak nitelendirilmesinin de önüne geçilmiş olunacaktır<sup>84</sup>.

Embriyonun, hem yumurtasını veren kadına, hem de spermini veren erkeğe ait genetik özellikler taşıyan ve yaşama potansiyeline sahip olan bir varlık olduğu gerekçesiyle, özel bir hukukî statüye sahip olması gerektiği de savunulmaktadır<sup>85</sup>. Tek başlarına böyle bir potansiyele sahip olmayan üreme hücreleri (sperm ya da yumurta) ise, bu statüden faydalanamamalıdır<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> Alman hukukunda, embriyonun sağ doğmak koşuluyla, sınırlı ya da kısmî bir hak ehliyetinin bulunduğu kabul edildiği yönünde bkz. Mustafa **Dural**/Tufan **Öğüz**, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2010, sh. 18.

İngiliz hukukunda da, cenin ya da fetüsün, kişi olmadığı kabul edilmektedir. Zira, bu hukuk sisteminde de kişilik, ancak doğumla kazanılabilmektedir. Bkz. Jonathan **Herring**, Medical Law and Ethics, 2006 Oxford, sh. 244.

Embriyonun korunması konusunda, Avrupa ülkelerindeki farklı yasal düzenlemeler için bkz. İlyas **Doğan**, İnsan Genetiği Üzerinde Yapılan Tıbbi Araştırmalar ve İnsan Onurunun Korunması, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, sh. 285.

<sup>83</sup> Bkz bu görüşte **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 15; Henri **Deschenaux**/Paul-Henri **Steinauer**, Personnes physiques et Tutelle, 4<sup>ème</sup> édition, Berne 2001, No: 467; Rona **Serozan**/Baki **İlkay Engin**, Miras Hukuku, 2. Bası, Ankara 2008, sh. 87.

<sup>84</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 15, dn. 24. Konunun, soybağı bakımından önemi ve bu hususta ortaya çıkabilecek hukukî meseleler hakkında bkz. Haluk Nami **Nomer**, Suni Dölllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, sh. 556-562. Dondurulmuş embriyonun mirasçı olup olamayacağı ve mirasçılara intikâl edip edemeyeceği konusunda mukayeseli hukukta yürütülen tartışmalar için bkz. Ergun **Özsunay**, Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar, Prof. Dr. Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, sh. 12-14.

<sup>85</sup> Bkz. **Baudouin/Labrusse-Riou**, sh. 79-80; **Steinauer**, No: 67a; Dominique **Manai**, Commentaire Romand, Code Civil I (éd. : Pascal Pichonnaz-Bénédict Foëx), Art. 11-15, 31-38, Bâle 2010, sh. 154. Aynı görüşte bkz. **Guillod**, Aspects du droit, sh. 117. Yazar, embriyonun ne eşya, ne de kişi olarak nitelendirilebileceğini savunmaktadır.

<sup>86</sup> Bkz. bu görüşte Mariel **Revillard**, Fécondation in vitro et congélation d'embryons, Künstliche Fortpflanzung, Genetik und Recht, Lausanner Kolloquium vom 29. und 30. November 1985, Zürich 1986, sh. 164; **Steinauer**, No: 67a.



Embriyonun, rahimde ya da tüpte oluşması koşuluna bağlı olarak, farklı bir hukukî nitelik tespitinde bulunan yazarlar da vardır. Bu görüşe göre, doğal yollardan meydana gelen embriyo, annenin vücut bütünlüğü içinde yer aldığından, doğum ânına kadar, onun bir parçası olarak kabul edilmeli<sup>87</sup>; yapay döllenen tekniklerinin uygulanması neticesinde tüpte döllenen embriyo ise, kadının vücudundan ayrılmış olduğu, bağımsız olarak varlık sürdürdüğü ve başkasına devredilebildiği için eşya statüsünde değerlendirilmelidir<sup>88</sup>.

İnceleme konumuzun kapsamı, tanım gereği yalnızca insan kökenli biyolojik maddeler ile sınırlı olduğundan, bu çalışmamızda, embriyonun hukukî niteliği, embriyo üzerindeki hak sahipliği ve embriyo ile ilgili hukukî işlemler bahislerine yer verilemeyecektir.

### b) İnsan Cesedi ve Kalıntıları

Ölüm, canlıların yaşam belirtilerinin tamamen ve dönüşümsüz olarak kaybolması hâlini ifade etmektedir<sup>89</sup>. Ölüm ânından itibaren, insanın kişiliği sona erdiği gibi (MK m. 28/f. 1), vücudu da “ceset” ya da “kadavra” olarak nitelendirilmeye başlar. Ölü insan, hukuken kişi olarak nitelendirilemez, çünkü ölümlerle birlikte hak süjesi olma sıfatını kaybeder<sup>90</sup>.

İnsan cesedinin hukukî niteliği tartışmalı<sup>91</sup> olmakla birlikte, yasal düzenlemeler uyarınca, her insanın, kamu düzeni ve genel ahlâka aykırı olmamak kaydıyla, ölümünden sonra cesedinin akıbeti konusunda karar verme yetkisi

<sup>87</sup> Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 17.

<sup>88</sup> Bkz. Roseline **Letteron**, Le droit de la procréation, Paris 1997, sh. 109. Keza, **Labbée** de, anne vücudu ile arasında herhangi bir fiziksel bağ bulunmayan ceninin, eşya statüsünde olduğunu savunmaktadır. Bkz. **Labbée**, sh. 287. **Gemalmaz** da, insan olma potansiyeline sahip bir varlık olması sebebiyle, embriyonun hukukî niteliğinin çok tartışmalı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Gemalmaz**, sh. 273. Bununla birlikte yazar, tüpte döllenen embriyonun hukukî niteliği konusunda bir fikir ileri sürmektedir: Buna göre, embriyoyu oluşturan üreme hücrelerinin elde edildiği çiftin evli olması hâlinde, embriyo, evlilik mal rejimine tâbi olmalı; bu kişilerin evli olmamaları durumunda ise, embriyo üzerinde bu kişilerin müşterek olarak mülkiyet hakkına sahip oldukları düşünülmelidir (sh. 275).

<sup>89</sup> İsmet **Dökmeci**, Tıp Terimleri Sözlüğü, sh. 547.

<sup>90</sup> **Manaï**, Commentaire, sh. 155; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 23.

<sup>91</sup> Bu konudaki değişik görüşler için ayrıca bkz. Halil **Akkanat**, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul 2004, sh. 81 ve **Akıncı**, sh. 145.

bulunduğu kabul edildiğinden, öğretide bir grup tarafından, cesedin, üzerinde tasarrufta bulunulabilen bir çeşit eşya niteliğinde olduğu savunulmaktadır<sup>92</sup>.

Cesedin hukuken eşya olarak nitelendirilmesine karşı çıkan<sup>93</sup> diğer bir görüş ise, cesedin, hakkın süjesini değil, ancak, hakkın konusunu oluşturabileceğini kabul etmekle beraber, bunun, eski çağlardan beri süregelen dinî ve ahlâkî nitelikteki kurallar gereği belli bir kutsiyete sahip olduğunu ileri sürmekte ve bu bakımdan cesedin korunması için, eşya hukuku kurallarının değil, özel bir hukukî korumanın etkili olması gerektiğini savunmaktadır<sup>94</sup>.

Yürürlükteki hukuk bakımından, cesedin, ölenin kişiliğinin bir uzantısı olduğu görüşü<sup>95</sup> ise geçerliliğini kaybetmiştir<sup>96</sup>. Nitekim ölüm ile birlikte, kişilik de sona erer. Ceset, ölen şahsın kişiliğinin korunması hükümlerinden faydalanamasa da, hukuk düzeni tarafından, gerek kamu düzeni, gerekse ölenin yakınlarının, ölene sevgi ve saygı duyguları sebebiyle, ölenin yakınlarının kişilik hakları çerçevesinde korunur<sup>97</sup>. Cesede yönelik saldırıların önlenmesi amacıyla farklı yasal düzenlemelere de ihtiyaç duyulmuştur<sup>98</sup>. Örneğin, TCK m. 130/f. 2 hükmü, bir

<sup>92</sup> İnsan cesedinin, eşya statüsünde olduğunu savunan **Steinauer**, No: 67; **Arnoux**, sh. 61. Türk hukukunda bkz. **Saymen/Elbir**, sh. 230. Yasal mirasçılarının, ölüm ânından itibaren mirasbırakanlarının cesedi üzerinde iştirak hâlinde mülkiyet hakkına sahip olduklarının kabulünün, mâkûl bir yaklaşım olacağı görüşünde bkz. **Gemalmaz**, sh. 281. Ayrıca bkz. **Labbeé**, sh. 287. Yazar, kişinin varlığını sürdürebilmesi amacıyla, onun hizmetine özgülünen vücudun; kişinin ölümü neticesinde, özgülünen amacı sona ereceğinden, insan vücudunun (cesedin), eşya statüsüne gireceğini iddia etmektedir. Karşıt fikirde bkz. **Dural/Öğüz**, sh. 26; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 24; **Akıncı**, sh. 152; **Şeref Ertaş**, Eşya Hukuku, 8. Bası, Ankara 2008, No: 27; Turhan **Esener/Kudret Güven**, Eşya Hukuku, 4. Bası, Ankara 2008, sh. 38.

<sup>93</sup> İsviçre Federal Mahkemesi tarafından görülen bir ceza davasında, cesedin, ne mülkiyete konu olabilen bir varlık, ne de sahipsiz bir eşya olarak nitelendirilebileceği ifade edilmiştir. Bkz. ATF 118 IV 319. Karar metni için bkz. <http://www.bger.ch/fr> (erişim tarihi: 29.6.2010) Aynı yönde bkz. ATF 129 IV 172.

<sup>94</sup> Bkz. Dominique **Manai**, Les droits du patient face à la biomédecine, Berne 2006, sh. 272-275. Yazar, cesede, günümüzde yüklenen kutsiyetin ise, "insan onuru" kavramından kaynaklandığını ileri sürmektedir. Benzer görüşte bkz. R. **Dierkens**, Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, Paris 1966, sh. 19; Olivier **Guillod**, Droit des Personnes, Neuchâtel 2009, No: 34. Fransız hukukunda bu görüşte bkz. **Mazeaud/Mazeaud/Mazeaud/Chabas**, sh. 383-384.

<sup>95</sup> Bu görüşteki yazarlar için bkz. **Akıncı**, sh. 145, dn. 209 ve dn. 210. Yazar, bu görüşün Cermen hukuk sisteminde bir zamanlar hâkim görüş olarak yer aldığını belirtmektedir.

<sup>96</sup> Bu tespit için bkz. **Akıncı**, sh. 152; **Dural/Öğüz**, sh. 26; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 23.

<sup>97</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 25; **Dural/Öğüz**, sh. 26; **Gemalmaz**, sh. 280.

<sup>98</sup> Bu doğrultuda Fransız Medenî Kanunu'na 2008-1350 sayı ve 19 Aralık 2008 tarihli yasa ile eklenen 16-1-1 maddesi ile, insan vücudunun yararlanacağı hukukî korumanın ölümle sona

ölünün cesedini veya kemiklerini kısmen veya tamamen alan ya da ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunan kişinin, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağını öngörmektedir.

İsviçre hukukunda kural olarak, kişinin kendi cesedinin akıbeti hakkında karar verme yetkisinin, mirasçılarının ceset üzerindeki haklarından<sup>99</sup> daha üstün geldiği kabul edilmektedir<sup>100</sup>. Buna rağmen kişinin, cesedi ile ilgili olarak gerçekleştirdiği vasiyetin, onun mirasçılarını, dinî inançlarına aykırı harekette bulunmaya zorlayıp zorlayamayacağı konusu da tartışmalıdır<sup>101</sup>.

## § 2. İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDELERİN HUKUKİ NİTELİĞİ KONUSUNDA GÜNDEME GELEBİLECEK MÜESSESELER

### I. Eşya (İnsan Kökenli Biyolojik Madde Eşya mıdır?)

#### 1- “Eşya” Tanımı ve Temel Özellikleri

Hukukumuzda eşya kavramı kanun tarafından tanımlanmamış olduğundan, kavramın tanımı, öğretinin tarafından yapılmıştır. Buna göre eşya, üzerinde bireysel

---

ermeyeceği, ölen kişilerin cesetlerine ve yakılma sonucunda elde edilen küllerine dahi saygı ve haysiyetle yaklaşılması gereği hüküm altına alınmıştır.

<sup>99</sup> Ölenin mirasçılarının, murisin cesedinden çıkarılan bir organ üzerinde, aynı nitelikte bir hakka sahip olup olmadıkları meselesi, İngiliz mahkemelerinin önüne gelen bir davaya da konu olmuştur. 1997 tarihli *Dobson v. North Tyneside Health Authority* davasına konu olan olayda, beyin tümörü nedeniyle ölen bir kadının mirasçıları, sağlık kurumu çalışanlarının, ölümü önlemek için gereken zamanda teşhiste bulunmayarak ihmâlkâr davrandıklarını ileri sürmüş ve kurum aleyhine tazminat davası açmışlardır. Davanın sonuçlanabilmesi için, tümörün habis ya da iyi huylu olup olmadığının tespit edilmesi gereği doğmuş, hastanede beynin incelenmesi ile görevlendirilen hekim, kadının cesedinden çıkardığı beyni parafin içine koyarak saklamış, ancak belli bir süre sonra, beynin imhâ edildiği fark edilmiştir. Ölen kadının mirasçıları, hastane işletmesi aleyhine ikinci bir dava açarak, murislerinin beyni üzerinde sahip oldukları mülkiyet hakkının, hastane işletmesi tarafından ihlâl edildiğini iddia etmişlerdir. Yüksek Mahkeme ise, ceset ve cesetten çıkan parçalar üzerinde, ölen kişinin mirasçılarının, aynı nitelikte bir haklarının bulunamayacağına hükmetmiştir. Kararın geniş özeti için bkz. Rohan **Hardcastle**, *Law and the Human Body: Property Rights, Ownership and Control*, Oxford 2007, sh. 30-32

<sup>100</sup> Pierre **Tercier**, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zurich 1984, No: 411; **Deschenaux/Steinauer**, No: 548a ve 553. Bkz. **Joye**, *Génome*, sh. 98 ve dn. 549’da yer verdiği Federal Mahkeme kararları (Bkz. ATF 111 Ia 231, ATF 101 II 177, ATF 98 Ia 508).

<sup>101</sup> Bkz **Joye**, *Génome*, sh. 99, dn. 549. Kişinin, ölüme bağlı tasarrufla cesedini, tıbbî araştırmalarda kullanılmak üzere karşılıksız olarak bir araştırma kuruluşuna bırakmasının, kamu düzenine ve genel ahlâka aykırı bir yanının bulunmadığı gibi, ölenin yakınlarının kişilik haklarını da ihlâl etmediği kabul edilmektedir. Bu görüşte bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, sh. 25. **Gemalmaz** da, insan kadavrasının bağışlama sözleşmesine konu edilmek suretiyle, meselâ bir tıp fakültesine devredilebileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Gemalmaz**, sh. 281.

hâkimiyet sağlanabilen, sınırlanabilen, ekonomik bir değer taşıyan, kişi dışı maddî varlıklar olarak tanımlanmaktadır<sup>102</sup>. Aynî hakların başlıca konusunu (objesini) oluşturan eşya, Fransız hukukunda iktisadî bir değer taşıyan ve edinilmeye elverişli her şeyi kapsamına rağmen, Alman Medenî Kanunu'nda (BGB § 90), sadece maddî (cisimsel) varlıkları içine almaktadır<sup>103</sup>.

İnceleme konumuzu oluşturan insan kökenli biyolojik maddelerin, eşya tanımı içinde ele alınıp alınamayacağını, kavramının özelliklerini göz önünde bulundurarak irdelemeye çalışacağız.

### a) Maddî (cismanî) bir varlığa sahip olma

Hukukumuzda sadece maddî şeyler, eşya kavramına girmektedir<sup>104</sup>. Bu özelliği ile eşya, haklardan, doğal güçlerden ve maddî olmayan diğer varlıklardan ayrılmaktadır<sup>105</sup>. Her ne kadar, MK m. 704/f. 1/b. 2 ve m. 998'de belirtilen bağımsız ve sürekli haklar ile MK m. 762'de bahsi geçen doğal güçler de aynî hakka konu oluştursalar da, bunlar elle tutulabilir, somut varlıklar olmadığından, eşya olarak nitelendirilemez<sup>106</sup>.

İnsan kökenli biyolojik maddeler, ister vücuttan ayrılmış olsun, ister insan vücudu içinde ya da bu vücuda bağlı olarak mevcudiyet sürdürsün, maddî bir varlığa sahip olma koşulunu yerine getirmektedir. Örneğin, başkasına nakledilmek üzere, bir kimsenin vücudundan alınmış olan böbrek, kafa derisine bağlı olan saçlar ya da ağızdaki dişler, somut olarak elle tutulabilen, maddî varlıklardır.

<sup>102</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 6; **Ertaş**, No: 25; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, sh. 49. Keza **Akipek/Akıntürk** (sh. 27) eşyayı, “*üzerlerinde hâkimiyet kurulmasına elverişli ve genellikle iktisadî bir ihtiyaca cevap verebilen insan dışı cisimsel varlıklar*” olarak tanımlamaktadır. Ayrıca “şey” (eşya) kavramı için bkz. **Saymen/Elbir**, sh. 230-231 ve **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 20.

<sup>103</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 4; **Akipek/Akıntürk**, sh. 27; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 20-21; Mehmet **Ünal/Veysel Başpınar**, Şeklî Eşya Hukuku, 5. Bası, Ankara 2010, sh. 64.

<sup>104</sup> **Akipek/Akıntürk**, sh. 27; C. **Wieland**, Kanunu Medenîde Aynî Haklar (çev.: İsmail Hakkı Karafaki), Ankara 1946, sh. 26; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 20; **Esener/Güven**, sh. 37; **Ünal/Başpınar**, sh. 65; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 7; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, sh. 19; Aydın **Aybay/Hüseyin Hatemi**, Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2010, sh. 12.

<sup>105</sup> **Steinauer**, No: 61; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 21; **Esener/Güven**, sh. 37.

<sup>106</sup> **Ertaş**, No: 28; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 7; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 21; **Esener/Güven**, sh. 37.

İnsan üreme hücreleri olan sperm ve yumurta, insan vücudunu oluşturan diğer hücrelerle, farklı kromozom yapılarına sahip olsalar da<sup>107</sup>, maddî varlığa sahip olmaları bakımından, bunlarla benzerlik göstermektedir. Bu özellik dikkate alındığında, üreme hücrelerinin eşya sayılabilmesi açısından herhangi bir sorun görünmese de<sup>108</sup>, bu hücrelerin, diğer hücrelerden farklı olarak, yeni bir insanın dünyaya gelmesine hizmet eden, yeni nesillere hayat verme görevini üstlenen hücreler olmaları, “eşya” olarak nitelendirilmeleri fikrine soğuk bakan, karşıt görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır<sup>109</sup>.

İnsan hücreleri içinde bulunan DNA molekülleri ise iki farklı açıdan değerlendirilmeye tâbi tutulmaktadır. Zira bu moleküllerin, genetik bilgi aktarımını sağlayan ve somut bir görünümü olmayan kısmı ile, bu bilgileri fiziksel bir yapı içerisinde muhafaza eden ve çevreleyen kısmı farklı yapılara sahiptir<sup>110</sup>. DNA'nın insan genetik kodlarını içeren bilgileri, eşyanın maddî varlığa sahip olma kriterine uymamaktadır. Çünkü söz konusu bilgiler, ancak bazı genetik analiz yöntemleri<sup>111</sup> ile deşifre edilebilen soyut sonuçların toplamıdır<sup>112</sup>. Bu bilgiler ancak, tahlil sonuçları,

<sup>107</sup> İnsanın, üreme hücreleri dışında kalan tüm vücut (somatik) hücrelerinde, ikisi cinsiyeti belirleyen kromozom (XX ya da XY) olmak üzere, toplam 46 kromozom bulunmaktadır. Bunlar, 23'ü anneden, 23'ü ise babadan gelen kromozom takımlarından oluşmaktadır. İnsan üreme hücreleri olan sperm (erkek üreme hücresi) ve yumurta (kadın üreme hücresi) ise, “mayoz bölünme” adı verilen özel bir bölünme nedeniyle, vücut hücrelerinin kromozom sayısının yarısı olan 23 kromozomdan meydana gelmektedir. Üreme hücrelerinin, işlevsel olarak diğer (somatik) hücrelerden farkı, bu hücrelerin, üreme esnasında rol oynamalarıdır.

Kromozomlarda bulunan DNA dizilimleri, insandaki vücut hücrelerinde, birbirinin tıpatıp aynısıdır. Üreme hücrelerinin her birinde ise farklı bir DNA kombinasyonu bulunmaktadır. Ancak, üreme hücrelerinde bulunan DNA molekülleri, vücudun diğer hücrelerinde bulunmayan herhangi bir özellik taşımamaktadır. Bunlar sadece, diğer hücrelerde var olan özelliklerin farklı bir kombinasyonunu taşımaktadırlar. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için bkz. TÜBİTAK Bilim ve Teknik Dergisi [http://www.biltek.tubitak.gov.tr/merak\\_etikleriniz/index.php?kategori\\_id=2&oru\\_id=2611](http://www.biltek.tubitak.gov.tr/merak_etikleriniz/index.php?kategori_id=2&oru_id=2611) (erişim tarihi: 29.5.2009)

<sup>108</sup> **Steinauer**, No: 67a.

<sup>109</sup> Bkz. bu görüşte **Guillod**, *Aspects du droit*, sh. 118; **Baudouin/Labrusse-Riou**, sh. 195; **Guinand**, *Implications juridiques*; sh. 127.

<sup>110</sup> İnsan genetik materyalinin, cismanî (somut) ve soyut olmak üzere iki görünüme sahip olduğu yönünde bkz. **Galloux**, *Essai de définition*, sh. 47, 98; **Pelet**, sh. 34; **Arnoux**, sh. 119; **Joye**, *Statut*, sh. 94.

<sup>111</sup> Farklı türdeki gen analizi yöntemleri için bkz. **Büyükay**, sh. 360-362; Mustafa Fadıl **Yıldırım**, *Gen Teknik Uygulamalardan Doğan Hukukî Sorumluluk*, Ankara 2008, sh. 15.

<sup>112</sup> **Bellivier/Boudouard-Brunet**, sh. 185.

analiz raporları gibi nesnel aracılığıyla dış dünyada somutlaştırılabilmektedir<sup>113</sup>. Bu bakımdan, maddî bir varlık gösteremeyen bu soyut bilgi kaynağının, hukuken eşya olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir.

Üzerinde 30.000 kadar gen barındıran DNA molekülü, insan vücudundan alınan doku ve hücrelerin laboratuvar ortamında birçok işlemde geçirilerek ayrıştırılması ve saflaştırılması neticesinde, elde edildiği doku ya da hücreden bağımsız bir varlık kazanmaktadır<sup>114</sup>. DNA'nın genetik bilgileri depolayan bu fiziksel kısmının ise, dış görünüme sahip olması ve teknik analizlere konu edilebilen maddî bir varlığı olması sebebiyle, hukuken eşya olarak nitelendirilmesi mümkün görünmektedir.

DNA moleküllerinin, ancak laboratuvar ortamında ve mikroskop yardımıyla görülebilmesi, bu maddelerin eşya olarak nitelendirilmesini engellemez. Nitekim bir varlığın büyüklüğü ya da küçüklüğü, bunun, eşya olup olmadığının tayininde tek başına önem arz etmez<sup>115</sup>. Gözle görülemeyen çok küçük parçalar dahi, sınırlandırılabilirliği ve üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanabildiği ölçüde, eşya olarak nitelendirilebilir.

Dolayısıyla, insan kökenli biyolojik maddelerin, maddî bir varlığa sahip olma kıstasını yerine getirdiği rahatlıkla söylenebilir. Bununla beraber, az önce de ifade ettiğimiz gibi, DNA molekülünün içerdiği genetik bilgilerin deşifre edilerek açığa çıkarılması hâlinde, bu bilgiler, DNA'nın maddî varlığı dışında da ayrı bir değer kazanacağı için, bunların hukuk düzenince ayrı bir hukukî korumadan yararlanması gerekeceğini şimdiden söylemekte yarar görüyoruz.

## **b) Sınırlanabilir olma**

Bir varlığın hukuken eşya olarak vasıflandırılabilmesi için, bunun üzerinde kurulacak olan hâkimiyetin, alan bakımından sınırlandırılabilmesine olanak

<sup>113</sup> Ancak gen analizi neticesinde deşifre olabilen genetik bilginin, ona vücut veren fiziksel yapıdan bağımsız ve maddî olmayan bir varlığı bulunmaktadır. Bu görüşte bkz. Pierre **Catala**, La "propriété" de l'information, Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Paris 1985, sh. 98.

<sup>114</sup> **Büyükkay**, sh. 360, 365.

<sup>115</sup> **Ertaş**, No: 30.

bulunmalıdır<sup>116</sup>. Meselâ, üzerlerinde sınırlanabilir bir hâkimiyet alanı bulunmadığından okyanus, deniz, göl veya akarsu eşya olarak nitelendirilemez<sup>117</sup>.

Sınırlanabilme kriteri, katı hâlde bulunan taşınır maddeler bakımından sorun teşkil etmese de, sıvı ve gazlar bakımından değişik bir durum arz eder. İlkinde, sınırlandırma, bunun maddî varlığıyla kendiliğinden mevcut olmasına karşın, sıvı ya da gaz hâlindeki bir maddenin sınırını ancak içinde yer aldığı madde belirleyebilecektir<sup>118</sup>.

İnsan kökenli biyolojik maddelerin katı hâlde bulunanları açısından bu kriter herhangi bir önem arz etmez. Bununla birlikte kan, tükürük, idrar ve sperm gibi sıvı hâlde bulunan biyolojik maddeler, ancak kap, tüp ya da şırınga gibi, sıvıları içine alan nesnelere sınırlandırıldığı takdirde eşya olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla, insan vücudu içerisinde serbestçe dolaşan, miktarı kendiliğinden azalıp artabildiği için ölçülüp tartılamayan kan, sperm gibi sıvı maddeler hukuken eşya sayılamaz.

Sonuç olarak, fiziksel olarak katı hâlde bulunan biyolojik maddeler ile içinde yer alabilecekleri nesnelere vasıtasıyla sınırlandırılmış olan sıvı maddeler, salt bu özellik dikkate alındığında, hukuken eşya olarak kabul edilebilecektir.

### c) Üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanabilme

Eşyanın bir başka özelliği de, üzerinde kişilerin egemenlik kurabilmelerinin mümkün olmasıdır<sup>119</sup>. Üzerinde bireysel hâkimiyet kurmanın mümkün olmadığı güneş, ay, yıldızlar ve hava, bu nedenle eşya sayılamayan cisimlerin tipik örnekleridir<sup>120</sup>. Ancak, bir varlık üzerinde hâkimiyet kurulamayışı, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi yalnızca fizikî engellerden değil, hukukî nedenlerden de ileri

<sup>116</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, sh. 5-6; Ertas, No: 26; Akipek/Akıntürk, sh. 27; Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 21; Esener/Güven, sh. 38; Ünal/Başpınar, sh. 66.

<sup>117</sup> Ertas, No: 26; Saymen/Elbir, sh. 230; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, sh. 6.

<sup>118</sup> Steinauer, No: 63; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, sh. 6; Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 21; Ünal/Başpınar, sh. 66.

<sup>119</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, sh. 5; Akipek/Akıntürk, sh. 27; Steinauer, No: 64; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Eşya Hukuku, sh. 19; Saymen/Elbir, sh. 231; Esener/Güven, sh. 37; Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 22; Ünal/Başpınar, sh. 67.

<sup>120</sup> Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Einleitung, No: 21; Wieland, sh. 27; Gürsoy/Eren/Cansel, sh. 22; Esener/Güven, sh. 37; Ünal/Başpınar, sh. 67; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, sh. 5.

gelebilir<sup>121</sup>. Örneğin, yaşayan bir insanın vücudu üzerinde hâkimiyet kurulamayışı, yalnızca hukukî nedenlerden, daha açık bir ifadeyle, hukuk kurallarının buna izin vermemesinden kaynaklanmaktadır<sup>122</sup>. Yoksa maddî ve sınırlanabilir bir varlık olan insan vücudu üzerinde fiilî bir hâkimiyet kurulmasına fiziken herhangi bir engel bulunmamaktadır. Nitekim Roma hukukunda, yaşayan insan vücudu üzerinde hâkimiyet, kölelik kurumu vasıtasıyla kurulabiliyordu<sup>123</sup>. Aynı şekilde, insan vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddeler üzerinde de, fiilen hâkimiyet kurulması mümkündür. Ancak burada yanıt aranması gereken soru şudur: Acaba bu maddeler üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanabilmesine hukuk düzeni cevaz vermekte midir? Diğer bir ifadeyle, vücuttan ayrılmış olan insan kökenli biyolojik maddeler üzerinde hâkimiyet kurulması, fiziken olduğu kadar hukuken de mümkün müdür? Bu sorunun

<sup>121</sup> Bkz. **Ertaş**, No: 26. Yazar, bireysel hâkimiyet sağlanamama olgusunun, uyuşturucu maddelerde olduğu gibi, kamu düzeninin yasaklarından da kaynaklanabileceğine işaret etmekte ve bu nedenle söz konusu maddeleri eşya kavramı dışında bırakmaktadır.

Oysa kanaatimizce, uyuşturucu madde üzerinde hâkimiyet kurulmasına sınırlama getiren yasal düzenlemelerin amacı, bu maddelerin hukuken eşya kavramı dışında bırakılması değildir. Bu konuda yasal bir sınırlama öngörülmesinin nedeni, kamu düzeni ile halk sağlığının, uyuşturucu maddenin ticarî olarak kişiden kişiye devredilmesi ya da denetimsiz olarak elde bulundurulmasından dolayı zarar görebileceği tehlikesinin bulunduğu inanılmasıdır. Bkz. **Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Bası, Ankara 2007, sh. 618-619. Ayrıca bkz. **Veli Özer Özbek/Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, sh. 743.

Uyuşturucu madde üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanıp sağlanamayacağı sorusu ile ilgili olarak, TCK m. 188/f. 3, uyuşturucunun “ruhsatsız” veya “ruhsata aykırı” olarak bulundurulmasını yasaklamakta; TCK m. 191/f. 1 ise, uyuşturucunun yalnızca “kullanmak” için elde bulundurulmasını suç saymaktadır. Bkz. bu konuda Handan **Yokuş Sevük**, Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Ankara 2007, sh. 132; **Tezcan/Erdem/Önok**, sh. 606, 622 ve **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, sh. 756-757, 775. Dolayısıyla, örneğin hekim, eczacı ve diğer sağlık memurları ile kimyagerlerin ruhsata bağlı olarak ellerinde buldukları ya da hastaların doktor reçetesi ile elde ettikleri uyuşturucu maddeler üzerinde bireysel hâkimiyet kurabilmeleri mümkündür. Bu bakımdan, üzerlerinde bireysel hâkimiyet kurulmadığı gerekçesiyle, uyuşturucu maddelerin, hukuken eşya kavramı dışında kaldığı ileri sürmenin aşırı bir yorum niteliğinde olduğunu düşünüyoruz. Kanaatimizce, elde bulundurulması ve devri kamu düzeni gereğince sınırlandırılmış dahi olsa, uyuşturucu maddeler, hukuken eşya niteliğindedir. Keza, **Yavuz** da (sh. 48), uyuşturucuyu, alışveriş konusu yapılamayan şey (eşya) olarak tanımlamıştır. Uyuşturucu maddelerin eşya niteliğinde olduğu yönünde ayrıca bkz. **Gemalmaz**, sh. 190.

Buna karşılık, yaşayan insan vücudu için aynı yorumda bulunmak mümkün değildir. Kamu düzenine aykırılık teşkil eden, esasen, yaşayan insan vücudunun eşya sayılması olgusudur.

<sup>122</sup> **Haab/Simonius/Scherrer/Zobl**, Einleitung, No: 21; Wolfgang **Wiegand**, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 3. Auflage, Basel 2006, sh. 777. Yazara göre, bir varlığın eşya olup olmadığı incelenirken “kişi dışı varlık olma” kriterinin aranmasına gerek yoktur. Zira hukuk kuralları, insan vücudu üzerinde bireysel hâkimiyet kurulmasını yasaklamıştır. Bu yasak, “üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanabilmesi” kriterine aykırılık teşkil ettiğinden, insan vücudunun eşya olmadığı sonucuna, diğer kriterlere ihtiyaç duyulmadan da ulaşılabilecektir.

<sup>123</sup> Bkz. **Karadeniz Çelebican**, sh. 32-33; **Umur**, Roma Hukuku, sh. 159; **Di Marzo**, sh. 39; **Schwarz**, sh. 227; **Rado**, sh. 211.



cevabının olumlu olması hâlinde, incelemekte olduğumuz kritere uygun bir durum söz konusu olacak ve biyolojik madde, -diğer kıstasların da gerçekleşmesi hâlinde- eşya statüsünde sayılabilecektir<sup>124</sup>. Buna karşılık, hukuk kuralları biyolojik madde üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanmasını yasaklıyor ise, bu durumda o madde, eşya sayılamayacaktır.

Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı bir biçimde inceleyeceğimiz gibi, bir kimsenin kestirmiş olduğu saçları, bir kan merkezinin vericiler tarafından bağışlanan kan örnekleri ya da bir araştırma kuruluşunun, gönüllülerden topladığı DNA molekülleri üzerinde hâkimiyet kurması, fiilen olduğu kadar, hukuken de mümkündür. Nitekim hukuk düzeni, biyolojik maddeler üzerinde hâkimiyet kurulmasını engelleyecek nitelikte herhangi bir yasal düzenleme içermediği gibi; bu maddelerin devrinin hangi koşullar altında gerçekleşebileceği konusunda öngördüğü hükümler vasıtasıyla, insan kökenli biyolojik maddeler üzerinde hâkimiyet kurulmasını kaçınılmaz hâle getirmektedir.

Bu arada, bir varlık üzerinde hukukî engeller nedeniyle hâkimiyet kuramama olgusu ile, aşağıda<sup>125</sup> değineceğimiz “ticarete konu edilmeyen eşya”<sup>126</sup> (*res extra commercium*) kavramlarını birbiriyle karıştırmamak gerekir. Zira ilkinde, eşya olma kriterlerinden birinin mevcut olmaması nedeniyle, eşya statüsünde kabul edemeyeceğimiz bir varlık söz konusuken; ikincisinde, eşya statüsünde olmakla birlikte, ticarî işlemlere konu edilemeyen bir varlıkla karşılaşmaktayız<sup>127</sup>. Diğer bir ifadeyle hukuk düzeni, ilkinde, söz konusu varlığı eşya statüsünden çıkarmakta; ikincisinde ise, bu varlığın eşya statüsünde olduğunu kabul etmekle beraber, bunun, yalnızca belli başlı bir takım hukukî işlemlere konu edilebileceğini öngörerek, bunun devrine yönelik bazı kısıtlamalar getirmektedir. İlk duruma, yaşayan insan vücudu,

<sup>124</sup> Bu görüşteki yazarlar **Arnoux**, sh. 136; **Bellivier/Boudouard-Brunet**, sh. 183; **Catala**, sh. 98; **Mazen**, sh. 197. Hattâ **Catala**, DNA molekülü içinde barınan genetik bilginin dahi, insan tarafından hâkimiyet altına alınabileceğini söylemektedir.

<sup>125</sup> Bkz. aşağıda Böl. 1, §2, I, 3, a.

<sup>126</sup> Roma hukukunda, *res extra commercium* olan mallar, alışveriş konusu yapılamadıkları gibi, bu mallar üzerinde aynî hak tesisi de mümkün değildi. Bu mallar, ya mâbetler veya tapınma araçları gibi dinsel hukuka (*res extra commercium divini iuris*), ya da kamu malları, ortak mallar ya da topluluk malları gibi beşerî hukuka (*res extra commercium humani iuris*) ilişkindi. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Karadeniz-Çelebican**, sh. 35-41. Ayrıca bkz. Belgin **Erdoğan**, Roma Eşya Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2009, sh. 4-6; **Umur**, Roma Hukuku, sh. 405; **Koschaker/Ayiter**, sh. 103-104.

<sup>127</sup> **Pelet**, sh. 54.

ikinci duruma ise, günümüz hukuk sistemleri göz önüne alınarak, uyuşturucu maddeler örnek gösterilebilir<sup>128</sup>.

#### d) Kişi dışı varlık olma<sup>129</sup>

Konumuz, insan vücudu ve bunun parçaları ile ilgili olduğundan, “tüzel kişi” kavramı, açıklamalarımız dışında tutulacaktır. Dolayısıyla, burada kişi ibaresi ile “gerçek kişi” kavramını anlatmak istediğimizi belirtelim.

“Hak sahibi varlık” olarak tanımlanan<sup>130</sup> kişinin, eşya olarak değerlendirilmesi düşünülemez. Zira “eşya”, hakkın konusunu (objesini), “kişi” ise hakkın süjesini oluşturmaktadır<sup>131</sup>.

Kişi, varlığını, ancak bir beden içerisinde sürdürebilir<sup>132</sup>. Bu bedenin, sağlıklı bir biçimde işlev görüp görmemesinin, kişinin hak süjesi olmasına herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Ancak hak süjesi olan kişinin, beden dediğimiz, kişiye fiziksel bir boyut kazandıran bir zırha ihtiyaç duyduğu muhakkaktır. Bu nedenle, yaşayan insanın bedeni hukuken eşya olarak değerlendirilemez<sup>133</sup>.

<sup>128</sup> Bu konuda bkz. yukarıda dn. 121’de yaptığımız açıklamalar.

<sup>129</sup> Bu kriter neden ihtiyaç duyulmuş olduğu sorgulanabilir. Zira amaç, yaşayan insan vücudunun eşya kavramı dışında tutmak ise, yukarıda incelemiş olduğumuz “üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanabilmesi” kriteri de, aynı işlevi görecektir. Nitekim insan vücudu üzerinde hâkimiyet kurulması günümüz hukuk düzenine göre yasaklanmış bir olgudur. Dolayısıyla, “kişi dışı varlık olma” gibi bir kıstasa gerek olmadan da, insan vücudu, üzerinde hâkimiyet kurulamaması sebebiyle eşya sayılamayacaktır. Bkz. bu görüşte **Wiegand**, sh. 777. Biz ise, bu kriteri, insan vücudu bakımından değil, insan kökenli biyolojik maddelerin eşya sayılıp sayılmaması konusunda değerlendirmeye alıyoruz.

<sup>130</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 2; **Dural/Öğüz**, sh. 5.

<sup>131</sup> **Dural/Öğüz**, sh. 6.

<sup>132</sup> Yaşayan insan vücudunun, kişi dışı varlık olma kriterine takılarak, eşya sayılmadığı da savunulmaktadır. Bu düşünceye göre, insan vücudu, kişinin “eşdeğeri”, “maddî dayanağı” ve “somut desteği”dir. Bu ifadeleri kullanan yazarlar için bkz. Dominique **Manai**, La personne et son corps: De la symbiose à la dissociation, Personne, Société, Nature, La titularité des droits, du rationalisme juridique du XVII<sup>e</sup> siècle à l’écologie moderne, Fribourg 1996, sh. 32; **Labbée**, sh. 53. Nasıl tanımlanırsa tanımlansın, bu ifadelerden, kişinin varlığını ancak bir beden içinde yaşama şartına bağlı olarak sürdürebileceği anlaşılmaktadır.

<sup>133</sup> **Steinauer**, No: 65; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 4; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, sh. 20; **Wieland**; sh. 27; **Ünal/Başpınar**, sh. 68. İnsanın yaşadıkça, hâttâ öldükten sonra bile (cesediyle) aynı hakka konu oluşturamayacağı görüşünde bkz. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, sh. 50; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 22; **Esener/Güven**, sh. 37-38.

İnsan kökenli biyolojik maddelerin, kişi dışı varlıklar olup olmadığı meselesi ise tartışmalıdır. Bir görüşe göre, söz konusu maddelerin, bağlı buldukları kişinin vücudundan ayrıldıkları ândan itibaren, bu kişi ile tüm irtibatları kesildiğinden, “kişi dışı varlık” hâline geldiklerinin kabulü kaçınılmazdır<sup>134</sup>. İkinci bir görüşe göre ise, insan kökenli biyolojik maddeler, vücuttan ayrılmış dahi olsalar, meydana geldikleri kişinin vücudu ile sıkı bir bağlantı içinde olduklarından, bu kimsenin kişiliğinin bir unsuru ya da uzantısı olarak algılanmalıdır<sup>135</sup>.

Konuyla ilgili olarak ortaya çıkan üçüncü bir görüş ise, insan kökenli biyolojik maddeler arasında bir takım kategoriler yaratarak, “kişi dışı varlık” olma kriterini, bu kategorileri göz önünde bulundurarak irdelemektedir<sup>136</sup>. Oluşturulan bu kategoriler neticesinde, insan doku ve hücrelerinin bir kısmı, kişiliğin uzantısı olarak

<sup>134</sup> **Steinauer**, No: 65; **Meier-Hayoz**, sh. 72; **Schaumann**, sh. 63, 64. **Schaumann**'a göre, erkeğin kendi soyunu devam ettirmesine yarayan sperm dahi “kişi dışı varlık” olarak kabul edilmesi gerekir. Nitekim sperm hücresi, ister doğal yoldan olsun, isterse yapay döllenme sırasında olsun, işlevini vücuttan ayrılmakla beraber yerine getirmekte, bu nedenle de meydana geldiği vücut ile fiziksel bir bütünlük arz etmemektedir. Bir diğer neden ise, sperm, meydana geldiği kişiden bağımsız olarak, bir başka üreme hücresi ile birleşerek, embriyoyu oluşturmasıdır ki, bu durumda, sperm, oluşan embriyonun genetik mirasının sadece yarısına etki etmekte, dolayısıyla tek başına “kişi” yaratma potansiyeline sahip olmamaktadır (**Pelet** sh. 60'dan naklen).

<sup>135</sup> **Fabre-Magnan**, sh. 611.

Bu görüş, özellikle insan üreme hücreleri ile genetik materyal olarak adlandırılan DNA hücreleri ile ilgili olarak ortaya atılmaktadır. Bu hususta, sperm hücresinin, vericinin kişilik değerinin bir uzantısı olduğunu savunan Jean **Guinand**, *Contrats passés avec les donneurs de semence, Künstliche Fortpflanzung, Genetik und Recht*, Lausanner Kolloquium vom 29. und 30. November 1985, Zürich 1986, sh. 244 ve DNA hücresinin, kişinin gerçek biyolojik kimliği olduğunu ortaya koyarak, bu nedenle söz konusu maddenin eşya sayılmaması gerektiğini düşünen **Galloux**, *De la nature juridique*, sh. 529.

<sup>136</sup> Maddeler arasında farklı kategoriler oluşturulması, insan kökenli her biyolojik parçanın, kişi ile eşit yoğunlukta bir bağlılık içerisinde olmadığı düşüncesinden kaynaklanmaktadır. **Labbée**'nin ayırımına göre, “kişi dışı ürünler” (*produits impersonnels*) kategorisinde, saç, tırnak, dışkı, insan sütü ve plasenta gibi maddeler yer alırken; “kişiliği taşıyan ürünler” (*produits porteurs de la personnalité*) kategorisini ise, kan ve insan üreme hücreleri gibi maddeler oluşturmaktadır. Bkz. **Labbée**, sh. 53.

Biyolojik maddeler arasında “basit eşya” (*vulgaires choses*) ve “insan yaşamı için fayda sağlayan parçalar” (*les éléments qui ont une utilité pour la vie humaine*) başlıkları altında benzer bir ayırımı **Harichaux** da önermektedir. Buna göre, insan dışı ilk; kan, süt, kemik iliği, sperm, yumurta ve deri ise ikinci kategori içinde yer alan örneklerdir. Bkz. Michèle **Harichaux**, *Rapport du groupe de travail n°2 sur le corps et les produits du corps, Bioéthique et Droit, Etudes rassemblées par Raphaël Draï et Michèle Harichaux*, Paris 1988, sh. 108, 135.

Görüldüğü üzere, önerilen kategoriler içinde yer alan maddeler arasında çelişen noktalar mevcuttur. Meselâ, insan sütü, bir görüşe göre, kişi ile bağlantılı addedilirken, diğerine göre ise, aynı önemi haiz bulunmamıştır. Bundan başka, bağışlanmaları hâlinde, sonuçları bakımından farklılık gösterdikleri için kan ile sperm arasında niteliksel ayırım gözetilen **Hermitte**'in düşüncesi, sperm ile kanı aynı kategoride ele alan **Harichaux**'nun düşüncesi ile tezat oluşturmaktadır. Bkz. **Hermitte**, *Le corps*, sh. 337. Dolayısıyla, hangi maddenin kişi dışı varlık, hangi maddenin kişiliğin uzantısı olduğunu bu yolla kestirebilmek bize göre kolay görünmemektedir.

kabul edilmekte, diğer bir kısmı ise, “kişi dışı varlık” sayılmaları nedeniyle, eşya olarak nitelendirilmektedir.

İnsan kökenli biyolojik maddelerin tamamının ya da bunlardan bir kısmının, kişiliğin bir uzantısı olarak kabul edilmesinin amacı, şüphesiz ki, bu maddelerin de kişiliğin korunması hakkındaki hükümlerden yararlanmasını sağlayabilmektir.

Buna karşılık, insan kökenli biyolojik maddeler, kişiliğin bir unsuru olarak kabul edilseler bile, bunların hukuken “kişi” olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir. Her ne kadar, insanın genetik özelliklerini içinde barındıran DNA molekülleri ile insan üreme hücrelerinin, kişiliğin uzantısını oluşturdukları savunulabilirse de, kanaatimizce, bu özellikleri, söz konusu maddelerin “gerçek kişi” olarak kabul edilmesi gibi bir sonuç yaratmaya yetmez. Bu bakımdan, insan kökenli tüm biyolojik maddelerin “kişi dışı varlık” olduğu sonucuna ulaşmış bulunuyoruz. Konuyu, daha sonra değineceğimiz “kişilik değeri” bahsinde daha detaylı bir biçimde inceleyeceğimiz için, şimdilik bu açıklamaları yeterli buluyoruz.

#### e) İktisadî bir değer taşıma

Bir varlığın eşya olarak nitelendirilebilmesi için, iktisadî bir değerinin bulunması gerektiği çoğunlukla kabul edilmektedir<sup>137</sup>. Bununla birlikte öğretilerde, bu yönde bir kriterin aranmasına ihtiyaç duymayanlar<sup>138</sup> olduğu gibi, iktisadî değer kavramının çok geniş ve muğlak bir kavram olduğunu ifade edenler<sup>139</sup> de mevcuttur.

<sup>137</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 6; **Ertaş**, No: 25; **Wieland**, sh. 27; **Esener/Güven**, sh. 38; **Aybay/Hatemi**, sh. 18.

<sup>138</sup> Bir varlığın eşya olarak nitelendirilebilmesi için iktisadî değere sahip olması gerektiği hakkındaki kriter, İsviçre hukukundaki bazı yazarlarca aranmamaktadır. Bu görüşe göre, eşya kavramı, başlıca dört kriterin gerçekleşmesine bağlı olarak şekillenmektedir. Bu kriterler; sınırlanabilir olma (*Abgegrenztheit/délimitation*), üzerinde bireysel hâkimiyet kurulabilir olma (*Beherrschbarkeit/être susceptible de maîtrise humaine*), maddî varlığa sahip olma (*Körperlichkeit/matérialité*) ve kişi dışı varlık olma (*Unpersönlichkeit/Impersonnalité*) olarak İsviçre doktrininde yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Steinauer**, No: 60; **Kälin**, sh. 88.

Maddî bir varlığın eşya sayılması için, ayrıca parasal bir değere sahip olmasının gerekmediği yönünde bkz. **Jale Akipek**, Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), Birinci Kitap, Ankara 1972, sh. 35. Yazar, bu nedenle parasal değeri hiç veya çok önemsiz olmakla beraber, kişi için manevî değer taşıyan mektup ve benzeri şeylerin de eşya olduğunu savunmaktadır. Aynı yönde **Labbée**, sh. 289; **Akipek/Akintürk**, sh. 29; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, sh. 21.

<sup>139</sup> Bkz. **Harichaux**, La protection, sh. 36.

Kanaatimizce, bir malın, iktisadî bir değerinin olması mekân ve zamana göre değişkenlik gösteren<sup>140</sup> bir olgudur. Bu nedenle, herhangi bir yer ve zamanda, hiçbir ekonomik yarar sağlamayacağı düşünülen ve o bölge pazarında hiçbir talep görmeyen bir nesne, bir başka yer ve zamandaki arz eksikliği nedeniyle, yoğun bir talep görerek, sahibine ekonomik menfaatler sağlayabilir. Örneğin, Sahra Çölü'nden toplanarak bir çuval içine konulan bir miktar kumun, Libya'daki pazarda hiçbir değer görmemesine karşılık, bu madde, Finlandiya'da cam ürünleri üreten bir fabrika sahibi için, ince cam ürünlerinden oluşan özel koleksiyonunun ana malzemesi olarak yüksek bir değer taşıyabilir. Keza, bundan üçyüz yıl kadar önce, bulunduğu topraklarda ürün yetişmesine engel olduğu gerekçesiyle, arazi sahiplerinin arazilerini terk etmesine neden olan petrol, ekonomik değerden tamamen yoksun görülmekteyken; sanayide kullanılabileceğinin ve enerji kaynağı olduğunun keşfedilmesi ile birlikte, maddenin, üzerinde hâkimiyet kurmak isteyen devletler arasında savaşların çıkmasına dahi sebep olan, çok yüksek bir ekonomik değer taşıdığı, artık kimse tarafından inkâr edilemeyen bir gerçeğe dönüşmüştür. Aynı şekilde, bugün için iktisadî değer taşıdığı reddedilen ve çıktığı topraklarda yok edilmeye çalışılan yaban otlarının, bundan beş yıl sonra, örneğin kanser hastalığını önlediği keşfedilirse, sahibine yüksek miktarda kazanç sağlayacağı için, ekonomik değer taşıdığına muhakkak gözüyle bakılacaktır.

O hâlde, bu maddeler hukukumuzda göre, eşya sayılacak mıdır? Sayılacaksa, söz konusu maddelerin iktisadî değerlerinin olup olmadığı hangi piyasa koşulları göz önünde bulundurularak belirlenecektir? Zira, Libya pazarında elli yıl boyunca satılmak üzere bekletilmiş ve bu süre boyunca kimse tarafından fiyatı dahi sorulmamış olan bir çuval kum, bu kriter dikkate alındığında eşya sayılmayacak, buna karşın aynı madde, Finlandiya'daki cam fabrikasının değerli bir koleksiyonu için hammadde olarak yine yüksek bir fiyatla satın alındığında, artık iktisadî bir değer taşıdığı gerekçesiyle eşya sayılabilecektir.

“Eşya” kavramının yere veya zamana göre değişiklik göstermesi farklı hukuk sistemlerinin “eşya”yı değişik biçimlerde tanımlamasından kaynaklanabilir. Nitekim eşyanın, Fransız hukukunda ayrı, Alman hukukunda ayrı tanımlandığını ifade etmiştik. Bu durum, tüm dünyada geçerli olan tek bir hukuk sistemi oluşturulana

<sup>140</sup> Pelet, sh. 156, 160, 161.

kadar da kabul edilebilir bir farklılıktır. Oysa yukarıdaki örneklerde belirtmeye çalıştığımız farklılıklar, “eşya” kavramının değişik hukuk sistemlerindeki algılanış çeşitliliğinden değil, aksine, aynı hukuk sisteminin, bir varlığı kimi zaman eşya olarak kabul etmesi, kimi zaman da bu niteliği reddetmesinden doğan farklılıklardır.

İşte bu sebeple, insan kökenli biyolojik maddelerin ekonomik değer taşıyıp taşımadıkları da göreceli olarak değişkenlik gösterebilecek bir durumdur<sup>141</sup>. Ayrıca, hukuk düzeni tarafından, bazı biyolojik maddelere yönelik olarak ivazsız devir zorunluluğu getirilmesinden, bu maddelerin ekonomik değerden yoksun oldukları sonucunun çıkarılamayacağını<sup>142</sup> da bu vesileyle belirtmeliyiz. Zira sperm bağışının yasal olarak kabul edildiği İsviçre’de, bağışta bulunan kişilerin bundan dolayı, herhangi bir karşılık elde edemeyecekleri düzenleme altına alınmıştır<sup>143</sup>. Buna karşılık, yasalarında bu yönde bir sınırlama bulunmayan Amerika Birleşik Devletleri’nin Kaliforniya eyaletinde, spermlerini Kaliforniya Sperm Bankası’na verecekler için 100 USD ücret ödeneceği, kurumun internet sitesinde<sup>144</sup> yer almaktadır. Üstelik aynı kurum, belli işlemlerden geçirip şişelediği spermleri, müşterilerine 390 ilâ 560 USD’den satmaktadır<sup>145</sup>. Bu durumda, spermin iktisadî bir değeri olmadığı sonucuna nasıl varılabilecektir<sup>146</sup>?

<sup>141</sup> **Labbée**, sh. 334.

<sup>142</sup> Bu hususta bkz. **Pelet**, sh. 170. Yazar, kanunkoyucunun, iktisadî değer taşımayan bir varlığa, ivazsız devir şartı öngörmeyeceğinin altını çizerek, insan kökenli biyolojik maddelerin ekonomik bir değerinin olduğu gerçeğinin, bu yöndeki yasal düzenlemeler vasıtasıyla açığa çıkarıldığını savunmaktadır. Nitekim vücuttan ayrılan biyolojik maddelerin hiçbir iktisadî değeri olmasaydı, bu maddeler piyasada talep görmeyecek ve bunları piyasaya arz eden kişi ya da kuruluşların bedel talepleri de karşılık bulamayacaktı.

<sup>143</sup> 18 Aralık 1998 tarihli Yapay Dölllenme Hakkındaki İsviçre Federal Yasası (*Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée*) m. 21, sperm devrinin ivazsız olarak yapılması şartını getirmektedir.

<sup>144</sup> <http://www.spermbankcalifornia.com/donate-sperm.html> (erişim tarihi: 12.8.2010).

<sup>145</sup> Spermlerin tâbi oldukları işlemlerin niteliğine göre, sperm bankasının belirlediği fiyatlar değişiklik göstermektedir. Hâtta kurum, bunun için internet sitesinde 2010 yılına ait olmak üzere bir fiyat tarifesi oluşturmuştur. Bunun için bkz. <http://www.thespermbankofca.org/pdf/2010feeschedule.pdf> (erişim tarihi: 12.8.2010).

<sup>146</sup> Vücuda takılan yapma bir protezin dahi piyasada belli bir değerinin olduğu, bunun doğal alternatifleri olan organ ve dokuların ise evleviyetle değer gördüğü konusunda bkz. **Labbée**, sh. 335. İnsan kökenli biyolojik maddelerin iktisadî değer taşımadığını ileri sürmenin çelişkili ve samimî olmayan bir görüş olduğunu savunan **Harichaux**, *La protection*, sh. 36-37. Yazar, uğranılan cismanî zararlarda, mahkemelerin uzun yıllardır, tazminat olarak, vücudun parçalarına değer biçtiğini ve bu konuda öngörölmüş olan tazminat çizelgeleri olduğunu belirtmektedir. Aynı örnek için bkz. **Labbée**, sh. 335.

Keza İngiltere’de, organ satışı yasaklayan 1989 tarihli *Human Organ Transplants Act* adlı yasanın varlığına rağmen, İngiliz internet sitelerinde açık artırma yoluyla ve 100.000 sterlinden başlayan fiyatlarla böbrek satış ilânlarının yer aldığı görülmektedir<sup>147</sup>.

Bu nedenlerle biz, bir varlığın “eşya” olup olmadığı değerlendirilirken, o varlığın iktisadî bir değere sahip olması gerektiği gibi bir kriter aranmasını, bu kriterin yere ve zamana göre değişkenlik gösterdiğini göz önünde bulundurarak isabetli bulmuyoruz. Bunun yanında, böyle bir kriterin aranmasının zorunlu olduğu iddia edilse dahi, insan kökenli biyolojik maddelerin, piyasada talep gören varlıklar olmaları nedeniyle, ekonomik değere sahip oldukları<sup>148</sup> kanaatini taşıyoruz.

Türk hukukunda, bir varlığın eşya olarak nitelendirilebilmesi için, yukarıda saymış olduğumuz beş koşulu gerçekleştirilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>149</sup>. Bu koşullar dikkate alındığında, insan vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddelerin, üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanabilen, sınırlanabilen, ekonomik değer taşıyan ve kişi dışı maddî varlıklar olduğu ortaya çıktığından, bunların hukuken eşya olarak nitelendirilmesinin önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

## 2- İnsan vücudu ile arasındaki bağlantının, insan kökenli biyolojik maddenin “eşya” niteliğine etkisi

### a) Konunun önemi

İster bir beden içinde faaliyet sürdürüyor olsun, ister bir başka kişinin vücuduna nakledilmek üzere bağlı bulunduğu bedenden ayrılmış olsun, tüm insan kökenli biyolojik maddeler, kaynağını insan organizmasından almaktadır. Bu maddelerin, buldukları vücuttan ayrılmaları hâlinde, hukuken eşya olarak

<sup>147</sup> Bkz. **Herring**, sh. 373.

<sup>148</sup> Birçok ülkede, kan vericilerinin verdikleri kan karşılığında belli bir miktar para aldıkları, bunun yanında kan bankalarının da kan ürünlerini hastane işletmeleri gibi diğer sağlık kuruluşlarına bedel mukabilinde verdikleri göz önüne alındığında, söz konusu biyolojik maddenin, piyasada ekonomik bir değerinin olduğu açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Özellikle kan ve kan ürünleri ile ilgili olarak bkz. **Hermitte**, Le sang, sh. 191. Ayrıca, kan, saç ve sperm gibi insan vücudundan ayrılmış olan parçaların ekonomik değer taşıdıkları yönünde bkz. **Gemalmaz**, sh. 269.

<sup>149</sup> **Ertas**, No: 25; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 6. Ayrıca bkz. **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 20. Yazarlar, hukukî anlamda eşyanın özelliklerini sıralarken, dört ana başlık zikretmiş olsalar da, iktisadî değer taşıma özelliğini, “sınırlanabilir olma” özelliği içinde ele almışlardır. Bkz. **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 22. Aynı yönde bkz. **Esener/Güven**, sh. 38.

nitelendirilebilmeleri için gerekli olan kriterlere uygun bir durum ortaya çıktığını açıklamıştık. Bu hususta, ayrıca biyolojik maddeler ile meydana geldikleri insan vücudu arasında, hukukî bir bağlantının olup olmadığının tespit edilmesi de gerektiğini düşünüyoruz. Biyolojik maddelerin, içinde yer aldıkları ya da ayrılmış oldukları vücudun kaderine tâbi olup olmadıkları, bunların eşya hukuku bakımından bütünleyici parça, eklenti ya da doğal ürün sayılıp sayılmayacakları şimdiki açıklamalarımızın konusunu oluşturmaktadır.

### b) “Bütünleyici parça” kavramı

MK m. 684/f. 2, bütünleyici parçayı şu şekilde tanımlamaktadır: “*Bütünleyici parça, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır*”. Bu tanımdan yola çıkarak, bir şeyin bütünleyici parça olabilmesi için, asıl şeyin esaslı (temel) unsuru hâline gelmesi gerektiği anlaşılmaktadır<sup>150</sup>. Temel unsur olma ise, adı geçen hüküm uyarınca, iki şekilde gerçekleşebilir: Bir şey, ya asıl şeye sıkı bir maddî bağlantı<sup>151</sup> ile bağlı olacak, ya da bu bağlantı çok sıkı olmasa dahi bu şey, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru<sup>152</sup> sayılacaktır.

Bütünleyici parça, bağlı bulunduğu asıl şeyin hukukî kaderini paylaşmaktadır. Nitekim MK m. 684/f. 1, “*Bir şeye mâlik olan kimse, o şeyin bütünleyici parçalarına da mâlik olur*” hükmünde bulunmak suretiyle, bu kuralı öngörmektedir.

<sup>150</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 241; **Akipek/Akıntürk**, sh. 52; **Saymen/Elbir**, sh. 235; **Wieland**, sh. 36; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, sh. 81; **Esener/Güven**, sh. 214; **Aybay/Hatemi**, sh. 17.

<sup>151</sup> Sıkı maddî bağlantıdan ne anlaşılması gerektiği MK m. 684’te ifade edilmektedir. Buna göre, bir şey, asıl şey yok edilmedikçe, zarara uğramadıkça ya da yapısı değişmedikçe, asıl şeyden ayrılamıyorsa, bu iki şey arasında sıkı bir maddî bağlantı bulunduğu kabul edilecektir. Dolayısıyla, bir şey, asıl şeye hiçbir zarar vermeden ya da onun yapısını değiştirmeden, bundan ayrılabiliriyorsa, bütünleyici parça olarak nitelendirilemez. Bkz. **Akipek/Akıntürk**, sh. 50; **Wieland**, sh. 36-37; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 242; **Saymen/Elbir**, sh. 237; **Steinauer**, No: 1052; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, sh. 519.

<sup>152</sup> Bu da, asıl şey ile bütünleyici parça arasındaki ekonomik bağlılığı ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle, bütünleyici parçanın, asıl şeyin özgülendiği ekonomik amaca sürekli olarak hizmet etmesi gerekir. Bunlar arasında bu şekilde bir ekonomik bütünlük olmadığı takdirde, bütünleyici parçanın varlığından bahsedilemez. Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 243; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, sh. 522; **Akipek/Akıntürk**, sh. 53-54; **Steinauer**, No: 1057; **Saymen/Elbir**, sh. 239; **Wieland**, sh. 38.



Bütünleyici parçanın, hukuken eşya niteliğinde olması gerekir<sup>153</sup>. Bu nedenle bir hak, bütünleyici parça olamaz. O hâlde, insanın vücudundan ayrılmış olmaları durumunda, eşya niteliğinde olduğunu kabul ettiğimiz organ, doku ve hücrelerin, bu koşulu yerine getirdikleri söylenebilir. Acaba, bu parçalar, vücuttan ayrılmadan önce insan vücuduna sıkı bir maddî bağlantı ile bağlılık şartını da yerine getirmekte midirler? Bu soruya verilecek cevap, kalp, böbrek, mide, ince ve kalın bağırsak gibi vücutta bulunan birçok doku ve organın, vücuda bu şekilde sıkı bir maddî bağlantı ile bağlı olduğu yönündedir. Üstelik bu maddelerden pek çoğu, vücuda zarar vermeden veya onun fiziksel bütünlüğünü ihlâl etmeden, vücuttan ayrılamayacak niteliktedir.

Gelgelelim bütünleyici parçanın belki de en önemli özelliği, onun, sıkı bir bağlılık ilişkisi içinde bulunduğu şeyin, bir başka eşya olmasıdır. İnsan kökenli biyolojik maddeler, insan vücudu ile sıkı bir fizikî bağlılık içerisinde bulunmalarına rağmen, yaşayan insan vücudunun hukuken eşya olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. İnsan vücudu, kişiliğin bir parçası ve onun en önemli tamamlayıcısıdır.

Biyolojik maddelerin, “bütünleyici parça” olma vasfını çürüten bir diğer argüman ise, bu maddelerin, insan vücudu içinde veya vücuda bağlı bulunmaları durumunda artık eşya olarak değerlendirilebilmelerinin mümkün olmamasıdır<sup>154</sup>. Oysa ki, bütünleyici parçanın da, temel unsuru olduğu asıl şey gibi, “eşya” kavramının niteliklerini taşıyor olması gerekir. Vücut içinde yer almakta olan organ ve dokular ise, içinde buldukları kişinin vücut bütünlüğünden bağımsız olarak, eşya sıfatıyla ele alınamazlar. Dolayısıyla, organ, doku ve hücrelerin, insan vücudunun bütünleyici parçaları olarak değerlendirilebilmesi ihtimâl dâhilinde görünmemektedir.

### c) “Doğal ürün” kavramı

MK m. 685, “Doğal ürünler” başlığı altında, bir şeye mâlik olan kişinin, onun ürünlerinin de mâliki olacağını ve bu ürünlerin, asıl şeyden ayrılincaya kadar asıl şeyin bütünleyici parçası sayılacağını hüküm altına almaktadır. Demek ki, asıl şeyden ayrılmamış olan doğal ürünler, MK m. 684’de belirtilen şartların gerçekleşip

<sup>153</sup> Akipek/Akıntürk, sh. 51; Saymen/Elbir, sh. 235; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, sh. 241; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Eşya Hukuku, sh. 517.

<sup>154</sup> Joye, Statut, sh. 97; Piotet, Réflexions, sh. 69.

gerçekleşmediğine bakılmaksızın, kanun gereği bütünleyici parça vasfına sahip olmaktadır. Doğal ürünler, asıl şeyden ayrıldıktan sonra ise, kendi başına bağımsız bir eşya olarak, asıl şeyin mâlikinin ya da diğer bir kişinin<sup>155</sup> mülkiyetine girebilmektedir<sup>156</sup>.

Doğal ürünler, MK m. 685/f. 2’de şu şekilde tanımlanmıştır: “*Ürünler, dönemsel olarak elde edilen doğal veya hukukî ürünler ile bir şeyin özgülediği amaca göre âdetler gereği ondan elde edilmesi uygun görülen diğer verimlerdir*”. O hâlde, doğal ürünler, dönemsel ürünler<sup>157</sup> ile yerel âdetlerin bir şeyden elde edilmesini uygun gördüğü ürünlerden<sup>158</sup> oluşmaktadır. Ağacın çiçekleri ve meyveleri, hayvanların sütü, yünü ve yumurtaları doğal ürünlere örnek gösterilebilir<sup>159</sup>.

İnsan kökenli biyolojik maddelerin, bu bakımdan doğal ürün sayılıp sayılmayacaklarını irdelemek gerekir. Gerçekten, biyolojik maddelerden bir kısmı, periyodik aralıklarla meydana gelerek, dönemsel ürün tanımına uyum gösteren bir nitelik arz edebilir. Bunlara örnek olarak, insan vücudunda salgılanan tüm hormonlar, salgılar, insan dışkısı, anne sütü ya da kadınların her ay düzenli olarak

<sup>155</sup> Örneğin bir kişi, mâliki bulunduğu bir malı, ürün kirası sözleşmesi ile kiraya verirse, kiracı, kiralayana ait olan asıl şeyden elde edilen ürünleri toplayıp, bu ürünler üzerinde mülkiyet hakkına sahip olabilir (BK m.270).

<sup>156</sup> Roma hukuku kaynaklı olan bu kurala göre, asıl şeyin mâliki, doğal ürünleri, ayrılma ânı (*separatio*) itibarıyla aslen iktisap etmektedir. Bkz. **Erdoğan**, sh. 88; **Di Marzo**, sh. 267; **Umur**, Roma Hukuku, sh. 433; **Karadeniz-Çelebican**, sh. 165. Asıl malın, ürün kirası sözleşmesi ile kiraya verilmesi hâlinde ise, kiracının kira sözleşmesinden aldığı yetkiye dayanarak, doğal ürünleri kiralayandan ziyetliğin devri (*traditio*) ile devraldığı farz olunmaktaydı. Bkz. **Erdoğan**, sh. 90, dn. 174; **Umur**, Roma Hukuku, sh. 433.

<sup>157</sup> Dönemsel ürün, ayda bir, haftada bir gibi belirli aralıklarla meydana gelen ve ayrılması, asıl şeyin verimliliğine olumsuz bir biçimde zarar vermeyen üründür. Bkz. **Steinauer**, No: 1073; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 245; **Ertuş**, No: 1016. **Akipek/Akıntürk** (sh. 65), bu anlamdaki ürünleri “gerçek anlamda doğal ürün” olarak adlandırmakta; **Gürsoy/Eren/Cansel** ise, bunları ürün ya da mahsul olarak isimlendirmektedir. Bkz. **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 410. Aynı şekilde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, sh. 537.

<sup>158</sup> Yerel âdetlerin bir şeyden elde edilmesini uygun gördüğü üründe ise, dönemsel üründen farklı olarak, belirli aralıklarla meydana geliş koşulu aranmamaktadır. Sadece, yerel âdetin, o ürünün, bir şeyden elde edilmesini uygun görmesi yeterlidir. Yine, dönemsel üründen farklı olarak, ayrılan bu ürünün yerine bir yenisi vücut bulmamaktadır. Bkz. **Steinauer**, No: 1074; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 246; **Ertuş**, No: 1017. Bu tür ürünler, **Akipek/Akıntürk** ve **Gürsoy/Eren/Cansel** tarafından “hâsılât” olarak isimlendirilmektedir. Bkz. **Akipek/Akıntürk**, sh. 67 ve **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 411. Ayrıca karş. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, sh. 538.

<sup>159</sup> **Akipek/Akıntürk**, sh. 64; **Saymen/Elbir**, sh. 245; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, sh. 537; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 245; **Wieland**, sh. 45; **Esener/Güven**, sh. 219; **Aybay/Hatemi**, sh. 18.

ürettikleri yumurta hücreleri gösterilebilir. Bu maddeler, yenilenebilme özelliğine sahip olduklarından, vücutta herhangi bir eksilmeye de yol açmamaktadırlar.

Diğer bir kısım biyolojik madde ise, yerel âdet gereği, insan vücudundan elde edilmesi uygun görülen ürünlerle benzerlik gösterebilir. Örneğin, yirmi yaş dişleri ve hâttâ yetişkin bir insanın ağızında oluşan tüm kalıcı dişler, vücut tarafından dönemsel aralıklarla üretilen maddelerden değildir. Ayrıca, bunların vücuttan çıkarılmaları hâlinde, yerine yenilerinin gelmesi de mümkün olmadığından, insan vücudunda eksilmeye neden olan ürünler olarak varsayılabılırlar.

Tüm bu benzerliklere rağmen doğal ürünler, ondan ayrılıncaya kadar bir eşyanın bütünleyici parçası sayılmakta, ayrıldıktan sonra ise kural olarak yine, bu eşyaya sahip olan kişinin mülkiyetine dâhil olmaktadır. Oysa dönemsel aralıklarla ya da yerel âdet uyarınca oluştuğunu söyleyebileceğimiz biyolojik maddeler, asla eşya olarak değerlendiremeyeceğimiz bir varlıktan, “insan vücudundan” meydana gelmektedir. Bu yüzden, biyolojik maddeleri “doğal ürün” olarak da mütalaa etmek de olanaksız hâle gelmektedir<sup>160</sup>.

Buna rağmen, ileride bahis konusu olacağı gibi<sup>161</sup>, kişinin kendi vücudundan ayrılan biyolojik maddeler üzerindeki hak sahipliğinin, MK m. 685/f. 1 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle izah edilmeye çalışıldığını şimdiden söylemekte yarar görüyoruz.

#### **d) “Eklenti” kavramı**

Eklenti kavramının tanımı MK m. 686/f. 2’de yapılmıştır. Buna göre, eklenti, *“asıl şey mâlikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel âdetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır maldır”*.

<sup>160</sup> Kâlin, sh. 90.

<sup>161</sup> Bkz. Böl. 1, §3, II, 1, c, aa, bbb.

Bu tanımdan anlaşılacağı üzere, eklenti, asıl şeyin ekonomik amacına sürekli olarak özgülünen ve onunla çok sıkı olmasa da maddî bir bağlantı<sup>162</sup> içinde bulunan taşınır maldır<sup>163</sup>. Eklenti, asıl şeyin kullanımını, işletilmesini veya korunmasını kolaylaştırdığı gibi, onun ekonomik değerini de artırır<sup>164</sup>.

Hukukî sonuçları bakımından, eklentiyi, bütünleyici parçadan ayıran en önemli özellik, bütünleyici parçanın asıl şeyden ayrı bir aynî hak konusu oluşturamamasına karşın, eklentinin, asıl şeyden bağımsız olarak ayrı bir aynî hakka konu olabilmesidir<sup>165</sup>. Diğer bir ifadeyle, asıl şeyin mâliki (A) ise, bu şeyin bütünleyici parçası üzerinde yine sadece (A) hak sahibi olabilir, bir başka kişinin, örneğin (B)'nin sadece bütünleyici parça üzerinde aynî hak kurabilmesi mümkün değildir. Oysa (A)'nın mâliki olduğu şeyin, eklentisi üzerinde (B), aynî nitelikteki bir hakka, meselâ mülkiyet hakkına sahip olabilir<sup>166</sup>.

İnsan kökenli biyolojik maddelerden bir kısmının, “eklenti” kavramı içine sokulabilecek özellikler taşıdığı iddia edilebilir. Nitekim, kanser tedavisi görecekt olduğu için kendi saçlarını kestirerek, bunlardan takma saç yaptıran bir kadının saçları ya da geçirdiği trafik kazası sonucunda, tüm dişleri dökülen ve bunlardan kendisine protez diş yaptıran bir adamın dişleri, insan vücuduna sürekli tarzda özgülünerek, ona dış bağlantı ile tâbi kılınan taşınır eşya olmaları sebebiyle “eklenti” imiş gibi değerlendirilebilirler. Oysa tıpkı, bütünleyici parça ve doğal ürünler

<sup>162</sup> Asıl şeyin eklenti ile arasındaki maddî bağlantının, bütünleyici parça ile arasındaki bağlantı kadar sıkı olması aranmaz. Bağlantının dışa karşı belirli hâle gelmesi, bu bakımdan yeterli sayılmaktadır. Bu konuda bkz. **Ertaş**, No: 1032; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 247; **Akipek/Akıntürk**, sh. 73; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, sh. 90; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 415; **Wieland**, sh. 50; **Esener/Güven**, sh. 220; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, sh. 545; **Saymen/Elbir**, sh. 250.

<sup>163</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, sh. 544; **Steinauer**, No: 1082; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 420; **Saymen/Elbir**, sh. 249; **Wieland**, sh. 59; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 247; **Aybay/Hatemi**, sh. 19.

<sup>164</sup> **Akipek/Akıntürk**, sh. 72; **Steinauer**, No: 1103; **Esener/Güven**, sh. 220; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, sh. 546.

<sup>165</sup> Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 250; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, sh. 93; **Akipek/Akıntürk**, sh. 79; **Wieland**, sh. 59; **Saymen/Elbir**, sh. 254.

<sup>166</sup> Bununla birlikte, MK m. 686/f. 1'de belirtildiği üzere, asıl şey tasarruf işlemine konu olduğu takdirde, bu işlem kural olarak eklentiyi de kapsamaktadır. Diğer bir deyişle asıl şeyin, mülkiyetinin başkasına devredilmesi, rehnedilmesi ya da bunun üzerinde sınırlı bir aynî hak kurulması hâlinde, eklenti bunlardan hariç tutulmadıkça, asıl şeyle birlikte devredilmiş, rehnedilmiş ya da üzerinde sınırlı bir aynî hak kurulmuş sayılır. Bkz. **Steinauer**, No: 1104; **Akipek/Akıntürk**, sh. 78; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 421; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 250-251; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, sh. 553; **Aybay/Hatemi**, sh. 20; **Saymen/Elbir**, sh. 254; **Esener/Güven**, sh. 222.

başlıkları altında değinmiş olduğumuz gibi, asıl şey-eklenti ilişkisi de, ancak iki eşya arasında söz konusu olabilir. Takma saçların ya da protez dişlerin özgülenererek, dış bağlantı ile tâbi kılındığı insan vücudu ise eşya olarak nitelendirilemeyeceğinden, bu maddelerin eklenti sayılması da kabul edilemeyecektir.

### e) Genel Sonuç: Bağımsız Eşya

İnsan kökenli biyolojik maddeler, yaşayan bir insanın bedeni içinde ya da bu bedene fiziksel olarak bağlı buldukları takdirde, kişinin vücut bütünlüğü değeri şemsiyesi altında kaldıklarından, bağımsız bir varlık olarak değerlendirilememekte ve eşya olarak nitelendirilememektedir. Buna karşılık vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddeler, ayrılma ânından itibaren eşya statüsüne girmektedirler. Mamafih, insan kökenli biyolojik maddelerin, ayrılmış oldukları insan vücudunun bütünleyici parçası, doğal ürünleri ya da eklentisi sayılmaları da mümkün görünmemektedir. Zira bu maddeler ne bütünleyici parçanın temel unsurunu oluşturduğu, ne doğal ürünün elde edildiği, ne de eklentinin özgülendiği bir asıl şey (eşya) ile bağlantı hâindedir. Bunların fiziksel olarak bağlı buldukları varlık, yaşayan bir insanın vücududur. Yaşayan bir insanın vücudunu eşya olarak vasıflandırmak mümkün olmayacağından, yukarıda incelemeye çalıştığımız hukukî kavramlar, bu maddeleri nitelendirmek için uygun düşmeyecektir. O hâlde, insan kökenli biyolojik maddeleri, vücuttan ayrıldıkları ândan itibaren “bağımsız eşya” olarak kabul etmek, bu maddelerin insan vücudu ile aralarındaki bağlantı bakımından en doğru değerlendirme olacaktır.

### 3- İnsan Kökenli Biyolojik Maddeler ve “Ticarete Konu Olmayan Eşya” Kavramı

Meydana geldiği insan vücudundan, her ne sebeple olursa olsun ayrılmış olan biyolojik maddelerin eşya statüsünde olduğu çoğunlukla kabul görmekle birlikte, bu maddelerin, aynı statüye sahip olan diğer varlıklardan farklı özellikler taşıması, “eşya” kavramının sınırlarını ve kapsamını belirlemeye yönelik değişik hukukî değerlendirmelere yol açmaktadır. Öğretide, insan kökenli biyolojik maddelerin hukukî niteliği konusunda en çok dile getirilen kavramlardan biri de “ticarete konu olmayan eşya” kavramıdır. Biz, öncelikle genel özelliklerini ortaya koymaya çalışacağımız bu kavramın, insan kökenli biyolojik maddeler hakkında uygulanabilirliği üzerinde de duracağız.

### a) “Ticarete konu olmayan eşya” kavramı

Ticarete konu olmayan eşya (*res extra commercium*) kavramı, ilk olarak Roma hukukunda eşyanın tasnifi yapılırken kullanılmıştır<sup>167</sup>. Bu tasnif içinde yer alan mallar, eşya (*res*) olarak kabul edilmekle beraber, bunların ticarete konu edilmeleri engellenmiş, daha açık bir ifadeyle bu malların başkasına devir ve temlikî hukuk düzenince tamamen yasaklanmış ya da sınırlandırılmıştır<sup>168</sup>. Bu nedenle, söz konusu mallar, “başkasına devredilemeyen şey”<sup>169</sup>, “temlikî caiz olmayan mal”<sup>170</sup> ya da “alışveriş konusu yapılamayan şey”<sup>171</sup> ifadeleriyle Türk hukukunda da yer almışlardır<sup>172</sup>.

Kullanılan ifadelerdeki farklılıklardan da kolaylıkla anlaşılacağı gibi, eşya çeşidi olarak “*res extra commercium*” kavramı, pozitif hukukta herkes tarafından aynı şekilde tanımlanan bir kavram değildir<sup>173</sup>. “*Res extra commercium*”, kimi zaman, bir eşyanın ivazlı olarak devredilemeyeceğini, kimi zaman o eşya üzerinde aynî nitelikte bir hak kurulamayacağını, kimi zaman ise eşyanın hukukî işlemlere konu edilemeyeceğini açıklamak amacıyla kullanılmıştır.

Ticarete konu olmayan eşya üzerinde, aynî nitelikte bir hak da kurulamayacağı ifade edilmekle<sup>174</sup> birlikte, öğretilerde bu düşünceye karşı çıkıldığı

<sup>167</sup> Bkz. yukarıda dn. 126 ve ona bağlı metin.

<sup>168</sup> **Steinauer**, No: 75, 75a; **Pelet**, sh. 89; **Labbée**, sh. 336-338.

<sup>169</sup> Aydın **Zevkililer/Emre Gökyayla**, Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, Ankara 2010, sh. 30.

<sup>170</sup> Hâluk **Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, 6. Bası, İstanbul 2008, sh. 81.

<sup>171</sup> Cevdet **Yavuz**, Türk Borçlar Hukuku - Özel Hükümler, (Yenilenmiş 7. Basiya Hazırlayanlar: Cevdet **Yavuz**-Faruk **Acar**-Burak **Özen**), Tıpkı 8. Bası, İstanbul 2009, sh. 48.

<sup>172</sup> **Yavuz**, alışveriş konusu yapılamayan bir şeyin satışının kesin hükümsüz olacağını söyleyerek, bu mallara, uyuşturucuyu örnek göstermektedir. Bkz. **Yavuz**, sh. 48.

<sup>173</sup> Öğretilerde, kavram üzerinde derin fikir ayrılıklarının olduğu göze çarpmaktadır. Örneğin, **Letteron**, üreme hücrelerini, ticarete konu olmayan eşya olarak nitelendirdikten sonra, söz konusu hücrelerin başlanmak suretiyle bir takım hukukî işlemlere konu olabileceğini belirtmektedir (sh. 69). Türk hukukunda **Akıncı**'ya göre ise, kavram, hukukî işlemlere konu olamayan eşyayı tanımlamak amacıyla kullanılmaktadır (sh. 147). **Karadeniz-Çelebican** (sh. 31) ve **Koschaker/Ayiter** (sh. 103) ise, kavramın kapsamını çok daha geniş olarak açıklamakta ve *res extra commercium* olan mallar üzerinde aynî nitelikte hak tesisinin dahi mümkün olamayacağını belirtmektedir. **Erdoğan** ise, *res extra commercium* (alışveriş konusu olamayan eşya) ile *res extra patrimonium* (malvarlığı dışında kalan eşya) kavramlarının tamamen aynı kategoriyi ifade etmediğinin altını çizmektedir (sh. 4, dn. 2). Ayrıca karşı. **Labbée**, sh. 336; **Di Marzo**, sh. 230; Ziya **Umur**, Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1983, sh. 184.

<sup>174</sup> İsviçre Federal Mahkemesi, başkasına temlik edilemeyen bir eşya olarak kabul ettiği uyuşturucu üzerinde mülkiyet hakkı da kurulamayacağına hükmetmiştir. Karar için bkz. ATF 122 IV 179, JT

görülmektedir<sup>175</sup>. Buna göre, bir eşyanın alışveriş dışında tutulmasının nedeni, yasa koyucunun kamu yararı, genel sağlık ve ortak menfaatler gibi düşüncelerle hareket etmesinden ve eşyanın devrini, ruhsat ya da izin alma şartına bağlamak suretiyle kontrol altında tutmayı ya da tamamen engellemeyi amaçlamasından kaynaklanmaktadır<sup>176</sup>. Yoksa, bu eşya üzerinde aynî hak kurulması, yasak ya da sınırlama ile güdülen amaç kapsamı içinde yer almamaktadır.

Kanaatimizce de, devri kanunla sınırlanmış ya da yasaklanmış olan eşya üzerinde mülkiyet hakkı kurulabilmesinin kabulü, özellikle, bu eşyaya yönelik tecavüzlerin bertaraf edilmesi bakımından önemli rol oynayacaktır. Meselâ, Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Âletler Hakkında Kanun uyarınca ruhsatsız olarak devri yasaklanmış olan bir kılıcı elinde bulunduran bir kimseden bu kılıcın çalındığını ya da buna teşebbüs edildiğini düşünelim. Kılıcı elinde bulunduran kişiye, hırsıza karşı, en kapsamlı ve güvenli hukukî koruma, ancak kılıç üzerinde mülkiyet hakkı tanınması yoluyla sağlanacaktır. Bu kişi, her ne kadar mülkiyet hakkının kendisine sağladığı aktif yetkiden tam anlamıyla istifade edemese de, mülkiyetin koruyucu yetkisi sayesinde, üçüncü kişilerin haksız müdahalelerine karşı, hâkimiyeti altında bulunan eşyayı koruyabilecektir.

Bu bağlamda yanıt aranması gereken bir diğer soru da şudur: Bazı eşyaların devre konu olamayışlarının sebebi nedir? Bu soruya yanıt olarak, bazı eşyaların tabiatları gereği sahip oldukları karakteristik özellikler ya da doğal yapı farklılıkları gösterilebilir. Meselâ, hukukî niteliklerini incelemekte olduğumuz biyolojik maddelerin, insan kaynaklı varlıklar olmaları nedeniyle, kendiliğinden ticaret dışı eşya statüsünde buldukları düşünülebilir. Oysa bilinmelidir ki, eşya olarak kabul gören hiçbir varlık, sadece belli özelliklere sahip olması ya da bir takım özelliklerin

---

1997 IV 135,138. Kararda, mahkeme, “hukuka aykırı bir biçimde elinde uyuşturucu bulunduran kişi, uyuşturucunun mâliki sayılamayacağı için, bu maddenin ondan izinsiz alınması da, hırsızlık suçunu oluşturmaz” sonucuna varmıştır.

Oysa, ticarete konu edilmeyen bir eşyanın mülkiyetinin devren kazanılması muhtemel görünmese de, bu eşya üzerinde aslen iktisap yoluyla aynî hak sahibi olunması pekâlâ mümkündür. Bu nedenle, devredilemeyen bir eşyanın, aynî hakka da konu olamayacağı iddiası yerinde değildir. Bu haklı tespit için bkz. **Pelet**, sh. 92.

<sup>175</sup> **Labbée**, sh. 336; **Gemalmaz**, sh. 270.

<sup>176</sup> **Labbée**, sh. 336; **Pelet**, sh. 91.

kendi bünyesinde bulunmaması nedeniyle, kendiliğinden ticaret dışında kalmaz<sup>177</sup>. Bu durum karşısında, bazı eşyaların ticarete konu olamayışlarına dayanak olarak gösterilmesi gereken, kanun koyucunun bu husustaki iradesi olmalıdır. Bir başka deyişle, yasal bir engel bulunmadıkça hiçbir eşya, ticaret konusu yapılmaktan alıkonamayacaktır.

Gerçekten hukuk düzeni, bir takım eşyanın piyasa içinde kullanımını sınırlamak amacıyla düzenlemeler ortaya koymaktadır. Örneğin bazı ateşli silah ve bıçakların, esrar ve eroin gibi uyuşturucu maddelerin<sup>178</sup>, hâttâ bazı yaban hayvanları ile bunların bazı vücut parçalarının (fildişi, kaplan derisi, gergedan boynuzu gibi) devirleri, yasa koyucu tarafından kısıtlamaya tâbi tutulmakta<sup>179</sup>, bir kısım mallar içinse mutlak bir devir yasağı öngörülmektedir<sup>180</sup>. Devri sınırlandırılmış olan

<sup>177</sup> **Labbé**, sh. 276. Yazara göre, alışverişe konu edilememesi, devrinin sınırlı olarak mümkün, haczinin ise mümkün olmaması, bir eşyayı, eşya olmaktan çıkarmayacağı gibi, bunun üzerinde sahip olunan aynı hakkı da, kişilik hakkına dönüştürmeyecektir.

**Gemalmaz** (sh. 190), Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 18.5.1954 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, mülkiyet hakkına yer veren 1 no'lu protokolüne (İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesinin, Sözleşmede Hâlihazırda Yer Alanlardan Başka Belli Hakları ve Özgürlükleri Güvence Altına Alan Protokol No: 1) göre, devredilemeyen, hâttâ üretimi ve bulundurulması dahi yasak olan nesnelerin “eşya” statüsünde kabul edildiğini belirtmektedir. Yazar buna örnek olarak, Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun, beslenmesi yasaklanan ve kamu makamlarınca uyutulan pitbull ırkı köpeğin, Protokol anlamında eşya statüsünde olduğuna hükmettiği 16.1.1996 tarihli **Amanda Bullock v. United Kingdom** kararını göstermektedir (*Amanda Bullock v. United Kingdom*, app. No. 29102/95). Bkz. **Gemalmaz**, sh. 190.

<sup>178</sup> Bu örnek için bkz. **Labbé**, sh. 328.

<sup>179</sup> 2249 sayı ve 12.6.1979 tarihli kanunla değişik, 6136 sayı ve 15.7.1953 tarihli Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunun 5. maddesi, “*Yurda sokulması ve yapımı yasaklanan ve 4'üncü maddenin birinci fıkrası kapsamına giren (kama, hançer, saldırma, şişli baston, sustalı çakı, pala, kılıç, kasatura, süngü, sivri uçlu ve oluklu bıçaklar, topuz, topuzlu kamçı, boğma teli veya zinciri, muşta benzeri) bıçak ve aletlerin satılması, satın alınması, taşınması ve bulundurulması yasaktır*” demek suretiyle söz konusu eşyanın piyasada yer almasını sınırlamaktadır.

Aynı şekilde, 2236 sayı ve 22.5.1979 tarihli kanunla değişik 2313 sayı ve 12.6.1933 tarihli Uyuşturucu Maddelerin Murakabesi Hakkında Kanunun 3. maddesine göre, her ne şekilde olursa olsun, esrarın ihzarı (hazırlanması), ithâli, ihracı ve satışı yasaktır.

4915 sayı ve 1.7.2003 tarihli Kara Avcılığı Kanunu da, 18. maddesi ile, “Taraf olunan uluslararası sözleşmelerle ticareti yasaklanan yerli ve yabancı yaban hayvanları ve bu Kanunun 6'ncı maddesi çerçevesinde belirlenen avlanma esas ve usullerine aykırı olarak avlanan yaban hayvanları canlı veya cansız olarak veya bunların et, yumurta, deri, post, boynuz ve benzeri parçaları ile bunların türevleri satılamaz, satın alınamaz, nakledilemez ve bunların ithâlâtı ve ihracatı yapılamaz” hükmünü ortaya koymakta ve sözü edilen eşyanın devredilmesini bu şekilde kısıtlamaktadır.

<sup>180</sup> İsviçre hukukunda, devri tamamen yasaklanmış eşyaya örnek için bkz. **Pelet** sh. 54. Yazar, bu konuda, İsviçre'de 1910 yılından beri anayasal düzenleme ile alkol oranı çok yüksek olan apsent (absinthe) adlı içkinin üretiminin, ithâlinin, satışının ve her türlü devrinin yasaklanmasını örnek göstermektedir. Ancak yazarın bu tespitinden sonra, söz konusu içkinin devrini yasaklayan



malların, resmî makamlarca verilen izin ve ruhsat vasıtasıyla pazarda yer alabilmelerine karşılık, devri yasaklanmış olan eşyanın, piyasada el değiştirmesine hukuken hiçbir şekilde izin verilmemektedir. Ancak, ister devirleri tamamen yasaklanmış olsun, isterse devirlerine sadece sınırlı bir şekilde izin verilmekte olsun, bu durum, söz konusu mallara “eşya” vasfından hiçbir şey kaybettirmemektedir. Zira devir kâbiliyeti, eşya olmanın *sine qua non* (olmazsa olmaz) koşulu değildir. Bir şey salt başkasına devir ve temlik edilemiyor olmakla, eşya niteliğini kaybetmeyecektir<sup>181</sup>.

### b) Kavramın “insan kökenli biyolojik maddeler” hakkında uygulanabilirliği meselesi

Genel olarak insan kökenli biyolojik maddelerin, diğer eşyalar gibi, satışa sunulamamaları, kâr elde etmeye elverişli olmamaları, ticarete konu edilemeyişleri, söz konusu maddelerin, eşya olmadıkları sonucuna varılabilmesine neden olmaktadır<sup>182</sup>. Bu bakımdan, vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddeleri, hem eşya statüsü içinde değerlendirebilmek, hem de bunların bazı hukukî işlemlere konu edilemeyişlerini göz ardı etmek adına “ticarete konu olmayan eşya” (*res extra commercium*) kavramından yararlanılması fikri ortaya atılmıştır<sup>183</sup>. Kavramın, vücuttan ayrılmış olan insan kökenli biyolojik maddelerin nitelendirilmesi konusunda kullanılması özellikle Fransız hukukunda gündeme getirilmiştir<sup>184</sup>.

---

İsviçre Federal Anayasasının 32. maddesi, 1.1.2000 tarihinde yürürlükten kaldırılmış, 1.3.2005 tarihi itibarıyla ise, apsent üretimi ve piyasaya sunumu yasal hâle getirilmiştir.

<sup>181</sup> Keza, bazı eşyaların devrinin ise, yalnızca kanunda belirlenen belli kişiler tarafından yapılmasına müsaade edilmektedir. Örneğin, kamu sağlığının güvence altına alınabilmesi için, reçete ile satılan ilaçların devri, ancak eczacılar tarafından yapılabilmektedir. Bu yöndeki bir sınırlama, ilaçların, hukuken eşya niteliğinde olduğu gerçeğini değiştirmeyecektir. Bu görüş için bkz. **Labbée**, sh. 337.

<sup>182</sup> Bu görüş için bkz. **Guinand**, Implications juridiques, sh. 127.

<sup>183</sup> İsviçre hukukunda insan vücudundan ayrılan biyolojik maddelerin, “ticarete konu edilemeyen eşya” statüsünde olduğunu savunan yazarlar için bkz. **Pelet**, sh. 115; Rainer J. **Schweizer**/Peter **Saladin**, Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874, Article 24<sup>novies</sup>, Berne 1996, No 86.

<sup>184</sup> Rafaël **Dierkens**, Les droits sur le corps et le cadavre de l’homme, Gand 1962, sh. 59; **Nerson**, sh. 676; René **Savatier**, De sanguine jus, Recueil Dalloz 1954, Chronique 25, sh. 142; **Hermitte**, Le corps, sh. 328; **Cornu**, Les personnes, sh. 222. Keza, kan ve vücuttan ayrılan tüm biyolojik maddeler hakkında “ticarete konu olmayan eşya” nitelemesinde bulunan **Dierkens**, sh. 59.

Fransız hukukunda aksi görüşler de mevcuttur: Bkz. **Arnoux**, sh. 252, 253. Yazar, insan kökenli biyolojik maddelerin, vücuttan ayrıldığı ândan itibaren ticarete konu oluşturduğunu savunmaktadır. **Harichaux** da, vücuttan ayrılan biyolojik maddelerin arz ve talebi olduğu müddetçe, “biyolojik madde piyasası” kavramının reddedilemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. **Harichaux**, La protection, sh. 128. **Gromb** ise, “ticarete konu olmama” ifadesinin, vücuttan ayrılan biyolojik maddeler hakkında kullanılamayacağını, bu özelliğin, yalnızca vücudun bütünü

Gerçekten, insan vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddelerden çoğunun ticarete kısmen konu edilebileceği, ya da tamamen ticaret dışında kalacağı, yasal düzenlemelerde yer almaktadır. Örneğin, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunun üçüncü maddesi “*Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır*” hükmünü getirerek, insan kaynaklı doku ve organların ancak ivazsız olarak devre konu edilebileceği şartını koymuş ve bu suretle, biyolojik maddelerin devrini sınırlamıştır<sup>185</sup>. Keza, 5624 sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanunu m. 3/f. 1/b. 2’de “*Kan, kan bileşenleri ve ürünlerinin temininde karşılıksız ve gönüllü bağış esastır*” denilmek suretiyle, kan vermek isteyenlerin bu işlemi ancak ivazsız bir biçimde yapabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Ayrıca, organ ve doku naklinin, kanunda gösterilen nitelik ve koşullara sahip olmayan hekimler ve Sağlık Bakanlığı’ndan izin belgesi alınmadan açılan merkezler tarafından yapılmasının yasaklanması (1.6.2000 tarihli Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği m. 31) da, organ ve doku devrinin kanunen sınırlandırılmasına delâlet etmektedir<sup>186</sup>.

Bir takım yasal düzenlemeler ise insan kökenli biyolojik maddeleri sıkı bir devredilmezlik çemberi ile sınırlamaktadır. İnsan üreme hücrelerine, diğer bir

---

için geçerli olabileceğini belirtmektedir. Bkz. Sophie **Gromb**, Le droit de l’expérimentation sur l’homme: Droit français, règles supranationales, Paris 1992, sh. 136; Bernard **Edelman**, L’homme dépossédé. Entre la science et le profit, La Génétique, science humaine, Belin 2004, sh. 228-230. Ayrıca, kök hücrelerle ilgili olarak, üzerinde araştırmalar yapılan, saklanabilen, bilim dünyası içinde elden ele dolaşan, tedavide kullanılan bu hücrelerin hukukî işlemlere konu olamayacağını savunmanın mümkün olmadığını belirten Nicolas **Mathey**, L’encadrement de l’entrée dans le commerce juridique des cellules souches adultes, RGDM, no: 24, 2007, sh. 69. Kanımızca, “ticarete konu olmayan eşya” kavramının öğretilerdeki algılanış çeşitliliğinin de, bu görüş farklılığındaki payı büyüktür.

Kavramın, Alman hukukunda da “*privatrechtsverkehrsgegenstände*” adıyla yer almasına rağmen öğretilerde, insan kökenli biyolojik maddelerle ilgili olarak bu kavrama başvurulmadığını ifade eden **Pelet**, sh. 95.

Anglosakson hukukunda da, insan vücudundan ayrılmış olan organ ve dokular hakkında “*res extra commercium*” kavramından yararlanıldığı görülmektedir. Bu konuda bkz. Ian **Kennedy**/Andrew **Grubb**, Medical Law, 3. Edition, New York 2005, sh. 1809.

<sup>185</sup> Türkiye’deki mevcut yasal düzenlemeye paralel olarak, 8 Ekim 2004 tarihli Organ, Doku ve Hücre Nakli Hakkında İsviçre Federal Yasası (Loi Fédérale sur la Transplantation d’Organes, de Tissus et de Cellules) m. 6 da, insan organ, doku ve hücrelerinin, ancak ivazsız olarak devredilebileceği kuralını koymaktadır.

<sup>186</sup> Benzer durum, 4.12.2008 tarihli Kan ve Kan Ürünleri Yönetmeliği’nde de yer almaktadır. Buna göre, kan ve kan ürünlerinin toplanması, test edilmesi, işlenmesi, depolanması, dağıtımı, ithâlâtı ve nakli yalnızca Sağlık Bakanlığı’ndan ruhsat almış hizmet birimleri tarafından gerçekleştirilebilir (m.18/ f.1, f.2).

ifadeyle insan sperm ve yumurtasına yönelik olarak ülkemizde uygulanmakta olan devir yasakları bu duruma örnek olarak gösterilebilir. 6.3.2010 tarih ve 27513 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik m. 18/f. 11'e göre, sadece evli çiftlerden alınabilen üreme hücreleri ve gonad dokularının<sup>187</sup> tıbbî zorunluluk hâlleri dışında dondurulması ve saklanması yasak olduğu gibi, bu hücrelerin evlilik dışında ve başka şahıslar için kullanılması da hukuken mümkün değildir (m. 18/f. 5). Üreme hücrelerinin, Yönetmelikte belirtilen amaçlar dışında bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi ve satılması da, Yönetmelik m. 18/f. 4 uyarınca yasaklanmıştır<sup>188</sup>. Görüldüğü üzere Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği, insan üreme hücreleri ile ilgili olarak, katı bir devir yasağı öngörmektedir<sup>189</sup>.

Sonuç itibariyle, insan vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddelerin, eşya niteliğinde olduğunu kabul etmekle birlikte, bu maddelerin tamamı için “ticarete

<sup>187</sup> Üreme hücrelerini oluşturan eşey organlarına verilen addır. Kadın üreme hücresi olan yumurtayı meydana getiren gonada yumurtalık, over ya da ovaryum; erkek üreme hücresi olan spermi meydana getiren gonada ise testis adı verilmektedir.

<sup>188</sup> Üreme hücrelerinin devri konusundaki yasal engeller Türkiye ile sınırlı değildir. 18 Aralık 1998 tarihli Yapay Dölllenme Hakkında İsviçre Federal Yasası (Loi Fédérale sur la Procréation Médicalement Assistée), erkek üreme hücrelerinin devri konusunda ivazsızlık şartını öngörmekte (LPMA m. 21), kadın üreme hücreleri bakımından ise mutlak bir devir yasağı koymaktadır (LPMA m. 4). Buna göre, İsviçre’de sperm bağıışı mümkün iken, aynı imkân yumurta bağıışına tanınmamıştır. Bunun dışında, söz konusu yasa ile, insan üreme hücrelerinin alınması, saklanması, aşılması ve nakli konularında faaliyet gösterecek olan merkezler için izin alma zorunluluğu getirilmiştir (LPMA m. 8-14).

8 Ekim 2004 tarihli, İnsan Genetik Analizi Hakkında İsviçre Federal Yasası (Loi Fédérale sur l’Analyse Génétique Humaine) da, analiz amacıyla genetik materyal alınımının, ancak yetkili idarî otorite tarafından verilen izne bağılı olarak gerçekleştirilebileceğini öngörmektedir (LAGH m. 8) Yasa ile getirilen izin sisteminin, genetik materyalin devredilebilirliğini sınırladığı savunulmakta, bu nedenle genetik materyalin, “kısmen devredilebilir eşya” olduğu savunulmaktadır. Bu görüş için bkz. **Pelet** sh. 115.

<sup>189</sup> Aslına bakılacak olursa, Yönetmelik ile ortaya konulan mutlak devir yasağı, kanaatimizce MK m. 23/f. 3’e aykırılık teşkil etmektedir. Zira kanun maddesine göre, “*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkün*” kılınmıştır. Hükümde, biyolojik maddelerin devri konusunda herhangi bir kısıtlama ya da yasaktan söz edilmemektedir. Yalnızca, biyolojik madde vericisi ve alıcısının bu işleme, yazılı olarak rıza vermeleri gerektiği üzerinde durulmaktadır. Bu bakımdan, MK’ya göre alt norm niteliğinde bulunan Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği’nin, üreme hücrelerinin devri konusunda öngördüğü yasak, MK m. 23/f. 3’le tanınan, insan kökenli biyolojik maddelerin aşılması ve nakli imkânını daraltmakta hâttâ ortadan kaldırmaktadır. Oysa hukuk tekniği bakımından, yasa ile ortaya konulan bir hakkın, yasalara göre alt norm teşkil eden yönetmelik ya da diğer düzenlemeler tarafından daraltılması ya da ortadan kaldırılması mümkün değildir. Zaten, üreme hücrelerinin tâbi olacağı mutlak devir yasağının, yönetmelik hükümleriyle düzenlenmesi de kanaatimizce isabetli olmamıştır. Kişinin üreme özgürlüğü ile doğrudan bağlantısı olduğunu düşündüğümüz bu hakkın, ancak kanun maddesi ile sınırlandırılması gerektiğine inanıyoruz. Bu nedenle, yapay döllenme tekniklerine ilişkin bir yasanın en kısa zamanda hazırlanarak yürürlüğe konulması gerektiğinin altını çizmek istiyoruz.

konu olmayan” ya da “devredilemeyen” eşya ifadesinin kullanılmasını uygun bulmadığımızı belirtmek istiyoruz. Her ne kadar, yapay dölllenme uygulamaları kapsamında, üçüncü kişiler tarafından yumurta ya da sperm bağışında bulunulmasına, ülkemiz mevzuatınca izin verilirse de, diğer organ ve dokuların bağış yoluyla devredilebilmesi, hâtâ vücuttan ayrılmış olan saç, tırnak ve diş gibi biyolojik maddelerin satışa dahi konu olabilmeleri, tüm biyolojik maddelerin, “devredilmezlik” gibi geniş ve muğlak bir kavram altında yer almalarını engellemektedir. Bunun yanında, biyolojik maddeleri konu alan bazı hukukî işlemlerin yasal düzenlemeler aracılığıyla yasaklanması, yasak koyan devletin o günkü siyasî tutumuyla paralellik taşımakta, bu nedenle de, bu tutum, zamana ve mekâna göre değişkenlik gösterebilmektedir. Örneğin, Türkiye’deki mevcut düzenlemelere göre, evli olmayan bir erkeğin, çocuk sahibi olmak isteyen çiftlerin tedavisinde kullanılmak üzere, kendi spermini bir sağlık kuruluşuna bağış yoluyla dahi devretmesi yasak iken, aynı işlem İsviçre’de yasaldir. ABD’deki bazı eyaletlerde ise, vericiler spermlerini belli bir bedelin kendilerine ödenmesi karşılığında sperm bankalarına devredebilmektedir<sup>190</sup>. Bundan on yıl sonra aynı imkânların, Türkiye’de de var olmayacağını kim garanti edebilir? O hâlde, spermin “ticaret dışı” ya da “devredilemeyen” eşya olarak vasıflandırılması, sadece bugün için ve ülkemiz açısından doğru olarak kabul edilebilir. İnsan kökenli biyolojik maddeler hakkında böyle bir nitelendirmede bulunulmasının, hukukî bakımdan herhangi bir faydasını görmediğimiz gibi, “ticaret dışı eşya” kavramının, konumuz dikkate alındığında, pek çok açıdan yetersiz ve müphem olduğunu düşünüyoruz.

“Eşya” kavramını incelerken de belirtmiş olduğumuz gibi, ister fizyolojik olarak vücuda bağlı olsun, ister bu vücuttan ayrılmış olsun, insan organ, doku ve hücrelerinden her birinin ayrı ayrı “gerçek kişi” olarak nitelendirilemeyeceği açıktır<sup>191</sup>. Ancak öğretilerde bu maddelerin, insanın kişiliğini oluşturan kişilik

<sup>190</sup> Bkz. yukarıda dn. 144 ve buna bağlı metin.

<sup>191</sup> Bilindiği gibi, hukukumuzda, “gerçek kişi” kavramı yalnızca yaşayan insan için kullanılmaktadır. İnsan vücudu parçalarının, bağlı oldukları insandan ayrı bir “yaşam” sürdürebilmeleri mümkün değildir. Keza, MK m. 28/f. 1 “Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer” hükmünü getirerek, kişiliğin başlangıcı için sağ ve tam doğum şartlarının arandığını ve hayatın sona ermesiyle, kişiliğin de sona ereceğini ortaya koymuştur. Tam doğum, çocuğun tüm organlarıyla birlikte anneden ayrılmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla, çocuğun, “gerçek kişi” sayılabilmesi için, rahim dışında bağımsız bir varlık sürdürebilmesi gerekir. Bkz. **Dural/Öğüz**, sh. 15; Serap **Helvacı**, Gerçek Kişiler, 3. Bası, İstanbul 2010, sh. 23-24; **Manâî**, Commentaire, sh. 334. Öğretilerde, insanın doğumdan önceki evresi olarak tanımlanabilecek olan ceninin dahi, bağımsız bir varlık olmadığı, annenin vücudunun bir parçası olduğu kabul

değerlerinin unsurları olduğu ve bu nedenle, kişiliğin korunması yollarından istifade edebilecekleri görüşü savunulmaktadır. Biz de bundan ötürü, söz konusu maddelerin hukukî niteliği konusunda ortaya atılmış olan diğer müessesenin de tanımını ve özelliklerini dikkate alarak, insan kökenli biyolojik maddelerin, “kişilik değeri” kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hakkındaki görüşümüzü açıklayacağız.

## II. Kişilik Değeri (İnsan Kökenli Biyolojik Madde Kişilik Değerinin Uzantısı mıdır?)

### 1- “Kişilik Değeri” Kavramı

Konumuz insan ile doğrudan ilgili olduğundan, yalnızca gerçek kişi boyutu ile ele alacağımız kişilik hakkı; bir insanın, doğumundan başlayarak ölümüne kadarki süreç içinde salt insan olması nedeniyle sahip olduğu, hukuken korunan değerler bütünü olarak tanımlanmaktadır<sup>192</sup>. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, kişilik değerleri, kişilik hakkının konusunu oluşturan unsurlardır<sup>193</sup>.

Kişilik değerlerinin bizim konumuzla bağlantısı ise, insan kökenli biyolojik maddelerin bu değerler içinde ele alınıp alınamayacağına ilişkindir. Ancak bu maddeler hakkında genel bir yorum yapmak ve bu yorumdan hareketle, tüm maddeleri kapsayacak nitelikte bir sonuca ulaşmak mümkün olmadığından, bunların vücuttan ayrılmış olup olmadıklarına göre bir ayrıma gidilmesi yerinde olacaktır.

İnsan bedeni içinde yer alan organ, doku ve hücreler, vücuda organik bir bağ ile bağlı olup, dış dünyada bağımsız bir varlığa sahip olmadıklarından, kişinin vücut

---

edilmektedir. Bkz. **Oğuzman/Seliçi/ Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 17. Bu düşüncenin Roma hukukunda da egemen olduğu yönünde bkz. **Di Marzo**, sh. 33-34. Bu nedenle, insan vücudunda yer alan ya da vücuttan ayrılan bir organın, dokunun ya da hücrenin, tek başına “gerçek kişi” olarak kabul edilmesi ve hak ehliyetine sahip olabilmesi mümkün değildir.

<sup>192</sup> **Deschenaux/Steinauer**, No: 509; Nicolas **Jeandin**, Commentaire Romand, Code Civil I (éd. : Pascal Pichonnaz-Bénédict Foëx), Art. 28-28a, Bâle 2010, sh. 248; **Tercier**, Personnalité, No: 314; **Bucher**, no: 413, 457; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 145. Kişilik hakkının konusunu oluşturan değerlerin, hukuk terminolojisinde bugüne kadar almış olduğu değişik isimler için bkz. **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, sh. 400-401. Yazarlar, bu değerler için “kişisel değerler” ifadesinin kullanılmasını uygun görmektedir. Biz ise, hukukumuzda “kişisel” ya da “şahsî” kavramlarının, “nisbi”lik özelliği ile karıştırılabileceği endişesi ile “kişilik değerleri” ifadesini kullanmayı daha uygun bulmaktayız.

<sup>193</sup> **Deschenaux/Steinauer**, No: 318, 518.

bütünlüğü değeri içinde ele alınmalıdır<sup>194</sup>. Bu bağlamda, kişinin rızası olmadan, vücut bütünlüğü değerine karşı gerçekleştirilecek her müdahale, kişilik hakkına saldırı niteliğinde sayılacaktır<sup>195</sup>. Örneğin bir kimsenin rızası olmadan saçlarının kesilmesi hâlinde durum böyledir<sup>196</sup>.

Vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddelerin hukukî niteliği ise, yukarıda bahsetmiş olduğumuz gibi tartışmalıdır. Bir görüş, insan kökenli biyolojik maddelerin bağlı buldukları vücuttan ayrılmaları ile birlikte, eşya statüsüne girdiğini kabul ederken<sup>197</sup>, diğer bir görüş ise, biyolojik maddelerin vücuttan ayrılmış olmalarına herhangi bir önem izâfe etmeksizin, bu maddeleri, kişilik değerinin bir parçası olarak görmektedir<sup>198</sup>.

## 2- Temel Özellikleri

Medenî Kanunumuzda, kişilik değerlerinin nelerden ibaret olduğu konusunda bir hüküm bulunmamasına rağmen, öğreti ve içtihatlar, söz konusu değerlerin belirlenmesinde etkili olmaktadır<sup>199</sup>. Bununla birlikte, eşya kavramında olduğu gibi,

<sup>194</sup> Vücut bütünlüğü değeri, özellikle işkencenin önlenmesi boyutuyla insan haklarının da konusunu oluşturmaktadır. T.C. Anayasası m. 17/f. 2, vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı ilkesini ortaya koyan bir hükümdür. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Helvacı**, Gerçek Kişiler, sh. 103.

<sup>195</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 145.

<sup>196</sup> Konu ile ilgili bir İngiliz mahkeme kararı için bkz. Bkz. **DPP v. Smith** [2006] EWHC 94. Karar metni için bkz. <http://alevellaw.com/caselibrary/DPP%20v%20Smith%20%5B2006%5D%20EWHC%2094.doc> (erişim tarihi: 19.7.2010).

<sup>197</sup> Bu görüşteki yazarlar için bkz. yukarıda §1, III, 3, a, aa, aaa.

<sup>198</sup> Bu görüşteki yazarlar için bkz. yukarıda §1, III, 3, a, aa, bbb.

<sup>199</sup> Kişilik değerlerinin, yasa koyucu tarafından bir liste hâlinde hazırlanarak, sınırlı sayıda tutulmalarının, kanunların soyutluğu ilkesine uygun düşmeyeceğini savunan ve bu değerlerin gelişen teknoloji ve artan ihtiyaçlar doğrultusunda belirlenmesinin hâkime bırakılması gerektiğini düşünen Abdülkadir **Arpacı**, Kişiler Hukuku- Gerçek Kişiler, 2. Bası, İstanbul 2000, sh. 105-106; Aynı görüşte bkz. **Dural/Öğüz**, sh. 95; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 144; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, sh. 97; **Tercier**, Personnalité, No: 340.

Yargıtayın, kişilik değerlerinin nelerden ibaret olduğunun belirlenmesinin yargıya bırakıldığından hareket ederek, kişinin “toplum içindeki meslekî kimliğini, şeref ve haysiyetini, özgürlüğünü, vücut ve ruh bütünlüğünü, sağlığını, ırk, din ve vatandaşlık gibi bağlarını”, kişilik değeri olarak kabul ettiği yönündeki kararı için bkz. Yarg. 4. HD, 11.12.2007, E. 2006/12581, K. 2007/15816, (<http://www.kazanci.com>) (erişim tarihi: 25.4.2010).

Kişilik hakkını, genel (çerçeve) bir hüküm getirerek düzenleyen İsviçre Medenî Kanununun aksine, BGB’de, genel bir kişilik hakkı düzenlemesinin bulunmadığı ve hangi varlıkların, kişilik değeri olduğunun sayma yöntemiyle belirlendiği yönünde bkz. **Dural/Öğüz**, sh. 94, 96; **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, sh. 342-343.

Fransız hukukunda **Seriaux**, kişilik değerleri ile kişi arasındaki ilişkiyi anlatmak için, merkezinde kişinin bulunduğu bir çember tasvirinden faydalanmaktadır. Yazara göre, çemberin çevresi, kişiye uzak olan noktalardan, diğer adıyla, kişinin malvarlığı değerlerinden oluşmaktadır.

kişilik değerleri hakkında da, öğretide yer alan tanımlardan yararlanılarak, bu kavramın temel özellikleri ortaya konulabilir<sup>200</sup>.

### a) Kişiden ayrılamaz (soyutlanamaz) olma

Kişilik değerleri hakkında en çok karşımıza çıkan husus, bu değerlerin kişiden ayrılamaz olması, diğer bir ifadeyle, kişi ile içi içe geçmiş olmasıdır<sup>201</sup>. Kişiyi dış dünyaya yansıtan kişilik değerlerinin iktisap edilmesi mümkün değildir<sup>202</sup>. Bunlar, insanın insan olması sebebiyle kendiliğinden sahip olduğu değerlerdir<sup>203</sup>. Kişi ile kişilik değeri arasındaki bağ o kadar güçlüdür ki, bu değer, kişiden bağımsız olarak hüküm sürmesi söz konusu olamaz<sup>204</sup>.

İnsan kökenli biyolojik maddeler açısından bir değerlendirme yapacak olursak, bunlardan bir kısmının, ayrılmaz bir biçimde kişiye bağlı olduğu söylenebilir. Ancak, bize göre, “ayrılmaz” ifadesinden anlaşılması gereken, kişi ile kişilik değeri arasındaki fizikî bütünlük değil, niteliksel bütünlüktür. Örneğin, insan

---

Bunlar, sınırsız bir biçimde başkasına devredilebilen değerlerdir. Kişilik değerleri ise, merkez noktası üzerinde yer almamakla birlikte, bu noktaya yakın bir mesafede, ancak çemberin iç kısmında bulunmaktadır. İç kısımda yer alan bu noktalar, dıştaki noktalardan farklı olarak, başkasına devredilemeyen değerlerdir. Çemberin iç kısmı, kişinin “varolduğu”, dış kısmı ise “sahip olduğu” alanları göstermektedir. Bu görüş için bkz. Alain **Seriaux**, La notion juridique de patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir, RTDC 1994, sh. 801, 806.

<sup>200</sup> Bu konuda bkz. **Pelet**, sh. 183-185.

<sup>201</sup> **Tercier**, Personnalité, No: 326; **Bucher**, No: 413, 457; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, sh. 99; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 142; **Mazeaud/Mazeaud/Mazeaud/Chabas**, sh. 375; **Jeandin**, sh. 248.

<sup>202</sup> **Tercier**, Personnalité, No: 314; **Jeandin**, sh. 248.

<sup>203</sup> **Tercier**, Personnalité, No: 314; **Bucher**, no: 413, 457; **Deschenaux/Steinauer**, No: 509; **Jeandin**, sh. 248; Gilles **Monnier**, Le droit d'accès aux données personnelles traitées par un média, Droit suisse de la personnalité, Aspects de droit constitutionnel, de droit pénal et de droit de procédure, Lausanne 1999, sh. 24; Jacques-Michel **Grossen**, Les personnes physiques, Traité de droit civil suisse, T. II, 2, Fribourg 1974, sh. 75.

<sup>204</sup> **Pelet**, kişilik değerlerinin bu özelliğini, bu değerlerin kendiliğinden alenî (kamuya açık) olması ile açıklamaktadır. Bilindiği gibi, kişilik değerleri, kişiden ayrılamaz bir özellik taşımaya rağmen, aynı hakkın konusunu oluşturan eşya, kişilik değerinden farklı olarak başkasına devredilebilen, dolayısıyla hak sahibinden ayrılabilen bir varlıktır. Yazara göre, aynı hakların, herkese karşı ileri sürülebilmesi, dolayısıyla, kişilerin de aynı hakkın varlığını ve sahibinin kim olduğunu anlayabilmeleri için, bu hakkın varlığını gösterecek bir dış görüntüye ihtiyaç bulunmaktadır. Bu ihtiyaç, aynı hakkın konusu bir taşınır ise, taşınır üzerinde sağlanan zilyedlik ile, aynı hakka konu olan eşya bir taşınmaz ise de, tapu kütüğüne yapılacak olan kayıt vasıtasıyla karşılanmaktadır. Kişilik değerleri söz konusu olduğunda ise, hak sahibinin kim olduğunu ortaya koyan bir dış görüntüye ihtiyaç kalmamaktadır. Nitekim, kişilik hakkını ihlâl etmeme yükümlülüğü altında bulunan herkes, kişilik değeri üzerinde kimin hak sahibi olduğunu bilebilecek, öngörebilecek durumdadır. Kişilik değeri, kişinin özüne ilişkin olup, bu değer başkasına devri mümkün değildir, bu nedenle yasa koyucu da, ayrıca bir aidiyet göstergesi yaratılmasına gerek duymamıştır. Bu görüş için bkz. **Pelet**, sh. 188-189.

üreme hücreleri, fiziken meydana geldikleri insan vücudundan kolaylıkla ayrılabilir. Hattâ erkek üreme hücresi olan spermin, doğal işlevini görebilmesi için vücuttan ayrılması şarttır. Fakat, vücuttan ayrılmalarına rağmen bu hücreler, biyolojik özellikleri gereği, üretildikleri insanın genetik mirasını kendi içinde barındırır ve üreme yoluyla, bu mirası sonraki nesillere aktarır. Dolayısıyla, üreme hücreleri ile kişi arasında niteliksel bir bütünlük olduğu söylenebilir.

Bundan başka, DNA molekülleri de, insan genetik bilgisini içermesi sebebiyle, kişi ile niteliksel bir bütünlük arz etmektedir<sup>205</sup>. Bu bütünlük o kadar açıktır ki, kişiden alınan kan, deri ya da saç gibi doku ve hücrelerde bulunan DNA molekülü sayesinde, kişinin genetik bilgileri her zaman açığa çıkarılabilir. Bu bilgiyi değiştirmek ya da gizlemek de mümkün değildir, zira bu her insan hücresinde silinmez bir biçimde yer almaktadır<sup>206</sup>.

Bununla beraber, insan kökenli her maddenin, kişinin özüne işlemiş olduğu ve bu nedenle kişiden ayrılamaz nitelikte olduğu sonucuna varmak da doğru değildir. Örneğin, böbrek ya da kan gibi biyolojik maddelerin, başkasına nakledilmek amacıyla vücuttan ayrılması ile, kişi ile bu maddeler arasında bulunan niteliksel bağ, mutlak bir şekilde kesilmektedir<sup>207</sup>.

### **b) Aslı öneme sahip olma**

Kişilik değerinin bir başka özelliği ise bu değer, kişi için aslı bir öneme sahip olmasıdır<sup>208</sup>. Bu ölçüde bir öneme sahip olmayan değerlerin, kişilik hakkının konusunu oluşturabilmesi ve kişiliğin korunması yollarından faydalanabilmesi mümkün değildir. Kişi açısından hangi değer aslı, hangi değer ise tâli öneme sahip olduğunu kestirebilmek her zaman kolay olmasa da, aslı öneme sahip olan

<sup>205</sup> **Arnoux**, sh. 120.

<sup>206</sup> Genetik materyalin, kişinin gerçek biyolojik kimliğini oluşturan, kişiden ayrılmaz, kişiye özel ve değiştirilemez bilgiler içeren bir parmak izi niteliğinde olduğu görüşünde bkz. **Galloux**, Essai de définition, sh. 53-54 ve **Rohmer**, sh. 49-50.

<sup>207</sup> **Labbée** de, anne sütü, tırnak, saç ve dışkı gibi vücuttan ayrılan biyolojik maddelerin, kişilik değerine sağlanan hukukî korumadan yararlandırılmasının mümkün olmadığını savunmaktadır (sh. 340).

<sup>208</sup> Bkz. **Pelet**, sh. 185.



değerler üzerinde, başka hiç kimsenin üstün gelecek bir hakkı olamayacağı kabul edilmektedir<sup>209</sup>.

Vücudundan biyolojik madde alınmış olan kişi açısından, bu maddelerin aslı öneme sahip olup olmadığı, somut olaya ve biyolojik maddenin niteliğine göre değişkenlik gösterecek bir husustur. Örneğin, vücuttaki işlevini yerine getiremeyen veya bu işlevi yerine getirmekle birlikte, bir başka kişinin vücuduna nakledilmek üzere vücuttan alınan bir organın ya da fazlasıyla uzadığı için kesilip atılan saç, tırnak ve benzeri dokuların meydana geldikleri kişi için aslı bir önem taşıdıkları söylenemez. Zira başka kişilerin de, söz konusu maddeler üzerinde bu kişinin hakkından üstün gelecek bir hakka sahip olmaları mümkündür. Oysa kişilik değeri üzerinde hiç kimsenin, hak sahibininkinden daha üstün nitelikli bir hakkı olamaz<sup>210</sup>.

Bununla birlikte diğer doku ve hücrelerden farklı olarak, üreme hücrelerinin, kişi açısından aslı bir önem arz ettiği söylenebilir. Gerçekten de, insanın kendi neslini devam ettirebilmesi için varlığına ihtiyaç duyduğu üreme hücreleri, özellikle yapay dölleme tekniklerinin gelişmesiyle birlikte, insan vücudunun dışında da üreme fonksiyonunu gerçekleştirebilmektedir. Yapay döllemenin sağlanabilmesi amacıyla, vücuttan ayrılmış olan sperm ya da yumurtaya yönelik bir saldırı, kişinin üreme hakkına ilişkin bir müdahale niteliği taşıdığından, onun kişilik değerlerine tecavüz olarak değerlendirilebilir<sup>211</sup>.

Keza, kendisine ait genetik bilgileri içermesi nedeniyle DNA molekülleri de, kişi açısından aslı bir önem taşımaktadır<sup>212</sup>. Bu moleküllerin izinsiz kullanımı, kişi hakkındaki bilgilerin haksız olarak açığa çıkarılmasına neden olur ki, bu durumun kişilik değerlerini ihlâl ettiği muhakkaktır.

### **c) Kişiyi özel (münhasır) ve tek (benzersiz) olma**

Kişilik değerinin sahip olması gereken özelliklerden biri de, kişiyi özel (şahsî) olmasıdır. Kişilik değeri üzerinde sahip olunan yetki, yalnızca bu değere

---

<sup>209</sup> Pelet, sh. 185.

<sup>210</sup> Pelet, sh. 185.

<sup>211</sup> Bkz. Labbé, sh. 340.

<sup>212</sup> Joye, Génome, sh. 5.

sahip olan kişiye aittir<sup>213</sup>. Aynî hakkın konusunu oluşturan eşyadan farklı olarak, kişilik değeri, yalnızca belirli bir şahsa atfedilmiş bir değer olup, başka bir kişi nezdinde varlığını sürdüremez. Kişinin doğumundan, ölümüne kadar onu takip eder<sup>214</sup>. Kişinin kendi resmi ya da sesi üzerindeki hakkı böyledir.

Vücut içinde varlık gösteren organ, doku ve hücrelerde bu özellik gözlenebilirken, vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddeler için aynı tespiti yapmak güçtür. Nitekim teşekkül ettiği vücuttan ayrılmış olan bir organ, artık bağımsız bir varlık hâlini almış ve doku uyuşmasının sağlanabildiği herhangi bir kişinin vücudu içinde işlev görebilir hâle gelmiştir. Örneğin, verici tarafından kan bankasına bağışlanarak, kan bankasının hâkimiyet alanına giren bir poşet B Rh (+) grubu kan, vericinin şahsına özgü olma özelliğini kaybetmiştir<sup>215</sup>. Nitekim, artık vericinin vücudundan ayrılmış olan bu biyolojik madde, dünyada milyonlarca sayıda bulunan B Rh (+) grubu kan poşetinden yalnızca birini oluşturur hâle gelmiştir. Zaten, B Rh (+) grubu kana ihtiyaç duyan bir hastanın vücuduna nakledilecek olan kanın, (A) kişisinden ya da (B) kişisinden elde edilmiş olmasının da herhangi bir önemi yoktur. Burada önem arz eden konu, kanın, alıcının kan grubu ile uyum sağlamasıdır.

Buna karşılık, üreme hücreleri olan sperm ve yumurta, üretildikleri vücuttan ne kadar uzak olursa olsunlar, bu vücudun genetik kodlarını içlerinde barındırarak, aynı kodları taşıyacak olan yeni nesiller yaratmaya programlanmışlardır. Bu nedenle, taşıyıcı annelik meselesinde de görüldüğü gibi, yumurta, hangi kadının vücuduna nakledilirse edilsin, üreme işlevi tamamlanınca meydana gelen cenin, onu rahminde taşıyan kişinin değil, yumurtayı veren kişinin genetik özelliklerini taşımaktadır. Bu durum, üreme hücrelerinin kişiye özel ve benzersiz olduğunu gösteren önemli bir kanıttır.

<sup>213</sup> **Dural/Öğüz**, sh. 97; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, sh. 100-101; **Pelet**, sh. 184; **Jeandin**, sh. 248; **Monnier**, sh. 25; Osman Berat **Gürzumar**, Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler, ABD, Mayıs 1991, S. 3, sh. 366. Yazar, kişisel değerlerin tümünü kapsayan kişilik hakkının tekeli (in hisarî) bir hak olduğunu belirtmektedir.

<sup>214</sup> Bkz. **Monnier**, sh. 25; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, sh. 100; **Jeandin**, sh. 248.

<sup>215</sup> Vericinin genetik özelliklerini ise, doğrudan doğruya kan hücresinin kendisi değil; kanın, laboratuvar ortamında birçok teknik işleme tâbi tutulması neticesinde, bu hücreden ayrıştırılan DNA molekülü taşımaktadır. Bkz. bu konuda **Büyükcay**, sh. 365. Bu nedenle başlı başına kanın, vücudundan alınmış olduğu kişiye özel (şahsî) bir nitelik arz ettiği söylenemez.

Aynı şekilde her bir insanın, kromozomlarındaki DNA molekülleri üzerinde kayıtlı bulunan genetik şifre, diğer insanlarınkinden farklıdır. DNA molekülünün taşıdığı bu özellik sayesinde ki, gerek ceza yargılamasındaki suçlu ya da şüphelinin; gerekse soybağına ilişkin hukuk davalarındaki biyolojik babanın kimliği, kişilerden elde edilen saç, tırnak, deri parçası gibi biyolojik maddelerde bulunan ve ancak bilimsel analiz yöntemlerinin uygulanması neticesinde açığa çıkarılabilen genetik materyal vasıtasıyla, kesine çok yakın bir gerçeklik payı ile tespit edilebilmektedir<sup>216</sup>. Bu nedenle, kişiye özel olma niteliğinin, insan DNA'sı bakımından da gerçekleştiği söylenebilir<sup>217</sup>.

#### d) Kişinin menfaatine yönelik olma

Kişilik değerinin, kişinin varlığına hizmet etmesi, diğer bir deyişle, doğrudan doğruya kişinin menfaatine yönelik olması da gerekmektedir<sup>218</sup>. Ancak, kişiye yarar sağlayan her değeri de bu kapsamda ele almak mümkün değildir. Kişilik değerinin, sıkı bir ilişki içinde olduğu kişinin kaderine tâbi olması gerekir<sup>219</sup>.

Vücutta işlev gören organ ve dokuların, kişinin menfaatine yönelik oldukları açıktır. Bu maddeler, kişinin sağlıklı bir biçimde hayatını sürdürebilmesini sağlamaktadır. Bir takım nedenlerle vücuttan ayrılmış olan organ ve dokular ise, artık, meydana geldikleri insan vücudu için hayatî bir fonksiyon görmemekte, diğer bir ifadeyle, doğrudan doğruya kişinin varlığına hizmet etmemektedir.

<sup>216</sup> Bu konuda bkz. Vincent **Stauffer**, *Les Secrets et la Détermination des Liens Biologiques Entre Individus par des Tests Génétiques*, (éd.: Piermarco Zen-Ruffinen) *Les Secrets et Le Droit*, Genève 2004, sh. 170; **Harichaux**, *La protection*, sh. 154; **Arnoux**, sh. 125.

<sup>217</sup> **Joye**, *Génome*, sh. 5; **Galloux**, *Essai de définition*, sh. 53; **Rohmer**, sh. 48-49.

<sup>218</sup> **Labbée**, sh. 251; **Pelet**, sh. 184.

<sup>219</sup> **Labbée**, sh. 252. Yazar, buna örnek olarak insan vücudunu göstermektedir. İnsan vücudunu, kişilik değeri olarak kabul eden bir başka yazar da **Tercier**'dir. Bkz. Pierre **Tercier**, *Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse*, Fribourg 1971, sh. 19. Yazara göre, somut bir görünüme sahip olup olmama, kişilik değerinin tespiti için gerekli bir kriter değildir. Bu tespiti karşın, kişilik değerlerinin öz itibarıyla soyut nitelikte olduğu savunulmaktadır. Bu değerlerin çoğu kez somut varlıklar vasıtasıyla açığa çıkarılabilmesinin, kişilik değerlerinin soyut oldukları gerçeğini değiştirmeyeceği yönünde bkz. **Pelet**, sh. 190. Meselâ ünlü bir kişinin sırlarını açığa çıkaran bir roman, somut bir varlığa bürünmüş olsa da, kişinin sırları nitelik itibarıyla soyut değerler olarak kabul edilir. **Labbée**'nin kişilik değeri olarak insan vücudunu örnek göstermesi bize göre de isabetli değildir. Zira kişilik değeri olarak kabul edilen, insan vücudunun kendisi değil, kişinin, kendi vücudunun bütünlüğü ve dokunulmazlığı hakkındaki menfaatidir.

Ancak, vücuttan ayrılmış olan her hücrenin de bu şekilde değerlendirilmesi doğru olmaz. Bazı hücreler, vücuttan ayrılışları dahi, köklerini aldıkları bedene ve bu bedende hüküm süren kişiye hizmet etmeye devam ederler. Meselâ, tetkik yapılması amacıyla vücuttan alınan bir hücredeki DNA molekülünün ihtiva ettiği genetik bilgi, kişinin hangi hastalıklara yatkın olduğunu öğrenebilmesi ve bunlar karşısında önlem alabilmesi bakımından kişiye yaşamsal bir menfaat sağlamaktadır.

Sperm ya da yumurta hücreleri de bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Meselâ, kanser tedavisi görecektir olan bir erkek, vücudunun bu tedavi nedeniyle sperm üretemeyeceğini göz önünde bulundurarak, spermlerini dondurtarak saklatmak yoluna gidebilir<sup>220</sup>. Uygulanan tedavi sonucunda iyileşen bu kişi, dondurtmuş olduğu spermlerini eşine aşılatmak suretiyle, tıpkı doğal yollarla elde edebileceği gibi, kendi genetik özelliklerini taşıyan bir çocuk sahibi olabilir. Zaten ister yapay dölleme tekniklerinin uygulanmasıyla olsun, ister doğal yollardan gerçekleşsin, erkek üreme hücresi, ancak vücuttan ayrılmak suretiyle kişinin varlığına hizmet edebilecektir.

Bu arada, otogref ya da ootransplantasyon adı verilen, kişinin vücudundan alınan doku ve organların, bir takım işlemlerden geçirildikten sonra, tekrar kendi vücuduna nakledilmesi<sup>221</sup> tekniğinde, alınan organ ve dokuların, kişinin menfaatine yönelik oldukları dikkate alınarak, bu maddelerin de kişilik değeri içinde yer almaları gerektiği savunulabilir. Ancak vücuttan bir kere ayrılmış olan dokunun, kişiden ayrılamaz, kişiye özel ve kişi için aslî öneme sahip olduğunu iddia etmek ve bunu, kişilik değerinin bir parçası olarak görmek güçleşecektir. Oysa “kişiyeye özel olma” bahsinde de belirtmiş olduğumuz gibi, üreme hücreleri, meydana geldikleri vücuttan ayrılmış olsalar dahi, bu vücudun ve dolayısıyla kişinin şahsına özgü olan kodlarını kaybetmeksizin nesilden nesile aktarabilmeleri sebebiyle, diğer organ ve dokulardan ayrılmaktadır.

<sup>220</sup> Yabancı birçok ülke mevzuatında da tanınmış olan spermin dondurularak saklanması imkânı ülkemizde, 2010 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği m. 18/f. 11 hükmü ile yasal dayanağını bulmaktadır.

<sup>221</sup> Kişinin yanık sonucunda yitirmiş olduğu deri bölgesine, kendi derisinden alınan bir başka parçanın nakledilmesi, bir otogref örneğidir. Nakledilen doku parçası, vücuda yabancı antijen özelliği göstermeyeceğinden, diğer nakillerden farklı olarak, organizmanın dokuyu reddetme riski ortadan kalkmaktadır. Bkz. Medicina Genel Sağlık Ansiklopedisi, Cilt 12, Tıp Sözlüğü, sh. 166.

İnsan vücudu içerisinde yer alan biyolojik maddeler ile vücuttan ayrılmış olan üreme hücreleri ve DNA molekülünün, kişilik değerlerinin temel özellikleri ile belli bir uyum içerisinde buldukları aşikârdır. Buna karşılık, vücuttan ayrılmış olan her biyolojik maddenin de, bu özelliklerle örtüştüğü söylenemez. Konunun açıklığa kavuşturulabilmesi için, insan kökenli biyolojik maddelerin, hangi kişilik değeri ya da değerleri ile ilişkilendirilebileceği üzerinde durulması gerekmektedir.

### 3- İnsan kökenli biyolojik maddelerle ilişkilendirilebilecek olan başlıca kişilik değerleri

Üzerinde kişilik hakkının söz konusu olduğu kişilik değerleri bakımından *numerus clausus* ilkesi geçerli değildir. Bu değerler, zamanın ihtiyaçlarına göre şekillenmekte, bu değerlerin yerine yenileri eklenmektedir<sup>222</sup>. Özellikle teknolojik gelişmeler, kişilik değerlerinin görünüm biçimlerinde değişiklikler yaratmaktadır<sup>223</sup>.

Kişinin vücut bütünlüğü, hayatı, sağlığı, şeref ve haysiyeti, adı, resmi ve sesi, özel hayatı, sırları ve faaliyet özgürlüğü gibi kişilik değerleri, kişilik hakkının konusunu oluşturan unsurların başlıcalarını oluşturmaktadır. İnsanın organ, doku ve hücrelerine yönelik saldırıların, bu değerlerden yalnızca birkaçı ile doğrudan ilgisi bulunmaktadır. Şimdi, kişinin vücudu içinde yer alan veya belli nedenlerle vücuttan ayrılmış bulunan parçalarla yakın ilişkide bulunan bu kişilik değerleri üzerinde duracağız.

#### a) Vücut bütünlüğü

Anayasa m. 17/f. 2 tarafından da güvence altına alınmış olan vücut bütünlüğü ya da tamlığı olarak ifade edilen kişilik değeri, kişilik hakkının konusunu oluşturan değerlerin başında gelir. Vücut bütünlüğü, kişinin yalnızca bedeni ve bunu oluşturan parçaları üzerinde sahip olduğu kişilik değerinden ibaret değildir. Kişinin, ruhsal sağlığı ve psikolojik dengesi de vücut bütünlüğü değeri içinde ele alınmaktadır<sup>224</sup>.

<sup>222</sup> Deschenaux/Steinauer, No: 540; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, sh. 144; Jeandin, sh. 250; Tercier, Personnalité, No: 342; Çilingiroğlu, sh. 38; Arpacı, Kişiler Hukuku, sh. 105-106; Dural/Öğüz, sh. 95; Helvacı, Gerçek Kişiler, sh. 97.

<sup>223</sup> Gizli kameralar, dinleme ve kayıt cihazları gibi teknolojik âletler vasıtasıyla elde edilen ses, görüntü ve bilgilerin, internet aracılığıyla çok sayıda kişiye ve çok süratli bir biçimde aktarılabilir olması, kişilik hakkının korunmasını büyük ölçüde zorlaştırmaktadır.

<sup>224</sup> Tercier, Personnalité, No: 373; Alain Thévenaz, La protection contre soi-même, Etude de l'article 27 alinéa 2 CC, Berne 1997, No: 240; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Kişiler

Kişinin rızası olmadan bu değerlerden herhangi birine yönelik olarak gerçekleştirilecek müdahale, kural olarak hukuka aykırı sayılmakta ve kişilik hakkına saldırı teşkil etmektedir<sup>225</sup>.

İnsan vücudu içinde yer alan biyolojik maddelerle ilgili olarak, akla ilk gelen kişilik değerinin, vücut bütünlüğü olması doğaldır. Zira bu maddeler, fiziken insan vücuduna bağlı olarak varlık sürdürmekte, kişinin vücut bütünlüğünün bir parçasını oluşturmaktadır. Buna karşılık, vücuttan ayrılmış olan parçalara yönelik saldırının, vücut bütünlüğüne yöneldiğini iddia etmek güçtür. Nitekim beden, yaşam sürdüğü müddetçe kişiden ayrılamayan, kişiye özel ve kişi için aslî öneme sahip bir varlık iken, bedenden ayrılmış her parça için aynı yorumu yapmak doğru olmaz. İnsan vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddeler birçok alanda, meydana geldikleri kişiden bağımsız olarak varlık gösterebilmekte, oysa aynı imkân, insan bedeni için söz konusu olmamaktadır<sup>226</sup>.

Bu bağlamda dikkat edilmesi gereken husus, biyolojik maddenin, kişinin vücudundan, rızası ile alınıp alınmadığıdır. Meselâ, bağırsak ameliyatı olacağı için vücudu kesilen bir hastanın vücudundan, onun rızası olmaksızın sol böbreğinin alınması durumunda, bu fiilin, kişinin vücut bütünlüğü değerini ihlâl ettiği açıktır<sup>227</sup>. Kişi bunun neticesinde, kişilik hakkının zarara uğraması nedeniyle tazminat talebinde bulunabilir<sup>228</sup>.

---

Hukuku, sh. 147; **Dural/Öğüz**, sh. 98; **Deschenaux/Steinauer**, No: 543a; **Guillod**, Personnes, No: 139; **Çilingiroğlu**, sh. 41.

Bir kişiye tokat atmak, sopayla vurmak, silahla yaralamak, hastalık bulaştırmak gibi fiziksel bütünlüğe yönelik saldırıların dışında, bir kişinin aklî sağlığını veya psikik dengesini bozmak gibi ruhsal bütünlüğü ihlâl eden tecavüzler de kişinin vücut bütünlüğü değerine saldırı mahiyetindedir. Bu örnekler için bkz. **Helvacı**, Gerçek Kişiler, sh. 104; Fikret **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2010, sh. 711-712.

<sup>225</sup> Bkz. **Dural/Öğüz**, sh. 98; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 145; **Harichaux**, La protection, sh. 29; **Jeandin**, sh. 251; Serap **Helvacı**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001, Kişilik Hakkı, sh. 52. Bu bağlamda, BK m. 47, vücut bütünlüğünün ihlâli nedeniyle kişinin duyduğu fizikî ızdırap ya da ruhî üzüntüyü gidermek amacıyla manevî tazminata hükmedilebileceğini öngörmektedir.

<sup>226</sup> **Manai**, La personne, sh. 34.

<sup>227</sup> Vücut içinde yer alan ya da vücuda bağlı olan organ ve dokulara yönelik saldırı, kişinin vücut bütünlüğü değerini ihlâl eder. Eski kız arkadaşının saçlarını, onun rızasını almaksızın kesen bir erkeğin fiilini, kızın “vücut bütünlüğü değerine” yönelik bir saldırı olarak kabul eden 2006 tarihli İngiltere Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. **DPP v. Smith** [2006] EWHC 94.

<sup>228</sup> Bununla birlikte, kişinin, rızası olmaksızın vücudundan alınmış olan böbreğinin ya da herhangi bir dokusunun kendisine iade edilmesi yönündeki talebini, MK m. 25’de sayılmış olan davalar vasıtasıyla gerçekleştiremeyeceğini düşünüyoruz. Nitekim bu davalar, devam eden bir saldırının

İnsan vücudundan daha önce ayrılmış olan bir maddeye yönelik saldırının ise, kişinin vücut bütünlüğü değerini ihlâl ettiğini iddia etmek pek de kolay değildir<sup>229</sup>. Örneğin, bir kadının senelerdir uzattığı ve kendisine peruk yapması için kuaförüne yıllar sonra kestirdiği saçlarının çalındığını düşünelim. Bu örnekte, saçların çalınması fiilinin, kadının fiziksel bütünlüğüne zarar verdiğini söylemek ne derece mümkün olacaktır? Kadın gelecekte, kendi saçlarından yapılacak olan peruğu her gün başına takacak olsa bile, saçlar, vücuttan ayrılmakla, onun fiziksel bütünlüğünün bir unsuru olmaktan çıkmıştır<sup>230</sup>. Dolayısıyla bunların çalınması, artık, kişinin bedensel bütünlüğü ile ilişkilendirilemez. Olsa olsa, bu fiil neticesinde, kişinin manevî bütünlüğünün, psikolojik dengesinin bozulduğu gerekçesiyle kişilik hakkının ihlâl edildiğinden bahsedilebilir. Fakat unutulmamalıdır ki, kişinin, mâliki olduğu ve kişi için büyük önem taşıyan eşyalara yönelik saldırı, ne ölçüde manevî bütünlüğe tecavüz teşkil ediyorsa, kişinin vücudundan ayrılmış olan parçalara yönelik saldırı da

---

durdurulması, yakın bir saldırı tehlikesinin önlenmesi, sona ermiş olan bir saldırıyı hukuka aykırılığının tespiti, saldırı nedeniyle uğranılan maddî ve manevî zararların tazmini ile saldırıdan elde edilen kazancın verilmesine yöneliktir. Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, sh. 191-207. Oysa kişinin, vücudundan rızası olmaksızın alınmış olan organ ve dokunun kendisine iade edilmesi ve tıbben mümkün olması hâlinde vücuduna nakledilmesi yönünde kayda değer bir menfaati de bulunmaktadır. Bu nedenle kişiye, kendi vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddeler üzerinde, aynı nitelikte bir hak tanınması sayesinde, kişinin, bu hakkına dayanarak, vücudundan rızası hilâfına alınmış olan organ ve dokuların aynına ilişkin taleplerde de bulunabilmesine imkân sağlanmış olacaktır.

<sup>229</sup> Bkz. bu görüşte **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, sh. 403. Ayrıca İngiliz hukukunda bkz. **Hardcastle**, sh. 147, 186. **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, ameliyatla alınan organlar ya da kesilen saçlar gibi bedenden herhangi bir nedenle ayrılmış olan parçaların, vücut bütünlüğü değerine girmeyeceğini savunmaktadır: “*Bu nedenle, bunlar kişisel değerlerin kapsamına girmez*” ve “*eşyaya verilen zarar kapsamında korunur*”. Yazarlara göre, bu parçalar, yalnızca vücudundan ayrılmış oldukları kişinin eşyası olarak değil; başkasının mülkiyetine geçmiş olmaları durumunda da, elinde buldukları kişilerin eşyası olarak korunur (sh. 403). Ancak yazarlar, daha sonra (sh. 445), kan satışı sözleşmelerinin, “kişilik değerlerinin satılmayacağı” gerekçesiyle geçersiz sayılması gerektiğini belirtmiş, dolayısıyla, kanı bir kişilik değeri olarak kabul ettiklerini göstermişlerdir. Oysa yazarların sh. 403’de zikretmiş oldukları, kanaatimizce de haklı olan bu görüşün kabulü hâlinde, kanın, vücuttan ayrıldıktan sonra eşya olarak değerlendirilmesi icap eder. Bu nedenle, fikrimizce, kişinin kendi kanını satması, “kişilik değerinin satılmayacağı” ve “kanın, bir kişilik değeri olduğu” gerekçesiyle değil, ileride de değineceğimiz gibi, kanın ivazlı olarak devredilemeyeceğini öngören emredici hükme aykırılık teşkil etmesi nedeniyle geçersiz addedilmelidir.

<sup>230</sup> Aksi görüşteki 1993 tarihli Alman mahkeme kararı için bkz. BGHZ 124, 52; NJW 1994, sh. 127. Mahkeme, bir erkeğin hastalığı nedeniyle dondurtmuş olduğu spermelerini yanlışlıkla imhâ eden sperm bankasının fiilini, kişinin vücut bütünlüğüne bir saldırı olarak kabul etmiştir. Alman mahkemesi, vücut bütünlüğünün kapsamına, kişinin vücudundan yıllar önce ayrılmış olan üreme hücrelerini de katmak suretiyle, vücut bütünlüğü değerinin sınırlarını oldukça genişleten bir yorumda bulunmuştur. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. Zafer **Zeytin**, *Alman Federal Mahkemesi Kararı (Sperma Kararı)*, DÜHFD, 20. Yıl Armağanı, 2003, S. 11, sh. 157. Mahkemenin yorumunu aşırı bulan ve vücut bütünlüğü kavramının bu denli genişletilmesinin, vücut bütünlüğüne yönelik suç kavramını genişleteceğinden endişe eden görüş için bkz. **Joye**, *Genome*, sh. 101. Aynı yönde bkz. Christian **von Bar**, *The Common European Law of Torts*, Vol. 2, Oxford 2005, sh. 70.

aynı ölçüde tecavüz teşkil edecektir<sup>231</sup>. Kişinin kestirmiş olduğu saçlar üzerindeki mutlak hâkimiyetinin yeniden sağlanabilmesi ise, kişinin bunlar üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğunun kabulüne ve saçları haksız yere elinde bulunduranlara karşı aynî hak talebinde bulunabilmesine bağlıdır<sup>232</sup>.

İnsan vücudundan ayrılmış olmakla beraber, yeniden aynı vücuda nakledilecek olan biyolojik maddeler<sup>233</sup> bakımından, farklı bir yorum yapıldığı gözlemlenmektedir<sup>234</sup>. Vücuttan ayrılmış olan parçanın, nasıl olsa gelecekte de aynı

<sup>231</sup> Kişinin malvarlığı değerine yönelik bir saldırının, aynı zamanda kişilik hakkına da tecavüz oluşturabileceği, hukukumuzda kabul görmeye başlamış bir düşüncedir. Bu bağlamda, bkz. Yarg. 4. HD, 29.5.2003, 2310/7298, “...*davalıya ait üst kattan sızan sular nedeniyle aile yadigârı ve kültür varlığı niteliğindeki tablolarla meydana gelen zararın, davacının manevî dünyasında bir elem ve ızdıraba neden olacağı ve sosyal kişilik değerlerini zedeleyeceği muhakkaktır. Tablolara verilen zarar nedeniyle davacının uğradığı manevî zararın giderilmesine hükmedilmesi gerekirken, manen görülen bir zarar olmadığı ve kişilik haklarına bir saldırıda bulunulmadığı gerekçesiyle davanın reddi, usûl ve yasaya aykırı görüldüğünden kararın bozulması gerekir*”. Aynı şekilde, bkz.: Bavulunu kaybeden yolcunun açtığı manevî tazminat davasının kabulünün gerektiğine ilişkin YHGK, 12.12.2001, 11-1161/1152; nikâh fotoğraflarının yanması nedeniyle istenen manevî tazminatın kabulüne ilişkin YHGK, 13.6.2001, 115-498/1508; yurtdışı seyahati sırasında çekilen ve basılması amacıyla fotoğrafçıya verilen fotoğraf filmlerinin, fotoğrafçı tarafından kaybedilmiş olması nedeniyle manevî zararın oluştuğunu kabul eden YHGK, 11.4.2001, 15-331/331 (YHGK, 17.6.2009, 4-234/260’dan naklen) (<http://www.kazanci.com>).

Yargıtay, daha önceleri ise, malvarlıksal zarara uğrama nedeniyle duyulan üzüntünün, BK m. 49’daki tazmini gereken manevî zararlar kapsamına girmeyeceği yönünde kararlar vermiştir. Bunun için bkz., Yarg. 4. HD, 19.3.1979 tarih ve E. 1978/6441, K. 1979/3677 sayılı kararın özeti (Selahâttin Sulhi **Tekinay**/Sermet **Akman**/Halûk **Burcuoğlu**/Atillâ **Altop**, Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993, sh. 664, dn. 7e).

<sup>232</sup> Bu bakımdan, vücuttan ayrılmış olan saçlar, taşınır eşya olarak kabul edilmeli ve bunlar üzerindeki mülkiyet hakkının kazanılması hususunda, MK m. 988, m. 989 ve m. 991 hükümleri uygulanmalıdır. Ancak, çalınan saçların eşya olmaktan çıkarak, bir başka kişinin vücut bütünlüğüne dâhil olması, örneğin, saç derisine dikilmesi durumunda, bunların, ne taşınır davası ne de istihkak davası yoluyla iadesi istenemeyecektir.

<sup>233</sup> Bu duruma, kişinin kendi kanını ya da deri, kemik gibi diğer hücre ve organlarını yine kendi bedenine nakledilmek üzere saklatması örnek gösterilebilir. Bkz. **Wiegand**, sh. 779.

<sup>234</sup> Bir başka kişinin vücuduna nakledilmek üzere, vücuttan ayrılmış olan bir madde hakkında, eşya hukuku kurallarının uygulanabileceği söylenirken, kişinin kendi vücuduna nakledilmek üzere yine kendi vücudundan alınan biyolojik maddenin ise, kişinin “vücut bütünlüğü”ne dâhil olmaya devam ettiği savunulabilmektedir. Bu konu ile ilgili olarak bkz. **Wiegand**, sh. 779. Yazara göre, insan kökenli biyolojik maddeler, bağlı oldukları vücuttan, daha sonra yeniden aynı vücuda nakledilmek üzere ayrılmışlarsa, buradaki hukukî durum tereddüt yaratmaktadır. Yazar, bu durumda insan vücudu ile vücuttan geçici olarak ayrılan biyolojik maddeler arasındaki işlevsel bağın kesin olarak çözülmemesi nedeniyle, ortaya eşya hukuku kurallarına tâbi olabilecek bağımsız bir eşya çıkmayacağını ifade etmektedir. **Joye** ise (Génome, sh. 100-101), aynı vücuda yeniden nakledilmek üzere alınan biyolojik maddelere, yapay dölleme tekniklerinde kullanılmak üzere vücuttan alınan üreme hücrelerini de eklemekte ve bu maddelerin belirli bir hedef (“*destination particulière*”) doğrultusunda vücuttan alındığından yola çıkarak, bunlar üzerinde aynî nitelikte bir hakkın kurulamayacağını savunmaktadır.

Biz ise, hangi biyolojik madde üzerinde aynî hak kurulabileceğini saptayabilmek için, biyolojik maddenin vücuttan alınma amacına göre bir ayrıma gidilmesini isabetli bulmuyoruz. Nitekim, çoğu durumda biyolojik madde, vücuttan belli bir amacın gerçekleştirilmesi uğruna alınmaktadır. Yapay dölleme tekniklerinde kullanılması amacıyla erkekten alınan sperm üzerinde aynî hak



vücut içinde yer alacağı düşüncesi, o parçanın, sanki vücuttan hiç ayrılmamış gibi değerlendirilmesine neden olmaktadır. Oysa bir biyolojik madde, ister meydana geldiği vücuda, ister bir başkasının vücuduna nakledilecek olsun, insan bedeninden ayrılmakla, bağımsız bir varlığa kavuşur ve hakkında eşya hukuku kuralları tatbik olunabilir hâle gelir.

### b) Üreme ve soyunu sürdürme hakkı

Kişinin aile kurması, çocuk sahibi olması ve soyunu devam ettirmesi de, kişilik hakkına konu olan değerler içinde ele alınmaktadır<sup>235</sup>. Her ne kadar kişinin hayatı, sağlığı ve vücut bütünlüğü, içerik bakımından bu kişilik değerini kapsıyor sayılsa da, konumuz üreme organ, doku ve hücreleri ile yakından ilgili olduğundan, üreme hakkının ayrı bir başlık altında incelenmesi daha faydalı olacaktır.

Cinsel yaşam değeri; kişinin, cinsel faaliyetlerini, ne zaman, nerede, nasıl, kiminle ve hangi amaçla gerçekleştirdiğine, yalnızca kendisinin karar verebilmesine imkân tanınması bakımından önemlidir<sup>236</sup>. Kişinin rızası olmaksızın, üreme faaliyetlerine yönelik bir müdahalede bulunulamaz<sup>237</sup>. Kişiye, kendi genetik özelliklerini taşıyan bir altsoya sahip olabilmesi konusunda olanak sağlayan üreme hakkı da, kişilik değerlerinden sayılmaktadır. Hâttâ günümüzde, kişinin üreme konusundaki tedavi tekniklerine ulaşabilme hakkının da, soyun devamı konusundaki kişilik değeri kapsamında ele alınması gerektiği savunulmaktadır<sup>238</sup>.

---

kurulamayacağını savunup, başkasının vücuduna nakil amacıyla vücuttan alınan organ, doku ya da kan üzerinde, hastane işletmelerinin veya sağlık kuruluşlarının mülkiyet hakkı sahibi olabileceklerinden bahsedilmesi, bize tutarsız görünmektedir.

<sup>235</sup> Bkz. **Guillod**, *Personnes*, No: 141; **Deschenaux/Steinauer**, No: 547; **Tercier**, *Personnalité*, No: 398-405; **Jeandin**, sh. 250. İnsanın gelişimi ve mutluluğu açısından, aile kurmanın ve çocuk sahibi olmanın asli bir önem taşıdığı yönündeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. ATF 119 Ia 460. Mahkeme, çocuk sahibi olmanın, birçok insan için varlık sebebi olduğunu ortaya koymuş ve bundan hareketle, yapay dölleme tekniklerinin genel olarak yasaklanmasının, kişi hak ve özgürlüklerine aykırı olduğuna hükmetmiştir. Türk hukukunda, “dölünü sürdürme hakkının”, bireyin cinsel yaşamıyla ilgili kişisel değerlerinden biri ve kişilik hakkının bir görünümü olduğu yönünde bkz. **Özsunay**, *Hayatın Başlangıcı*, sh. 34. Yazar, bu hakkın ayrıca, Anayasa m. 17/f. 1’de yer alan, kişinin maddî ve manevî varlığını geliştirme hakkının bir görünümü olması nedeniyle, anayasal bir hak olduğunu savunmaktadır.

<sup>236</sup> **Herring**, sh. 283.

<sup>237</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, sh. 148; **Helvacı**, *Kişilik Hakkı*, sh. 72; **Dural/Öğüz**, sh. 112.

<sup>238</sup> Bkz. bu görüşte **Herring**, sh. 284.

İnsan neslinin devamlılığını sağlayan üreme hücreleri, insan kaynaklı diğer hücrelerden farklı bir işlev görmektedir. Bilindiği gibi, kadın üreme hücresi olan yumurta, yumurtalıktan atılıp rahme doğru ilerlerken, erkek üreme hücresi olan sperm ile birleşirse döllenme gerçekleşir ve bu doğal sürecin sonunda, embriyo meydana gelerek, insan gelişiminin ilk adımı atılmış olur. Bu sürecin, kadının vücuduna haksız müdahalelerde bulunarak engellenmesi, kadının vücut bütünlüğü değerine saldırı teşkil eder. Keza, erkeğin de sperm üretme faaliyetine, onun rızası olmadan mâni olunması kişilik hakkına aykırıdır. Kısırlaştırma, kastrasyon ya da gebeliğin sona erdirilmesi bu müdahalelere örnek olarak gösterilebilir<sup>239</sup>.

İnsan bedeni içinde yer alan üreme organları ve dokularına yönelik bu gibi müdahaleler, kişinin rızası hilâfına gerçekleşirse, vücut bütünlüğü değeri ihlâl edilmiş olur. Ancak, vücuttan ayrılmış olan üreme hücrelerine yönelik saldırı, kişinin üreme faaliyetine müdahale teşkil ederken, vücut bütünlüğü değerini ihlâl etmez. O hâlde, üreme faaliyetine yönelik olarak gerçekleştirilen her haksız müdahalenin, kişinin vücut bütünlüğü değerini ihlâl ettiğini söylemek<sup>240</sup> her zaman için doğru olmayacaktır. Tıbbın gelişmesi sayesinde kişiler, doğal yollar dışında da üreme faaliyetinde bulunabilmekte, kendilerinden kilometrelerce uzakta bulunan üreme hücrelerinin, tıbbî tekniklere tâbi tutulması neticesinde, çocuk sahibi olabilir duruma gelmektedirler. Bu durum da, üreme faaliyetinin, vücut bütünlüğünden bağımsız bir kişilik değeri olarak ele alınması gereğini ortaya koymaktadır<sup>241</sup>.

<sup>239</sup> 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (NPHK), gebeliğin sona erdirilmesi, sterilizasyon ve kastrasyon müdahalelerine ilişkin hükümler içermektedir. Doğum kontrol yöntemi olarak uygulanan kısırlaştırma (sterilizasyon), kişinin cinsel etkinlikte bulunabilme yeteneğine zarar vermeden, kadınlarda üreme kanallarının yani rahme giden tüplerin, erkeklerde ise sperm kanalının bağlanması yoluyla gerçekleşmektedir. Kastrasyon ise, kişinin cinsel salgı bezlerinin alınması yoluyla cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneğinin tamamen sona erdirilmesi amacını taşıyan bir müdahaledir. NPHK m. 4/f. 3, “Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbî zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hâllerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir” ifadesiyle, anlaşılabilirlikten uzak bir hüküm ortaya koymaktadır. Tıbbî zaruret hâli, “hastalığın tedavisi” kavramını içinde barındırdığından, ayrıca bu ifadenin kullanılması gereksiz olmuştur. Kanaatimizce, kişinin cinsel yaşamını katî surette sona erdirecek derecede önemli sonuçlar doğuran böylesi bir müdahalenin, kişinin rızası aranmaksızın gerçekleştirilmesi, kişinin tedaviyi ret hakkı da göz önüne alındığında, kişilik hakkının ağır bir ihlâli sayılmalıdır. Bu konu hakkında ayrıca bkz. Özlem **Yenerer Çakmut**, Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, sh. 127; Mehmet **Ayan**, Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 1991, sh. 25; **Çilingiroğlu**, sh. 26-27.

<sup>240</sup> Bu ifadeyi kullanan **Helvacı**, Gerçek Kişiler, sh. 111.

<sup>241</sup> Dondurulmuş sperm, sperm bankası tarafından imhâ edilmesini, spermini donduran kişinin vücut bütünlüğüne yönelik bir saldırı olarak nitelendiren Alman mahkeme kararı (BGHZ 124, 52; NJW 1994, sh. 127) da bize göre bu nedenle isabetli değildir. **Joye** (Génome, sh. 101) da, mahkemenin, “vücut bütünlüğü” değeri yerine, kişinin üreme konusunda sahip olduğu kişilik

### c) Kişinin sırları ve özel hayatı

Kişinin, yakın çevresi dışındaki insanlarla paylaşmak istemediği yaşamsal alanı ile gizli kalmasında menfaati bulunduğu kişisel bilgileri, kişilik değerleri olarak hukuken korunmaktadır<sup>242</sup>. Hukuk düzeninin öngördüğü koruma, her kişinin, kendisiyle ilgili bilgiler üzerindeki egemenliğini muhafaza edebilmesini sağlamalıdır<sup>243</sup>. Sınırlarını çizebilmenin epeyce güç olduğu özel hayat kavramı, kişinin içinde bulunduğu sosyal ve meslekî konuma göre değişik yorumlanabilmektedir<sup>244</sup>. Hâttâ aynı kişi açısından dahi, özel hayatın kapsamı, yaşamındaki safhalara göre farklılık gösterebilir. Sonradan meşhur olan bir kişinin özel hayat alanının zaman içerisinde daralması olağandır. Zira toplumun, kamuya mâl olmuş kişilerin özel yaşamlarını merak etmesi ve buna dair bilgileri öğrenmek istemesi meşru bir zemine dayanmaktadır. Ancak, bu kişilerin de, diğer insanlarınkine göre daha dar da olsa, hukuken korumaya değer bir gizlilik alanları olduğu açıktır<sup>245</sup>.

---

değerine vurgu yapmış olmasının daha doğru olacağını savunmaktadır. Aynı görüşte **Pelet**, sh. 228.

Saklanmak üzere sperm bankasına bırakılan sperm örneklerinin, kişinin üreme hakkı ile doğrudan bağlantısı olan bir eşya özelliği taşıdığı yönündeki 1996 tarihli Amerikan mahkemesi kararı için bkz. **Hecht v. Superior Court**, 59 Cal. Rptr. 222 (1996). Kararın özeti için bkz. yukarıda dn. 58 ve buna bağlı metin.

<sup>242</sup> **Bucher**, No: 477; **Thévenaz**, No: 286; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 156-157; **Cornu**, Les Personnes, sh. 238; **Jeandin**, sh. 254; **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, sh. 346; **Guillod**, Personnes, No: 147; **Carbonnier**, sh. 517; **Mazeaud/Mazeaud/Mazeaud/Chabas**, sh. 394; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, sh. 416; **Helvacı**, Kişilik Hakkı, sh. 72; **Dural/Öğüz**, sh. 127-128.

<sup>243</sup> **Tercier**, Personnalité, No: 460.

<sup>244</sup> **Deschenaux/Steinauer**, No: 561; **Jeandin**, sh. 256; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 158-159; **Helvacı**, Kişilik Hakkı, sh. 72; **Dural/Öğüz**, sh. 131.

<sup>245</sup> Öğretide, kişilerin yaşam alanı üç ana bölüme ayrılarak incelenmektedir. Bunlar, kişinin başka hiç kimseyle paylaşmak istemediği “gizlilik alanı” (*sphère intime*), yalnızca yakın çevresi ile paylaştığı “özel alanı” (*sphère privé*) ve hakkında herkesin bilgi sahibi olabileceği “kamuya açık alanı” (*sphère publique*)dır. MK m. 24, kişinin saklı kalmasında menfaati olduğu ilk iki alanına ilişkin saldırılara karşı koruma sağlamaktadır. Bkz. **Deschenaux/Steinauer**, No: 560; **Tercier**, Personnalité, No: 466; **Jeandin**, sh. 254-255.

İletişim teknolojisindeki gelişmeler, kimi zaman bilginin kontrolsüz bir biçimde toplanmasına ve kullanılmasına sebep olabilmektedir. Bu tehlikenin önlenmesi amacıyla, Medenî Kanunun, kişinin özel hayatı ve sırları ile ilgili olarak öngördüğü hukukî korumanın bir tamamlayıcısı olarak, Türkiye’de Kişisel Verilerin Korunması Hakkında bir kanun yapılmasına karar verilmiş ancak, bununla ilgili Tasarı, henüz yasalasmamıştır. Kanun, kişisel verilerin işlenmesinde temel hak ve özgürlükler ile kişiliğin korunmasını amaçlamakta ve kişisel verileri toplayan kişi ve kurumların uymaları gereken genel esasları düzenlemektedir. Benzer düzenleme İsviçre’de, 19 Haziran 1992 tarihli Verilerin Korunması Hakkında Federal Yasa (Loi fédérale sur la protection des données) ile gerçekleştirilmiştir. Yasa, bilgi toplamanın özellikle hangi hâllerde hukuka

Kişinin rızası olmadan, özel yaşamına ilişkin bilgilerin kontrolsüz bir biçimde ortaya dökülmesi, kişilik hakkına tecavüz niteliğindedir. Aslında, kişilik değerine yönelik saldırı, yalnızca özel hayata ilişkin bilgilerin kamuya açıklanmasından ibaret değildir. Söz konusu bilgilerin, kişinin rızası olmadan elde edilmesi, saklanması, kullanılması, tahrif edilmesi, yok edilmesi, hâttâ haklı bir neden olmaksızın öğrenilmeye çalışılması dahi, kişinin özel hayatı ve sırları hakkındaki değeri ihlâl eden hareketlerdir<sup>246</sup>.

Bunun yanında, bu gibi hareketlerin hukuka uygunluğunu sağlayan bir takım etkenler olduğunu da unutmamak gerekir<sup>247</sup>. Kişinin, kendi rızasıyla özel hayatına dair bilgileri alenî bir biçimde ortaya koyması ya da bu bilgilerin açıklanmasında üstün nitelikte kamusal veya özel bir yararın bulunması hâllerinde, hukuka aykırılık unsuru ortadan kalkar<sup>248</sup>.

Acaba insan kökenli biyolojik maddelere yönelik saldırı, kişinin özel hayatı ve sırlarına ilişkin kişilik değerinin ihlâl edilmesi sonucunu doğuracak mıdır? Öncelikle, vücuda bağlı olarak varlık gösteren organ ve dokulara yönelmiş bir saldırının, doğrudan doğruya kişinin vücut bütünlüğü değerine tecavüz teşkil ettiğini hatırlatmamız gerekir. Dolayısıyla, bu maddelerle ilgili olarak, vücut bütünlüğü değerinden başka bir kişilik değerinin aranmasına gerek yoktur.

---

aykırı sayılacağını ortaya koymakta ve özel hukukun sağladığı korumanın yanında, bir takım cezaî müeyyideler de öngörmektedir. Bu konuda bkz. **Bucher**, No: 488-491; **Jeandin**, sh. 257.

<sup>246</sup> **Tercier**, Personnalité, No: 469; **Helvacı**, Kişilik Hakkı, sh. 72; **Dural/Öğüz**, sh. 129; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 158.

<sup>247</sup> İsviçre Federal Mahkemesi'nin 29 Mayıs 2002 tarihli kararı (ATF 128 II 259), çocuklara karşı cinsel suç işlediği iddiasıyla hakkında dava açılan bir kişiden zorla doku alınması ve bu dokudan elde edilen DNA profilinin devlet bilgi bankasına kaydedilmesi ile ilgilidir. Kararda, sanıktan doku alınarak, sanığın DNA profilinin ortaya çıkarılmasının ve bu bilginin kayıtlara geçirilmesinin, tek başına, vücut bütünlüğüne ve kişisel bilgilerin korunmasına yönelik bir hak ihlâli yaratmayacağına hükmedilmiştir. Mahkeme, bu yöndeki hak ihlâlinin, ancak sanığın DNA profilinin ortaya çıkarılmasına rağmen, alınan doku örneğinin imhâ edilmemesi ya da bu bilginin, sanığın suçsuz olduğunun yargılama sonucunda kesinleşmesine rağmen saklanması durumlarında söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Kararın fransızca özeti için bkz. <http://www.bger.ch/fr/tfl-d.pdf> (erişim tarihi: 14.5.2009). Görüldüğü gibi, kişinin genetik bilgilerini kesin olarak teşhis etmeye yarayan DNA profilinin açığa çıkarılması ve belli bir merkezde saklanması kural olarak hukuka aykırı olmakla beraber, üstün nitelikte bir kamu yararı bulunması ya da kanunun verdiği bir yetkinin kullanılması hâlinde, kişilik değerlerine yönelik bu gibi müdahaleler hukuka uygun hâle gelmektedir.

<sup>248</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 158; **Tercier**, Personnalité, No: 471-474; **Helvacı**, Kişilik Hakkı, sh. 72; **Dural/Öğüz**, sh. 130-131.

Vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddeler bakımından ise, bu maddelerin, kişinin özel hayatı ve sırları hakkındaki değerle doğrudan ilişkili olup olmadığının incelenmesi gerekir. Bir mankenin, yurtdışında bulunan bir sperm bankasından aldığı sperm ile hamile kaldığı yolundaki haber, habere konu olan kişinin özel hayat değeri ile yakından ilgili olsa da, incelemekte olduğumuz konu itibarıyla, kapsam dışında kalmaktadır. Zira bu örnekte, kişilik değerini ihlâl ettiği öne sürülebilecek olan unsur, insan kökenli biyolojik maddenin kendisine yönelik saldırı değil, bu maddeyi konu alan bir haberdur. Diğer bir ifadeyle burada, saldırının hedefi biyolojik madde değil, biyolojik maddeyi temin ederek çocuk sahibi olmak isteyen kişidir. Biz ise çalışmamızda, doğrudan doğruya insan kökenli biyolojik maddelere yönelmiş bir saldırının, kişilik hakkını ihlâl edip etmeyeceği meselesi üzerinde durmaktayız.

Bu bakımdan, insan vücudundan ayrılmış olan bir ünite kanın, karaciğerin, DNA molekülünün ya da sperm örneğinin çalınması ya da gasp edilmesinin, hangi kişilik değeri ile ilişkilendirileceği hususu önem kazanmaktadır. Bize göre, vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddelere yönelik bir saldırının, kişinin özel hayatına tecavüz teşkil etmesi, ancak bu maddelerin, kişiye özel bir takım bilgilerle bütünleşmiş olması durumunda söz konusu olabilecektir<sup>249</sup>. Meselâ bir kişinin, kardeşinin vücuduna nakledilmek üzere, karaciğerinin bir parçasını bağışladığını ve ameliyathanede nakil için bekletilen bu parçanın, organ mafyası tarafından çalındığını düşünelim. Üçüncü bir kişinin vücuduna nakledilmesi amacıyla çalınan karaciğer parçasının, vericinin özel hayatına ilişkin bilgileri ve sırlarıyla bağlantısını kurmak güç olacağından, bu fiilin, vericinin kişilik hakkına saldırı oluşturduğunu ileri sürmek de kolay olmayacaktır<sup>250</sup>. Buna karşılık, çalınan, kişinin karaciğerinin

<sup>249</sup> Bilimsel bir araştırmanın yürütülmesi amacıyla elde edilen insan kökenli hücrelerde yer alan vericiye ait kişisel bilgilerin temizlenerek, hücrenin “anonim” hâle getirilmesiyle, söz konusu biyolojik madde üzerinde vericinin kişilik değeri ile ilişkilendirilebilecek herhangi bir unsur kalmayacağı yönünde bkz. **Pelet**, sh. 452-453 ve **Labbée**, sh. 346. Türk hukukunda ayrıca bkz. Tekin **Memiş**, *Biyobankaların Hukukî Esasları*, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. II, İstanbul 2007, sh. 1963-1964. Buna karşılık, **Galloux**, biyolojik madde anonim hâle getirile bile, bununla, yalnızca kişinin özel yaşamı ve sırlarına dair kişilik değerinin gündeme gelme olasılığının ortadan kalkacağını; elde edilen hücrenin, “insan”dan kaynaklanması nedeniyle, buna yönelik tecavüzlerde, vericinin, “insan onuru ve haysiyeti” çerçevesinde, kişilik hakkının korunması talebinde bulunmaya devam edebileceğini savunmaktadır. Bu görüş için bkz. Jean-Christophe **Galloux**, *L’utilisation des matériels biologiques humains: vers un droit de destination?* D. 1999, No: 2, sh. 17.

<sup>250</sup> Böyle bir saldırı, aşağıda da bahsedileceği gibi, insan vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddeler üzerinde sahip olunan aynı hakların korunması kapsamında bertaraf edilebilir. Bkz. aşağıda Böl. 1, §3, II, 1.

bir parçası değil de; onun, tetkik amacıyla özel bir sağlık laboratuvarına verdiği, kendi genetik şifrelerini içeren DNA molekülü olsa ve bunu çalan şahıs, DNA moleküllerinden elde ettiği hastalık bilgilerini, belli bir ücret karşılığında kişinin sigorta şirketine ya da işverenine verse, bu fiil, vücudundan DNA molekülü elde edilen şahsın kişilik hakkını açıkça ihlâl edecektir<sup>251</sup>. Hattâ başkalarına aktarılmasa bile, kişinin en mahrem özelliklerini içeren bu bilgilerin haklı bir neden olmaksızın, ilgisiz biri tarafından elde edilmesi dahi, aynı hak ihlâline sebebiyet verecektir<sup>252</sup>.

O hâlde, genetik materyal olarak da adlandırdığımız insan DNA moleküllerine yönelik olarak gerçekleştirilen haksız bir saldırı, bu maddenin, kişinin sağlık durumu, fiziksel ve (belki de ileride) psikolojik özelliklerini ortaya çıkaran genetik bilgileri içermesi nedeniyle, kişinin sırlarına veya özel hayatına tecavüz edilmiş olduğu sonucunu doğuracaktır<sup>253</sup>. Bunun haricindeki doku ve organlar, nitelikleri itibariyle, meydana geldikleri insanın, biyolojik ve genetik bilgilerini bu denli kesinlikte açığa çıkaramadığından, kişinin sırları ya da özel hayatı ile kolay kolay ilişkilendirilemeyeceklerdir<sup>254</sup>.

<sup>251</sup> Adriano **Previtali**, Non-discrimination et analyse génétique, (éd.: Charles Joye) L'analyse génétique humaine, Quelles perspectives législatives, Genève 2004, sh. 62, 67. Ayrıca bkz. **Harichaux**, La protection, sh. 154; **Rohmer**, sh. 52. Genetik bilgilerin, kötüniyetli üçüncü kişilerin eline geçmesi hâlinde, yaşanabilecek hukukî sorunlar ile ilgili olarak bkz. **Memiş**, sh. 1953-1955.

<sup>252</sup> Genetik şifrenin, yalnızca vücudundan DNA molekülü elde edilen kişinin değil, onun ailesini oluşturan bireylerin de bilgisini içeren bir data niteliğinde olduğunu, bu bakımdan, genetik bilgiye yönelik olarak gerçekleştirilen haksız müdahalenin, birden çok kişiye yapılmış bir saldırı sayılması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Renate **Gertz**, Is it "me" or "we"? Genetic Relations and the Meaning of "Personal Data" Under the Data Protection Directive, European Journal of Health Law, vol. 11, no. 3, 2004, sh. 231. Aynı yönde Dominique **Manai**, Les analyses génétiques dans le domaine médical: Déterminisme de la science et liberté du sujet, Charles Joye (éd), L'analyse génétique humaine, Quelles perspectives législatives, Genève 2004, sh. 37. Yazar, genetik bilgileri haksız bir biçimde açığa çıkarılan kişinin yanında, onun kan hısımlarının da, kendi kişilik haklarına saldırıda bulunduğu gerekçesiyle, kişiliğin korunması yollarından faydalanabileceklerini ileri sürmektedir.

<sup>253</sup> Aynı görüş için bkz. **Deschenaux/Steinauer**, No: 588i; **Pelet**, sh. 239. Alman doktrininde bu görüş için bkz. **Taupitz**, sh. 83-84. Aynı yönde **Büyükay**, sh. 358; Denis **Piotet**, Le conflit entre le droit de la personne sur ses caractéristiques génétiques et celui exclusif d'un tiers d'en faire usage, Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag (éd.: Thomas Geiser), Bern 2002, sh. 706.

<sup>254</sup> Tâhlil yapılması amacıyla bir kan laboratuvarına teslim edilip, AIDS mikrobu taşıdığı tespit edilmiş olan bir ünite kanın, bundan haberi olmayan ve âcil kana ihtiyacı olan bir üçüncü kişi tarafından çalınması ile, kan vericisinin kişilik hakkı doğrudan doğruya ihlâl edilmiş sayılmaz. Zira saldırı, bir şişe kan üzerindeki hak sahipliğine yönelik olup; kişinin sağlık durumu hakkındaki sırrına ya da gizlilik alanına ait bir bilgiye yönelik değildir. Şayet bu bilgi, ele geçirildikten sonra, haksız olarak kullanılır veya başkalarına aktarırsa, bu fiilin, kan vericisinin kişilik hakkına saldırı teşkil edeceği muhakkaktır. Yukarıda bahsettiğimiz insan genetik materyali (DNA molekülü) bakımından ise, durum daha farklıdır. DNA molekülü, kişinin genetik

#### d) Kişinin resmi

Kişinin kendi resmi üzerindeki hakkı da, kişilik değerlerinden sayılmaktadır<sup>255</sup>. Bu bakımdan, kişinin rızası olmaksızın resminin yayımlanması, dağıtılması, tahrif edilmesi, çoğaltılması, teşhir edilmesi ve benzeri şekillerde kullanılması, kural olarak kişilik hakkına saldırı teşkil eder<sup>256</sup>. Fakat basının haber verme görevi alanına giren olayların ve toplumun haber alma ihtiyacının (kamu yararının) bulunduğu durumlarda, resmin, kişinin rızası olmadan da yayımlanabileceği kabul edilmektedir<sup>257</sup>.

Kişinin resmi üzerindeki hakkının manevî bir yönü bulunmakla birlikte, bu hakkın malvarlıksal bir boyutunun da olduğu, öğretide yer alan yeni bir akım tarafından ileri sürülmektedir<sup>258</sup>. Örneğin, ünlü bir şarkıcıyı gizlilik alanı içinde

---

bilgisinin kendisini oluşturduğundan, buna yönelik saldırı da, kendiliğinden, bilginin hukuka aykırı olarak elde edilmesi sayılacak ve kişilik hakkına tecavüz teşkil edecektir.

<sup>255</sup> **Tercier**, Personnalité, No: 453; **Carbonnier**, sh. 510; **Jeandin**, sh. 256; **Helvacı**, Kişilik Hakkı, sh. 72; **Dural/ Öğüz**, sh. 131; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 155; **Zevkliler/Acabey/ Gökyayla**, sh. 412.

<sup>256</sup> Bu konuda bkz. Vanessa Lévy, Le Droit À L'Image, Définition, Protection, Exploitation, Etude de Droit Privé Suisse, Zurich 2002, sh. 166-167; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, sh. 126; **Deschenaux/Steinauer**, No: 564; **Tercier**, Personnalité, No: 457; **Dural/Öğüz**, sh. 132; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 155; **Jeandin**, sh. 256.

<sup>257</sup> 3.10.1990 tarih E. 1990/4-275, K. 1990/459 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı, bkz. [http://www.hukuki.net/ictihat/904-275\\_hgk.asp](http://www.hukuki.net/ictihat/904-275_hgk.asp) (erişim tarihi: 16.5.2009).

<sup>258</sup> Kişinin resmi üzerindeki hakkının iki ayrı boyutu olduğu yönünde bkz. **Joye**, Génome, sh. 76, 83, dn. 442; **Pelet**, sh. 245; François **Dessemontet**, Le droit à sa propre image: Droit de la personnalité ou droit à la publicité, Mélanges en l'honneur de Jacques Michel Grossen, Bâle 1992, sh. 51-52. Türk hukukunda **Serozan**, kişinin resmi, ismi, imzası ve sesi gibi değerlerini “para eden (metalaşmış) kişilik değerleri” arasında saymaktadır. Bkz. Rona **Serozan**, Kişiyi Sıkı Biçimde Bağlı Sayılan Manevi Hakların Mirasçılıya Geçebilirliği, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, sh. 563. Ayrıca Fransız hukukunda bkz. **Mazeaud/Mazeaud/Mazeaud/Chabas**, sh. 389.

Amerikan hukukunda, kişinin resmi, sesi ya da özel hayatı üzerindeki hakkının manevî yönü, “*right of privacy*”; bu değerlerden elde ettiği kazanç (maddî yönü) ise “*right of publicity*” olarak isimlendirilmektedir. Bu ayrım, özellikle ünlü kişiler bakımından önem arz etmektedir. Nitekim, bu kişilerin resimleri, geniş halk kitleleri tarafından büyük bir merak ve istekle piyasada talep görmekte, afişlere, posterlere konu olarak ticarî meta hâline gelip, kişiye yüksek maddî kazanç sağlamaktadır. Bu konudaki açıklamalar için bkz. Emmanuel **Gaillard**, Les conflits de lois relatifs au droit patrimonial à l'image aux États-Unis (À propos de la jurisprudence *Groucho Marx*), RCDIP, 1984, sh. 4.

Bu yöndeki bir ayrımın, fikrî haklarla ilgili olarak da yapıldığı unutulmamalıdır. Bilindiği gibi, eser sahibinin eseri üzerindeki fikrî hakkının bir parasal yönü, bir de kişiliği ilgilendiren manevî yönü bulunmaktadır. Bkz. Kemal **Oğuzman/Nami Barlas**, Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 16. Bası, İstanbul 2010, sh. 146; Rona **Serozan**, Medenî Hukuk- Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2008, sh. 219. Eser sahibinin manevî nitelikteki hakları ile kişilik hakkı arasındaki farklılıklar konusunda bkz. Saibe Oktay **Özdemir**, Fikri Nitelikteki Sınai Değerler

görüntüleyen bir fotoğrafın, onun rızasını almaksızın gazetede yayımlanması, kişilik değerine saldırı niteliğinde değerlendirilebilirken, aynı şarkıcının söz konusu fotoğrafı poster hâline getirtip, piyasaya sunması, kişinin resminin malvarlıksal bir boyutunun da olabileceğini göstermektedir. Resim üzerindeki hakkın manevî ya da kişisel yönü, kişilik hakkının konusunu oluşturduğu için, vazgeçilmez, başkasına devredilmez ve mirasçıya intikâl etmez sayılmakta, malvarlıksal yönü ise, üzerinde tasarruf edilebilir, başkasına devredilebilir ve mirasçıya intikâl edebilir olarak değerlendirilmektedir<sup>259</sup>. Bu ayrımın kabul edilmesi ile birlikte, özellikle kamuya mâl olmuş kişilerin resimleri üzerindeki haklarını üçüncü kişilere devretmelerinin, söz konusu kişilik değerinin devredilmezliği ilkesi ile ters düşmeyeceği ileri sürülmektedir.

Kişinin resminin, bir bakımdan kişilik değeri olarak hukukî korumadan yararlanabilmesi, öte yandan kişiye ticarî kazanç sağlayan bir malvarlığı değeri olarak kabul görmesi<sup>260</sup>, söz konusu değer, insan kökenli biyolojik maddelerle ilgili olarak da kıyas yoluyla uygulanabileceği düşüncesini yaratmıştır<sup>261</sup>. Bu hususta öğretilerde, özellikle insanın genetik bilgisinin, kişinin resmi ile büyük benzerlikler taşıdığı savunulmaktadır<sup>262</sup>. Gerçekten de nasıl ki, kişinin resminin, rızası olmadan ve menfaatine aykırı bir biçimde kullanılması, kural olarak onun kişilik hakkına tecavüz oluşturuyorsa<sup>263</sup>; kişinin biyolojik özelliklerinin dışı vurumu olan genetik kodlarının da rızası hilâfına kullanımı, aynı ölçüde bir kişilik değeri ihlâli

---

Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, sh. 576-579.

Ancak burada bahsedilen, eser niteliği bulunmayan ve bu nedenle 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu kapsamında ele alınamayan bir kişilik değerinin kullanımının bedel karşılığında başkasına devredilmesidir.

Benzer ayrımın, İsviçre hukukunda da geçerli olması gerektiği fikrini savunan görüşler için bkz. **Dessemontet**, sh. 43. Yazar böylece, ölen kişinin resminin mirasçıları tarafından da ticarî olarak kullanılabilmesine işaret etmektedir. Benzer görüşü savunan **Pelet**, (sh. 244) de, kişilik hakkının başkasına devir ve temlik edilemeyen bir hak olmasına karşın, bu hakka konu olan resim ve ses gibi değerlerin günümüzde ticarete konu olabildiğini belirtmektedir.

<sup>259</sup> **Dessemontet**, sh. 51; **Pelet**, sh. 245.

<sup>260</sup> **Sériaux**, sh. 808.

<sup>261</sup> Bu görüş için bkz. Patrick **Molinari**, *L'information génétique, Reflet d'une image?, La génétique humaine: De l'information à l'informatisation*, Paris 1992, sh. 3. Yazar, insan geninin, kişiye ait özel bilgiyi dışarıya yansıtması nedeniyle, resimle eşdeğerde olduğunu savunmaktadır.

<sup>262</sup> Bkz. **Mazen**, sh. 197.

<sup>263</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, sh. 155; **Dural/Öğüz**, sh. 132; **Helvacı**, *Gerçek Kişiler*, sh. 126; **Deschenaux/Steinauer**, No: 564; **Tercier**, *Personnalité*, No: 457.



sayılacaktır<sup>264</sup>. Öte yandan, kişi, kendi resmini kazanç elde etme amacıyla başkalarına devredebildiği gibi, kendi genetik bilgisini de aynı amaçla ilâç sanayisine ya da genetik araştırmalara konu olacak şekilde üçüncü kişilere kullanabilir<sup>265</sup>.

İnsanın genetik bilgisinin, kişinin resmi ile göstermiş olduğu bir diğer benzerlik ise, her iki varlığın da bileşik yapıli olmasıdır<sup>266</sup>. Bilindiği gibi resim, bir kimsenin dış görünüşünü yansıtan ve o kimsenin tanınmasını sağlayan yüzey bir cisimdir<sup>267</sup>. Kişinin dış görüntüsünün kendi başına, elle tutulur bir varlığı bulunmadığından, bu değer, sadece kişilik hakkının öngördüğü korumadan faydalanabilir<sup>268</sup>. Ancak bu görüntü, resim, fotoğraf, karikatür ya da heykel gibi cisimler aracılığıyla, üzerinde hâkimiyet kurulabilen somut bir varlık kazandığı takdirde, bunun üzerinde aynî nitelikte bir hakkın kurulması da söz konusu olabilecektir<sup>269</sup>. Dolayısıyla resim üzerinde, bir kişinin kişilik hakkı söz konusu iken, diğer bir kişinin de mülkiyet hakkı olabilmektedir.

İnsanın genetik bilgisi de, tıpkı insanın dış görüntüsü gibi somut bir varlık taşımaz. Bu bilgi, ancak içinde barındığı DNA molekülleri sayesinde cisimleşir ve aynî hakka konu olabilir<sup>270</sup>. İnsan DNA'sı üzerinde aynî nitelikte bir hak, özellikle mülkiyet hakkı kurulabilmesi, genetik bilginin, bilimsel araştırmalara konu edilmesi, ilâç pazarında işlem görmesi ve nihayetinde insanlığa hizmet edilmesi bakımından önemlidir<sup>271</sup>. Bu hak vasıtasıyla, bilim adamları, araştırmacılar, tıbbî deneyler yapan

<sup>264</sup> **Pelet**, sh. 247, 249.

<sup>265</sup> Türkiye'de gönüllü insanlar üzerinde gerçekleştirilecek her türlü klinik araştırmanın yürütülmesinde gerekli olan bilimsel ve etik standartların sağlanması ve klinik araştırmalara katılan gönüllülerin haklarının korunması amacıyla, Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik 1.1.2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yönetmelik m. 5/f. 1/b. (ğ)'de, gönüllülerin araştırmaya katılımının veya devamının sağlanması için destekleyici tarafından herhangi bir iknâ edici teşvik ya da malî teklifte bulunulamayacağı hususu düzenlenirken; söz konusu bendin son cümlesinde, bazı (farmakokinetik ve biyoesdeğerlik) klinik araştırmalarda yer alan gönüllülere ise ücret ödenebileceği belirtilmekteydi. Ancak, Yönetmelike 11.3.2010 tarihinde yapılan değişiklik neticesinde, son cümle, madde metninden çıkarılmış ve böylece, kısmen de olsa bazı klinik araştırmalara katılan gönüllülere ödül verilebileceğine ilişkin düzenleme ortadan kaldırılmıştır.

<sup>266</sup> **Molinari**, sh. 3; **Pelet**, sh. 246.

<sup>267</sup> 3.10.1990 tarih E. 1990 / 4-275, K. 1990 / 459 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı, bkz. [http://www.hukuki.net/ictihat/904-275\\_hgk.asp](http://www.hukuki.net/ictihat/904-275_hgk.asp) (erişim tarihi: 16.5.2009).

<sup>268</sup> **Dessemontet**, sh. 52.

<sup>269</sup> **Lévy**, sh. 171; **Sériaux**, sh. 808; **Molinari**, sh. 4; **Carbonnier**, sh. 510.

<sup>270</sup> **Molinari**, sh. 4; **Arnoux**, sh. 142.

<sup>271</sup> **Pelet**, sh. 247.

linik ve laboratuvarlar, DNA molekülü ile somut bir varlık kazanan insan genetik bilgisi üzerinde tasarruflarda bulunabilecek, üstelik buna karşı gerçekleştirilecek saldırıları da, mülkiyet hakkının kendilerine vermiş olduğu koruyucu yetki sayesinde bertaraf edebileceklerdir. Ancak bu bilgi, biyolojik şifrelerini ortaya koyduğu insan için önemli bir kişilik değeri olmaya devam ettiğinden, bu bilgiye yönelik haksız saldırılar aynı zamanda, bu insanın kişilik hakkına da tecavüz teşkil edecektir.

Sonuç olarak, insan vücudu ile biyolojik bağı henüz kesilmemiş, diğer bir ifadeyle bedenden ayrılmamış olan biyolojik maddeler, ancak kişilik değeri kapsamında ele alınabilirken, vücuttan ayrılmış olan organ ve dokular açısından, durum biraz daha farklıdır. Bu maddelerden bir kısmı, meydana geldikleri vücuttan ayrıldıktan sonra, kişiden tamamen bağımsız bir niteliğe bürünerek, birçok hukukî işleme konu olabilen, üzerinde tasarruf edilebilen ve başkalarına devredilebilen varlıklar olmakta; insan üreme hücreleri ve genetik materyali gibi diğer bazı biyolojik maddeler ise, yine bu tür işlemlere konu edilmekle birlikte, meydana geldikleri insanın kişilik özelliklerini içlerinde barındırmaya devam etmektedirler. Bu nedenle biz, ayrıldığı kişiden tamamen bağımsız hâle gelmiş bir biyolojik maddenin, ancak eşya statüsü içinde değerlendirilebileceğini, bunun yanında, vücuttan ayrıldığı hâlde, kişinin genetik bilgisini ve mirasını taşıyan bir maddenin ise, somut olaya göre, yeri geldiğinde kişilik değerinin bir uzantısı olarak da kabul edilebileceğini düşünüyoruz. Ancak, bu görüşümüzün daha etkili bir biçimde desteklenebilmesi için, insan kökenli biyolojik maddeler üzerinde hangi hakların söz konusu olabileceğini değerlendirmek ve bunun sonucunda bir neticeye varmak gerektiğine inanıyoruz.

### **§ 3. İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDELER ÜZERİNDE SÖZ KONUSU OLAN HAKLARIN HUKUKÎ NİTELİĞİ**

#### **I. Genel Olarak**

İnsan kökenli biyolojik maddeler üzerinde hangi hakların söz konusu olabileceği meselesi, tıpkı bu maddelerin hukukî niteliğinin belirlenmesi konusunda olduğu gibi, farklı düşüncelerin ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir<sup>272</sup>. Bununla

<sup>272</sup> İnsan vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddelerin eşya statüsüne girdiği yönünde bir fikir birliği bulunmasına rağmen, kişinin, kendi vücudundan ayrılmış olan parçalar üzerindeki hakkının hukukî niteliği konusunda aynı fikir birliğinin bulunmadığı yönünde bkz.

birlikte, konuyla ilgili olarak ortaya konulan eserlerde, sınırları kesin hatlarla belirlenmiş bir hukukî nitelik tahliline de rastlanılmamaktadır. Vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddeler üzerinde esas itibariyle, aynî hak mı, yoksa kişilik hakkı mı tesis edilebilir doğrultusunda ilerleyen tartışma, bu hakların birbirinin alternatifi olduğu yönünde bir izlenim uyandırır da, öğretilerde, bu hakların biyolojik maddeler üzerinde eşzamanlı olarak varlıklarını sürdürebilecekleri ve birbirini tamamlayıcı role sahip oldukları görüşü de ileri sürülmüştür.

Konu, hukuk sistemleri açısından incelendiğinde, ortak hukuk (*common law*) sisteminin, biyolojik maddeler üzerinde aynî hak kurulabilmesi fikrine daha sıcak baktığı, buna karşın, Kıta Avrupası'nda hâkim olan hukuk sistemlerinin ise, meseleyi daha ziyâde, kişiliğin korunması temelli ele aldığı göze çarpmaktadır. Bununla beraber, her iki sistem bakımından da, aksi görüşleri savunan yazarların sayısı küçümsenemeyecek kadar fazladır.

Bu doğrultuda bize düşen, insan kökenli biyolojik maddeler üzerinde hangi hakların söz konusu olabileceğini, her hakkın tanımını, unsurları ve bu hakka hâkim olan genel ilkeleri dikkate alarak tespit etmeye çalışmak olacaktır.

## **II. İnsan Kökenli Biyolojik Maddeler Üzerindeki Hakların Görünüş Biçimleri**

### **1- Aynî Hak**

#### **a) Genel olarak**

İnsan kökenli biyolojik maddeler üzerinde aynî hak kurulabileceği fikrini savunanların buldukları ortak payda, bu hakkın, ancak vücuttan ayrılmış maddeler için söz konusu olabileceğidir. Gerçekten, yaşayan insan vücudu ve bu vücuda entegre olarak varlık gösteren parçalar üzerinde aynî nitelikte bir hak kurulabilmesi mümkün değildir. Zira vücuda bağlı olan organ, doku ve hücreler, kişinin vücut bütünlüğü değerine yönelik olarak kanunun sağladığı hukukî korumadan yararlanabilmektedir. Fakat bu koruma, insan vücudundan ayrılmış olan biyolojik

---

**Haab/Simoniuss/Scherrer/Zobl**, Einleitung, No: 22. Yazarlar, öğretilerde, kişinin, vücudundan ayrılmakla sahipsiz eşya hâline gelen biyolojik madde üzerinde imtiyazlı bir sahiplenme hakkının mı bulunduğu, bu maddeler üzerinde kişilik hakkının mı devam ettiği, yoksa kişinin bu maddeler üzerinde kendiliğinden bir mülkiyet hakkı mı kazandığı yönünde fikir ayrılıkları bulunduğunu ifade etmektedir.

maddeler bakımından söz konusu olamaz. Her ne kadar, öğretide ve yargı kararlarında, vücut bütünlüğü değerinin, bu maddeleri de kapsadığı yönünde görüşler ortaya atılsa da, bunun zorlama bir yorum olduğu, çoğunlukla kabul görmektedir. Bu bakımdan, insan bedeninden ayrılan biyolojik maddelerin, üçüncü kişilerin haksız saldırılarına karşı korunmasına imkân veren bir hukukî korumanın varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu yönde bir hukukî koruma, kişiye, kendi vücudundan ayrılan biyolojik maddeler üzerinde aynî nitelikte bir hak tanınması sayesinde etkili olabilir<sup>273</sup>. Ne zaman ki, insan organ, doku ve hücreleri, gerek tıbbî gerek bilimsel

<sup>273</sup> Kişinin, kendi vücudundan ayrılan biyolojik maddeler üzerinde aynî hak sahibi olup olmadığı konusunda yürütülen tartışmanın alevlenmesinde en çok etkisi olan mahkeme kararı şüphesiz ki, ABD Kaliforniya Yüksek Mahkemesi tarafından 1990 yılında verilen **Moore** kararıdır.

Davaya konu olan olayda, nadir olarak görülen bir lösemi (saçaklı hücreli lösemi) hastalığına yakalanmış bir hasta, tedavi olmak amacıyla, Kaliforniya Hastanesi Tıp Merkezi'ne başvurmuş, hastanın tedavisini üstlenen hekimler ise, hastanın kanında bulunan T-lenfositlerin, onun bağışıklık sistemini koruyan önemli bir özellik taşıdığını tespit etmişlerdir. Tedavi için zorunlu olduğunu söyleyerek, hastanın dalağını alan hekimler, bu biyolojik madde üzerinde buluşlarını kanıtlayarak, buluşun patent hakkı ile korunmasını sağlamışlardır. Hekimler, Moore adlı hastanın kan hücrelerinden yararlanarak, ürettikleri ve “*Mo cell line*” adıyla tescil ettirdikleri hücre dizisi sayesinde, aralarında Genetics Institute ve Sandoz gibi şirketlerin de olduğu, başta ilaç endüstrisi olmak üzere birçok araştırma ve sağlık kuruluşu ile lisans sözleşmeleri gerçekleştirmişlerdir. Kararda, patent hakkı ile korunan hücre dizisinin işletilmesi sayesinde, sırf 1990 yılında, üç milyar doları bulan bir piyasa oluştuğu ortaya konulmuştur. Yıllar sonra, vücudundan kendi rızası olmaksızın biyolojik madde alındığını öğrenen hasta ise, hekimlerin, aydınlatma yükümlülüklerini gereği gibi ifa etmediklerini ve vücudundan ayrılan hücreler üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkına yönelik haksız saldırıda bulduklarını ileri sürmüştür. Moore, vücudundan rızası dışında biyolojik madde alındığını ileri sürerek, kendi bedensel özellikleri sayesinde hekimin elde ettiği ve patent hakkına sahip olduğu süre içinde elde edeceği kazançtan, belli bir miktar payın kendisine verilmesini talep etmiştir. İlk derece mahkemesinin vermiş olduğu ret kararına karşı, Kaliforniya İstinaf Mahkemesi, Moore'un, kendi vücudundan ayrılan biyolojik maddeler üzerinde, mülkiyet hakkına sahip olduğunu kabul ederek, söz konusu maddelere haksız olarak el koyan ve bu sayede büyük bir kazanç elde eden hekimlerin, Moore'a, bu kazançtan hakkaniyet ölçüsünde bir pay vermekle yükümlü olduklarına hükmetmiştir.

Temyiz talebi üzerine, davaya bakan Kaliforniya Yüksek Mahkemesi ise, hekimler tarafından elde edilen yüksek kazancın, doğrudan doğruya hastanın vücudundan alınan biyolojik maddeden değil, onların gerçekleştirdikleri buluştan kaynaklandığı gerekçesiyle, davacının, elde edilen kazançtan pay alma talebini reddetmiştir. Yüksek mahkemeye göre, patent hakkının konusunu oluşturan doğrudan doğruya hücrelerin kendisi değil, bu hücrede bulunan bir özelliğin hekimlerce keşfedilip, bulunması neticesinde üretilen hücre dizisidir. Mahkeme ayrıca, davacının, talebini, mülkiyet hakkının ihlâline dayandırmasına gerek olmadığına, borca aykırılık ve rızanın geçersizliği iddialarının da, davacının zarar gören menfaatini korumaya yönelik olduğuna hükmetmiştir. Karar için bkz. **John Moore v. The Regents of University of California** et al., 793 P.2d 479 (Cal. 1990). Karar metni için bkz. [http://www.eejlaw.com/materials/Moore\\_v\\_Regents\\_T08.pdf](http://www.eejlaw.com/materials/Moore_v_Regents_T08.pdf) (erişim tarihi: 25. 4. 2010).

Karar, hukuk çevrelerinde büyük yankı uyandırmıştır. Kendi vücudundan alınan biyolojik madde üzerinde kişiye tanınmayan mülkiyet hakkının; bu maddeyi vücuttan habersizce alan ve bundan kazanç elde eden hekimlere ve araştırma kuruluşuna tanındığı ileri sürülmüş ve karar öğretide yoğun bir biçimde eleştiriye uğramıştır. Kararı eleştiren ve kişinin kendi vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddeler üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğunu kabul eden İstinaf mahkemesinin kararını destekleyen görüşler için bkz. Thomas H. **Murray**, Who Owns the Body? On the Ethics of Using Human Tissue for Commercial Purposes, IRB: A Review of Human Subjects Research, Vol. 8, No. 1, 1986, sh. 5; Roy **Hardiman**, Toward the Right of Commerciality: Recognizing Property Rights in the Commercial Value of Human Tissue, UCLA

gerekse diğer amaçlarla, bağlı buldukları bedenden ayrılır, işte o ândan itibaren, artık bağımsız birer eşya vasfına sahip olan bu maddeler üzerinde aynî nitelikte bir hak da kurulabilir hâle gelir<sup>274</sup>.

İnsan vücudundan ayrılarak bağımsız bir eşya hâline gelmiş olan biyolojik maddeler üzerinde aynî hak kurulabileceği tezini kabul edebilmek için, öncelikle, “aynî hak” kavramı üzerinde kısaca durmak ve bu hakkın unsurlarını incelemek gerekmektedir.

### b) Aynî hak kavramı ve unsurları

Aynî hak kavramı üzerinde farklı tanımlamalar<sup>275</sup> yapılmış olmakla birlikte, İsviçre ve Türk hukukunda çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, aynî hak, eşya

---

Law Review No: 34, 1986, sh. 230; Linda **Daniels**, Commercialization of Human Tissues: Has Biotechnology Created the Need for an Expanded Scope of Informed Consent, California Western Law Review, No: 27, 1990, sh. 209 vd; Jonathan **Herring**/P.L. **Chau**, My Body, Your Body, Our Bodies, Medical Law Review no: 15, 2007, sh. 53-55; Mary Taylor **Danforth**, Cells, Sales, and Royalties: The Patient’s Right to a Portion of the Profits, Yale Law & Policy Review, Vol. 6, No. 1, 1988, sh. 190. Yazar, kâr elde etmek isteyen bilim adamlarının, rızalarını dahi almaya gerek duymadıkları hastalarının vücudundan temin ettikleri hücreleri bir metâ olarak kullandıklarına işaret etmekte ve insan hücreleri üzerinde gerçekleştirilen araştırmalar neticesinde, araştırmacının önemli bir ekonomik kazanç elde etmesine karşılık, bu ilişkiye hücre sağlayıcısı olarak katılan hastanın, elde edilen kârda hiçbir pay alamamasını, modern anlamda kölelikle eşdeğerde gördüğünü ifade etmektedir. **Hardiman**’a göre (sh. 229), kişilere, kendi vücutlarından elde edilen biyolojik maddeler üzerinde mülkiyet hakkının tanınması sayesinde, ortaya çıkan bu adaletsizlik önlenilecektir.

<sup>274</sup> Bu görüş için bkz. **Baud**, Présentation du corps en personne, sh. 62-63. Yazara göre, bir insanın bedeninde varlık sürdüren biyolojik maddelerin “aidiyeti” konusunda, herhangi bir şüphe duyulmazken, biyolojik maddelerin, bedenden ayrılmaları ile birlikte, beden-organ arasında o âna kadar varolan fizyolojik bağ kesilmekte, bu nedenle de, vücut ile kendisinden ayrılan organları birleştiren yeni bir hukukî bağa ihtiyaç duyulmaktadır. Yazar, bu bağın ise, mülkiyet hakkı ile kurulacağını savunmaktadır. Kişinin kendi bedeni üzerinde mülkiyet hakkı kuramayışı olgusundan, vücudundan ayrılmış olan organ ve dokuları üzerinde de aynî hak kurulamayacağı sonucunun çıkarılamayacağını savunan **Dijon** için bkz. **Dijon**, sh. 675.

İngiliz hukukunda, vücuttan ayrılan biyolojik maddeler üzerinde, aynî hak sağlanması gerektiği yönünde bkz. **Hardcastle**, sh. 148. Aynı görüşte bkz. **Herring/Chau**, sh. 44. Yazarlar, kişilik hakkının sağladığı korumanın, yalnızca kişilik hakkına saldırıda bulunmuş olan kişilere karşı etkili olabileceğini ve bu korumanın, üçüncü kişilerin eline geçmiş olan biyolojik maddenin, bu kişilerden geri alınmasına imkân vermeyeceğini savunmaktadır. Biyolojik maddenin geri alınması, ancak vücudundan biyolojik madde alınan kişiye, bu madde üzerinde aynî talepte bulunma yetkisinin verilmesi hâlinde mümkün olabilir.

<sup>275</sup> Aynî hak, klâsik görüş taraftarlarınca, hak sahibine eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan bir hukukî ilişki olarak tanımlanmış, şahısçı görüşe sahip olanlar ise, hukukî bir ilişkinin, kişi ile eşya arasında değil, ancak kişiler arasında mevcut olabileceğini ortaya koyarak, aynî hakkı, hak sahibi ile, bunun dışındaki kişiler arasında varolan bir hukukî ilişki olarak tanımlamışlardır. Daha sonra, bu iki görüşü tek bir çatı altında birleştiren üçüncü bir görüş, bugün çoğunlukla kabul edilen tanımın oluşturulmasına hizmet etmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 2-3; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, sh. 6-9; **Akipek/Akıntürk**, sh. 3-7; **Saymen/Elbir**, sh. 1-3.

üzerinde sahibine doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan ve bu nedenle herkese karşı ileri sürülebilen bir hak<sup>276</sup>. Bu tanımdan yola çıkarak, aynî hakların temel unsurları incelenmeli ve bu unsurlar bakımından insan kökenli biyolojik maddeler üzerinde aynî hak kurulup, kurulamayacağı değerlendirilmesi yapılmalıdır.

#### aa- Eşya üzerinde söz konusu olma

Aynî hak, eşya üzerinde kurulabilen bir hak<sup>277</sup>. Medenî Kanunumuz tarafından kabul edilen ve eşya kavramına girmeyen, bağımsız ve sürekli hak ya da doğal güçler gibi bazı hak veya varlıklar üzerinde de aynî hak kurulabilmekle birlikte, aynî hakkın konusunu esas itibariyle “eşya” oluşturmaktadır. Konusunun eşya olması bakımından, aynî hak, kişilik hakkından kolayca ayrılmaktadır.

Biz, insan kökenli biyolojik maddelerin hukukî niteliği konusunu incelerken, “eşya” kavramı üzerinde etraflıca durmuş olduğumuz için<sup>278</sup>, burada aynı kavramı ikinci defa irdelemeyi yerinde görmüyoruz. Ancak, bu maddelerin, insan vücudundan ayrıldıktan sonra “eşya” statüsüne girdiğini kabul ettiğimizi, bu vesile ile tekrar etmiş olalım.

#### bb- Eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlanması

Eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlanabilmesi ifadesinden anlaşılması gereken, aynî hak sahibinin, başka hiç kimsenin aracılığına ihtiyaç duymadan, hakkının sağladığı yetkiye uygun bir biçimde eşyadan faydalanma imkânına sahip olmasıdır<sup>279</sup>. Aynî hak sahibine tanınan bu imkânı, hukuk düzeni, alacak hakkı sahibine vermemiştir. Alacak hakkı sahibi, hakkına ancak borçlu

<sup>276</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 4; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, sh. 10; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 1-2; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, sh. 8; **Esener/Güven**, sh. 42; **Oğuzman/Barlas**, sh. 134. Ayrıca bkz. **Akıpek/Akıntürk**, sh. 8-10. Yazarlar, hak sahibinin, eşya üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlanmasını “aynî hakkın iç içeriği”; hak sahibinin hakkını herkese karşı ileri sürmesini ise “aynî hakkın dış içeriği” olarak açıklamaktadırlar.

<sup>277</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, sh. 10; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 4; **Akıpek/Akıntürk**, sh. 8; **Wieland**, sh. 13; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, sh. 8; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 1; **Aybay/Hatemi**, sh. 12.

<sup>278</sup> Bkz. yukarıda Böl. 1, §2, I, 1.

<sup>279</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 14-15; **Steinauer**, No: 12; **Ertaş**, No: 18; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, sh. 10; **Akıpek/Akıntürk**, sh. 14; **Wieland**, sh. 12; **Saymen/Elbir**, sh. 3; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, sh. 8-9; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 1-2; **Esener/Güven**, sh. 43; **Oğuzman/Barlas**, sh. 140; **Ünal/Başpınar**, sh. 82.

vasıtasıyla kavuşabilir. Zira alacak hakkında, alacaklının, borçludan kendisine taahhüt etmiş olduğu edimi yerine getirmesi için istekte bulunması söz konusudur.

Bilindiği gibi, aynî haklar, hak sahibinin, hakka konu olan eşya üzerinde sahip olduğu yetkinin kapsamına göre, mülkiyet hakkı ve sınırlı aynî haklar olmak üzere iki ana gruba ayrılmaktadır. Aynî hak, hak sahibine eşyayı kullanma (*usus*), bunun semerelerinden yararlanma (*fructus*) ve bu eşyayı tüketme (*abusus*) gibi en geniş kapsamlı yetkileri veriyorsa, bu hâlde mülkiyet hakkından bahsedilebilecek<sup>280</sup>; buna karşılık, hak sahibi mülkiyet hakkında bulunan yetkilerden sadece biri ya da ikisiyle donatılmışsa, bu durumda sınırlı aynî hak kavramı gündeme gelecektir<sup>281</sup>.

Vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddeler üzerinde hangi türden aynî hakların söz konusu olabileceği hususunu aşağıda inceleyeceğiz.

### cc- Herkese karşı ileri sürülebilme

Mutlak hak özelliği olarak da tanımlanabilen bu özellik sayesinde, aynî hakka sahip olan kişi, hakkına yönelik saldırılarda bulunan herkese karşı, hakkına uyulmasını talep edebilmektedir<sup>282</sup>. Aynî hakkın bu özelliği nedeniyle, herkes, bu hâkimiyeti sağlayan hakka uymak ve bu hakkı ihlâl etmemek yükümlülüğü altındadır<sup>283</sup>. Alacak hakkında ise, edimi yerine getirme yükümü yalnızca borçluya ait olup, diğer kişileri ilgilendirmez<sup>284</sup>. Görüldüğü gibi, ileri sürülebileceği çevre

<sup>280</sup> **Steinauer**, No: 29, 30, 1004; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 19; Mustafa **Dural/Suat Sarı**, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2009, sh. 124-125; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, sh. 24; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 8; **Saymen/Elbir**, sh. 11; **Ünal/Başpınar**, sh. 98.

<sup>281</sup> **Steinauer**, No: 34, 36; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 19; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 737; **Ünal/Başpınar**, sh. 99; **Saymen/Elbir**, sh. 14-15.

<sup>282</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 16; **Steinauer**, No: 13; **Akipek/Akıntürk**, sh. 11; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, sh. 12; **Saymen/Elbir**, sh. 15; **Wieland**, sh. 12; **Esener/Güven**, sh. 50; **Ünal/Başpınar**, sh. 84.

<sup>283</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 16; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, sh. 15; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 3; **Oğuzman/Barlas**, sh. 144; **Akipek/Akıntürk**, sh. 10.

<sup>284</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 15; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, sh. 15; **Akipek/Akıntürk**, sh. 14; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, sh. 14; **Esener/Güven**, sh. 43; **Ünal/Başpınar**, sh. 90.

açısından mutlak hak niteliğinde olan aynî hak, muhtemel saldırılara karşı sahibine en geniş kapsamlı hukukî korumadan yararlanma imkânı tanımaktadır<sup>285</sup>.

Kişinin de, kendi vücudundan ayrılmış olan organ, doku ve hücreleri üzerindeki hakkını herkese karşı ileri sürebilmesi gerekir. İnsan kökenli biyolojik maddeler üzerinde aynî hak kurulması fikrine karşı çıkanlar ise, bu özelliğin, kişilik hakkında da varolduğunu söyleyebilir. Oysa kişilik hakkı her ne kadar mutlak hak özelliği taşısa da, aynî haklardan farklı olarak, üzerinde hak sahibi olunan şey üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet kurma ve bu şeyi başkalarına devretme yetkisi veremez<sup>286</sup>.

#### **dd- Malvarlığı hakları içinde yer alma**

Aynî hak tanımı yapılırken, pek de değinilmeyen bu özellik, bizim konumuz açısından büyük önem arz etmektedir. Zira biyolojik maddelerin, aynî hakka konu olamayacağını savunanlar, bu maddeler üzerinde söz konusu olabilecek hakkın, malvarlıksal özelliğe sahip olamayacağını altını çizerek, insan organ, doku ve hücrelerinin, yalnızca kişilik hakkının konusunu oluşturabileceklerine vurgu yapmaktadır<sup>287</sup>.

Aslında, malvarlıksal hak kavramı üzerinde yapılan hukukî tartışmalarda, kavramla ilgili bir zihin bulanıklığı olduğu gözlemlenmektedir<sup>288</sup>. Kavramın,

<sup>285</sup> Kaliforniya Yüksek Mahkemesi tarafından 1990 yılında verilen *Moore* kararında, davacının, talebini, mülkiyet hakkının ihlâline dayandırmasına gerek olmadığına, borca aykırılık iddiasının da, davacının zarar gören menfaatini korumaya yönelik olduğuna hükmedilmiştir. Karara muhalefet şerhi koyarak karşı çıkan görüş ise, borca aykırılık iddiasının, yalnızca sözleşmenin diğer tarafına karşı ileri sürülebilecekken, mülkiyet hakkının, mutlak bir hak olması itibarıyla, bu hakkı ihlâl eden herkese karşı ileri sürülebileceğini belirtmiştir. Karara konu olan olayda, haksız yere dalağı alınan hasta (Moore), borca aykırılık iddiasını yalnızca, kendi tedavisini üstlenen hekimlere ve hastane işletmesine karşı ileri sürebilecektir. Oysa kişinin, kendi vücudundan ayrılmış olan biyolojik madde üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğunun kabul edilmesi ile, bu kimse, hakkını, biyolojik maddeyi haksız olarak vücudundan alan, kullanan ve bu maddenin kullanılmasından haksız kazanç sağlayan herkese karşı ileri sürebilecektir. Keza, hekimin aydınlatma yükümlülüğüne uymadan, diğer bir deyişle, hastasına, aydınlatılmamış bir rıza ile tıbbî müdahalede bulunduğu yönündeki iddia da, biyolojik maddeyi, tıbbî müdahaleyi bizzat gerçekleştirmeksizin elde eden üçüncü kişilere (araştırma kuruluşları, bilim adamlarına) karşı ileri sürülemeyecektir. Bkz. *John Moore v. The Regents of University of California et al.*, 793 P.2d 479 (Cal. 1990), Mosk, note 6. Kararın ayrıntılı özeti için bkz. yukarıda dn. 273.

<sup>286</sup> **Pelet**, sh. 150-151; **Joye**, Statut, sh. 97-98.

<sup>287</sup> Bkz. bu görüşte **Guilod**, Aspects du droit, sh. 118; **Manai**, La personne, sh. 41; **Guinand**, Implications juridiques, sh. 127.

<sup>288</sup> Bu konuda özellikle, malvarlığı haklarını tanımlamak için kullanılan “para ile ölçülebilen bir değere sahip olma” olgusu ile “ıvazlılık” kavramlarının birbirine karıştırıldığı görülmektedir.



ivazlılık, tasarruf edilebilirlik, devredilebilirlik gibi farklı anlamlar taşıyan hukukî terimlerle karıştırıldığı söylenebilir.

Oysa bilindiği gibi, malvarlığı ya da mâmelek hakları, para ile ölçülebilen bir değere sahip olan haklar için kullanılan bir kavramdır<sup>289</sup>. Bununla birlikte, bir hakkın malvarlığı hakkı olarak kabul edilebilmesi için, o hakkın yalnızca, parasal bir değere sahip olması değil, aynı zamanda hukukî ilişkilere de konu edilebilir olması gerektiği savunulmaktadır<sup>290</sup>.

“İvazlılık” ise, bir hukukî işlemin bir karşı edim (ivaz) mukabilinde gerçekleştirilmesini anlatmak için kullanılan bir kavramdır. Taraflar, kendi iradeleriyle, meydana getirdikleri hukukî işlemin içeriğinin bir karşı edimden yoksun olmasına karar verirlerse, bu hukukî işlem “ivazsız” olarak adlandırılır<sup>291</sup>. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun m. 3 “*Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır*” hükmünü getirerek<sup>292</sup>, insan kaynaklı doku ve organların devrinin ancak ivazsız şekilde gerçekleştirilebileceği şartını koymuştur. Aynı doğrultuda, 5624 sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanunu m. 3/f. 1/b. 2’de “*Kan, kan bileşenleri ve ürünlerinin temininde*

---

Bunun için bkz. **Nerson**, sh. 676. Yazar, insan kökenli biyolojik maddelerin satım sözleşmesi ile başkasına devredilememesini, kişinin bu maddeler üzerindeki hakkının malvarlıksal olmamasına dayandırmaktadır. Aynı şekilde, kan üzerindeki hakkın hiçbir şekilde malvarlıksal olmadığını savunan R. **Savatier** (sh. 142), buna rağmen, kan ile ilgili olarak, “bağış” kavramının kullanımını uygun bulduğunu belirtmektedir.

<sup>289</sup> **Oğuzman/Barlas**, sh. 133; **Serozan**, Medenî Hukuk, sh. 227.

<sup>290</sup> Bu görüş için bkz. Pierre **Catala**, La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, RTDC 1966, sh. 206. Yazar, yalnızca paraya çevrilebilir bir değeri olan, fakat başkasına temlik edilemeyen veya mirasçıya intikâl edemeyen hakların, malvarlığı hakkı olduğunu kabul etmekle birlikte, bir hakkın tam anlamıyla malvarlıksal (“*patrimonialité totale*”) olabilmesi için, bu hakkın, para ile ölçülebilir bir değer taşımasından başka, ivazlı olarak devredilebilir, mirasçıya geçebilir, talep edilebilir ve haczedilebilir olması gerektiğini söylemektedir.

<sup>291</sup> Bkz. **Eren**, sh. 155; Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 1), 4. Basi, İstanbul 2008, sh. 116;

<sup>292</sup> Aslına bakılacak olursa, madde hükmü kötü bir biçimde kaleme alınmıştır. Zira, “Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır” cümlesinden, sanki, satım sözleşmesinin, bedel karşılığı olmadan da gerçekleştirilebileceği gibi bir anlam çıkmaktadır. Oysa, satım sözleşmesi, zaten bir malın, bir miktar para ile karşılıklı olarak değiştirilmesine ilişkin olarak yapılan bir anlaşmadır. Eğer, cümlenin başında yer alan “bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı” ifadesi, yalnızca, organ ve dokunun “alınması” için kullanılmışsa, bu sefer de, organ ve dokunun bir bedel karşılığında alınması fikrinden, ortaya yine satım sözleşmesi çıkacak ve madde içinde gereksiz bir tekrar yapılmış olacaktır. Bu bakımdan, “Organ ve dokuların devrini konu alan sözleşmelerin bir ivaz karşılığında yapılması yasaktır” şeklindeki bir ifadenin daha isabetli ve kolay anlaşılır olacağını düşünüyoruz.

*karşılıksız ve gönüllü bağış esastır. Ancak malî karşılık anlamına gelmeyecek şekilde kan bağışçısını teşvik edici uygulamalar müstesnadır”* denilmek<sup>293</sup> suretiyle, kanın bağışlama yoluyla devrine izin verilmektedir.

Gerçekten, yasal düzenlemeler, insan kökenli biyolojik maddelerin çoğunun devri hakkında, ivazsızlık şartını getirmektedir<sup>294</sup>. “İvazlı devir yasağı” olarak da adlandırılabilir olan bu husus, ne devre konu olan maddeyi eşya olmaktan çıkarmakta, ne de bu madde üzerindeki hakkın, malvarlığı hakkı sayılmasını engellemektedir<sup>295</sup>. Çünkü “ivazsızlık” kavramı, ne bir eşya, ne de eşya üzerindeki hak için kullanılabilir bir kavramdır. Olsa olsa o eşyanın devrini konu alan hukukî işlemin ivazsızlığından söz edilebilir ki, bu da, eşyanın mülkiyetini ve zilyetliğini devretme borcu altındaki kişinin, bu sözleşmeden doğan bir karşı edim alacağı olmadığını gösterir.

Keza, insan kökenli biyolojik maddelerin ancak bağış yoluyla devredilebileceği söylendikten sonra, bu maddeler üzerindeki hakkın, malvarlığı hakkı olamayacağı sonucuna varmak<sup>296</sup> da kanaatimizce isabetli değildir. Zira bir

<sup>293</sup> Bu madde hükmünde ise “karşılıksız” bağış ifadesinin kullanılması isabetli olmamıştır. Nitekim, bağışlama sözleşmesi niteliği itibariyle ivazsız (karşılıksız) bir sözleşmedir. Dolayısıyla, “bağış” kelimesini nitelemek amacıyla kullanılan “karşılıksız” sözcüğüne ihtiyaç yoktur.

<sup>294</sup> **Edelman**, yasal düzenlemelerle öngörülen “ivazsız devir zorunluluğu”nun, yalnızca biyolojik madde vericileri açısından söz konusu olduğuna, vericiden elde ettikleri biyolojik maddeleri, araştırma kuruluşları ile ilaç şirketlerine devreden aracı kurumların ise, böyle bir kısıtlama ile karşı karşıya kalmadıklarına dikkat çekmektedir. Bkz. **Edelman**, sh. 228-230. Yazar bu nedenle, insan kökenli biyolojik maddelerle ilgili olarak ortaya konulan “ivazsızlık” şartının, insanın, bilim dünyası tarafından sömürülmesine hizmet eden bir aldatmacadan ibaret olduğu görüşünü ileri sürmektedir.

<sup>295</sup> Bkz. Brigitte **Feuillet**, Patrimonialité et corps humain, Amel Aouij-Mrad, Marie-Hélène Douchez, Brigitte Feuillet (éd.), Santé, argent et éthique: Une indispensable conciliation?, Paris 2005, sh. 179. Türk hukukunda aynı görüşte bkz. Aziz **Taşdelen**, Türkiye’de Malî Hukuk Açısından Organ Nakilleri, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, sh. 163.

<sup>296</sup> Bu görüşte R. **Savatier**, sh. 142.

Aynı doğrultuda, Fransız Medenî Kanunu’nda 29 Temmuz 1994 tarihinde yapılan değişiklik de dikkat çekicidir. 94-653 sayılı yasa ile yürürlüğe giren m. 16-1/f. 3, insan vücudunun, parçalarının ya da bundan elde edilen ürünlerin bir malvarlığı hakkına konu oluşturamayacağı hükmünü getirirken, m. 16-5 ise yukarıda sayılanlara, malvarlıksal bir değer yüklenmesi sonucunu doğuran sözleşmelerin kesin hükümsüz sayılacağını öngörmektedir. Bize göre, Fransız yasa koyucusunun asıl amacı, insan vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddeler üzerindeki malvarlığı haklarını reddetmek değil, bu maddelerin ivazlı devrine ve kâr elde etme amacıyla kullanımına engel olmaktır. Aksi takdirde, Fransa’da yasal olarak faaliyet sürdürmekte olan kan bankalarının, organ ve doku naklini gerçekleştiren hastane işletmelerinin, sperm bankalarının, bilimsel deney ve araştırmalar yapan kuruluşların ve benzeri işletmelerin hiçbiri ne bu faaliyetlerini sürdürebilecek, ne de söz konusu maddeler üzerinde hak sahibi olabilecektir.

kişinin kendi organ veya dokusunu bağışlaması, BK m. 234 vd. anlamında bir bağışlama sözleşmesi olarak kabul edilecek ise, o hâlde bağışlanacak olan biyolojik maddeler üzerindeki hakkın, malvarlığı hakkı olduğu konusunda şüphe duymamak gerekir<sup>297</sup>. Nitekim bağışlama sözleşmesi de, satım sözleşmesi gibi bir şeyin mülkiyetinin başkasına naklini amaçlayan, yani, temlik borcu doğuran bir akit türüdür<sup>298</sup>. İki sözleşme arasındaki en belirgin fark, bağışlama vaadinin ivazsız, satım sözleşmesinin ise ivazlı olmasıdır.

Dolayısıyla, biyolojik maddelerin satış yoluyla devredilemeyeceği gibi bir sonuca, bu maddeler üzerindeki hakkın, malvarlığı hakkı olmaması gibi bir gerekçeden ulaşılyorsa<sup>299</sup>, o hâlde, aynı maddelerin bağış yoluyla devredilmesine de aynı gerekçe ile karşı çıkılması gerekir. Diğer bir ifadeyle, insan vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddeler üzerindeki hakkın malvarlığı hakkı olduğunu inkâr, bizi bu maddelerin bağışlama yoluyla da devredilemeyeceği gibi bir sonuca götürecektir.

Konuyla ilgili olarak, kavram kargaşasının yaşandığı bir diğer mesele ise, başkasına temlik edilemeyen ya da mirasçıya intikâl etmeyen mallar üzerinde malvarlığı hakkı kurulamayacağı hakkındaki düşüncedir. Oysa, malvarlığı hakları, kavram olarak, bir hakkın para ile ölçülebilir bir değeri olup olmaması ile ilgilidir<sup>300</sup>. Yoksa, hak konusu eşyanın devrinin ya da mirasçıya intikâlinin, bir takım sebeplerle yasaklanması veya sınırlandırılması, eşya üzerindeki hakkı, malvarlığı hakkından, şahısvarlığı hakkına geçirmez<sup>301</sup>. Keza bir kişinin, mâliki olduğu eşya üzerindeki tasarruf yetkisinin kısıtlanması ile, o eşya üzerindeki hakkın, malvarlığı hakkı olmaktan çıkacağı gibi bir sonuca varmak da mümkün değildir.

---

Fransız hukukunda benzer görüş için bkz. **Harichaux**, La protection, sh. 35. Yazar, söz konusu hükmün ne gerçeklikle, ne de Fransa'daki diğer yasal düzenlemelerle bağdaştığını belirtmektedir.

<sup>297</sup> Aynı görüşte bkz. **Feuillet**, sh. 179.

<sup>298</sup> **Tandoğan**, C. I/1, sh. 3.

<sup>299</sup> Bu görüşte bkz. **Nerson**, sh. 676.

<sup>300</sup> Jacques **Audier**, Les droits patrimoniaux à caractère personnel, Paris 1979, sh. 4; **Serozan**, Medenî Hukuk, sh. 227; **Oğuzman/Barlas**, sh. 133.

<sup>301</sup> Bir eşyanın piyasaya sunulmasının tamamen yasaklanması hâlinde, bu eşya üzerindeki mevcut mülkiyet hakkı ortadan kalkmayacağı gibi, bu hak, para ile ölçülebilen bir değer taşımaya da devam edecektir. Getirilen devir yasağı ile, eşyanın ekonomik değeri kaybolmamakta, potansiyel olarak varlığını sürdürmektedir. Devrinin yasaklanması nedeniyle realize olamayan eşyanın iktisadî değeri, yasağın kalkması durumunda yeniden gerçekleşebilecektir. Bu görüş için bkz. **Pelet**, sh. 163.

c) **İnsan kökenli biyolojik maddeler üzerinde söz konusu olabilen aynî hak türleri**

aa- **Mülkiyet hakkı açısından değerlendirme**

aaa) **Kavram ve içerik**

İnsan vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddeler ile ilgili olarak, öğretide en çok tartışılan konu ise, yukarıda da söylemiş olduğumuz gibi, bu maddeler üzerinde mülkiyet hakkının kurulup kurulamayacağı meselesidir. Kişilerin, kesilmiş saçlar ve çekilmiş dişler üzerinde mülkiyet hakkı kurabilecekleri bugün çoğunlukla kabul gören bir olgudur<sup>302</sup>.

Mülkiyet hakkının içeriğini belirleyen MK m. 683/f. 1 hükmü, bu hakkın, eşya üzerinde en geniş yetki sağlayan aynî hak olarak tanımlanabileceğini göstermektedir<sup>303</sup>. Mülkiyet hakkı, sahibine, “aktif” ve “koruyucu” olarak adlandırılan iki grup yetki sağlamaktadır. MK m. 683/f. 1’de düzenlenen aktif yetki, hak sahibine, hukuk düzeninin sınırları içinde hareket etmek kaydıyla, hakka konu olan eşya üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkilerinin tamamını vermektedir<sup>304</sup>. Mülkiyet hakkının sağladığı koruyucu yetki ise mâlike, sahip olduğu eşyayı haksız olarak elinde bulunduran kişilere karşı istihkak davası ya da haksız el atmanın önlenmesi taleplerinde bulunabilme hukukî imkânlarını vermektedir (MK m. 683/f. 2).

<sup>302</sup> **Wiegand**, sh. 779. Vücuttan ayrılmış olan parçalar üzerinde aynî nitelikte bir hak kurulabileceği yönünde bkz. **Meier-Hayoz**, sh. 72; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, sh. 20; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 23; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 4; **Gemalmaz**, sh. 269.

<sup>303</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 233; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, sh. 478; **Dural/Sarı**, sh. 125; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 352; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, sh. 66; **Saymen/Elbir**, sh. 219; **Wieland**, sh. 13; **Esener/Güven**, sh. 157.

<sup>304</sup> Mülkiyetin olumlu içeriği olarak da adlandırılan aktif yetki, mâlike, eşya üzerinde hem fiilî hem de hukukî tasarruflarda bulunma yetkisi vermektedir. Fiilî tasarruflardan maksat, eşyayı kullanma, yok etme, üzerinde değişiklikler yapma gibi tasarruflardır. Hukukî tasarruflar ise, eşyanın mülkiyetinin başkasına devredilmesi, eşya üzerindeki yetkilerin başkası lehine sınırlandırılması, eşyanın terki ya da ölüme bağlı tasarruflara konu edilmesi gibi tasarruflardır. Ancak bu yetkiler, hukuk düzeninin sınırları içerisinde ve dürüstlük kuralına uygun bir biçimde kullanılabilir. Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 234; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Eşya Hukuku, sh. 478-479; **Akipek/Akıntürk**, sh. 380; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, sh. 68-69; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 364; **Aybay/Hatemi**, sh. 122.

Vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddeler üzerinde, mülkiyet hakkı söz konusu olabilir<sup>305</sup>. Bunun neticesinde, mâlik, biyolojik maddeleri dilediği gibi kullanma, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunabilme yetkilerine sahip olmaktadır. Örneğin yeni doğum yapmış bir kadının, sağmış olduğu sütü üzerinde kullanma, yararlanma ve tüketme yetkilerine sahip olduğu aşikârdır. Nitekim bu kişi sütü ister kendi kullanır, ister bebeğine içirir, ister süt ile bir başka maddeyi karıştırarak, yeni bir eşya oluşturur, ister döker, ister saklar, isterse bir yere bırakarak terk eder<sup>306</sup>. Yalnızca, anne sütünün kâr amacıyla satışının ahlâka aykırılık teşkil edebileceği ve bu nedenle de satım sözleşmesinin BK m. 20 uyarınca kesin hükümsüz sayılabileceği tartışması yapılabilir ki, bu husus, sözleşmeye konu olan eşya üzerinde mülkiyet hakkı kurulamayacağı gibi bir netice doğurmaya yetmez. Bunun yanında, hukukumuzda anne sütü satışını yasaklayan bir yasal düzenleme de mevcut değildir.

<sup>305</sup> Araştırmacı kuruluşun, vericilerin vücudundan aldığı kan ve doku örnekleri üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğu yönündeki 2003 tarihli ABD mahkeme kararı için bkz. **Greenberg v. Miami Children's Hospital Research Institute**, 264 Fed. Sup., 2d Series 1064 (USDC Florida 2003). Bağış neticesinde, kan ve doku örnekleri üzerindeki mülkiyet hakkının araştırmacı kuruluşa "devredildiğini" belirten mahkemenin, dolaylı olarak, kişilerin kendi vücutlarından ayrılan biyolojik maddeler üzerinde de "de facto" bir mülkiyet hakkına sahip olduğunu kabul ettiği savunulmaktadır. Kararın bu nedenle, anglo-amerikan hukukunda bir "ilk" olduğu yönünde bkz. **Hardcastle**, sh. 72, 78.

Bu görüş, 2006 tarihli **Catalona v. Washington University** kararında da tekrarlanmıştır. Kararda, araştırma amacıyla vericilerin vücutlarından alınan doku örnekleri üzerinde, araştırmayı yürüten üniversitenin mülkiyet hakkına sahip olduğu ortaya konulmuştur. Karara konu olan olayda, prostat kanseri üzerinde bilimsel araştırmalar yürüten ve bu kapsamda, Washington Üniversitesi'nde bir doku bankası kuran hekim, belli bir süre sonra, içinde binlerce doku ile yüz binlerce kan örneğinin bulunduğu biyo-bankayı, Northwestern Üniversitesi'ne taşımaya karar vermiştir. Hekim, kendilerinden alınan kan ve doku örneklerinin yerlerinin değiştirilebilmesi için yaklaşık 6 000 vericiye form imzalatılarak, onların onayını almıştır. Washington Üniversitesi ise, biyolojik madde örnekleri üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğunu ileri sürerek, biyo-bankayı taşımaya karar veren hekim aleyhine dava açmıştır. Dava esnasında, vericiler, doku ve kanlarını, davalı hekime ve onun yürüttüğü çalışmaya duydukları güvenden dolayı verdiklerini ifade etmiş ve biyolojik maddeler üzerindeki tasarrufun kendilerine ait olduğunu ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, ne hekimin, ne de vericilerin, dokular üzerinde mülkiyet hakkına sahip olabileceğini; vericilerin, dokularını, Washington Üniversitesinin yürüttüğü bilimsel araştırmada kullanılmak üzere gönüllü olarak bağışladıklarını, dolayısıyla bu konudaki gerçek hak sahibinin davacı üniversite olduğunu karara bağlamıştır. Mahkeme, araştırma amacıyla vücutlarından alınan biyolojik maddelerin başka bir üniversiteye devredilip devredilmemesi konusunda vericilerin herhangi bir haklarının kalmadığına hükmetmiştir. Bkz. **Washington University v. Catalona**, 437 Fed. Sup., 2d Series 985, (USDC Eastern District of Missouri 2006) Karar metni için bkz. <http://www.ca8.uscourts.gov/opndir/07/06/062286P.pdf> (erişim tarihi: 18.7.2010).

<sup>306</sup> Kişilerin kendi vücutlarından ayrılmış olan biyolojik maddeler üzerinde mülkiyet hakkına sahip olabilmelerinin yanı sıra, bir takım sağlık ve araştırma kuruluşları da, bu maddeler üzerinde mülkiyet hakkına sahip olabilir. Örneğin, üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet kurmak ve başka kişi ya da kurumlara devredebilmek amacıyla vericilerden elde ettiği biyolojik maddenin, belli bir kalitede olmadığına kanaat getiren kan ya da sperm bankasının, bu maddeleri imhâ etme yetkisine sahip olması, mülkiyet hakkının sağladığı *abusus* yetkisinden başkası değildir.

Ancak kanunun, satışına izin vermediği bir takım biyolojik maddeler de bulunmaktadır<sup>307</sup>. Bazı biyolojik maddelerin ise, her türlü devri yasaklanmıştır<sup>308</sup>. Biyolojik maddelerin devrini sınırlamaya veya yasaklamaya yönelik bu gibi yasal düzenlemeler, hakkında satış ya da devir yasağı bulunan biyolojik madde üzerinde mülkiyet hakkı kurulmasını engellemeye yönelik değildir<sup>309</sup>. Mülkiyet hakkına sahip olunan eşyanın başkasına devredilemiyor olmasının, mülkiyet hakkının sağladığı yetkileri önemli ölçüde kısıtladığı bir gerçektir. Hattâ devri kâbil olmayan bir eşya üzerinde mülkiyet hakkı kurulabiliyor olmasının ne türden bir önemi olacağı yönünde bir soru dahi akla gelebilir. Bu soruya verilmesi gereken yanıt, mülkiyet hakkının aktif yetkiden ibaret olmadığı ve mâlikin, hakkına yönelik muhtemel saldırılar karşısında, hakkına riayet edilmesini ancak mülkiyet hakkının verdiği koruyucu yetki sayesinde talep edebileceğidir. Bu bakımdan, insan vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddeler üzerinde mülkiyet hakkı kurulabilmesinin büyük önemi vardır<sup>310</sup>.

### **bbb) İnsan Kökenli Biyolojik Maddeler Üzerindeki Mülkiyet Hakkının Kazanılması ve Kaybı**

Kendi vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddeler üzerinde mülkiyet hakkına sahip olması gerektiğini düşündüğümüz kişinin, bu hakkı nasıl ve ne zaman kazandığı ile ne şekilde kaybettiği hususları üzerinde de durulması icap etmektedir.

Öğretide, kişinin kendi vücudundan ayrılan organ, doku ve hücreler üzerinde, ayrılma ânından itibaren *ipso facto* (kendiliğinden) bir mülkiyet hakkı kazandığı

<sup>307</sup> 1979 tarihli ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun m. 3 “Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır” hükmünü getirerek, insan kökenli organ ve dokuların yalnızca bağış yoluyla devrine cevaz vermektedir.

<sup>308</sup> 6.3.2010 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği m. 18/f. 4 ile f. 5, kendilerine üremeye yardımcı tedavi uygulanacak adaylardan alınan yumurta ve spermilerin, başka adaylarda, aday olmayanlardan alınan üreme hücrelerinin ise, adaylarda kullanılmasını ve söz konusu hücrelerin, Yönetmelikte belirtilen amaçlar dışında bulundurulmasını, kullanılmasını, naklini ve satışını yasaklamaktadır.

<sup>309</sup> Mâlikin, eşya üzerinde doğrudan hâkimiyet sağlama yetkisinin de sınırları olabilir. Örneğin “tarihî eser” niteliği taşıyan bir binanın mâliki, bina üzerindeki mülkiyet hakkını ancak sınırlı bir biçimde kullanabilir. Bina üzerinde mülkiyet hakkına sahip olması, ona, binanın içinde ya da dışında dilediği değişiklikleri yapma yetkisini vermez. Ancak, bu sınırlama, ne binanın bir “eşya”, ne de bina üzerindeki hakkın “mülkiyet hakkı” olduğu gerçeğini değiştirebilir. Bu konuda bkz. **Labbée**, sh. 281.

<sup>310</sup> **Bellivier/Boudouard-Brunet**, sh. 180.

savunulmaktadır<sup>311</sup>. Bu görüş, MK m. 685/f. 1 hükmünde yer alan ve bir eşyanın mâlikinin, onun ürünlerinin de mâliki olacağı yönündeki kuralın kıyas yoluyla, vücuttan ayrılan biyolojik maddeler hakkında da uygulanabileceği düşüncesine dayanmaktadır<sup>312</sup>. Bilindiği gibi Medenî Kanun'da, kişinin, vücudundan ayrılan biyolojik maddeler üzerinde mülkiyet hakkı kazanmasını sağlayacak nitelikte doğrudan uygulanabilecek bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte yukarıda da bahsetmiş olduğumuz gibi, gelişen tıp teknikleri, kişilerin, vücutlarından ayrılan doku ve organlar üzerinde hâkimiyet kurmalarının önemini artırmaktadır. Kişiye, kendi vücudundan elde edilen biyolojik madde üzerinde aynî nitelikte bir hak tanınmadığı takdirde, üçüncü kişilerin, sahipsiz olan bu eşya üzerinde hak iddia etmeleri kaçınılmaz olacaktır<sup>313</sup>.

MK m. 685/f. 1 gereği, doğal ürünler asıl şeyden ayrıldıktan sonra kural olarak, asıl şeye sahip olan kişinin mülkiyetine dâhil olmaktadır<sup>314</sup>. Dolayısıyla asıl şeyin mâliki, bu eşyadan ayrılan doğal ürünler üzerindeki mülkiyet hakkını aslen kazanmaktadır<sup>315</sup>. Anılan hükmün kıyas yoluyla vücuttan ayrılan biyolojik maddelere de uygulanması neticesinde, kişiler de, kendi vücutları içinde yer alan ya da

<sup>311</sup> **Haab/Simonius/Scherrer/Zobl**, Einleitung, No: 22; **Meier-Hayoz**, sh. 72; **Akipek/Akıntürk**, sh. 384; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 23; **Gemalmaz**, sh. 271.

<sup>312</sup> Bkz. bu görüşte **Wiegand**, sh. 779; **Meier-Hayoz**, sh. 72; **Pelet**, sh. 296 ve **Taupitz**, Wem gebührt der Schatz im menschlichen Körper? Zur Beteiligung des Patienten an der kommerziellen Nutzung seiner Körpersubstanzen, Archiv für civilistische Praxis 191, 1991, sh. 208 (**Joye**, Génome, sh. 101'den naklen). Ayrıca bkz. **Akıncı**, sh. 173; **Sarial**, sh. 10-11; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 23.

Alman öğretisinde ağırlıklı olarak, bu konuda BGB § 953 hükmünün kıyas yoluyla uygulanması gerektiği ve bunun sonucunda, kişinin kendi vücudundan ayrılan biyolojik maddeler üzerinde, ayrılma ânından itibaren *ipso facto* bir mülkiyet hakkı kazandığı görüşü kabul görmektedir. Bu tespit için bkz. **Joye**, Génome, sh. 101 ve **Kälin**, sh. 91. Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. **Joye**, Génome, sh. 93, dn. 508, 510. Bu görüşün İsviçre, Alman ve Avusturya hukuklarında baskın görüş olduğunu ifade eden **Kälin** (sh. 91-92) ise aksi görüştedir. Yazar, her tür organ ve dokunun, vücuttan ayrıldığı ândan itibaren sahipsiz eşya statüsüne girdiğini savunmaktadır. Yazara göre, kişinin, kendi vücudundan ayrılan parça üzerinde öncelikli bir hakkı yoktur. İster kişinin kendisi, isterse bir başkası bu parçayı sahiplenebilir. Bkz. **Kälin**, sh. 92-93.

<sup>313</sup> **Sarial**, sh. 11. Ayrıca bkz. **Gemalmaz**, sh. 271. Yazar, Türkiye tarafından da imzalanan ve 9.12.2003 tarih ve 25311 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yasalaşan 1997 tarihli Avrupa Konseyi Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi) m. 22'nin örtülü içeriğinin, kişinin kendi vücudundan elde edilen biyolojik maddeler üzerinde kendiliğinden mülkiyet hakkına sahip olduğu sonucunu desteklediğini savunmaktadır. Adı geçen maddeye göre, "Bir müdahale sırasında insan vücudunun herhangi bir parçası alındığında, bu parça, yalnızca uygun bilgilendirme ve muvafakat alma işlemlerine uyulduğu takdirde, çıkarılma amacından başka bir amaç için saklanabilir ve kullanılabilir".

<sup>314</sup> "Doğal ürün" ile ilgili açıklamalarımız için bkz. Böl. 1, §2, I, 2, c.

<sup>315</sup> Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 598, dn. 61.

vücutlarına bağlı bulunan organ, doku ve hücrelerin vücutlarından herhangi bir nedenle ayrılması ile birlikte, ayrılan bu maddeler üzerinde mülkiyet hakkına sahip olacaklardır<sup>316</sup>. Kişi, doğal ürünlerde olduğu gibi, biyolojik maddeler üzerindeki mülkiyet hakkını de aslen<sup>317</sup> kazanacaktır.

Bu konuda önemli olan bir diğer husus ise, kişinin kendi vücudundan ayrılan biyolojik madde üzerinde mülkiyet hakkı kazanabilmesi için bu yönde bir iradeye sahip olmasına gerek duyulmamasıdır<sup>318</sup>. Diğer bir deyişle, kişi, vücudundan ayrılan biyolojik maddeler üzerindeki mülkiyet hakkını iradesinden bağımsız olarak, *ipso facto* kazanmaktadır<sup>319</sup>. Bu nedenle kişi, ayırt etme gücüne sahip olmasa dahi ya da ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte, biyolojik maddenin ayrılma ânı itibariyle ayırt etme gücünden geçici olarak yoksun kalsa dahi, kendi vücudundan ayrılan bu maddeler üzerinde mülkiyet hakkını kazanabilecektir.

Vücudundan ayrılan biyolojik maddeler üzerinde aslen mülkiyet hakkı kazanan kişi, bunlar üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkını üçüncü kişilere devredebilir. Örneğin, bir kimsenin bilimsel bir araştırmanın yürütülmesi amacıyla genetik materyalini bir araştırma kuruluşuna devretmesi hâlinde, araştırma kuruluşu, DNA molekülü üzerindeki mülkiyet hakkını devren kazanmaktadır. Biyolojik madde üzerindeki mülkiyet hakkının karşı tarafa geçebilmesi için, bu hususta tarafların anlaşmış olmaları ve biyolojik madde üzerindeki zilyetliğin devredilmesi gerekir. Biyolojik madde üzerindeki mülkiyetin devrini konu alan sözleşmeleri, ikinci bölümde ayrıntılı bir biçimde inceleyeceğiz.

<sup>316</sup> Anglo-amerikan hukukunu oldukça meşgûl eden “insan vücudundan ayrılan biyolojik maddeler üzerindeki hak sahipliği” meselesinin çözümünde de, Roma hukuku kaynaklı olan bu kuraldan faydalanılması gerektiğini ortaya atan **Hardcastle**, sh. 131-132.

<sup>317</sup> Taşınır mülkiyetinin aslen kazanılması durumunda, bir kimse, ya daha önce hiç kimsenin mülkiyetine tâbi olmayan bir eşya üzerinde mülkiyet hakkı kazanmakta; ya da bu kimse mülkiyet hakkını kazanırken diğer biri mülkiyet hakkını kaybetmekte, fakat bu kişiler arasında bir mülkiyet devri söz konusu olmamaktadır. Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 598; **Ertaş**, No: 2255; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 721. Ancak vücuttan ayrılma ânı ile birlikte eşya statüsüne giren biyolojik madde üzerinde, ayrılma ânından evvel, herhangi bir kişinin mülkiyet hakkına sahip olması mümkün olmadığı için, kişinin kendi vücudundan ayrılan biyolojik maddeyi devren kazanması söz konusu olamaz.

<sup>318</sup> Bu bakımdan, vücudundan biyolojik madde alınan kişinin, bu maddeler üzerinde mülkiyet hakkını kazanması, MK. m. 767’de düzenlenen “sahiplenme” müessesesi ile açıklanamaz. Nitekim bir kimsenin sahiplenme yolu ile sahipsiz bir eşyanın mülkiyetini kazanabilmesi için, bu eşya üzerinde mâlik olma iradesi ile zilyedlik kurması gerekir.

<sup>319</sup> Aksi görüşte bkz. **Joye**, Génome, sh. 101. Yazar, kişinin, vücuttan ayrılma ânından hemen önce, biyolojik madde üzerindeki fiilî hâkimiyeti ele geçirme konusunda bir iradeye sahip olması gerektiğini savunmaktadır.



Vücutundan ayrılan organ ya da dokusunu, mülkiyetin devri amacıyla bir başkasına veren kişinin bu madde üzerindeki mülkiyet hakkı sona erer. Biyolojik madde üzerindeki mülkiyet hakkı, vericiden, diğer bir kimseye geçtiği için verici, mülkiyet hakkını nisbî olarak kaybetmektedir<sup>320</sup>.

Bununla beraber bir kimse, vücutundan alınan biyolojik maddeler üzerindeki mülkiyet hakkını başkasına devretmeksizin de kaybedebilir. Kişinin, kendi vücutundan ayrılan organ, doku veya hücreleri üzerindeki mülkiyet hakkını mutlak olarak kaybettiği bu durumlarda, vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddenin hukukî niteliği meselesi gündeme gelecektir.

Bir görüşe göre, kişinin vücutundan yeniden kullanılması amacı dışında bir amaçla alınan biyolojik maddeler, sahihsiz eşya (*res nullius*) ya da terk edilmiş eşya (*res derelictae*) statüsüne girmektedir. Tedavi ya da estetik amaçlı bir operasyon veya doğum ameliyatı geçiren hastanın vücutundan çıkarılan deri parçası, böbrek taşı, tümörlü parçalar, kistler, kan, plasenta, ya bu gibi atıkların bu statüde bulunduğu savunulmaktadır<sup>321</sup>. Bu görüşün kabulü, vücutundan biyolojik madde alınan kişi tarafından terk edildiği savunulan maddenin mülkiyetinin, üçüncü kişiler tarafından

<sup>320</sup> Mülkiyetin nisbî kaybı için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 607; **Akipek/Akıntürk**, sh. 606; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, sh. 79; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 732; **Esener/Güven**, sh. 317.

<sup>321</sup> **Taupitz**'e göre, hastanın herhangi bir irade beyanında bulunmadan, operasyon neticesinde vücutundan ayrılan biyolojik maddeyi, imhâ edileceğini düşünerek, hekimin hâkimiyet alanına bırakması hâlinde, ortada hukuken terk ya da bağış olarak yorumlanması gereken bir durum vardır. Yazara göre, bu durumda, hastanın biyolojik madde üzerindeki aynî hakkını kesin olarak sona erdirmek istediği varsayılmalıdır. Bkz. Jochen **Taupitz**, Genetic analysis and the right to self-determination in German Civil Law, Law and the Human Genome Review, no: 4, 1996, sh. 84. Kendi tedavisi amacıyla gerçekleştirilecek olan tıbbî müdahaleye rıza gösteren kişinin, vücutundan "işe yaramayan" biyolojik maddelerin, müdahaleyi gerçekleştiren kişiler tarafından alınmasına ve kullanılmasına da örtülü olarak rıza göstermiş sayılacağı yönünde bkz. Jean **Savattier**, Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui, Les Petites Affiches, no: 149, 14.12.1994, sh. 11. Kişinin, vücut atıklarını terk ettiği ve bu eşyanın sahihsiz eşya statüsüne girdiği görüşünde **Arnoux**, sh. 258. Doğum yaptıktan sonra, plasentanın akıbeti hakkında sessiz kalan kadının, plasentayı terk ettiği görüşünde bkz. Michèle-Laure **Rassat**, Le statut juridique du placenta humain, JCP, Doctrine, 1976, sh. 2777. Kalça protezi operasyonu kapsamında, atılmak üzere vücuttan çıkarılan kemik parçaları ile doğum sonrasında vücuttan atılan plasentayı, ameliyat atıkları kapsamında değerlendiren **Harichaux**, kendisine tıbbî müdahalede bulunan kişinin bu maddeleri terk etmiş sayıldığını ileri sürmektedir. Bkz. **Harichaux**, La protection, sh. 123. Ancak, yazar (sh. 124) vücuttan atılmak üzere çıkarılan parçaların, daha sonra sağlık personeli gibi bir takım kişiler tarafından ticarî ya da bilimsel bir amaçla kullanılabilmesi için, hastadan bu konuda rıza alınması gerektiğini de belirtmiştir. Oysa bilindiği gibi, mâlikî tarafından terk edilen eşya, sahihsiz hâle gelir ve bu eşya üzerinde üçüncü kişiler, (eski) mâlikin rızasına gerek olmaksızın, aslen hak iktisabında bulunabilir.

aslen kazanılmasına olanak sağlamaktadır. Örneğin, apandisitini aldirmek amacıyla cerrahî bir operasyon geçiren bir hastanın apandisiti, bu görüşe göre, hasta tarafından terk edilmiş sayılacağından, sahipsiz bir eşya olarak nitelendirilebilecek ve operasyonu gerçekleştiren hekim, bu madde üzerinde mülkiyet hakkını aslen kazanabilecektir.

Kanaatimizce, “tıbbî atık” olarak adlandırabileceğimiz bu gibi biyolojik maddeler, hastanın vücudundan yalnızca imhâ edilmek üzere alınmakta, diğer bir deyişle, bu maddelerden daha sonra istifâde edilmesi amaçlanmamaktadır. Bunun yanında, vücuttan ayrılan bir biyolojik maddenin sahipsiz bir eşya olarak nitelendirilebilmesi için, mâlikin iradesinin bu eşyayı terk etmek olduğu yönünde herhangi bir tereddütün bulunmaması gerekir<sup>322</sup>. Fikrimizce, böylesi durumlarda, tıbbî operasyon geçiren bir kimse, vücudundan çıkarılacak olan atık maddelerin terkinde değil, imhâ edilmesini arzulamaktadır. Başka bir anlatımla, hastanın iradesi, vücudundan ayrılan atık maddeleri, bunlar üzerinde diğer kişilerin mülkiyet hakkı sağlayabileceği bir biçimde sahipsiz bırakmaya yönelik değil; bu maddeler üzerinde mülkiyet hakkının kendisine verdiği yetkilerden tüketme (*abusus*) yetkisini kullanmaya yöneliktir<sup>323</sup>. Dolayısıyla, kişinin vücudundan alınan safra kesesi taşı, idrar, plasenta, kan ve benzeri atıkların, bunları elde eden hastane işletmesi ya da hekim tarafından daha sonra başka amaçlarla kullanılabilmesi için, mutlaka kişinin rızasının alınmış olması gerekir<sup>324</sup>. Yoksa, operasyonu gerçekleştiren hekim, vücuttan ayrılan biyolojik maddelerin sahipsiz hâle geldiğini ileri sürerek, bu maddelerden bilimsel veya ticarî amaçlarla faydalanamaz<sup>325</sup>.

<sup>322</sup> Bkz. bu görüşte Jean-Christophe **Galloux**, *Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce: l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français*, Les Cahiers de Droit, vol. 30, No : 4, 1989, sh. 1020, 1029 ve **Labbée**, sh. 273.

<sup>323</sup> Aynı görüşte bkz. **Labbée**, sh. 273-274. Yazar, doğum yapan bir kadının, vücudundan çıkan plasentayı terk ettiğinden değil, ancak tüketme iradesiyle hekime ya da doğumun gerçekleştiği hastane işletmesine bıraktığının söylenebileceğini savunmaktadır. Benzer fikri savunan, **Mazen**, sh. 200.

<sup>324</sup> Fransız Danıştay, 1988 tarihli bir raporunda, hastane işletmelerinin, doğum yapan kadınların rızasını almaksızın elde ettikleri plasentaları, daha sonra, özellikle kozmetik alanında faaliyet gösteren şirketlere sattıklarına dikkat çekmiş ve bu yönde hareket eden sağlık kuruluşlarının, hastalarına, konuyla ilgili olarak bilgi vermek ve onlardan rıza almak zorunda olduklarını vurgulamıştır. Bkz. Conseil d'Etat (France), *De l'éthique au droit*, La Documentation française, Notes et études documentaires, 1988, no: 4855 (**Rassat**, sh. 2777'den naklen).

<sup>325</sup> Yasal düzenlemeler de, insan vücudundan elde edilen atıkların, bu atıkları çıkaran sağlık kuruluşları tarafından imhâ edilmesi zorunluluğunu getirmektedir. 22.7.2005 tarih ve 25883 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Tıbbî Atıkların Kontrolü Yönetmeliği m. 5/f. 1/b. d hükmü, enfeksiyon yapıcı etkenleri taşıdığı bilinen kan ve kan ürünleri, vücut sıvıları, hemodiyaliz

### bb- Sınırlı aynî haklar açısından değerlendirme

İnsan vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddeler üzerinde aynî hak kurulabileceği konusunda ortaya atılan görüşler incelendiğinde, bu görüşteki yazarların, aynî haklardan sadece mülkiyet hakkı üzerinde durdukları görülmektedir. Aslına bakılacak olursa, insan vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddeler, “taşınır eşya” olarak nitelendirilebileceğinden, yalnızca taşınmazlar üzerinde tesis edilebilen sükna, üst, kaynak ve geçit hakkı gibi irtifak haklarının ya da taşınmaz yükünün, söz konusu maddeler üzerinde kurulabilmesi zaten mümkün değildir. Sınırlı aynî haklardan geriye ise, taşınırlar üzerinde de kurulabilen intifa hakkı ile taşınır rehni kalmaktadır.

### aaa) İntifa hakkı bakımından

İntifa hakkı, sahibine hakka konu olan eşyayı kullanma (*usus*) ve bu eşyanın semerelerinden yararlanma (*fructus*) yetkilerini vermektedir<sup>326</sup>. Bununla birlikte, intifa hakkı sahibinin, kural olarak, eşya üzerinde tüketme yetkisi, diğer bir deyişle, hukukî tasarruflarda bulunma yetkisi bulunmamaktadır<sup>327</sup>. Bir başkasının intifa hakkıyla yükümlü olan ve kuru ya da çıplak mülkiyet olarak adlandırılan haktan doğan bu yetki ise, eşyanın mâlikinde kalmaktadır<sup>328</sup>.

---

ünitesi ve karantina altındaki hastaların vücut çıkartıları, laboratuvar kültürleri ve kültür stokları gibi enfeksiyöz atıklarla, ameliyathane, morg, otopsi, adli tıp gibi yerlerde gerçekleştirilen cerrahî müdahale, otopsi veya anatomi çalışması sonucunda ortaya çıkan vücut parçaları ve sıvıları, organik parçalar, plasenta, kesik uzuvlar vb. patolojik atıklardan oluşan tıbbî atıkların, diğer atıklardan ayrı olarak toplanmasının ve yok edilmesinin zorunlu olduğunu ortaya koymaktadır. Yönetmelikte, tıbbî atıkların üç şekilde imhâ edilebileceği öngörülmektedir. Tıbbî atıklar, yakılarak (m. 33), depolama tesislerinde, üzerlerine kireç dökülüp, dolgu yapılarak (m. 39, 40) ve belediyelerce gerçekleştirilen sterilizasyon işlemi ile zararsız hâle getirildikten sonra, depolanarak (m. 46/f. son) yok edilebilirler.

<sup>326</sup> Selâhattin Sulhi **Tekinay**, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, Eşya Hukuku II/3, İstanbul 1994, sh. 39; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 659; **Saymen/Elbir**, sh. 518. Öğretide, intifa hakkına yönelik olarak yapılan tanımlamalar için ayrıca bkz. Burak **Özen**, Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008, sh. 19-20.

<sup>327</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 662; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 867; **Akipek/Akıntürk**, sh. 674; **Aybay/Hatemi**, sh. 263; **Saymen/Elbir**, sh. 505; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, sh. 343-344.

<sup>328</sup> **Oğuzman/Barlas**, sh. 137; Bülent **Köprülü/Selim Kaneti**, Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1982-1983, sh. 95-96; **Dural/Sarı**, sh. 127; **Esener/Güven**, sh. 364; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 662; **Aybay/Hatemi**, sh. 263.

Konumuz itibariyle, biz de, vücuttan ayrılmış biyolojik maddeler üzerinde intifa hakkı kurulmasının uygulamaya yönelik bir önem taşımadığı kanaatini taşıyoruz. Zira bir kişinin, herhangi bir organ ya da doku üzerinde salt kullanma ve yararlanma yetkisi sağlayan bir aynî hakka sahip olmak istemesi, ya da, insan organ, doku ve hücreleri üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan bir şahsın, tüketme yetkisini kendi bünyesinde saklayarak, bu maddelerden elde edilecek yararı aynî hak kurmak yoluyla bir başka kişiye tahsis etmesi, bugünkü bilimsel ve tıbbî uygulamalar bakımından işlevden yoksun görünmektedir. Örneğin, değişik bir anatomik yapıya sahip olan bir insan böbreğinden yararlanma yetkisinin, intifa hakkı kurmak suretiyle, organ ve dokular üzerinde bilimsel araştırmalar yapan bir kliniğe devredilmesinin, bununla birlikte, böbreğin kendisinden alındığı kişinin söz konusu organ üzerinde mülkiyet hakkını sürdürmesinin ne gibi bir pratik yarar sağlayacağını tespit etmek bize göre güç görünmektedir<sup>329</sup>.

### **bbb) Rehin hakkı bakımından**

Rehin hakkı, bir alacağı teminat altına almak için kurulan, alacak tahsil edilemediği takdirde, hak sahibine rehin konusu eşyayı paraya çevirtmek suretiyle elde edilen meblağdan alacağını karşılamak yetkisini veren aynî nitelikte bir hak<sup>330</sup>. MK m. 939/f. 1'e göre, taşınır eşya üzerinde rehin hakkı, kural olarak, teslimine bağlı rehin şeklinde tesis olunabilir. Bu da, rehne konu olan taşınır eşyanın dolaysız zilyetliğinin rehinli alacaklıya ya da güvenilir bir üçüncü kişiye devredilmesiyle gerçekleşir.

Gerek yabancı gerekse Türk öğretisinde, vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddelerin rehne konu olup olamayacakları meselesi üzerinde durulduğu söylenemez. Bu durum, büyük bir olasılıkla, insan kökenli biyolojik maddelerin, ticarî işlemlere konu olamayacağı konusunda oluşmuş yaygın kanaatten

<sup>329</sup> Ancak, burada değinmiş olduğumuz mesele, söz konusu işlemin pratik yararı ile ilgilidir. Bilimsel gelişmeler, insan dokuları üzerinde farklı kişilerin, değişik türden aynî haklar kurmalarını zorunlu kılan yeni uygulamalara yön verdiği takdirde, vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddeler üzerinde, mülkiyet hakkı kurulmasının mümkün olduğu ölçüde, intifa hakkı kurulması da hukuken mümkün olacaktır.

<sup>330</sup> Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 713; **Akipek/Akıntürk**, sh. 731; **Saymen/Elbir**, sh. 554; **Oğuzman/Barlas**, sh. 139; **Wieland**, sh. 697; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, sh. 348; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 1010; **Esener/Güven**, sh. 423; **Ünal/Başpınar**, sh. 101; **Aybay/Hatemi**, sh. 297; Erol **Cansel**, Türk Menkul Rehni Hukuku, C. I, Teslim Şartlı Menkul Rehni, Ankara 1967, sh. 10-11.

kaynaklanmaktadır. Gerçekten, parasal değeri olmayan taşınır eşya üzerinde teslimle bağlı rehin kurulamayacağı kuralından hareketle<sup>331</sup>, insan organ ve dokuları üzerinde de rehin hakkı tesis edilemeyeceği sonucuna varılabilir. Oysa piyasa içerisinde maddî değeri bulunduğunu savunduğumuz kan ve saç gibi bazı biyolojik maddeler de pek âlâ, ticarî ilişkilere konu olabilmektedir. Kişinin, kendi vücudundan ayrılmış olan böbreği üzerinde bir başkası lehine rehin hakkı kurmasının, kişilik hakkı, genel ahlâk ya da kamu düzenine aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle hukuken geçerli olmayacağı herkesçe kabul edilir bir durumdur. Ancak, “biyolojik maddeler üzerinde asla rehin hakkı kurulamaz” şeklindeki bir düşünce de bize göre, dar çerçeveli bir bakış açısının sonucudur. Meselâ, gerçek saçlardan imâl ettiği postişleri satan bir kişi, bir kuaför dükkânı işletmecisinden aldığı borca teminat oluşturması amacıyla, elindeki işlenmemiş saçları rehin olarak verse, postiş satıcısı ile işletmeci arasında gerçekleştirilen rehin sözleşmesinin kişilik hakkına, genel ahlâka ya da kamu düzenine aykırılık taşıdığı ve bu nedenle de kesin hükümsüz olduğu, yukarıdaki örnekte olduğu gibi kolaylıkla iddia edilebilecek midir<sup>332</sup>?

Bize göre, biyolojik madde üzerinde rehin hakkı tesisini güçleştiren husus, rehinle teminat altına alınan alacağın tahsil edilememesi hâlinde, rehne konu olan biyolojik maddenin cebrî icra yoluyla sattırılacak olmasında kendini göstermektedir. Aslında, kanun tarafından satışı yasaklanmış olan bir eşya üzerinde rehin hakkı da kurulamayacaktır. Zira rehin sözleşmesi, rehin konusu eşyanın ileride icra vasıtasıyla sattırılabilmesi ihtimâline dayanmaktadır. Satışı yasaklanmış olan bir eşyanın paraya çevrilmesi de söz konusu olamayacağından, bu eşya üzerinde rehin hakkı kurulması da mümkün olamaz. Bununla birlikte, kanun, insan kökenli her biyolojik maddenin satışını da yasaklamış değildir. O hâlde, hakkında satış yasağı bulunmayan biyolojik maddeler üzerinde rehin hakkı kurulmasını engelleyecek bir durum söz konusu değildir, meğer ki rehin sözleşmesi genel geçerlilik şartlarına aykırılık teşkil etsin.

<sup>331</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 816; **Köprülü/Kaneti**, sh. 477; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 1012; **Saymen/Elbir**, sh. 687-688; **Cansel**, Menkul Rehni, sh. 11.

<sup>332</sup> Kişinin uzamış olan saçlarını kestirerek, teslim etme taahhüdünü içeren sözleşmenin, kişinin maddî bütünlüğüne aykırı olduğu iddiasıyla geçersiz sayılmayacağı konusunda bkz. **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, sh. 363. Ancak yazarlar, kişinin bu taahhüdünü yerine getirmemesi hâlinde, sadece tazminat talebinde bulunulabileceğini, zorla yerine getirme isteminin ise kişiliğe karşı, ahlâka aykırı bir baskı niteliğinde olacağını savunmaktadır.

Benzer durum **hapis hakkı**<sup>333</sup> için de söylenebilir. Meselâ, depolamak üzere teslim almış olduğu kan ve kan ürünlerinin tıbbî analizlerinin ve ayırıştırma işlemlerinin yapılması konusunda özel bir kan laboratuvarıyla anlaşılan bir kan bankasını ele alalım. Tüm işlemlerin sonuçlanmasına karşın, bankanın, kan örneklerini laboratuvardan teslim almaması nedeniyle, söz konusu ürünlerin bozulmadan saklanabilmesi için yüksek bir maddî külfete katlanan laboratuvarın, kanlar üzerinde hapis hakkına sahip olup olamayacağı sorusu, hapis hakkına konu olan eşyanın, insan kökenli bir biyolojik madde olmasına rağmen gündeme getirilebilir. Örnekte, kan laboratuvarının sahip olduğu alacak, yapma edimine ilişkindir. Bu durum, hapis hakkının doğmasını engellemez<sup>334</sup>. Ayrıca, laboratuvarın sahip olduğu alacağın parayla ölçülebilir bir değeri bulunmadığı da iddia edilemez.

Ancak, bu örnekte, tereddüt yaratan husus, üzerinde hapis hakkı kurulması gündeme gelen eşyanın kan ve kan ürünleri olmasıdır. Bilindiği gibi, hapis hakkına konu olan taşınır eşyanın, paraya çevrilebilir nitelikte<sup>335</sup> olması gerekmektedir<sup>336</sup>. Kan ve kan ürünleri ise, piyasada maddî değere sahip olsalar da, bu ürünler, kamu düzeni gereği, ancak ruhsata sahip olan belli kurum ve kuruluşlar tarafından satışa sunulabilmektedir<sup>337</sup>. Dolayısıyla, rehin hakkı bahsinde değindiğimiz, “icra

<sup>333</sup> MK m. 950 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan hapis hakkı, borçluya ait olan ve ona geri verilmek üzere alacaklının zilyetliğinde bulunan taşınır malın, alacaklı tarafından alacağına teminat olmak üzere alıkonulması ve paraya çevrilmesi yetkisini veren bir aynı haktır. Bu hak, teslimine bağlı rehinden farklı olarak, rehin verenin iradesine bağlı olarak değil, kanundaki şartların gerçekleşmesi üzerine kendiliğinden doğmaktadır. Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 830-831; Erol **Cansel**, Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı, Ankara 1961, sh. 19 vd., 37; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, sh. 360; **Ertaş**, No: 2814; **Cansel**, Menkul Rehni, sh. 52; **Tekinay**, sh. 142; **Wieland**, sh. 736; **Saymen/Elbir**, sh. 735; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 1191-1192; **Aybay/Hatemi**, sh. 305. Hapis hakkının alacaklı açısından söz konusu olabilmesi için, alacaklının zilyetliğinde bulunan ve borçluya ait olan eşyanın, alacak ile niteliksel bir bağlantısının bulunması gerekmektedir. Bkz. **Akipek/Akıntürk**, sh. 861; **Köprülü/Kaneti**, sh. 520; **Saymen/Elbir**, sh. 746; **Wieland**, sh. 733; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, sh. 360; **Esener/Güven**, sh. 524; **Cansel**, Hapis Hakkı, sh. 30.

<sup>334</sup> Hapis hakkının bağlı olduğu alacak, para borcundan kaynaklanabileceği gibi, verme, yapma ya da yapmama edimi ile de ilgili olabilir. Bu konudaki önemli husus, alacağın para ile ölçülebilir bir değere sahip olmasıdır. Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 833; **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 1199.

<sup>335</sup> MK m. 953/f. 1'e göre, borçlu, borcunu yerine getirmez ve yeterli güvence de göstermezse, alacaklı, borçluya daha önce bildirimde bulunarak, hapsediği şeylerin “teslime bağlı rehin” hükümleri uyarınca paraya çevrilmesini isteyebilir.

<sup>336</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 831; **Cansel**, Hapis Hakkı, sh. 40; **Akipek/Akıntürk**, sh. 858; **Köprülü/Kaneti**, sh. 517; **Saymen/Elbir**, sh. 750, 736; **Aybay/Hatemi**, sh. 306.

vasıtasıyla satış” unsuru, birçok biyolojik maddenin hapis hakkına konu olmasına da engel olmaktadır.

Sonuç itibariyle, kan ve kan ürünleri üzerinde hapis hakkı kurulamıyor olması, bu ürünlerin, eşya sayılmamasından ya da bunlar üzerinde aynî hak kurulamaz olmasından değil, kamu hukukunun veya özel hukukun kamu yararı düşüncesiyle koyduğu emredici hükümlerden ileri gelmektedir<sup>338</sup>.

Üzerinde aynî nitelikte bir hak kurulabileceğini savunduğumuz insan kökenli biyolojik maddelerin, yalnızca kişilik hakkına konu oluşturabileceği görüşünü savunanların sayısı yadsınamayacak kadar çoktur. Bunun yanında, hem kişilik hakkının hem de aynî hakkın, eş zamanlı olarak söz konusu maddeler hakkında tatbik edilebileceği de ileri sürülmektedir. Bu görüşleri ortaya koyabilmek ve bu hakkın biyolojik maddeler üzerinde söz konusu edilip edilemeyeceği tartışmasını daha etkili bir şekilde yapabilmek için, “kişilik hakkı” kavramı ve özellikleri üzerinde durmamız gerektiğini düşünüyorum.

## 2- Kişilik Hakkı

### a) Tanım

Kişilik hakkı, gerçek ve tüzel kişilere, kişilik değerlerine yönelik saldırılar karşısında, bu değerleri hukuken koruma altına alma imkânı veren mutlak bir hak olarak tanımlanabilir<sup>339</sup>. Hukuk düzeni, bu hak vasıtasıyla, kişiye, kendi kişiliğine

<sup>337</sup> 5624 sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanunu m. 6/f. 1 uyarınca, “Kanun kapsamında faaliyet gösterecek olan gerçek ve tüzel kişiler, faaliyetlerine başlamadan önce, Bakanlıktan veya Bakanlığın yetkilendirmesi hâlinde valiliklerden ruhsat almak ve ruhsata tâbi her faaliyet için ayrı ayrı hesap ve kayıt tutmak zorundadırlar”.

<sup>338</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 835. Yazarlar, kamu düzenini sağlamaya yönelik olan emredici hükümlerin, parasal değere sahip olan bazı eşya üzerinde hapis hakkının kullanılmasını engellediğini söylemektedir. Satılması yasaklanmış olan askerî araç ve gereçler bu duruma örnek olarak gösterilmiştir. Keza, serbestçe satışı men olunan kokain, eroin gibi maddeler üzerinde hapis hakkının cereyan edemeyeceği yönünde bkz. **Saymen/Elbir**, sh. 751. Aynı yönde bkz. **Gürsoy/Eren/Cansel**, sh. 1199; **Esener/Güven**, sh. 525; **Cansel**, Hapis Hakkı, sh. 88.

<sup>339</sup> Kişilik hakkını, “kişilik değerlerini konu alan hak” biçimde tanımlayan **Deschenaux/Steinauer**, No: 518. **Dural/Öğüz** ise, kişilik hakkını, “kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hakkı” şeklinde tanımlamaktadır (sh. 94). Öğretide yer alan diğer tanımlar için bkz. **Helvacı**, Gerçek Kişiler, sh. 96-97 ve **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, sh. 344.

Kişilik hakkı ile insan hakkı kavramları arasındaki benzer ve farklı noktalar için bkz. **Arpacı**, Kişiler Hukuku, sh. 104-105.

saygı duyulmasını isteme ve kişiliğini oluşturan değerlere tecavüz edilmesine karşı çıkma yetkisini vermektedir. Konumuz, insan kökenli biyolojik maddelerle ilgili olduğundan, biz yalnızca gerçek kişilerin, söz konusu maddeler üzerinde kişilik hakkına sahip olup olamayacakları meselesi üzerinde duracağız<sup>340</sup>.

Anayasa<sup>341</sup> ve uluslararası anlaşmalarla<sup>342</sup> da koruma altına alınmış olan kişilik hakkı, Medenî Kanunumuzun 23. 24. ve 25. maddelerinde “Kişiliğin Korunması” başlığı altında özel olarak düzenlenmektedir.

Kişilik hakkı<sup>343</sup>, kanun tarafından net bir biçimde tanımlanmış olmadığından, kişilik değerlerini korumaya yönelik olan bu hakkın belli başlı özellikleri öğretici tarafından ortaya konulmuştur. Biz bu özellikleri incelemekle birlikte, esasen, insan kökenli biyolojik maddeler üzerinde kişilik hakkının söz konusu olup olmayacağı meselesi üzerinde durmak istiyoruz.

## **b) Kişilik Hakkının Özellikleri**

### **aa- Herkese karşı ileri sürülebilme**

Aynî hakların özelliklerini sıralarken de değinmiş olduğumuz bu özellik, kişilik hakkı bakımından da geçerlidir. Hak sahibi, kişilik hakkının bu özelliği sayesinde, kişilik değerlerine yönelik olarak gerçekleşen saldırıları defetme ya da

<sup>340</sup> Hastane işletmeleri ve diğer sağlık kuruluşları, insan kökenli biyolojik maddeler üzerinde kişilik hakkına sahip olamaz. Bunun sebebi, bu maddelerin, “vücut bütünlüğü” ya da “üreme hakkı” gibi yalnızca insana özgü kişilik değerlerini ilgilendirmesidir. Oysa, MK m. 48’in de ortaya koyduğu gibi, tüzel kişiler yalnızca, insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki hak ve borçlara ehildir. Dolayısıyla, bu gibi kuruluşların, biyolojik maddeler üzerindeki hakları, ancak aynî nitelikte olabilir.

<sup>341</sup> 1982 Anayasasının “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı ikinci kısmında yer alan m. 12, herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu hakkındaki genel prensibi ortaya koymaktadır. Anayasa m. 17’de kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı, vücut bütünlüğü; m. 20’de kişinin özel ve aile hayatının gizliliği; m. 22’de kişinin haberleşme hürriyeti ve haberleşmenin gizliliği; m. 23’de kişinin seyahat özgürlüğü, m. 32’de kişinin haysiyet ve şerefine dokunulması veya kendisiyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hâllerindeki düzeltme ve cevap hakkı; m. 49’de ise kişinin çalışma hakkı gibi, kişilik değerlerine ve bu değerlerin korunmasına yönelik genel ilkeler düzenlenmektedir.

<sup>342</sup> 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanname, 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Bildirisi, 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi kişiliğin korunmasına yönelik temel prensipleri ortaya koymaktadır.

<sup>343</sup> Birden çok farklı görünüme sahip olan tek bir kişilik “hakkı”nın mı, yoksa her biri birbirinden bağımsız nitelikteki kişilik değeri sayısı kadar kişilik “hakları”nın mı mevcut olduğu, öğretide tartışmalı bir konudur. Bu tartışma için bkz. **Deschenaux/Steinauer**, No: 519; **Tercier**, Personnalité, No: 341; **Dural/Öğüz**, sh. 95. Tartışmanın öneminin, pratikten öte teorik olduğu yönünde bkz. **Helvacı**, Kişilik Hakkı, sh. 43.



ileride gerçekleşme tehlikesi bulunan saldırıları önleme hakkına sahip olmaktadır<sup>344</sup>. Kişiliği oluşturan değerlerden her biri, bu korunmanın kapsamına girer<sup>345</sup>. Kişilik hakkının mutlak hak özelliğine sahip olması, hak sahibinin hakkını herkese karşı ileri sürebilmesini sağlamaktadır<sup>346</sup>. Şüphesiz, burada herkesten kastedilen, kişilik hakkını ihlâl eden veya etme tehlikesi bulunan kişilerdir<sup>347</sup>. Hâttâ MK m. 23, kişilik değerlerine saldırıda bulunması muhtemel olan kişilere, kişinin kendisini de ekleyerek, kişiyi kendisine karşı dahi korumaktadır.

İnsan kökenli biyolojik maddeler üzerinde mutlak nitelikte bir hak kurulabilmesi, söz konusu maddelerin en geniş kapsamlı hukukî korumadan yararlanmalarına olanak tanımaktadır. Vücut içinde yer alan ya da vücuda bağlı olarak varlık sürdüren organ ve dokular açısından, bu korumayı kişilik hakkının sağlayacağı açıktır<sup>348</sup>. Zira kişi, bedeni içinde yer alan tüm organ ve dokularını, vücut bütünlüğü değerine dâhil olmaları sebebiyle, herkese karşı koruyabilecektir.

Mutlak hak özelliğinin, vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddeler bakımından önemi ise, özellikle biyolojik madde üzerindeki mülkiyet hakkının, vücutundan madde alınan kişiden, yani vericiden, farklı bir kişide olması hâlinde ortaya çıkar. Biyolojik maddenin mâliki, bu madde üzerinde tasarruflarda bulunurken, vericinin kişilik değerlerinden herhangi birine zarar verirse, verici, madde üzerindeki aynî hakkını kaybetmiş dahi olsa, kişilik hakkını, biyolojik maddenin mâlikine karşı ileri sürebilir. Meselâ verici, kişisel verilerinin açığa çıkarılmaması konusunda, DNA molekülünün mâliki olan araştırma şirketine karşı kişilik hakkını ileri sürebileceği gibi; bu hakkını, DNA molekülünü bu şirketten devralmış olan üçüncü bir bilimsel kuruluşa karşı da ileri sürebilir. Bu bakımdan, vücutundan alındığı kişinin kişilik değerleri ile bağlantısı devam eden bir biyolojik

<sup>344</sup> Deschenaux/Steinauer, No: 530; Bucher, No: 505; Tercier, Personnalité, No: 324; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, sh. 142; Dural/Öğüz, sh. 97; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, sh. 347; Helvacı, Kişilik Hakkı, sh. 46; Guillod, Personnes, No: 133.

<sup>345</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, sh. 141; Arpacı, Kişiler Hukuku, sh. 108; Dural/Öğüz, sh. 95.

<sup>346</sup> Jeandin, sh. 248; Tercier, Personnalité, No: 324; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 398; Dural/Öğüz, sh. 97; Arpacı, Kişiler Hukuku, sh. 106; Helvacı, Gerçek Kişiler, sh. 98; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, sh. 142.

<sup>347</sup> MK m. 24'ün lâfzı da bunu ortaya koymaktadır: "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, 'saldırıda bulunanlara karşı' korunmasını isteyebilir".

<sup>348</sup> Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, Einleitung, No: 22; Joye, Statut, sh. 97.

maddenin mâliki, biyolojik madde üzerindeki mülkiyet hakkını, vericinin kişilik hakkına zarar vermeden kullanmak zorundadır.

### **bb- Başkasına devredilemez ve vazgeçilemez olma**

Kişilik hakkı, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olması nedeniyle, bu hakkın, ancak hak sahibi tarafından kullanılması gerekir<sup>349</sup>. Bu nedenle, kişilik hakkının başkasına devri ya da bu haktan tamamen vazgeçilmesi mümkün değildir<sup>350</sup>. Bu kural, MK m. 23/f. 1 ve f. 2’de şu şekilde yer almaktadır: “*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez*”, “*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandıramaz*”. Kişilik hakkının bu özelliği, onu bir başka mutlak hak çeşidi olan aynî haktan ayırır. Bilindiği gibi aynî haklar, başkasına devredilebilirken, kişilik hakkı devredilemez. Aynı şekilde hak sahibinin, aynî haktan feragat etmesi mümkün iken, kişilik haktan vazgeçmesi mümkün değildir<sup>351</sup>.

Ancak, burada altı çizilmesi gereken husus, kişilik hakkının devredilemeyeceğine ilişkin yasağın, bu hakkın bütününe yönelik olmasıdır. Yoksa kişinin, kişilik hakkının konusunu oluşturan bazı kişilik değerlerinin kullanımını bir başka kişiye bırakması hukuken mümkündür<sup>352</sup>. Örneğin, fotoğrafçıya çektirilmiş olan fotoğrafların, dükkân vitrininde sergilenmesi için bırakılması hâlinde, devredilen kişilik hakkı değil, yalnızca o fotoğrafın kullanılmasına ilişkin hak<sup>353</sup>. Kuşkusuz, fotoğrafın, hak sahibinin rızası alınmadan başka amaçlarla kullanılması hâlinde ortaya bir kişilik hakkı ihlâli çıkacaktır. Bunun dışında, eğer kişilik hakkının

<sup>349</sup> Deschenaux/Steinauer, No: 534; Tercier, Personnalité, No: 326; Bucher, No: 508; Jeandin, sh. 249; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, sh. 142; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 399; Dural/Öğüz, sh. 97; Helvacı, Gerçek Kişiler, sh. 99.

<sup>350</sup> Thévenaz, No: 225, 242; Deschenaux/Steinauer, No: 535; Tercier, Personnalité, No: 331, 336; Lévy, sh. 66-67; Jeandin, sh. 249; Guillod, Personnes, No: 134; Dural/Öğüz, sh. 97; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, sh. 142. Helvacı, Kişilik Hakkı, sh. 48.

<sup>351</sup> Deschenaux/Steinauer, No: 538; Tercier, Personnalité, No: 336; Guillod, Personnes, No: 134; Jeandin, sh. 249; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, sh. 142; Dural/Öğüz, sh. 97; Helvacı, Gerçek Kişiler, sh. 99.

<sup>352</sup> Thévenaz, No: 85; Deschenaux/Steinauer, No: 535; Jeandin, sh. 249; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, sh. 142; Helvacı, Gerçek Kişiler, sh. 99.

<sup>353</sup> Tercier, Personnalité, No: 331; Deschenaux/Steinauer, No: 319; Jeandin, sh. 249.

ihlâlinden bir tazminat alacağı doğmuş ise, bu alacak da devredilmezlik kuralının dışında kalmaktadır<sup>354</sup>.

İnsan vücudundaki biyolojik maddeler ise, vücuttan ayrıldıkları ândan itibaren, bağımsız bir varlık kazanarak devre konu olabilirler. Keza, vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddeler üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi, bu maddeleri terk etmek suretiyle, bu maddeler üzerindeki aynî hakkından feragat edebilir.

Ancak, biyolojik maddelerin devri ya da terkinden, bu maddelerin ilişki içinde bulunduğu kişilik değerlerinin de devredildiği ya da bu değerlerden vazgeçildiği anlamının çıkarılmaması gerekir. Örneğin, bilimsel bir araştırmanın yürütülmesi amacıyla, bir araştırma kuruluşuna sperm bağışlayan bir erkeğin, sperm üzerindeki mülkiyet hakkını, araştırma kuruluşuna devrettiğinden söz edilebilir. Buna karşılık, araştırmayı yürüten hekim, spermi, bir üçüncü kişinin rahmine aşılatmak suretiyle, spermden, elde edildiği amaç dışında yararlanmaya kalkarsa, sperm vericisinin kişilik hakkının ihlâlinden bahsedilebilir. Nitekim yukarıda da değinmiş olduğumuz gibi, kişinin, neslini devam ettirip ettirmemek ya da devam ettirmek istiyorsa, bunun sayısına karar vermek konusunda bir kişilik değeri bulunmaktadır. Bağışlanan sperm hücrelerinin yeni mâlikî araştırma kuruluşu olsa dahi; kuruluş, bu hücreden, ancak vericinin kişilik hakkını ihlâl etmemek koşuluyla yararlanabilir. Özetle, biyolojik madde üzerindeki aynî hakkını başkasına devreden kişinin, bu madde ile ilgili kişilik hakkını da devretmiş olduğu sonucu çıkarılamaz.

### cc- Mirasçıya intikâl edememe

Kişinin ölümü ile birlikte, kişilik hakkı son bulacağından, bu hakkın, kişinin mirasçılara intikâl etmesi mümkün değildir<sup>355</sup>. Bu özellik, tıpkı, başkasına devredilememe ve vazgeçilememe özelliklerinde olduğu gibi, kişilik değerlerinin,

<sup>354</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 142, dn. 492; **Bucher**, No: 508; **Deschenaux/Steinauer**, No: 535a; **Jeandin**, sh. 249; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, sh. 100.

<sup>355</sup> **Deschenaux/Steinauer**, No: 536; **Tercier**, Personnalité, No: 333; **Bucher**, No: 510; **Lévy**, sh. 68-69; **Guillod**, Personnes, No: 134; **Jeandin**, sh. 249; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 142; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, sh. 399; **Arpacı**, Kişiler Hukuku, sh. 106; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, sh. 100.

kişiyeye özel (münhasır) olmasından kaynaklanmaktadır<sup>356</sup>. Oysa ölen kişinin malvarlığı hakları, ölümün gerçekleşmesi ile birlikte, mirasçılara geçmektedir.

Kişilik hakkının, kişinin ölümünden sonra, belli bir süreliğine devam ettiği yönündeki düşünce<sup>357</sup>, bazı hukuk sistemlerinde kabul görmekle birlikte<sup>358</sup>, söz konusu hakkın, kişiyeye sıkı sıkıya bağlı bir hak olma özelliği taşıması, bizi, bu düşüncenin kabulünden uzaklaştırmaktadır. Zaten, ölmüş bir kimsenin kişilik değerlerine yönelik bir saldırı gerçekleştirildiğinde, bu kişinin yakınları, ölmüş kişinin kişilik hakkının mirasçuları olarak değil; ölen yakınlarının hatırasına yapılan saldırının, kendi kişilik değerlerini zarara uğratması hâlinde, kendi adlarına dava açabilirler<sup>359</sup>.

<sup>356</sup> Bkz. yukarıda Böl. 1, §2, II, 2, c.

<sup>357</sup> Bkz. bu düşüncede **Dessemontet**, sh. 42-43. Yazar, buna, kişinin kendi cesedi üzerindeki tasarruflarını örnek göstermektedir. Türk hukukunda, **Serozan**, ölünün belirli yakınlarının, adetâ ölünün “post mortem” vekili sıfatıyla harekete geçerek, “onun adına” ölünün kişilik haklarını koruyabileceklerini savunmaktadır. Bkz. Rona **Serozan**, Mirasçılara Geçen ve Geçmeyen Haklar, Mirasçının Aslından Kazandığı Haklar ve Miras Bırakanın Ölüm Sonrasına Uzanan Hakları, Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan, İstanbul, 1999, sh. 315.

<sup>358</sup> Bu konuda bkz. **Helvacı**, Gerçek Kişiler, sh. 100, dn. 246.

<sup>359</sup> Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 143; **Deschenaux/Steinauer**, No: 536a; **Manai**, Commentaire, sh. 155; **Jeandin**, sh. 249-250; **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, sh. 347; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, sh. 100. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. ATF 127 I 115. Kararda, kişilerin, ölmüş bir yakınlarına yapılan saldırı neticesinde kendi dinî duygularının ya da ölen kişi ile ortak hatıralarının zarar gördüğünü ispatlayabildikleri ölçüde, saldırıda bulunana karşı hak iddia edebilecekleri ortaya konulmuştur (consid. 6a).

**Serozan** ise, ölünün kişilik değerlerine yapılan saldırı karşısında, ölünün yakınlarının, kendi kişilik haklarının ihlâline değil, ölen kişinin kişilik hakkının ihlâline dayanabileceklerini savunmaktadır. Bkz. **Serozan**, Mirasçılara Geçen Haklar, sh. 315. İsviçre hukukunda, **Manai** de, kişilik hakkının, bazı durumlarda, kişinin ölümünden sonra dahi devam ettiğini savunmakta ve bu düşüncesine argüman olarak, İsviçre Federal Mahkemesinin 12.3.2003 tarihinde vermiş olduğu kararı göstermektedir. Bkz. **Manai**, Biomédecine, sh. 279.

Yazarın işaret ettiği karara konu olan olayda, cenaze işleri görevlisi olan davalı, yakımları amacıyla kendisine teslim edilen iki cesetten kalp pillerinin çıkarılması için iki çalışanını görevlendirmiştir. Bu işlem, çalışanlar tarafından, bir çakı kullanarak gerçekleştirilmiş ve bunun sonucunda cesetlere zarar verilmiştir. Federal Mahkeme, kalp pillerini cesetlerden çakı yardımıyla çıkaran cenaze görevlilerinin, müdahale konusunda gerekli tıbbî bilgiye ve yeterli araç-gerece sahip olmadığını belirtmiş; cesetten organ ya da herhangi bir yapay cihazın çıkarılması konusundaki müdahalenin, hekim tarafından, cerrahî aletler kullanılarak ve cesede zarar vermeden gerçekleştirilmesi mümkün iken, bunun, konunun uzmanı olmayan kişiler eliyle yaptırılmasının, cesede saygısızlık suçunu oluşturduğuna hükmetmiştir. Bkz. ATF 129 IV 172. Karar metni için bkz. <http://www.bger.ch> (erişim tarihi: 1.7.2010).

Kararın, kişinin vücut bütünlüğü değerinin, onun ölümünden sonra dahi devam ettiğini gösterir nitelikte olduğunu iddia eden **Manai**’in görüşüne katılmadığımızı belirtmek istiyoruz. Zira Federal Mahkeme, kararında, ölen kişinin vücut bütünlüğü değerine yönelik bir saldırıda bulunulduğundan bahsetmemiş, yalnızca müdahalenin, İsviçre Ceza Kanununun “Kamu Barışına Karşı Suçlar” Bölümünde yer alan (CP m. 262) “Ölülerin Huzur ve Rahatına Saldırı” (Cesede Saygısızlık) suçunu oluşturduğuna hükmetmiştir. Görüldüğü gibi, Mahkeme, saldırıda bulunulan

Kişinin ölümü ile birlikte, vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddelerle ilgili olarak ileri sürebileceği kişilik hakkı da sona erecektir.

#### **dd-Zamanaşımına ve hak düşürücü süreye tâbi olmama**

Kişilik hakkı kural olarak zamanaşımına uğramayan ve hak düşürücü süreye tâbi olmayan haklardandır<sup>360</sup>. Ancak, kişilik hakkına yönelik tecavüzlerden ötürü, hak sahibi bir alacak hakkı elde etmiş ise, bu hak üzerinde zamanaşımı süresi söz konusu olacaktır.

İnsan kökenli biyolojik maddelerle ilgili olarak, kişilik hakkının bu özelliği, dikkat çekici bir durum sergilememektedir.

#### **ee- Maddî değere sahip olmama**

Kişilik hakkının, para ile ölçülebilen bir değeri olmaması, bu hakkın şahıs varlığı hakları içinde yer alması sonucunu doğurmaktadır<sup>361</sup>. Fakat bu sonuç, kişilik hakkının, kişinin malvarlığı üzerinde hiçbir etkisi olmayacağı anlamına gelmez<sup>362</sup>. Meselâ, ödeme gücüne düştüğü yönündeki asılsız haberler nedeniyle, malî itibarı zedelenen bir işadının piyasada iş yapamaz olması, kişilik hakkına yönelik bir saldırının, malvarlığına olumsuz etkilerde bulunabileceğinin bir göstergesidir.

Buna karşılık, kişilik hakkının konusunu oluşturan bazı değerlerin paraya çevrilmesinin mümkün olduğu, öğretide ileri sürülen bir görüştür<sup>363</sup>. Tıpkı kişilerin

---

unsuru, ölen kişinin vücut bütünlüğü değeri olarak değil, kamu barışı ve huzuru olarak kabul ettiğini göstermiştir.

<sup>360</sup> **Bucher**, No: 511; **Deschenaux/Steinauer**, No: 537; **Guillod**, Personnes, No: 134; **Tercier**, Personnalité, No: 338; **Jeandin**, sh. 249; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, sh. 101; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 143.

<sup>361</sup> **Tercier**, Personnalité, No: 328; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 142; **Arpacı**, Kişiler Hukuku, sh. 106; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, sh. 99; **Dural/Öğüz**, sh. 97.

<sup>362</sup> **Dural/Öğüz**, sh. 97; **Arpacı**, Kişiler Hukuku, sh. 106; **Helvacı**, Gerçek Kişiler, sh. 99; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 142.

<sup>363</sup> Kişilik değerlerini mutlak olarak parasal değer dışında gören görüşe karşın, bu değerlerin maddî yönü olduğunu savunan yazarlar için bkz. François **Rigaux**, La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Paris 1990, No: 657, 682; **Joye**, Génome, sh. 75-76. Türk hukukunda bkz. **Serozan**, Manevi Haklar, sh. 562-563. Yazar bu değerlere örnek olarak, kişinin adını, imzasını, resmini ve sesini göstermektedir. Ayrıca, kişiliğin maddî değeri bulunan öğelerinin, mirasçılara intikâl edebileceğini ortaya koyan 1999 tarihli Almanya Federal

kendi fikir ve yaratıcılıkları ile meydana getirdikleri eser ya da ürünler üzerinde sahip oldukları fikrî hakların malî bir yönünün bulunduğu gibi; kişinin adı, resmi veya hatıraları üzerindeki kişilik hakkının da böyle bir parasal yönünün varolduğu savunulmaktadır<sup>364</sup>. Kendisini oluşturan değerlerin malvarlıksal bir yönünün oluşu, ister istemez kişilik hakkına da bu özelliği kazandırmaktadır<sup>365</sup>. Her ne kadar, bir kimsenin, kendi kişilik değeri üzerinde sahip olduğu hakkını doğrudan doğruya başkalarına devredebilmesi mümkün olmasa da, bu kimse, kişilik değerlerini oluşturan bazı unsurların<sup>366</sup> kullanımını üçüncü kişilere devredebilmekte<sup>367</sup> ve bunun karşılığında belli bir maddî kazanç elde etmektedir.

Yukarıda da açıklamaya çalıştığımız gibi<sup>368</sup>, insan vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddeler, piyasa içinde talep görmeleri nedeniyle, ekonomik anlamda bir değer taşımaktadırlar. Bununla birlikte, bu maddelere yönelik bir saldırı, kimi hâllerde, maddenin vücudundan alındığı kişinin kişilik değerlerini zarara uğratabilmekte, dolayısıyla bu kişi, saldırıda bulunana karşı, kişilik hakkının sağladığı hukukî korumadan yararlanabilmektedir. Ancak, kişilik hakkının, malvarlıksal bir hak olmayışı, kişilik değerinin somut bir uzantısı olduğu iddia edilen bu maddelerin iktisadî bir değer taşıdığı gerçeği ile tezat oluşturmaz<sup>369</sup>. Nitekim

---

Mahkemesinin “*Marlene Dietrich*” kararı ve bu kararın yorumu için bkz. **Serozan**, Manevi Haklar, sh. 562.

Fikrî haklarla ilgili olmakla birlikte, manevî haklarla, maddî hakların içiçe geçtiğini ortaya koyan Yargıtay kararı için bkz. YHGK, E 1981/4-70, K. 1983, YHGK’nun On Yıllık Emsal Kararları, 1975-1984, sh. 682 vd. Kararda yer alan şu ifade dikkat çekicidir: “...*Manevî diye nitelenen haklar da geniş ölçüde maddeselleşmiş sayılabilirler ve aynen malî haklar gibi mirasçılara intikâle elverişli görülebilirler*”.

Kararın, yalnızca fikir ve sanat eserleri boyutuyla değil, kişilik değerleri yönüyle de ele alınması gerektiğini savunan ve kişilik değerlerinde de manevî ve maddî öğelerin birbirinden ayırt edilemez biçimde birbirine karıştığını ortaya koyan **Serozan/Engin**, sh. 94.

<sup>364</sup> **Lévy**, sh. 294.

<sup>365</sup> Bu görüşte bkz. **Bucher**, No: 507. Yazar, kişilik değerlerinin, malvarlıksal değerlerin dışında kaldığı yönündeki değerlendirmenin ideolojik bir yaklaşımın ürünü olduğunu savunmaktadır.

<sup>366</sup> **Rigaux**, (No: 685) bunlara örnek olarak, kişinin ismini, resimlerini, sesini, hatıralarını, iş gücünü, duygusal ve cinsel yaşamına dair kişisel bilgilerini örnek göstermektedir.

<sup>367</sup> **Joye**’a göre, kişilik değerlerini oluşturan unsurların kullanımı, fikrî ve sınaî hakların kullanımı gibi lisans sözleşmesi ile üçüncü kişilere devredilebilir. Bkz. **Joye**, *Génome*, sh. 75. Bu bakımdan, ad üzerindeki hakkın (isim hakkının) kendisi devredilemese de, bu hakkın kullanımı pekâlâ devredilebilir. Bununla ilgili olarak yayımlanmamış bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı (ATF 52 II 276/281; JdT 1928 I 348) için bkz. **Thévenaz**, No: 284, dn. 145.

<sup>368</sup> Bkz. Böl 1, §2, I, 1, e.

<sup>369</sup> **Pelet**, sh. 213.

vücuttan ayrılmış olan bir hücre, kendi başına bir kişilik değeri değildir<sup>370</sup>. İnsan hücresi, elle tutulabilen somut bir varlık iken, kişilik değeri, soyut bir kavramdır<sup>371</sup>. Dolayısıyla, biyolojik maddelerin kendisi değil, bunlardan bir kısmının içerdiği bazı özellikler, kişilik değerleri kapsamında ele alınmaktadır. Kaldı ki öğretilerde, kişilik değerlerinin dahi, parasal bir yönlerinin bulunduğu ileri sürülmektedir<sup>372</sup>.

### III. İnsan Kökenli Biyolojik Maddeler Üzerindeki Hakların Bir Arada Bulunması

İnsan vücudu içinde yer alan biyolojik parçalar üzerinde kişilik hakkından başka bir hak tanınması mümkün değildir. Zira bu maddeler, gerçek kişinin cismanî zırhı olan beden içinde varlık sürdürmekte ve bu kişinin vücut bütünlüğü değerinin bir parçasını oluşturmaktadır. Kişi, kendi vücudu üzerinde aynî nitelikte bir hakka sahip olamayacağından, vücudundaki parçalar üzerinde de böyle bir hakkı olamaz.

Buna karşılık, insan vücudundaki organ, doku ve hücrelerin vücuttan ayrılmaları, onları, üzerlerinde aynî hak kurulabilecek bağımsız varlıklar hâline getirir. Kişilerin, hastane işletmelerinin, sağlık kuruluşlarının bu maddeler üzerinde sahip olacakları mülkiyet hakkı, günümüzde organ nakli, yapay dölleme, bilimsel araştırma ve genetik analiz tekniklerinin gelişmesiyle, piyasada devre konuya olmaya başlayan bu maddelerin hukuken korunabilmesinin en etkin yoludur. Bir hastane işletmesinin, tedavi gören bir hastaya nakletmek üzere elinde bulundurduğu karaciğer üzerinde kişilik hakkına sahip olmadığı açıktır. Bu arada, hastane işletmesini, elinde bulundurduğu biyolojik maddelere yönelik saldırılara karşı koruyacak bir hakka da ihtiyaç duyulmaktadır. Hastane işletmesine, karaciğeri hastasına nakletmek veya bir başka sağlık kurumuna bağışlamak gibi biyolojik madde üzerinde doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayan ve bu maddelere karşı gerçekleştirilecek tecavüzlerden kaçınılmasını herkesten isteme yetkisi veren hak, mülkiyet hakkından başkası değildir.

<sup>370</sup> Aksi görüşte bkz. **Serozan**, Mirasçıya Geçen Haklar, sh. 315. Yazar, organ, dondurulmuş sperm ve protezin de, kişilik değeri sayıldığını ifade etmektedir.

<sup>371</sup> Bu yönde bkz. Jean-Baptiste **Zufferey**, Droit de la Personnalité: Quelques Éléments d'Une Analyse Économique, La Protection de la Personnalité, Bilan et perspectives d'un nouveau droit, Contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg 1993, sh. 225.

<sup>372</sup> Bkz. **Rigaux**, No: 657; **Joye**, Génome, sh. 75; **Zufferey**, sh. 211, 215; **Serozan**, Manevi Haklar, sh. 562-563.

Bununla birlikte, bazı biyolojik maddeler, nitelikleri gereği, meydana geldikleri insanın vücudundan ayrıldıktan sonra bile, o insanın varlığına ve gelişimine hizmet etmeye devam ederler. İnsanın genetik mirasını gelecek nesillere aktararak, soyunun devamını sağlayan üreme hücreleri ve insan hakkındaki en gizli bilgileri silinmez bir biçimde içinde barındıran insan genetik materyali buna örnek olarak gösterilebilir<sup>373</sup>. Kişinin oluşumuna ve gelişimine katkı sağlayan bu hücrelerin gördüğü işlev, bu maddelerin, kişilik değerinin bir uzantısı olarak da ele alınmasına neden olmaktadır. Bu arada, bu özellikler, cismanî bir varlık ile somutlaştığından, üreme hücreleri ve DNA molekülleri de, tıpkı vücuttan ayrılmış diğer doku ve organlar gibi aynî hakka da konu oluşturabilir.

Bu bakımdan, kendi vücudundan ayrılmış olan üreme hücreleri ya da DNA molekülü üzerindeki mülkiyet hakkı devam eden bir kişi, bu maddelere yönelik bir saldırının gerçekleşmesi hâlinde, bu saldırı hem kişilik değerlerini zedelediği için kişilik hakkına dayanan hukukî korumadan, hem de mülkiyet hakkını ihlâl ettiği için mülkiyet hakkına dayanan korumadan yararlanabilir<sup>374</sup>. Belli bir zaman sonra kullanmak üzere, sperm hücrelerini, özel bir sağlık kuruluşuna dondurarak saklatan bir kişinin sperm hücresine yapılan saldırı bu duruma örnek gösterilebilir. Vücuttan ayrılmış olan bir biyolojik maddeye yapılan saldırının, aynı anda iki farklı hukukî korumadan yararlanabileceği; bu madde üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişinin, biyolojik madde vericisinden farklı bir kişi olması hâlinde daha açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır<sup>375</sup>. Meselâ, bilimsel bir araştırmanın gerçekleştirilmesi amacıyla verici tarafından bir araştırma şirketine bağışlanan DNA molekülüne yönelik bir saldırı olması durumunda, bu maddenin mâliki olan araştırma kuruluşu, saldırıda bulunana karşı, madde üzerindeki mülkiyet hakkının ve tasarruf yetkisinin ihlâl edildiği gerekçesine dayanarak, maddenin aynına ilişkin taleplerde bulunabilecekken; DNA molekülünün vericisi ise, saldırının, kendi genetik bilgilerini ve sağlık durumuna ilişkin kişisel sırlarına bir tehdit oluşturduğunu ileri sürerek, kişilik hakkına dayanan korumadan faydalanacaktır.

<sup>373</sup> **Joye**, Statut, sh. 95; **Piotet**, Conflit, sh. 706.

<sup>374</sup> Bkz. aynı görüşte **Pelet**, sh. 214.

<sup>375</sup> **Piotet**, Conflit, sh. 711.



Bu arada, vücudundan alındığı kişinin kişilik değerleri ile irtibatı kesilmemiş olan biyolojik maddeler üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişinin bu hakkını, madde vericisinin kişilik hakkına zarar vermeden kullanması gerektiği de unutulmamalıdır. Nitekim her ne kadar mülkiyet hakkı, eşya üzerinde hak sahibine en geniş yetkiyi sağlayan aynî hak olsa da, bu hakkın da kullanımının sınırları bulunmaktadır<sup>376</sup>.

Gerçekten, üzerinde mülkiyet hakkına sahip olunan bir eşya, başka bir şahsın kişilik değerlerine ait unsurları, kendi içinde barındırabilir. Örneğin, sildiğini düşündüğü özel hayatına dair görüntü ya da sırlarını içeren dosyaların yer aldığı bilgisayarını başkasına satıp devretmiş olan bir kişinin, bilgisayar üzerindeki mülkiyet hakkı, bilgisayarı satın alan kişiye geçmiş olmakla birlikte, bilgisayar içinde yer alan görüntü ve yazılar üzerindeki kişilik hakkı devam etmektedir. Bunun sonucunda, bilgisayarın yeni mâliki, eski mâlikin görüntü ve sırlarını izinsiz olarak kullanıp, bunları başkalarına yaydığı takdirde, kişilik hakkına saldırıda bulunmuş olur.

Bir varlığın, farklı kişilere ait olan ve farklı nitelikteki mutlak haklarla çevrenmesi, hukuk düzeninde karşılaşılması zor bir durum değildir<sup>377</sup>. Örneğin, bir sanat eseri üzerinde, bunu meydana getiren sanatçının fikrî hakkı<sup>378</sup> olduğu gibi, bu eserin üzerinde somutlaştığı (tecessüm ettiği) eşyayı satın alma yoluyla iktisap eden kişinin de, eserin maddî varlığı üzerinde mülkiyet hakkı söz konusu olur<sup>379</sup>. Ancak,

<sup>376</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 234; **Akipek/Akıntürk**, sh. 381-382.

<sup>377</sup> **Lévy**, sh. 327; **Joye**, Statut, sh. 98; **Piotet**, Conflit, sh. 711.

<sup>378</sup> Fikrî haklar, kişilerin, fikrî çalışmalarının ve yaratma becerilerinin ürünü olarak meydana getirdikleri eserleri üzerinde sahip oldukları mutlak nitelikteki haklardır. Fikrî haklar, eser sahibine bir yandan, eserini çoğaltmak ya da başkasına devretmek gibi yetkiler vererek, onun, eserinden ekonomik olarak yararlanmasına imkân tanır; diğer yandan ise, eserinin kamuya sunulup sunulmayacağına karar vermek, eser üzerinde isminin belirtilmesini istemek ve eserinde değişiklik yapılmasını yasaklamak gibi manevî yönü ağır basan yetkiler verir. Bkz. **Thévenaz**, No: 294-295. Fikrî hakların, kişilik hakkı ile malvarlığı haklarının karakteristik özelliklerini bünyesinde toplayan bir hak niteliğinde olduğu görüşünde bkz. **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, sh. 348.

<sup>379</sup> Bkz. Ünal **Tekinalp**, Fikrî Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2005, sh. 6-7; Ahmet M. **Kılıçoğlu**, Sınâî Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar, Ankara 2006, sh. 2-4; Fırat **Öztaş**, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008, sh. 8-9; S. **Özdemir**, Sınâî Değerler, sh. 576, dn. 14. Ayrıca bkz. **Labée**, 350-351. Yazar, vericinin kişilik değeri ile ilişkilendirilebilecek olan biyolojik maddeler (bkz. yukarıda kişilik değerleri) hakkında, fikrî mülkiyet hukukundan esinlenerek, farklı bir hukukî rejim önermektedir. Buna göre, vücuttan ayrılan biyolojik madde, tıpkı bir sanat eseri gibi, hukuken eşya statüsünde bulunup, üzerinde aynî nitelikte hak tesis edilebilecek; ancak vericinin

eseri somutlaştıran eşyanın (örneğin bir yağlı boya tablosunun) mülkiyetinin başkasına devredilmiş olması, eserin yaratıcısının eser üzerinde manevî yönüyle sahip olduğu fikrî hakkını ortadan kaldırmaya yetmez<sup>380</sup>. Eseri meydana getiren kişi, sahip olduğu bu hak sayesinde, eserin mâliki tarafından eserinde değişiklik yapılmasını önleyebilir<sup>381</sup>.

Aynı eşya üzerinde farklı nitelikte iki mutlak hakka sahip olan kişiler arasındaki uyumsuzluk çıkması durumunda, hangi hakkın diğerine üstün geleceği, ancak bu konuda yasal bir düzenlemenin mevcut olması hâlinde belirlenebilir. Böylesi bir düzenlemenin yokluğu durumunda ise, menfaatler dengesi gözetilmek suretiyle bir sonuca ulaşılmalıdır<sup>382</sup>. Bu bakımdan, araştırma kuruluşu ya da hastane işletmesinin biyolojik madde üzerindeki mülkiyet hakkı, biyolojik maddenin vücudundan alındığı kimsenin kişilik hakkından, her zaman üstün gelmeyebilir. Her

---

madde üzerindeki “manevî hakkı” (“*droit moral*”) da, varlığını sürdürmeye devam edecektir. Bu hak sayesinde, biyolojik madde, vücudundan alınmış olduğu kişinin (vericinin) rızası olmaksızın, vücuttan alınma amacının dışında başka hiçbir amaçla kullanılamayacaktır.

<sup>380</sup> Bkz. **Oğuzman/Barlas**, sh. 146; **Tekinalp**, sh. 7; **Kılıçoğlu**, Fikrî Haklar, sh. 3.

<sup>381</sup> Eserin yaratıcısının eseri üzerindeki hâkimiyeti, eseri mâlik sıfatıyla elinde bulunduram şahsın mülkiyet hakkını sınırlar. Bkz. **Öztañ**, sh. 10.

Eser hakkı sahibi, sadece eserin yayımlanıp yayımlanmaması konusunda takdir yetkisine sahip olmayıp, aynı zamanda eserin özgülenme amacını, kullanım biçimini, yerini ve süresini özel olarak belirleme hakkına da sahiptir. Bkz. André **Bertrand**, *Le Droit d’Auteur et les Droits Voisins*, Paris 1999, sh. 416. Eser sahibi, bu hakkına dayanarak, eserin örneğin kira ya da âriyet sözleşmesine konu edilemeyeceğini önceden belirleyebileceği gibi, eserin alenî olarak kullanılmasını da yasaklayabilir. Bkz. **Bertrand**, sh. 417.

Fransız Yargıtay’ının 1988 yılında vermiş olduğu üç kararda, fikrî bir uğraşının ürünü olan “eser” ile eserin işlendiği maddî varlık arasında belirgin bir farklılık olduğu ortaya konulmuştur. (Cass. Civ. I, 1<sup>er</sup> mars 1988 Agueda c/Sacem; 22 mars 1988 Fanic c/Sacem; 19 avril 1988 Sassi c/Sacem, JCP éd. G 1988 II 21120 note A. Françon). Mahkeme, müzikal eseri, yazılı bir biçimde göstererek, somutlaştıran fonogramın satışı ve devri ile, eser sahibinin müzikal eser üzerindeki fikrî hakkının sona ereceği gibi bir iddiada bulunulamayacağına hükmetmiştir. Ayrıca, eserin yer aldığı fonogramın, alenî olarak yayımlanması dolayısıyla, eser sahibinin, kendisine ek ödeme yapılmasını isteme hakkının bulunduğu kabul edilmiştir (**Bertrand**, sh. 417’den naklen).

Bilindiği gibi, 5.12.1951 tarih ve 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 14 ilâ 17. maddeleri arasında, eser sahibinin manevî hakları düzenlenmektedir. Eserin, kamuya arz edilip edilmemesine, arzın zamanına ve biçimine, eser sahibinin isminin belirtilip belirtilmemesine karar verme yetkisi ile eserde değişiklik yapılmasını menetme yetkisi, eser sahibinin, eseri üzerindeki manevî hakkından kaynaklanmaktadır. Bu konuda bkz. Duygun **Yarsuvat**, *Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları*, İstanbul 1984, sh 117; **Öztañ**, sh. 286. FSEK m. 17/f. 2’de de “*Aslın mâliki, eser sahibi ile yapmış olduğu sözleşme şartlarına göre, eser üzerinde tasarruf edebilir. Ancak eseri bozamaz ve yok edemez ve eser sahibinin haklarına zarar veremez*” hükmü yer almaktadır. Kanaatimizce de, eser mâlikinin, eser üzerindeki tasarruf yetkisinin, eser sahibinin manevî hakkı ile sınırlanması, ne sanat eserini hukuken “eşya” olmaktan çıkaracak, ne de, mâlikin eser üzerindeki hakkını mülkiyet haricinde bir hak hâline getirecektir. Bu konuda bkz. **Tekinalp**, sh. 150.

<sup>382</sup> **Piotet**, *Réflexions*, sh. 72.

ne kadar verici, sağlıklı ve özgür iradesiyle vücudundan biyolojik madde alınmasına rıza göstermiş ve bu maddenin mülkiyetinin hastane işletmesine ya araştırma kuruluşuna geçmesi konusunda irade beyanında bulunmuş dahi olsa, maddenin mâliki sayılan kişi ya da kuruluşun, madde üzerindeki tasarruf yetkisi, vericinin kişilik hakkı ile sınırlanabilir<sup>383</sup>.

Vücuttan ayrılan biyolojik maddenin eşya olduğunu kabul etmek ve bu madde üzerinde mülkiyet hakkının tesis edilebileceğini ileri sürmek, bu maddelere yönelik hak ihlallerinde, kişiliğin korunması yollarından artık istifade edilemeyeceği sonucunu çıkarmaya yetmez<sup>384</sup>. Zira mülkiyet hakkının sağladığı hukukî koruma ile kişilik hakkına yönelik saldırılarda tanınan dava hakları, birbirinin alternatifi olarak değerlendirilemez.

Bu nedenle biz, insan vücudundan ayrılmış olan üreme hücreleri ve genetik materyal üzerinde aynı hakka sahip olunabileceğini savunmakla birlikte, vücudundan alındıkları insanın kişilik değerleri ile bağlantısı devam eden bu maddeler hakkında, aynı zamanda, kişilik hakkına dayanan korumanın da bahis konusu edilebileceğini düşünüyoruz. Özetle, bu maddeler hakkında söz konusu edilebilecek olan kişiliğin korunması ile aynı korumanın birbirini tamamlayan hukukî korumalar olduğuna inanıyoruz.

---

<sup>383</sup> **Piotet**, *Réflexions*, sh. 72.

<sup>384</sup> **Piotet**'ye göre, vücuttan ayrılmış olan bir biyolojik madde üzerinde aynı hakka sahip olunması, bu maddenin, ayrılmış olduğu kimsenin kişilik değerleri ile bağlantısının koptuğu anlamına gelmez (*Réflexions*, sh. 72).

## İkinci Bölüm

# İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDELERİN KONU OLABİLECEĞİ HUKUKÎ İŞLEMLER

### § 1. Konuya Genel Bakış

Geçmişten beri birçok toplumda kadınların, para kazanmak amacıyla, yıllarca uzattıkları saçlarını kestirerek, sattıkları, yeni doğum yapan annelerin, sütlerini, başka bebeklerin de beslenebilmesi için para karşılığında verdikleri, insanların belli bir ücret ödeyerek, çürümüş dişlerini çektirdikleri bilinmektedir.

Günümüzde, tıp ve bilim alanındaki gelişmelerin de etkisiyle, sağlık ve araştırma sektöründe uzman olan kişiler tarafından insan vücuduna yönelik sayısız müdahalede bulunulmakta ve bu müdahalelerin gerçekleştirilmesi konusunda birçok sözleşme yapılmaktadır. Vücuttan alınan kordon kanı, sperm ya da yumurta gibi bazı biyolojik maddeler, sıvı azot tanklarında  $-196^{\circ}\text{C}$  sıcaklıkta yıllarca saklanarak, muhafaza edilebilmekte<sup>385</sup>, doğal yollardan hâmile kalamayan bir kadın, rahmine kocasından alınan spermin mikroenjeksiyon yöntemiyle aşılması sayesinde hâmile kalabilmekte, daha güzel bir görünüme kavuşmak isteyen kişiler, vücutlarında birikmiş olan yağ dokuları ile sarkmış derilerini estetik operasyonlarla aldirabilmekte, böbrek, karaciğer ve bağırsak gibi organlar ya da bunların parçaları, hastane işletmeleri<sup>386</sup> ve transplantasyon merkezleri tarafından sağlıklı insanların vücutlarından alınarak, organ yetmezliği çeken hastaların vücutlarına nakledilebilmekte, vücuttan alınan hücrelerin analiz edilmesi sayesinde kişinin kan değerleri ya da kemik yoğunluğu ölçülebilmekte, vücuttan elde edilen dokulardan

<sup>385</sup> Bkz. Haydar **Bağış**, İnsan Kök Hücrelerinin Dondurulması ve Yüzyıllarca Saklanması, Bilim ve Teknik, S. 511, Haziran 2010, sh. 58.

<sup>386</sup> Çalışmamızda sık sık adı geçen “hastane işletmesi”, “kan bankası” ya da “transplantasyon merkezi” gibi ifadeler ile kastedilen, bu kuruluşların sahibi olan gerçek kişi ya da özel hukuk tüzel kişileri ile bu kuruluşları, örneğin ürün (hâsılat) kirası sözleşmesine dayanarak işleten özel hukuk kişileridir.

ayrıştırılan DNA molekülü sayesinde insanların gen haritaları çıkarılmakta, genetik şifreleri çözülmektedir.

Hâttâ Türkiye’de yasaklanmasına rağmen birçok yabancı ülkede, erkekler spermlerini, kadınlar ise yumurta hücrelerini, bunlara ihtiyaç duyan kişilere arz etmek üzere kurulan ve bu hücreleri muhafaza eden sperm ve yumurta bankalarına bağışlamakta, bazı kadınlar ise, laboratuvar ortamında döllen embriyoyu kendi rahminde taşımak ve doğuracağı çocuğu teslim etmek konusunda, eşleri hâmile kalamayan çiftlerle sözleşmeler yapmaktadır.

Görüldüğü gibi, insan vücudundan elde edilen biyolojik maddeler, geçmişte olduğu gibi günümüzde de başta sağlık olmak üzere, araştırma, bilim ve ilâç sanayisi gibi birçok alanda, türlü sebepler ve farklı ihtiyaçlar doğrultusunda her gün biraz daha yaygınlaşarak kullanılmakta ve bu sektörler içinde yer alan kişi ve kurumlar arasında gerçekleştirilen sayısız sözleşmeye konu teşkil etmektedir.

Bu nedenle çalışmamızın ikinci bölümünde, insanların organ, doku ve hücrelerine ilişkin olarak gerçekleştirdikleri hukukî işlemleri, bu işlemlerin unsurlarını ve hukukî niteliklerini ortaya koymaya çalışacağız. Konumuzu, yaşayan bir kimsenin, sağlığında hüküm doğurmak üzere kendi vücudundan biyolojik madde alınması ya da vücuduna biyolojik madde nakledilmesi amacıyla gerçekleştirdiği hukukî işlemlerle sınırlı tuttuğumuzu bir kez daha hatırlatmakta fayda görüyoruz. Bu bakımdan kişinin, ölümünden sonra hüküm doğurmak üzere cesedinin tamamının ya da bu cesetten alınacak olan belli bir organ ya da dokunun üçüncü kişilerin tasarrufuna bırakılması konusunda gerçekleştirdiği ölüme bağlı tasarruflar inceleme konumuz dışındadır. Ancak biz, insan kökenli biyolojik maddelerin konu olabileceği hukukî işlemler bahsine geçmeden evvel, biyolojik madde verme borcu ve bu borcun hukukî niteliği üzerinde durmak gerektiğini düşünüyoruz.

## **§ 2. İnsan Kökenli Biyolojik Madde Verme Borcu ve Bu Borcun Hukukî Niteliği**

Türk Medenî Kanununun 23. maddesine 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı kanunla eklenen üçüncü fıkra, *“Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu*

*altına girmiş olandan, edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz” hükmünü getirmiştir.*

Biyolojik madde verme borcu altına girmiş olan kişiden, edimini yerine getirmesinin istenememesi ve tazminat talebinde bulunulamaması, bu borcun, “eksik borç” niteliğinde olduğu görüşünün ortaya atılmasına neden olmuştur<sup>387</sup>. Sözgelimi, kanını bağışlamak konusunda bir kan merkezine taahhütte bulunan borçlu, bu taahhüdünü yerine getirmezse, kan merkezi, kanın borçludan alınması konusunda, borçluya karşı ifa talebinde bulunamayacağı gibi, borca aykırılık yüzünden uğramış olduğu zararların tazmini de isteyemeyecektir.

Bilindiği gibi, geçerli bir borç ilişkisi kurulduğunda, borçlunun borcuna uygun hareket etme zorunluluğu bulunmaktadır. Borçlu, buna aykırı hareket ederse, alacaklı aynen ifa mümkün ise aynen ifayı, değilse borçlunun borca aykırı davranması nedeniyle uğramış olduğu zararın tazminini talep edebilir<sup>388</sup>. Diğer bir deyişle, borç ilişkisi ve bundan doğan alacak hakkı, alacaklıya, borçludan borçlandığı edimi dava ve cebri icra yoluyla talep ve takip hakkı vermektedir<sup>389</sup>. Ancak bazı durumlarda, borç ilişkisinden doğan alacak hakkı, borçlunun borcuna aykırı davranması hâlinde, alacaklıya, borçluyu ifaya zorlama yetkisi vermez<sup>390</sup>. Borçlu tarafından rızaen yerine getirilmemesi hâlinde, özel sebepler dolayısıyla, cebri icra yoluyla (zorla) tahsili mümkün olmayan bu gibi borçlara genel olarak “eksik borç” adı verilmektedir<sup>391</sup>. Eksik borç söz konusu olduğunda dahi, borçlu dilerse borcunu

<sup>387</sup> Bkz. **Akıncı**, sh. 68, 80; Mustafa **Demiray**, Roma Hukukundan Türk Hukukuna Eksik Borç Kavramı, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. 1, İstanbul 2009, sh. 584; Zafer **Zeytin**, Organ Naklinde Kişinin Kendi ve Başkasının Geleceğini Belirleme Hakkı, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, sh. 254.

<sup>388</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 26-27, 45; Kemal **Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2010, sh. 14; Pierre **Engel**, Traité des Obligations en Droit Suisse, Neuchâtel 1973, sh. 35; Daniel **Guggenheim**, Le droit suisse des contrats, T. I, La conclusion des contrats, Genève 1991, sh. 9-10; Ahmet **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Ankara 2010, sh. 28; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, Borçlar Hukuku, sh. 23; Rona **Serozan**, Borçlar Hukuku-Özel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2006, sh. 5.

<sup>389</sup> **Eren**, sh. 82; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, Borçlar Hukuku, sh. 23; Kenan **Tunçomağ**, Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, sh. 41.

<sup>390</sup> **Eren**, sh. 82; **Oğuzman/Öz**, sh. 15; **Tunçomağ**, sh. 41; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, Borçlar Hukuku, sh. 23-24.

<sup>391</sup> Bkz. **von Tuhr** Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı C: 1-2, Çeviren: Cevat Edege, Ankara 1983, sh. 33; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 44; **Oğuzman/Öz**, sh. 15; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, Borçlar Hukuku, sh. 23; **Engel**, sh. 41; **Serozan**, Borçlar

ifa edebilir. Ancak isteyerek borcunu ifa eden borçlu, artık ifa etmiş olduğu edimin iadesini talep edemez<sup>392</sup>. Zira borçlu burada, borç olmayan bir şeyi ifa etmiş ya da bir bağışlamada bulunmuş olmayıp, bir borcu ifa etmiş sayılmaktadır<sup>393</sup>.

Eksik borçların hukukî niteliği konusunda ortak bir görüş bulunduğunu söylemek güçtür<sup>394</sup>. Öğretide “eksik borç” başlığı altında yer verilen durumlar<sup>395</sup> arasında önemli farklar bulunmaktadır<sup>396</sup>. Hattâ eksik borçların esaslı özelliğinin borçlunun, dava, cebrî icra ya da tazminat yoluyla ifaya zorlanamayışı mı, yoksa, rıza ile verilenin geri istenemeyişi mi olduğu yönünde tartışmalar bulunmaktadır<sup>397</sup>.

Kanaatimizce, biyolojik madde verme konusundaki taahhüt, yalnızca MK m. 23/f. 3’ün ikinci cümlesinde, “edimin yerine getirilmesinin istenemeyeceği” ve “maddî ve manevî tazminat talebinde bulunulamayacağı” yönünde ifadelerle yer verilmiş olması nedeniyle eksik borca benzetilebilir. Fakat bize göre, alacaklının, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olan kişiden, edimini yerine getirmesini isteyememesi, borcun konusunun biyolojik madde olmasından değil, borcun ifasının, borçlunun kişilik değeri ile doğrudan bağlantılı olmasından kaynaklanmaktadır. Tıpkı, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olan kişi gibi, özel hayatına dair sırlarını, yayımlanmak üzere bir gazeteye verme borcu altına giren kişi de, alacaklı tarafından bu bilgilerini vermeye zorlanamaz. Nitekim bu örneklerde, sözleşmeye

---

Hukuku, sh. 5. Borçluyu alacaklıya karşı borcunu ifaya zorlamak için kullanılan hukukî yaptırım unsurunun eksik olduğu borçlara, eksik ya da tabii borç (*obligatio naturalis*); yaptırım unsuru ile tamamlanmış borçlara ise “tam borç” (*obligatio civilis*) denilmektedir. Bkz. **Demiray**, sh. 564.

<sup>392</sup> Ortada eksik de olsa, mevcut bir borç olduğu için, borçlunun bu borcu ifa etmesi, alacaklı bakımından sebepsiz zenginleşme oluşturmayacaktır. **Eren**, sh. 83. Bu yönüyle, eksik borçların, tam borçlardan farkı bulunmamaktadır. Fark, yukarıda da belirttiğimiz gibi, eksik borçlarda, borçlunun borcuna aykırı davranması hâlinde, sorumluluğunun devlet gücüyle sağlanamamasındadır. Bkz. **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 29.

<sup>393</sup> **Oğuzman/Öz**, sh. 15; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö**, Borçlar Hukuku, sh. 29; **Eren**, sh. 83; **Engel**, sh. 42; **Tunçomağ**, sh. 41.

<sup>394</sup> **Oğuzman/Öz**, sh. 16; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 46.

<sup>395</sup> **Eren**, eksik borçları, doğuştan, geçici ve sonradan eksik borç olmak üzere üç başlık altında incelemektedir. Bkz. **Eren**, sh. 83-87.

<sup>396</sup> Konunun bu nedenle “karanlık” ve “tartışmalı” olduğu görüşünde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 44.

<sup>397</sup> Bu konudaki tartışmalar ve görüş farklılıkları için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 44-46 ve **Demiray**, sh. 574. Yazar, borçluya dava açılmamasını, eksik borcun temel özelliği olarak kabul etmektedir (sh. 587). Aksi yönde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 58. Yazar, “rıza ile ödenenin geri alınmaması” unsurunun, eksik borç başlığı altında toplanan çeşitli ilişkilerin tek ortak noktası olduğunu ifade etmektedir. Aynı yönde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö**, Borçlar Hukuku, sh. 24; **Tunçomağ**, sh. 42.

konu olan edimin ifası, doğrudan doğruya borçlunun kişilik değerleri ile ilişkilidir. Borçlunun, kişilik değerleri üzerinde sahip olduğu kişilik hakkı, herkese karşı ileri sürülebileceğinden, borçlu bu hakkını, borç ilişkisindeki alacaklı tarafa karşı da ileri sürebilecektir. Alacak hakkına sahip olmasına rağmen, borçlunun kişilik hakkına yönelik bir müdahalede bulunma yetkisi olmayan alacaklı da, borçludan edimini yerine getirmesini isteyemeyecek, uğradığı zararlar için maddî ve manevî tazminat talebinde bulunamayacaktır<sup>398</sup>.

Bu bakımdan, borcun konusu olan biyolojik madde, meydana geldiği kişinin kişilik değerleri ile ilişkilendirilebildiği müddetçe, alacaklının, bunların teslimi konusunda borçluya karşı bir zorlamada bulunması mümkün değildir. Ne zaman ki, borcun konusu olan biyolojik maddenin, vücudundan alındığı kişinin kişilik değerleri ile ilişkisi kurulamaz hâle gelir; o ândan itibaren, alacaklı, biyolojik madde verme konusunda borç altına giren kişiden, edimini yerine getirmesini talep ve dava edebilir. Görüşümüzü bir örnekle somutlaştırmaya çalışalım: Kestirmeyi düşündüğü saçlarını satıp, devretme konusunda bir peruk satıcısıyla anlaşan kadın, saçlarını kestirmekten vazgeçerse, peruk satıcısı, kadından, edimini zorla yerine getirmesini isteyemeyecek, maddî ve manevî tazminat talebinde de bulunamayacaktır. Bunun nedeni, borcun aynen ifasının talep edilmesi hâlinde, borçlunun vücut bütünlüğü değerinin, saçların zorla kestirilmesi fiili ile ihlâl edilecek olmasıdır. Kezâ, alacaklının tazminat talebinde bulunmasına imkân verilmesi de, borçluyu, tazminat ödemekten kaçınmak uğruna, saçlarını kestirmeye zorlayacaktır.

Buna karşılık, aynı kadın, saçlarını kestirmiş olmasına rağmen, kendisine daha fazla para vermeyi kabul eden bir başka peruk satıcısıyla anlaştığı için, ilk peruk satıcısına karşı borç altına girdiği edimi yerine getirmezse; alacaklı, borçludan, borcunu yerine getirmesini dava yoluyla isteyebileceği gibi, borca aykırılık nedeniyle uğradığı zararın tazminini de talep edebilmelidir. Nitekim henüz kesilmemiş olan saçların, borçlunun kişilik değeri ile bağlantısını kurmak pek tabii ve mümkün iken;

<sup>398</sup> MK m. 23/f. 3'ün ikinci cümlesinde yer alan ve biyolojik madde verme borcu altına girmiş, fakat borcunu yerine getirmemiş olan kişiden, maddî ve manevî tazminat istenemeyeceğine ilişkin hükmün, amaca göre yorumlanması gerektiği yönünde bkz. **Dural/Öğüz**, sh. 110. Yazarlar, hükmün esas amacının, biyolojik madde verme borcu altındaki kişiyi, organ ve doku verme baskı ve zorlamalarından kurtarmak olduğunun altını çizmekte, bu nedenle karşı tarafın, vericinin taahhüdüne güvenerek yapmış olduğu masrafların, en azından hakkaniyete uygun bir bölümünün ödenmesini isteyebilmeleri gerektiğini savunmaktadırlar.



başkasına satılmak üzere kesilmiş olan saçlar hakkında aynı neticeye varmak kanaatimizce mümkün olmaz.

Aynı şekilde, vericilerden elde ettiği kanı, özel bir hastane işletmesine verme konusunda borç altına giren bir kan bankası, bu borcunu yerine getirmediği takdirde, alacaklı işletme, kan bankasına karşı, edimin ifası yönünde bir talepte bulunulabileceği gibi; hastalarına gereken tedaviyi uygulayamamış olması nedeniyle uğradığı zararların tazminini talep ve dava edebilecektir. Bunun nedeni, borçlunun borcunun konusu, her ne kadar, MK m. 23/f. 3’de yer aldığı gibi “biyolojik madde verme borcu” olsa da, bu borcun, borçlunun kişilik değerleri ile herhangi bir ilişkisinin bulunmamasıdır.

Vermiş olduğumuz örneklerden, şu yönde bir sonuç çıkarabileceğimizi düşünüyoruz: Borçlu, bedeni içinde ya da bedenine bağlı olarak varlık sürdüren, diğer bir deyişle, kendi vücut bütünlüğü değeri şemsiyesi altında korunan organ, doku ve hücrelerini verme yönünde bir taahhütte bulunduğunda, alacaklı, bu taahhüdünü yerine getirmesini borçludan talep edemeyecektir. Aynı şekilde, borçlunun vücudundan ayrılmış olmasına rağmen, onun bazı kişilik değerleri ile ilişkisi devam eden, üreme hücresi ya da DNA molekülü gibi biyolojik maddelerin verilmesi konusundaki taahhüdün de, alacaklı tarafından ifası istenemez. Buna karşılık, borçlunun vücudundan ayrıldığı için, vücut bütünlüğü değeri ile ilişkisi kesilen, aynı zamanda, borçlunun diğer kişilik değerleri ile de irtibatı bulunmayan biyolojik maddelerin verilmesi konusundaki taahhütler söz konusu olduğunda, bu borcun alacaklısı, biyolojik madde verme konusunda borç altına giren kişiden, borcunu yerine getirmesini pekâlâ isteyebilecektir. Bu bakımdan, örneğin kesilmiş saçların ya da vücuttan alınmış olan bir poşet kanın mülkiyetini devretme konusunda taahhütte bulunan kişi de, esas itibarıyla “insan kökenli biyolojik madde verme borcu” altına girmiş olsa da, onun bu borcu, eksik değil, tam borç niteliğindedir.

O hâlde, öğretilerde sıklıkla karşılaştığımız ve biyolojik madde verme borcunun eksik borç niteliğinde olduğu yönündeki görüşün her zaman için doğru olmadığını düşündüğümüzü bu vesile ile belirtelim. Fikrimizce, biyolojik madde verme taahhüdünde bulunan kişiden, bu taahhüdünü yerine getirmesinin talep ve dava edilemeyeşi, hiçbir borcun ifası için borçlunun kişilik değerlerine dokunulamayacağı

ve onun kişilik hakkına zorla müdahalede bulunulamayacağı prensibinden kaynaklanmaktadır<sup>399</sup>. Yani, kişi, yalnızca biyolojik madde verme konusunda değil, kişilik değerleri ile ilgili herhangi bir konuda taahhütte bulursa dahi, alacaklı tarafından borcunu yerine getirmeye zorlanamaz. Ne zaman ki, borcun konusunun, borçlunun kişilik değerleri ile bağlantısı kopar, işte bu ândan itibaren, alacaklı borçluyu ifaya zorlayabilir ve eksik borcun varlığından söz edilemez.

Öte yandan, biyolojik madde verme borcunun eksik borç niteliğinde olmadığını düşünmemizi sağlayan diğer bir unsur ise şudur: Bilindiği gibi, eksik borçların ifası, alacaklıya yapılmış bir bağışlama mahiyetinde değildir<sup>400</sup>. Borçlu bu ifayı, bağışlama sebebiyle değil, ifa sebebiyle yerine getirmektedir<sup>401</sup>. Dolayısıyla, borçlu, burada BK m. 244 vd. hükümleri uyarınca, bağışlamadan dönme imkânına da sahip değildir<sup>402</sup>. Oysa ileride de bahsedeceğimiz gibi, yeniden kullanılması amacıyla vücudundan biyolojik madde alınmasına rıza göstererek, karşı tarafın malvarlığına yönelik bir kazandırmada bulunan kimse, varolan bir borcunu ifa etmek veya bir karşı edim (alacak) elde etmek amacıyla değil, tamamen bağışlama sebebi (*causa donandi*) ile hareket etmektedir<sup>403</sup>. Dolayısıyla, eksik borçların bu özelliği de, biyolojik madde verme borcunun esaslı unsurları ile uyum göstermemektedir.

<sup>399</sup> Bu nedenle, borçlunun, sadece vücut bütünlüğüne yapılacak olan müdahalelerde değil, kişilik hakkına dâhil olan herhangi bir değere müdahale yapılmasına ilişkin olarak verdiği rızayı geri alması hâlinde de, bir zorlamanın söz konusu olamayacağı ve rızayı geri almadan dolayı tazminat istenemeyeceği yönündeki haklı görüşe de katıldığımızı belirtmek istiyoruz. Bkz. bu görüşte **Dural/Öğüz**, sh. 110. Benzer yönde bkz. **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, sh. 439.

İsviçre hukukunda **Pelet** (sh. 306), bir kan bankasının, kendisine kan verme taahhüdünde bulunan ancak bu taahhüdünü yerine getirmeyen bir kişiye karşı, ifa talebinde bulunamayacağını, nitekim kanın, borçlunun vücudundan zorla alınmayacağını dile getirmektedir. Yazar, buna gerekçe olarak da, borçlunun vücut bütünlüğü değeri ile ilgili olarak sahip olduğu kişilik hakkını ve bu hakkın dokunulmazlığını göstermektedir. Kanımızca, bu görüş, MK m. 23/f. 3 hükmünün bulunmaması hâlinde dahi, kimsenin vücudundan biyolojik madde vermeye zorlanamayacağı yönündeki kuralın, hukuk düzenince güvence altına alınmış olduğunun bir göstergesidir. Nitekim MK m. 23'ün karşılığı olan İMK m. 27'de üçüncü fıkra yer almadığı hâlde, MK m. 23/f. 3 hükmü ile amaçlanan neticenin, İsviçre hukukunda yorum yoluyla ortaya çıkarıldığı görülmektedir.

<sup>400</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 57; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 29; **Eren**, sh. 83; **Oğuzman/Öz**, sh. 15; **Engel**, sh. 42; **Tunçomağ**, sh. 41.

<sup>401</sup> **Oğuzman/Öz**, sh. 15; **Demiray**, sh. 585; **Engel**, sh. 42; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 29.

<sup>402</sup> **Eren**, sh. 86; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 30; **Demiray**, sh. 579; **Engel**, sh. 42; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 57, dn. 49.

<sup>403</sup> Bkz. aşağıda Böl. 2, §3, I, 2, b, cc, bbb'de yapılan açıklamalar.

### § 3. İnsan Kökenli Biyolojik Maddeleri Konu Alan Hukukî İşlemlerin Gruplandırılması

İnsan kökenli biyolojik maddeleri konu alan hukukî işlemler, yapılarındaki amaca göre farklı gruplandırmalara tâbi tutulabilir. Örneğin, biyolojik maddenin, belli bir süreliğine bir yerde muhafaza edilmesi amacıyla vücuttan alınması ile, kişiyi tedavi etmek amacıyla ya da biyolojik maddenin yeniden kullanılabilmesi amacıyla alınması arasında, tarafların sözleşme ile güttükleri amaç, sözleşmelerin içeriği ve bunların hukukî niteliği bakımından belirgin farklar bulunmaktadır. Aslına bakılacak olursa, BK m. 19/f. 1 ile ortaya konulan sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde, insan kökenli biyolojik maddeleri konu alan, farklı içerikte çok sayıda sözleşme yapılabilir. Meselâ, ünlü bir sanatçının kişisel eşyalarını sergilemeyi hedefleyen bir müze işletmecisi, hayranlarının ilgisini çekeceğine inandığı için, sanatçı ile, ondan saçlarının bir kısmını, tırnağını, hâttâ kanını, belli bir ücret karşılığında kendisine devretmesi konusunda anlaşabilir. Ancak, biz, bu bölümde, istisnâ nitelikte içeriğe sahip olan bu gibi sözleşmeler yerine, bilimsel araştırma ve sağlık uygulamaları bakımından en çok rastlanılan sözleşmeler ve bu sözleşmelerin hukukî niteliği üzerinde duracağız. Ancak, hukukî nitelik tespitinde bulunabilmek için, bu işlemlerin yapılış amaçlarına göre belli sınıflara ayrılarak incelenmesinin daha faydalı ve pratik olacağına inanıyoruz.

#### I. Kişinin Vücutundan Biyolojik Madde Alınmasını Konu Alan Hukukî İşlemler

##### 1- Genel Olarak

İnsan kökenli biyolojik maddeleri konu alan hukukî işlemlerden bazıları, kendisinden biyolojik madde alınan kişi ile klinik ya da hastane işletmesi gibi özel sağlık kuruluşları<sup>404</sup> arasında gerçekleştirilmektedir. Bu tip sözleşmelerin konusunu, kişinin vücutundan belirli amaçlarla organ, doku ya da hücre alınması oluşturur. Biyolojik madde alımı, kendisinden biyolojik madde alınacak olan kişiyi tedavi etmek ya da onun fiziksel görünümünü düzeltmek amacıyla gerçekleştirilebileceği gibi, vücuttan ayrılan biyolojik maddenin yeniden değerlendirilebilmesi veya kişinin vücudu dışında belli bir süre muhafaza edilmesi amacıyla da gerçekleştirilebilir.

<sup>404</sup> Devlet hastaneleri ile kamu tüzel kişiliği bulunan sağlık kuruluşlarının taraf olduğu sözleşmeler ise, idare hukuku hükümlerine tâbi olacaktır. Bu konuda bkz. Köksal **Bayraktar**, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972, sh. 36.

## **2- Kişinin Vücudundan Biyolojik Madde Alınmasını Konu Alan Hukukî İşlemlerin Amaç Bakımından Sınıflandırılması**

### **a) Tedavi, Sağlık ve Estetik Amacıyla Biyolojik Madde Alınması**

#### **aa- Genel Olarak**

İnsan vücudunda bulunan organ, doku ve hücreler, sağlıklı bir biçimde işlev görme yeteneğini kaybettiklerinde, kişinin yaşamını olumsuz yönde etkilemeye başlar. Bu gibi hastalıklı organ ve dokuların, kişinin vücudunda barınmaya devam etmesi kişinin sağlığını bozabileceği gibi, onun uzun vadede yaşamını kaybetmesine dahi neden olabilir. Bu bakımdan, kişiyi tedavi etmek amacıyla, hastalık taşıyan veya işlevini yitirmiş olan biyolojik maddelerin vücuttan ayrılması gereksinimi doğar. Örneğin, tümörlü bir hücrenin, bademciklerin, böbrek ya da safra kesesi taşlarının alınması, çürümüş dişlerin çekilmesi böyledir.

Bunun dışında, sağlığı için herhangi bir tehlike yaratmamakla birlikte, dinsel, sosyal ya da estetik nedenlerle de, kişi, vücudundan biyolojik madde alınması konusunda istek duyabilir. Sünnet derisinin alınması, saçların ya da tırnakların kesilmesi konusunda yapılan sözleşmeler, bu istekler doğrultusunda gerçekleştirilmektedir.

Vücuttan, hastalıklı bir organ, zedelenmiş bir doku ya da işlevini yitirmiş hücrelerin alınmasını konu alan sözleşmelerde kimi zaman, kişinin tedavisi ve sağlığına kavuşması amacının ağır bastığı, kimi zaman ise kişinin tedavisinden ziyâde, dış görünümünün değiştirilmesi amacının üstün geldiği görülmektedir. Vücuttan biyolojik madde alma taahhüdünde bulunan kişinin iş görme konusunda borç altına girdiği bu tip sözleşmelerin yapılış amaçlarındaki farklılık, konunun iki ana koldan incelenmesi gerekliliğini doğurmaktadır.

#### **bb- Vekâlet sözleşmesi niteliğindeki biyolojik madde alımları**

##### **aaa) Tanımı ve mahiyeti**

Vekâlet akdi, tanım itibarıyla, vekile, müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelik bir iş görmeyi, herhangi bir zaman kaydına tâbi olmaksızın

yükleyen bir sözleşmedir<sup>405</sup>. Diğer iş görme amacını taşıyan sözleşmelerden farklı olarak, vekil borçlandığı edimi yerine getirirken nisbeten daha bağımsız hareket eder<sup>406</sup>. Ayrıca, eser sözleşmesinden farklı olarak da, vekil, iş görme edimini özenle yerine getirmekle yükümlü olup, istenen sonucun gerçekleşmemesinden sorumlu tutulmaz<sup>407</sup>.

Kişinin vücudundan biyolojik madde alınması, uygulamada çoğunlukla hasta ile hekim arasında kurulan tedavi sözleşmesi kapsamında gerçekleşmektedir<sup>408</sup>. Hastanın vücudundan, onun tedavisine ve sağlığına kavuşması amacıyla yönelik olarak biyolojik madde alınması konusunda hekim ile hasta arasında gerçekleştirilen sözleşme, hukukî niteliği itibariyle bir vekâlet akdi olarak tanımlanmaktadır<sup>409</sup>.

<sup>405</sup> Halûk **Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 5. Bası, İstanbul 2010, sh. 356; Mustafa Alper **Gümüş**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 2010, sh. 238; **Yavuz**, sh. 608; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 471.

<sup>406</sup> Franz **Werro**, Commentaire Romand, Code des Obligations I (éd.: Luc Thévenoz-Franz Werro), Art. 394-406h, Genève 2003, sh. 2023; **Gümüş**, C. 2, sh. 242; **Tandoğan**, C. II, sh. 374; **Yavuz**, sh. 608; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 473.

<sup>407</sup> Pierre **Tercier**/Pascal G. **Favre**, Les contrats spéciaux, Zurich 2009, No: 4988; **Werro**, sh. 2024; **Gümüş**, C. 2, sh. 248; **Yavuz**, sh. 608; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 473; **Tandoğan**, C. II, sh. 377. Bu konuda bkz. Yarg. 13. HD, 28.11.2005, 11159/17474 (<http://www.kazanci.com>). Davacının göğsünde bulunan bir kitlenin çıkarılması amacıyla yapılan operasyon sonucunda, parçanın bir bölümünün davacının göğüs dokusu içinde kaldığının anlaşılmasına rağmen, mahkeme, hekim ile hasta arasındaki uyuşmazlığın, esas olarak bundan kaynaklanmadığını ortaya koymuştur. Mahkemeye göre, uyuşmazlık, gerçekleştirilen operasyonun, tıbbın gereklerine uyulup uyulmadığı, olayda doktor hatası bulunup bulunmadığı ve davacının bu olay nedeniyle zarar görüp görmediği noktasında toplanmaktadır. Mahkeme, biyolojik bir maddenin vücuttan alınması operasyonunda, hekimin hastasına karşı, belli bir sonucun elde edilmesine (kitlenin çıkarılmasına) yönelik bir borç altına girip girmediğini tartışmaksızın, taraflar arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğuna hükmetmiş ve olaya vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

<sup>408</sup> Marinette **Ummel**/Aline **Schmidt**/Odile **Pelet**/Jean-François **Dumoulin**/Eric **Lässer**, La Réutilisation des Tissus Humains, IDS, Cah. No: 10, Neuchâtel 2000, sh. 41.

<sup>409</sup> Bkz. **Yavuz**, sh. 609; Hasan **Erman**, Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Prof. Dr. Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, sh. 143; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 471; Fahrettin **Aral**, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, sh. 391; **Ayan**, sh. 53-56; Zarife **Şenocak**, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, sh. 25; Saibe **Oktay**, Rapport Turc, La Responsabilité: Aspects Nouveaux, Paris 2003, sh. 405; Veysel **Başpınar**, Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, sh. 195; **Gümüş**, C. 2, sh. 242; Halil **Akkanat**, Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, sh. 30-31.

İsviçre hukukunda bkz. **Manai**, Biomédecine, sh. 76; Olivier **Guillod**/Christophe **Rapin**, Rapport Suisse, La Responsabilité: Aspects Nouveaux, Paris 2003, sh. 375; Jean-Daniel **Rumpf**, Médecins et Patients dans les Hôpitaux Publics: En Particulier la Responsabilité Civile À Raison des Actes Médicaux, Lausanne 1991, sh. 108; Peter **Gauch**, Le contrat d'entreprise, (adpt. française: Benoît Carron) Zurich 1999, No: 44; François **Chaix**, Commentaire Romand, Code des Obligations I (éd.: Luc Thévenoz-Franz Werro), Art. 363-379, Genève 2003, sh. 1872.

Hekim, hastanın tedavisi amacıyla onun vücudundan biyolojik madde alma konusunda borç altına girerken, bir maddî fiilin ifasını taahhüt etmektedir<sup>410</sup>. Örneğin, bir anemi hastasının dalağının olağandışı bir vaziyette büyüdüğünü tespit eden hekimin, hastanın dalağını alma konusunda ona karşı taahhütte bulunması, BK m. 386/f. 1'de yer alan, "işin idaresi" ya da "hizmetin ifası" kapsamına giren bir iş görme niteliğinde sayılmaktadır.

### bbb) Unsurları

#### i. Bir işin görülmesi

Az önce de belirtmiş olduğumuz gibi, bu tip sözleşmelerde, hekim, hastayı sağlığına kavuşturmak amacıyla, onun vücudundan biyolojik madde alma konusunda borç altına girmekte ve bu suretle, maddî fiil niteliğinde bir iş görmeyi taahhüt etmektedir<sup>411</sup>. İş görme kavramı içinde ele alınabilecek tüm davranışlar, kanunla düzenlenen bir başka iş görme sözleşmesinin konusunu oluşturmadıkça veya açıkça kendisine özgü yapısı olan (*sui generis*) bir sözleşme şeklinde taraflarca düzenlenmedikçe, vekâlet sözleşmesinin varlığından söz edilecektir<sup>412</sup>.

Bu bakımdan bir kimsenin, diğer bir kimsenin vücudundan, tedavi amacıyla organ, doku veya hücre alma konusunda borç altına girdiği sözleşmeler, kanundaki diğer iş görme sözleşmelerine girmeyip, kendisine özgü yapısı olan bir sözleşmeye de konu olmadıkça, BK m. 386/f. 2 gereği vekâlet sözleşmesinin kapsamı içinde ele alınacaktır.

---

Yargıtay kararlarında da göze çarpan husus, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin genel olarak vekâlet akdi olarak nitelendirilmesidir. Bu doğrultuda bkz. Yarg. 13. HD, 18.9.2008, 4519/10750; Yarg. 13. HD, 19.10.2006, 10057/13842; Yarg. 13. HD, 10.10.2006, 10068/13288; Yarg. 13. HD, 28.11.2005, 11159/17474; Yarg. 13. HD, 8.7.2005, 3645/11796; Yarg. 13. HD, 7.2.2005, E. 2004/12088, K. 2005/1728; Yarg. 13. HD, 9.2.2005, E. 2004/17626, K. 2005/2021; Yarg. 13. HD, 7.2.2005, E. 2004/13012, K. 2005/1711. Kararların tümü için bkz. <http://www.kazanci.com>.

<sup>410</sup> **Aral**, sh. 391; **Gümüş**, C. 2, sh. 242; **Yavuz**, sh. 609; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 477.

<sup>411</sup> **Tercier/Favre**, No: 4982; **Ayan**, sh. 54; Mustafa Alper **Gümüş**, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001, sh. 29.

<sup>412</sup> **Tercier/Favre**, No: 4989; **Werro**, sh. 2026; **Tandoğan**, C. II, sh. 360; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 474-475. Vekâlet hükümlerinin, kendine özgü yapısı olan ve iş görme borcu doğuran sözleşmeler hakkında uygulanıp uygulanamayacağı tartışması için bkz. **Aral**, sh. 394-396 ve **Yavuz**, sh. 612-613; **Gümüş**, C. 2, sh. 249-251.

## ii. İşin müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun olarak yapılması

Vekâlet sözleşmesinde vekilin gördüğü iş, müvekkile ya da müvekkil dışında üçüncü bir kişiye ait olmalı ve bunların menfaatlerine uygun olarak yapılmalıdır<sup>413</sup>. Bundan ortaya çıkan sonuç, bir kimsenin kendine ait olan işini, kendi menfaatine uygun olarak gerçekleştirmesinin vekâlet akdine konu olamayacağıdır<sup>414</sup>. Zaten böyle bir durumda, borcun alacaklısı olmayacağından, ortada sözleşmesel bir ilişki de olmaz<sup>415</sup>.

Bununla beraber, işin görülmesi, müvekkilin menfaatine olduğu kadar, vekilin de menfaatine uygun olabilir. İşin görülmesinden müvekkille beraber, vekilin de yarar görmesi, vekâlet sözleşmesinin varlığına engel olmaz<sup>416</sup>. Meselâ, kanserli hücreleri vücuttan temizleyerek almak karşılığında, hastadan yüksek miktarda bir ücret talep eden cerrahın, üstlendiği işi görmesinde, hem hastanın sağlığına yönelik, hem de hekimin malvarlığına yönelik bir menfaati bulunmaktadır.

İşin, müvekkilin iradesine uygun yapılması ise, müvekkilin vekili her zaman azledebilme yetkisinde ve onun açık biçimde ortaya koyduğu tâlimatlarına vekilin karşı koyamamasında kendini göstermektedir<sup>417</sup>.

## iii. Zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilememesi tehlikesini taşımaksızın belli bir yönde iş görülmesi

İş görme borçlusunun, işi belli bir zaman kaydına bağlı olmaksızın görmesi, vekâlet sözleşmesini, hizmet sözleşmesinden ayıran önemli bir özelliktir<sup>418</sup>. Bu

<sup>413</sup> Tandoğan, C. II, sh. 360; Werro, sh. 2025; Gümüş, C. 2, sh. 243; Yavuz, sh. 614; Zevkliler/Gökyayla, sh. 477. Bu konuda ayrıca bkz. YHGK, 17.6.1992, 1-273/391: “Vekilin vekâlet görevini kendisini vekil edenin yararına kullanması esastır” (<http://www.kazanci.com>).

<sup>414</sup> Werro, sh. 2025; Tercier/Favre, No: 4987; Tandoğan, C. II, sh. 360-361; Yavuz, sh. 614; Gümüş, C. 2, sh. 244; Zevkliler/Gökyayla, sh. 477.

<sup>415</sup> Tandoğan, C. II, sh. 361; Yavuz, sh. 614.

<sup>416</sup> Yavuz, sh. 614; Werro, sh. 2025; Zevkliler/Gökyayla, sh. 477. Aksi görüşte Aral, sh. 392. Yazar, vekilin ücretten elde edeceği menfaatin, müvekkilin işin görülmesinden elde edeceği menfaate göre tâli nitelikte olduğunu ileri sürmektedir. Kanaatimizce, bu konuda menfaatler arasında aslî-tâli ayrımı yapılmasının bir önemi olmadığı gibi, bu denge, görülen işin önemine ve niteliğine göre değişiklik gösterebilir. Bununla birlikte, vekilin elde edeceği menfaatin tâli nitelikte olacağı kabul edilse dahi, bu durum, vekâletin vekil yararına da sonuç doğurduğu gerçeğini değiştirmez.

<sup>417</sup> Tandoğan, C. II, sh. 363.

<sup>418</sup> Werro, sh. 2028; Tandoğan, C. II, sh. 376; Yavuz, sh. 615; Zevkliler/Gökyayla, sh. 484; Gümüş, C. 2, sh. 245.

bakımdan, örneğin bir kulak-burun-boğaz uzmanının, belli bir süre için bir hastane işletmesiyle anlaşarak, bu süre içinde hastaneye gelen hastaları ameliyat etmek konusunda borç altına girmesi hâlinde, hastane işletmesi ile uzman hekim arasında bir hizmet sözleşmesinden; buna karşılık aynı hekimin, emeğini bir hastane işletmesine özgülemeksizin, kendisine başvuran bir hastanın bademciklerini almak konusunda, ona karşı borç altına girmesi hâlinde ise, uzman hekim ile hasta arasında bir vekâlet sözleşmesi olduğundan bahsedilecektir<sup>419</sup>.

Verdiğimiz örnekteki kulak-burun-boğaz uzmanı ile hasta arasında gerçekleştirilen sözleşmede, hekim, tıbbî emek ve çalışmasını belirli ya da belirsiz bir süre için, hastanın emrine tahsis etme konusunda borç altına girmediğinden, bu sözleşmenin hizmet akdi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir<sup>420</sup>. Nitekim hekime, gördüğü işin niteliği gereği, tedaviyi belli bir süre içinde tamamlama ya da yapacağı ameliyatı mutlaka belli bir saate kadar bitirme gibi bir borç yüklenemez. Hastanın yaşı, sağlık durumu ya da ameliyatın zorluğu gibi somut olaya göre değişiklik gösteren faktörlerin varlığı, hekimin böyle bir süreyi önceden kesin olarak belirleyebilmesine cevaz vermez<sup>421</sup>.

İş görme borçlusunun, iş görme alacaklısına karşı belli bir sonucun elde edilmesi konusunda değil de, işi özenle ve sadakatle yürütme konusunda taahhüt altına girmesi, vekâlet sözleşmesini eser sözleşmesinden ayırır<sup>422</sup>. Bunun neticesinde, vekil, üstlendiği işi özenle yerine getirmiş olmak kaydıyla, istenilen sonucun gerçekleşmemesinden dolayı sorumlu olmayacaktır<sup>423</sup>.

Bu konuda yanıt aranması gereken husus şudur: Acaba, hastanın safra kesesini ya da böbreklerinde oluşmuş taşları alma konusunda borç altına giren

<sup>419</sup> Bu konuda bkz. Yarg. 13. HD, 17.4.2006, 695/6043 (<http://www.kazanci.com>). Kararda, taraflarca gerçekleştirilen sözleşmenin, avukatın tüm emek ve mesaisini davalı banka için harcayacağını öngören bir hüküm içermemesi nedeniyle, hizmet değil vekâlet olarak nitelendirilmesi gerektiği hükmüne varılmıştır.

<sup>420</sup> **Şenocak**, Hekimin Sorumluluğu, sh. 25.

<sup>421</sup> **Rumpf**, sh. 109.

<sup>422</sup> **Tercier/Favre**, No: 4988; **Tandoğan**, C. II, sh. 377; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 484; **Yavuz**, sh. 615; **Gümüş**, C. 2, sh. 248.

<sup>423</sup> **Tandoğan**, C. II, sh. 39; Joel **Crettaz**, De l'Inexécution des Obligations Contractuelles du Médecin: Quelques Apects, Lausanne 1990, sh. 84; **Yavuz**, sh. 616; **Werro**, sh. 2027; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 477-478; **Gümüş**, C. 2, sh. 248.



cerrah, bunları hastanın vücudundan çıkarmak konusunda belli bir sonucun elde edilmesini mi taahhüt etmektedir, yoksa onun borcu, genel olarak hastanın iyileşmesi amacıyla özenle ameliyat yapmakla mı sınırlıdır? Bu soruya verilecek olan yanıt, sözleşmenin hukukî niteliğini belirlemeye yönelik olacaktır.

Kanaatimizce, böyle bir ameliyatın gerçekleşmesine yönelik olarak hasta ile hekim arasında yapılan sözleşme ile esas olarak, maddelerin vücuttan dışarıya çıkarılması değil, hastanın tedavi edilmesi hedeflenmektedir. Safra kesesinin ya da böbrekteki taşların vücuttan alınması, hastanın sağlığına kavuşması için yapılması gereken maddî bir fiildir. Dolayısıyla böyle bir sözleşmede, hastanın tedavisi için yapılması kaçınılmaz olan cerrahî müdahaleyi özenle gerçekleştiren hekim, tüm çabalarına rağmen ameliyatı başarıyla sonlandıramasa dahi, kusuru dışında bundan sorumlu olmayacak, hâttâ iş görmenin karşılığı olan ücrete hak da kazanabilecektir<sup>424</sup>. Ameliyat olan kişinin sözleşmeden elde edeceği yarar, tedavi olmak değil de, sadece böbreğindeki taşın vücudundan dışarı çıkarılarak kendisine teslim edilmesi olsa idi, ancak böyle bir durumda sözleşmenin belli bir sonucun gerçekleşmesine yönelik olarak yapılmış olduğu ve bu nedenle de eser sözleşmesi niteliğinde olduğu söylenebilirdi.

#### iv. Vekil ile müvekkilin anlaşması

Vekâlet sözleşmesinin varlığından bahsedebilmek için, vekil ile müvekkilin, belli bir işin görülmesine yönelik olarak, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmaları gerekir<sup>425</sup>. Bu bakımdan “rızaî” olarak nitelendirilebilecek bu sözleşme ile vekil, başkasının menfaatine ve iradesine uygun olarak belli bir işin görülmesi konusunda borç altına girdiğinden, vekâlet sözleşmesi, borç doğuran bir

<sup>424</sup> Tandoğan, C. II, sh. 432. Ayrıca bkz. Yarg. 15. HD, 3.11.1999, 4007/3868 (<http://www.kazanci.com>).

<sup>425</sup> Ancak sözleşmesin kurulması için tarafların iradelerini açık bir biçimde beyan etmeleri şart değildir. BK m. 387 “*Vekilin tevdi edilen işi idare hususunda resmî bir sıfatı varsa veya işin icrası mesleğinin icabından ise yahut bu gibi işleri kabul edeceğini ilân etmiş ise vekâlet, vekil tarafından derhâl reddedilmedikçe kabul edilmiş sayılır*” demek suretiyle, vekilin vekâleti derhâl reddetmemesi hâlinde, bunu kabul etmiş sayılacağını, dolayısıyla da vekâlet sözleşmesinin kurulacağını belirtmektedir. Hekimler de, maddede belirtilen “meslekleri gereği işi icra edenler” arasında yer aldıklarından, bunlar, kendilerine yapılan vekâlet icaplarını derhâl reddetmedikleri takdirde, vekâlet sözleşmesi kurulmuş sayılacaktır. Bkz. **Zevkililer/Gökyayla**, sh. 480. Bu yöndeki bir icabı derhâl reddetmemiş olan hekim, davranışının kabul beyanı sayılamayacağını iddia ve ispat edemeyeceği için, ortada bir irade faraziyesi bulunduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Oğuzman/Barlas**, sh. 183.

sözleşme özelliğine de sahiptir<sup>426</sup>. Taahhüt edilen işin görülmesi yani biyolojik maddenin vücuttan alınması ise, sözleşmenin ifası aşaması ile ilgilidir<sup>427</sup>.

## v. Ücret

BK m. 386/f. 3, vekile ancak sözleşmede kararlaştırılması veya bu konuda bir teamülün bulunması hâlinde ücret ödenebileceğini öngörmektedir<sup>428</sup>. Bundan başka, özel kanunlarda yer alan bazı hükümler de, vekilin ücret isteme hakkını düzenleyebilir<sup>429</sup>. O hâlde ücret, vekâlet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olmadığı gibi, bir kimsenin ücretsiz olarak iş görmesinin de, diğer şartları varsa, vekâlet olarak adlandırılmasına bir engel bulunmamaktadır<sup>430</sup>.

Bu bakımdan, hasta ile onu tedavi etmek üzere vücudundan biyolojik madde alma konusunda taahhütte bulunan hekim arasındaki sözleşmede ücret konusunda bir anlaşma yapılmamış olsa dahi, cerrahî müdahalede bulunan hekimin hastadan ücret isteme hakkı teamül gereğidir<sup>431</sup>. Ücretin belirlenmesi konusunda taraflar arasında bir anlaşmazlık doğduğu vakit, hâkim, teamülden doğan ücretin tespitinde Türk Tabipleri Birliği tarafından belirlenen asgarî ücret tarifesinden<sup>432</sup> de yararlanır<sup>433</sup>. Ancak hâkim, bu ücretin somut olay açısından uygun olmadığına da kanaat getirebilir. Bu takdirde, hekim tarafından görülen işin önemini, işin yerine getirilmesi

<sup>426</sup> **Aral**, sh. 390; **Tandoğan**, C. II, sh. 364; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 474; **Yavuz**, sh. 616; **Gümüş**, C. 2, sh. 240.

<sup>427</sup> **Tandoğan**, C. II, sh. 364.

<sup>428</sup> Vekâlet akdi Türk-İsviçre hukuk sisteminde, ivazlı olarak da gerçekleştirilebilmekteyken, bu sözleşme Alman hukukunda, ivazsız bir iş görme sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Uygulamada hekimin çoğunlukla belli bir ücret karşılığında hastanın tedavisine yönelik iş görme borcu altına girmesi, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin, Alman hukukunda hizmet ya da eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesine ve bu hususta vekâlet sözleşmesinin görmezden gelinmesine neden olmaktadır. Bkz. **Akıncı**, sh. 83.

<sup>429</sup> Meselâ, Avukatlık Kanunu (m. 163-164) ve Noterlik Kanunu (m. 112), avukat ve noterlerin, gördükleri iş nedeniyle, ücret isteme hakkına sahip olduklarını öngörmektedir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Türker **Yalçınduran**, Vekâlet Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2004, sh. 155-162.

<sup>430</sup> **Yavuz**, sh. 617; **Werro**, sh. 2031; **Tandoğan**, C. II, sh. 364-365; **Gümüş**, C. 2, sh. 247.

<sup>431</sup> **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 479.

<sup>432</sup> 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu m. 28/II' ye göre, Tabip Odaları Yönetim Kurulunun görevleri arasında, "*tabip odalarının veya birlik teşekküllerinden herhangi birisinin göstereceği lüzum üzerine, muayene, ameliyat ve girişimsel işlem ücretlerinin miktarlarını gösteren rehber tarifeler düzenlemek*" sayılmaktadır. Aynı madde, söz konusu tarifelerin, Merkez Konseyince tasdik edildikten sonra Sağlık Bakanlığına bildirilmesini öngörmektedir.

<sup>433</sup> **Gümüş**, C. 2, sh. 247; **Yalçınduran**, sh. 168; **Tandoğan**, C. II, sh. 367.

için gereken uzmanlık derecesini ve onun bu iş için harcadığı emek ve zamanı göz önünde bulundurarak daha uygun bir ücrete hükmedebilir<sup>434</sup>.

#### vi. Vekilin müvekkile karşı bağımsız olması

Vekilin müvekkile karşı işini, işveren karşısındaki işçiye oranla daha bağımsız olarak görmesi, vekâlet sözleşmesini hizmet sözleşmesinden ayırmak için kullanılan bir kıstastır<sup>435</sup>. Gerçekten, iş görme borcu altındaki kişi, genel olarak bir veya az sayıda işverene ekonomik bakımdan bağımlı olarak çalışıyor ve faaliyetlerini bunlara ait işyerinde, bunların sağladığı araç ve gereçlerle sürdürüyor ise, hizmet akdinin varlığından söz edilebilir. Aslında Yargıtay'a göre, hizmet akdinin varlığının kabulü için, her zaman işçi ile işveren arasında sıkı bir bağımlılık ilişkisi bulunmayabilir<sup>436</sup>. Buna rağmen bir yandan işçi, işverenin iş organizasyonu içinde yer alıp, onun tâlimatlarına uyma dışında çalışma olanağına sahip değilse, diğer yandan işveren de, işçiye karşı denetim ve buyurma yetkisini her an kullanabiliyor ise ortada teknik ve hukukî bir bağımlılık bulunmaktadır<sup>437</sup>.

Bunun yanında iş gören, belirsiz sayıdaki kişilere karşı iş görme borcu altına girebiliyor, onlara karşı ekonomik bakımdan daha bağımsız olarak iş görebiliyor ve

<sup>434</sup> **Yalçınduran**, sh. 172-173; **Tandoğan**, C. II, sh. 367.

<sup>435</sup> **Werro**, sh. 2028; **Tercier/Favre**, No: 5001; **Gümüş**, C. 2, sh. 242; **Tandoğan**, C. II, sh. 376-377; **Yavuz**, sh. 619; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 473; **Gümüş**, Özen Borcu, sh. 30.

<sup>436</sup> Yargıtay, bağımlı çalışmayı, "işverenin belirleyeceği yerde ve zamanda, işverence sağlanacak teknik destek ve işverenin denetim ve gözetiminde yapılan çalışma" olarak tanımlamaktadır. Bunun için bkz. aşağıdaki Hukuk Genel Kurulu kararı.

Bir derneğe ait işyerinde kan alma elemanı olarak çalışan ve bu süre zarfında sigortalı olması gerektiğinin tespitine karar verilmesini isteyen davacının, bu işi, işverene bağımlı olarak değil, gönüllülük esasına dayanarak gördüğüne, dolayısıyla da ortada bir hizmet akdi bulunmadığına hükmeden ve bunda direnen yerel mahkeme kararını bozan 2.2.2005 tarih ve E. 2004/10-737, K. 2005/26 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına göre, "...davacının, davalı dernek yönetiminin faaliyet gösterdiği hastane işyerinde ve dernek yönetiminin buyruğu altında kan alma işini yaptığı ve bu iş karşılığında, kendisine yol ve yemek gideri adı altında ödeme yapıldığı anlaşılmaktadır. İşin tanımlanan niteliği, özel ve belirli bir organizasyon altında, hastane ortamının kendine özgü duyarlılığı içinde hareket etmeyi zorunlu kılmakta olup, çalışmaların hizmet akdinin bir unsuru olan bağımlılık ögesinin dışlanarak yapılmasına olanak bulunmamaktadır. Kaldı ki, Kimya Meslek Lisesini bitirdikten sonra, uzun yıllar ekonomik kaygı duymaksızın davalı dernekte sadece gönüllülük esasına göre çalışmanın kabulü, hayatın olağan akışına ve sosyo-ekonomik gerçeklere de uymamaktadır. Bağımlılık, iş ve sosyal güvenlik hukuku uygulamasında temel bir ilke olup, bu unsur, hizmetini işverenin gözetimi ve yönetimi altında yapmayı ifade eder. Ne var ki, iş hukukunun dinamik yapısı, ortaya çıkan atipik iş ilişkileri, yeni istihdam modelleri, bu unsurun ele alınmasında her somut olayın niteliğinin göz önünde bulundurulmasını zorunlu kılmaktadır" (<http://www.kazanci.com>).

<sup>437</sup> YHGK, 2.2.2005, E. 2004/10-737, K. 2005/26 (<http://www.kazanci.com>).

çalıştığı yeri ve zamanı kendisi belirleyebiliyor ise, vekâlet sözleşmesinden bahsedilebilecektir<sup>438</sup>.

Hastanın tedavisi amacıyla onun vücudundan biyolojik madde alma borcu altına giren hekim de, hastaya karşı nisbeten bağımsız hareket etmektedir. Hastayı ne zaman ameliyat edeceğine, ameliyatta hangi araçları kullanacağına, hangi teknikleri, nasıl uygulayacağına, örneğin kanserli hücrenin vücuttan alınmasının gerekli olup olmadığına kural olarak hekim karar verir. Keza hasta, kendisi için elverişli olmayan bir tıbbî müdahalenin gerçekleştirilmesi konusunda ısrar etse dahi, hekim, hasta için uygun bulmadığı bir tedaviyi uygulamama hakkına sahiptir. Hastanın, kendisine uygulanacak olan tıbbî müdahale hakkında bilgi sahibi olması ve bu müdahaleye rıza vermesine yönelik yasal gereklilik, onun, hekim üzerinde her an kullanabildiği bir denetim ve buyurma yetkisine sahip olduğu anlamına gelmez. Bu bakımdan, hekimin hastaya karşı nisbeten bağımsız hareket edebilmesi, vekâlet sözleşmelerindeki özellik ile uyum göstermektedir.

#### **vii. Tarafların sözleşmeyi her zaman sona erdirebilme haklarının bulunması**

BK m. 396/f. 1 ile öngörülen, tarafların vekâlet sözleşmesini her zaman sona erdirebileceği hususu da, vekâlet sözleşmesini eser sözleşmesinden ayıran bir özellik olarak kabul edilmektedir<sup>439</sup>. Bilindiği gibi, taraflar eser sözleşmesini ancak belli sebeplerle ve tam tazminat ödemek suretiyle, vekâlet sözleşmesinden daha güç bir biçimde sona erdirebilmektedir<sup>440</sup>.

Hasta ile onun tedavisini üstlenen hekim arasındaki hukukî ilişki, temelini, tarafların karşılıklı olarak birbirine duydukları güvenden aldığından, bu güvenin kaybolması hâlinde tarafların sözleşme ile bağlı kalmaya devam etmelerinde hukukî bir yarar kalmamaktadır<sup>441</sup>. Bu nedenle, gerek hekimin gerçekleştirilmeyi taahhüt ettiği cerrahî müdahalenin kendisine yarar getireceğine inanmayan hasta, gerekse ameliyat önerisi hastası tarafından reddedilen hekim, tek taraflı ve karşı tarafa

<sup>438</sup> Tandoğan, C. II, sh. 377; Werro, sh. 2028; Yavuz, sh. 619; Gümüş, C. 2, sh. 242-243.

<sup>439</sup> Werro, sh. 2079; Tercier/Favre, No: 5018; Tandoğan, C. II, sh. 375; Gümüş, C. 2, sh. 245; Yavuz, sh. 620; Zevkliler/Gökyayla, sh. 473.

<sup>440</sup> Yavuz, sh. 620; Tandoğan, C. II, sh. 40; Zevkliler/Gökyayla, sh. 484.

<sup>441</sup> Şenocak, Hekimin Sorumluluğu, sh. 26; Gümüş, C. 2, sh. 246.

varması gereken bir beyanla sözleşmeyi her zaman sona erdirebilir. Ancak sözleşmenin konusu, insan sağlığı ile doğrudan ilgili olduğundan, sözleşmenin bu şekilde sona erdirilmesi bir takım koşullara bağlanmıştır<sup>442</sup>.

### **cc- Eser sözleşmesi niteliğindeki biyolojik madde alımları**

Vücuttan biyolojik madde alma konusunda borç altına giren kişi, iş görme alacaklısının tedavisi veya sağlığının korunması yönünde çalışmaktan ziyâde, onun vücudu üzerinde değişiklik yaratan belli bir sonucu ortaya çıkarma taahhüdünde de bulunmuş olabilir. Tarafların, güttükleri amaçtaki bu farklılık, sözleşmenin vekâlet yerine eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesine neden olabilecektir.

### **aaa) Tanımı ve mahiyeti**

İş görme sözleşmelerinden olan eser sözleşmesi, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, yüklenicinin bir eser ortaya koyma borcunu yüklediği sözleşmedir (BK m. 355). Vekâlet sözleşmesinde, vekilin müvekkile karşı sahip olduğu yükümlülükten farklı olarak yüklenici, iş sahibine karşı sözleşme ile kararlaştırılan belli bir sonucu gerçekleştirmek konusunda borç altına girmektedir. Bu bakımdan, yüklenicinin borcu edim fiili değil, edim sonucu niteliğindedir<sup>443</sup>.

Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin konusu, hastanın tedavisinden ziyâde fiziksel görünüşünün güzelleştirilmesi ve değiştirilmesine yönelik ise, eser

<sup>442</sup> Hastanın tedaviyi reddetme ve durdurma hakkı, 1.8.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmış olan Hasta Hakları Yönetmeliği m. 25'de düzenlenmektedir. Buna göre hasta, kanunen zorunlu olan hâller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu kendine ait olmak üzere; kendine uygulanması planlanan veya hâlen uygulanmakta olan tedaviyi, reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahip kılınmıştır. Ancak böyle bir durumda, tedavinin durdurulmasından doğacak sonuçların, hastaya, bunun kanunî temsilcilerine veya yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı bir belgenin alınması şart tutulmuştur.

Hekimin tedaviyi üstlenmeme veya yarıda bırakma hakkı ise, hem 19.2.1960 tarih ve 10436 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmış olan Tıbbî Deontoloji Tüzüğü m. 19'da, hem de Türk Tabipleri Birliği Büyük Kongresi'nde kabul edilip, Tıp Dünyası adlı gazetenin 1.2.1999 tarihli nüshasında yayımlanarak, bir ay sonra yürürlük kazanan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları adını taşıyan metnin 25. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeler uyarınca, hekim, tıbbî bilgisini gerektiği gibi uygulayamayacağına karar verdiğinde ve hastasının başvurabileceği başka bir hekim bulunduğu durumlarda tedaviyi yarım bırakabilir. Ancak, tedavinin yarım kalması nedeniyle hastanın hayatının tehlikeye düşmesi veya sağlığının zarar görmesi muhtemel ise, hekim, tedaviyi yürütecek başka bir hekim bulunmadan, hastayı bırakamaz.

<sup>443</sup> **Chaix**, sh. 1860; **Gauch**, No: 18, 19; **Werro**, sh. 2027; **Gümüş**, C. 2, sh. 1; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 362-363.

sözleşmesinden söz edilebilir<sup>444</sup>. Bu bağlamda, kişinin yüzünden ya da vücudundaki diğer bölgelerden alınan sarkmış deri tabakası, et beni, yağ dokuları gibi maddelerin alınmasını konu alan sözleşmeler, hekim tarafından belli bir sonucun gerçekleşmesine yönelik taahhütleri içerdiğinden, eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilir.

Ayrıca belli bir ücret karşılığında, bir kimsenin vücudundan aldığı kan, doku parçası ya da DNA materyali gibi maddelerden yararlanarak, kişinin sağlık durumu ya da genetik yapısı hakkında bilgiler ortaya çıkarmak ve elde ettiği sonuçları, rapor hâlinde bu kişiye sunmak borcu altına giren özel laboratuvar ve benzeri sağlık kuruluşlarınca gerçekleştirilen sözleşmelerde de, borçlunun, belli bir yönde iş görmeye çalışmakla değil, belirli bir neticeyi ortaya çıkarmakla yükümlü olduğu gerekçesiyle, akdin, vekâlet olarak nitelendirilemeyeceği savunulmaktadır<sup>445</sup>.

### **bbb) Unsurları**

#### **i. Eser meydana getirilmesi**

Eser sözleşmesinde yüklenici, iş sahibine karşı bir eser meydana getirme<sup>446</sup> borcu altına girmektedir<sup>447</sup>. Öğretide, eserin, mutlaka maddî bir varlığa sahip olması gerektiği<sup>448</sup> ve devir-teslime elverişli olmasının şart olduğu savunulmakla birlikte; bugün için, bağımsız bir varlık taşımamasına rağmen, insan emeğinin bütünlük arz eden görünümünün de eser kavramı içinde ele alınması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir<sup>449</sup>. Ancak, iş görmenin maddî olmayan bu sonuçlarının eser sayılabilmesi için, iki şartın gerçekleşmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>450</sup>.

<sup>444</sup> Bkz. Yarg. 15. HD, 3.11.1999, 4007/3868 (<http://www.kazanci.com>), Kararda hekimin, tedavi amacıyla değil, estetik amacıyla hasta üzerinde tıbbî müdahalede bulunmasını konu alan sözleşmenin, eser sözleşmesi niteliğinde olduğuna hükmedilmiştir.

<sup>445</sup> Sağlık durumunun araştırılması amacıyla kişinin vücudundan biyolojik madde alınması ile ilgili açıklamalar için bkz. aşağıda dn. 462 ve buna bağlı metin.

<sup>446</sup> Meydana getirme ifadesinden, yalnızca yeni bir şey yaratma ya da yoktan var etme gibi bir anlam çıkarılmamalıdır. Varolan bir şeyin şeklinin değiştirilmesi, boyanması, onarılması, buna bir takım ilâveler yapılması hâttâ mevcut şeyin ortadan kaldırılması dahi eser sözleşmesinde, yüklenicinin ediminin konusunu oluşturabilir.

<sup>447</sup> **Gümüş**, C. 2, sh. 4; **Tandoğan**, C. II, sh. 2, 22; **Yavuz**, sh. 491; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 348-349.

<sup>448</sup> Bkz. bu görüşte **Gümüş**, C. 2, sh. 5. Ayrıca bkz. **Tandoğan**, C. II, sh. 3, dn. 9'da belirtilen yazarlar.

<sup>449</sup> **Chaix**, sh. 1861. Eser kavramının kapsam itibariyle neleri içermesi gerektiği konusundaki farklı görüşler için bkz. **Tandoğan**, C. II, sh. 3-14; **Aral**, sh. 317-320.

<sup>450</sup> **Chaix**, sh. 1861; **Gauch**, No: 42; **Tandoğan**, C. II, sh. 21; **Aral**, sh. 320; **Yavuz**, sh. 494-495.

Bu şartlardan ilki, maddî olmayan sonucun, mahiyeti gereği, yüklenici tarafından “önceden vaad edilebilir” olmasıdır<sup>451</sup>. Bu bakımdan, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği, yüklenicinin gücü ve emeği dışındaki etkenlere bağlı olan bir sonuç, niteliği itibariyle yüklenici tarafından önceden taahhüt edilemez ve eser sözleşmesinin konusunu oluşturamaz<sup>452</sup>. Örneğin sözleşme ile, apandisit delinen bir hastanın apandisitini ya da vücudunda kanserli dokular bulunan bir hastanın, kanserli dokularını alma konusunda borç altına giren bir cerrah, hastaya ameliyat sonrasında tamamen iyileşeceği konusunda bir vaatte bulunamaz. Zira, böyle bir sonucun gerçekleşmesi, hastanın yaşı, sağlık durumu gibi çeşitli değişkenlere bağlı olarak göre farklılık gösterebilir.

Şartlardan diğeri ise, yüklenici tarafından vaad edilen sonucun, maddî ve bağımsız bir varlık göstermeden de olsa, belli bir şekilde ortaya çıkması ve görülebilir tarzda tespit edilebilmesidir<sup>453</sup>. İnsan vücudu üzerinde kendini gösteren çalışmalar da bu bakımdan, eser olarak nitelendirilebilir. Saç veya sakalların kesilmesi<sup>454</sup>, vücuttaki tüylerin epilasyon yöntemiyle alınması, manikür ve pedikür yaptırılması<sup>455</sup>, belli bir sonucun insan vücudu üzerinde görülebilir tarzda ortaya çıkmasına örnek teşkil ettiklerinden, geniş anlamıyla eser kavramı içinde ele alınmaktadır.

Günümüzde oldukça yaygınlaşan estetik amaçlı cerrahî müdahaleleri konu alan sözleşmelerin hukukî niteliği tartışmalı olmakla birlikte<sup>456</sup>, bu tür müdahalelerin

<sup>451</sup> **Chaix**, sh. 1861; **Gauch**, No: 43; **Tercier/Favre**, No: 5013; **Tandoğan**, C. II, sh. 21; **Yavuz**, sh. 494. Bu şartı yeterli bulduğunu açıklayan ve ikinci şartın gerçekleşmesine gerek olmadığını savunan **Werro**, bkz. sh. 2027.

<sup>452</sup> **Gauch**, No: 43; **Tandoğan**, C. II, sh. 21. **Tandoğan**, tedavide başarılı bir sonuca erişilmesinin, yüklenici tarafından önceden yükümlenilebilmesine elverişli olmadığından hareketle, dişlerin veya bir hastalığın tedavisine, cerrahî bir ameliyata hâttâ vücudun sağlığına kavuşturulmasıyla ilgisi bulunmayan estetik amaçlı müdahalelere ilişkin sözleşmelerin eser sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğini, bunlar hakkında vekâlet hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır.

<sup>453</sup> **Chaix**, sh. 1861; **Aral**, sh. 320-321; **Gauch**, No: 45; **Yavuz**, sh. 491, 495; **Tercier/Favre**, No: 4234; **Tandoğan**, C. II, sh. 21-22; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 348.

<sup>454</sup> **Chaix**, sh. 1859; **Gümüş**, C. 2, sh. 5; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 349.

<sup>455</sup> **Tercier/Favre**, No: 4225.

<sup>456</sup> **Tandoğan**, estetik ameliyata ilişkin sözleşmelerin sınırdan kalan bir hâl olduğunu kabul etmekle birlikte, cerrahî müdahalenin yüksek bir kişisel karakter taşıması ve taraflar arasında belirgin bir güven ilişkisinin var olması nedeniyle, bu sözleşmeye vekâlet hükümlerinin uygulanması

tedavi amaçlı müdahalelerden ayrı bir değerlendirmeye tâbi tutulduğu görülmektedir<sup>457</sup>.

Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda, tedavi amaçlı müdahaleyi konu alan sözleşmeleri vekâlet akdi olarak nitelendirirken; sözleşmenin, estetik amaçlı müdahaleyi konu alması hâlinde, bunu eser sözleşmesi olarak kabul etmektedir. Bu bağlamda, estetik amaçlı diş yapımı<sup>458</sup>, burun düzeltme<sup>459</sup>, sarkan derilerin

---

gerektiğini savunmaktadır (C. II, sh. 21); aynı görüşte Hayrûnnisa **Özdemir**, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004, sh. 80; **Şenocak**, Hekimin Sorumluluğu, sh. 24; **Aral**, sh. 320; **Gümüş**, C. 2, sh. 253.

Aksi görüşteki yazarlar için bkz. H. **Erman**, sh. 144; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 350; **Sarıal**, sh. 43; **Akıncı**, sh. 85; Filiz Yavuz **İpekyüz**, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006, sh. 61; Hasan **Petek**, Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk, DEÜHFD 2006, C: 8, S: 1, sh. 191; **Ayan**, sh. 53.

<sup>457</sup> Hekim ile hasta arasındaki geleneksel tedavi ilişkisinden farklı olarak, hasta, kendi isteklerini ve önceliklerini belirlemekte ve hekimden bu “siparişine” uygun olarak bir eser meydana getirmesini talep etmektedir. Bkz. **Crettaz**, sh. 185. Yazar, estetik amaçlı müdahalelerin, diğer müdahalelerden farklı bir özelliğe sahip olduğunu, estetik ameliyatı masraflarının sağlık sigortası kapsamı dışında bırakılmasını gerekçe göstererek açıklamaktadır.

<sup>458</sup> Yarg. 15. HD, 3.11.1999, 4007/3868, “...Bir diş hekiminin, kanal tedavisi değil de, takma diş yapması (protez) işi ve bir cerrahın tedavi değil de güzellik amacıyla insan vücudu üzerindeki tıbbî müdahalesi, BK m. 355 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş bulunan istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturur” ve yine diş protezi ile ilgili olarak, Yarg. 15. HD, 16.10.2003, 1702/4840.

Diş hekiminin hastasına protez yapma borcunu, edim sonucu (*obligation de résultat*) olarak nitelendiren ve hekimin bu borcunu ayıpsız olarak ifa etmesi gerektiğini belirten 29 Ekim 1985 tarihli Fransız Yargıtay kararı için bkz. Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 29.10.1985, D. 1986, sh. 417, note J. Penneau.

Hekimin, hastasına karşı, protez diş ya da ortopedik protez yapma ve meydana getirdiği protezi hastanın vücuduna takma konusunda borç altına girdiği sözleşmenin “eser sözleşmesi” niteliğinde olduğu görüşü için bkz. **Crettaz**, sh. 180 ve Türk hukukunda **Oktaç**, sh. 405; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 350. Diş hekimi ile hasta arasındaki sözleşmenin, dolgu yapılması gibi bir eser yaratılmasını konu alması ve sonucun da önceden taahhüt edilebilmesi hâlinde, eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Hasan **Petek**, Amalgam Diş Dolgusu Nedeniyle Diş Hekiminin Hukuksal Sorumluluğu, İBD 2008, C: 82 S: 1, sh. 86.

İsviçre Federal Mahkemesinin kararlarına bakıldığında ise, özellikle diş hekimi ile hasta arasındaki sözleşmenin hukukî niteliği konusunda çok farklı kararlar verdiği görülmektedir. Federal Mahkemenin çok eski tarihli bir kararında (ATF 47 II 215), hastanın ağzına protez köprü yapılması amacıyla hasta ile diş hekimi arasında gerçekleştirilen sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Federal Mahkeme, daha sonraki bir kararında (ATF 61 II 111) ise, diş hekimi ile hasta arasındaki sözleşmede, hekimin, tedaviye başlamadan önce yaptığı diş muayenesi konusunda vekâlet, protezin imâli ve sabitlenmesi konusunda ise eser sözleşmesine ait hükümlerin uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Mahkeme, 25.9.1985 tarihli kararında ise, uygulanan tedavi yöntemi, köprü ve kuron (sabit protez) yapımını gerektirse dahi, hasta ile diş hekimi arasındaki sözleşmeye vekâlet hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmiştir (ATF 110 II 375). Bkz. <http://jumpcgi.bger.ch> (erişim tarihi: 17.7.2010).

<sup>459</sup> Yargıtay, hastanın burnuna estetik ameliyat yapılmak suretiyle, istenilen ve kararlaştırılan şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılması amacını güden sözleşmenin, hekimin belli bir sonucun ortaya çıkması yönünde borç altına girmesi nedeniyle eser sözleşmesi niteliğinde olduğuna hükmetmiştir. Nitekim, “...burada vekâlet akdindeki unsurların aksine, çalışma sonunda istenilen belli bir sonucun mutlaka elde edilmesi amacı güdülmektedir. Eser sözleşmesinde yüklenici eseri



alınması<sup>460</sup> gibi ameliyatlara gerçekleştirilmesini konu alan sözleşmelerde, belli bir hastalığın iyileştirilmesi değil, tıbbî bir gereklilik olmadığı hâlde, kişinin fiziksel görünümünde bir değişiklik yaratılması amaçlandığı için, bu sözleşmeler eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir.

Yargıtay, eski tarihli bir kararında, bir çocuğun sünnet edilmesini konu alan sözleşmeyi ise eser değil, vekâlet olarak nitelendirmiştir<sup>461</sup>. Bize göre, sünnet operasyonunda iş görme alacaklısının, edimin ifasından elde edeceği menfaat, iş görme faaliyetinin kendisi değil, faaliyetin sonucunda ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kâbil değişikliktir. Diğer bir ifadeyle, sünneti yapan kişi, sünnet olanı tedavi etmek, onu iyileştirmek gibi bir işi görmek konusunda değil, bedeninden bir parçanın kesilmesi maddî sonucunu meydana getirmeye yönelik bir borç altına girmektedir. Aynı şekilde, kulağın, dilin ya da burnun deldirilmesinde, saç ve sakalın, tırnakların kestirilmesinde de amaç, doğrudan doğruya taahhüt edilen sonucun gerçekleşmesine yöneliktir. Dolayısıyla, bu gibi sonuçları ortaya koyma borcu altına giren kişinin, yalnızca belirli bir doğrultuda ve özenle çalışması, ifa yönünden yeterli olmayacak; bunun için, onun, amaçlanan sonucu ayıpsız olarak gerçekleştirmesi de gerekecektir. Kaldı ki Yargıtay, bugün, estetik amaçlı burun düzeltme, yağ aldırma, yüz gerdirtme gibi, sünnet operasyonuna göre çok daha fazla risk taşıyan müdahalelerin gerçekleştirilmesini konu alan sözleşmeleri dahi, sonucun hekim tarafından önceden vaad edilebilirliğini dikkate alarak, eser sözleşmesi olarak nitelendirmektedir. Kanımızca, bugünkü tıbbî imkânlar göz önüne alındığında, hekim ya da sağlık görevlisinin, borçlandığı edimi yerine getirirken, sonucu önceden taahhüt etmesine olanak sağlayan gelişmiş araçlardan ve tekniklerden yararlanması; sünnet operasyonunun gerçekleştirilmesini konu alan sözleşmenin de eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesini gerektirmektedir.

---

*meydana getirmekle ve onu teslim etmekle yükümlüdür*". Bu karar için bkz. Yarg. 13. HD, 5.4.1993, 131/2741 (<http://www.kazanci.com>).

<sup>460</sup> Hastanın sarkan göğüslerinin toplanıp kaldırılması, eski silikonlarının vücuttan alınarak, yerine yenilerinin konulması ve sarkan boyunun gerilip düzeltilmesi konusunda borç altına giren hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde olduğunu ortaya koyan Yarg. 15. HD, 1.7.2008, E. 2007/4600, K. 2008/4428 (<http://www.kazanci.com>).

<sup>461</sup> 20.5.1966 tarih ve E. 966-161/ K. 165, Ankara Baro Dergisi 1967, S. 2, sh. 1050 (Tandoğan, C. II, sh. 17, dn. 55 ve ona ait metinde bahsedilen karar).

Hastanın beyninden tümörlü kitlenin alınması ise kanaatimizce farklı bir değerlendirmeye tâbi tutulmalıdır. Zira böyle bir durumda, tarafların sözleşme ile güttükleri amaç, hastalıklı dokunun vücuttan ayrılması maddî sonucunun elde edilmesi değil, hastanın iyileşmesi ya da en azından, sağlığının kötüye gitmesinin engellenmesidir. Zaten, hekim, hastayı kanserden kurtarmayı taahhüt edemez ve bugünkü tıbbî olanaklar dâhilinde, hekimin böyle bir taahhütte bulunması kendisinden beklenemez. Hekim, hastanın sağlık durumunun bu ciddiyetteki bir ameliyatı kaldırmayacağına kanaat getirirse ya da tümörün bütün vücudu sarmış olduğunu tespit ederse, ameliyata son verip, başka bir tedavi yöntemini uygulama yoluna gidebilir.

Borçlu tarafından maddî nitelikte bir sonucun ortaya çıkarılmasının taahhüt edildiği diğer bir sözleşme ise, vücuttan tahlil ve tetkik amacıyla biyolojik madde alınması durumunda söz konusu olmaktadır<sup>462</sup>. Belli bir ücret karşılığında, kolesterol, şeker, kan analizi, boğaz kültürü ya da genetik tarama gibi, hastanın sağlık durumunu tespit etmek amacıyla, onun vücudundan elde edilen kan, idrar ve benzeri biyolojik maddeler üzerinde bir takım incelemelerde bulunmak ve bu incelemeler neticesinde ortaya çıkan bulguları bir rapor hâlinde hastaya sunmak konusunda borç altına giren sağlık kuruluşları ve özel laboratuvarlar, belirli bir sonucu ortaya çıkarmak ve bu sonucu cisimleştiren raporu hastaya teslim etmekle yükümlü olduklarından, hasta ile aralarındaki sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir<sup>463</sup>.

<sup>462</sup> Gebelik testi, hormon tahlilleri, alerji testi veya sperm analizi gibi belli bir hastalık ya da olgunun tanısının konulması için yapılan testler ile kişinin taşımakta olduğu tüm kalıtsal hastalık ve risk faktörlerinin rapor edildiği genetik analizler bu kapsamda ele alınabilir.

<sup>463</sup> Kişinin, özel bir sağlık kuruluşuna belli bir ücret ödemek karşılığında gen analizi yaptırmasını, eser sözleşmesi olarak nitelendiren Tekin **Memiş**/Mustafa Fadıl **Yıldırım**, Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar, AÜEHFD, C. 8, S. 1-2, 2004, sh. 298, dn. 60. Hastanın, sağlık durumu hakkında bilgi sahibi olmak amacıyla sağlık kuruluşları ile gerçekleştirdiği bu tip sözleşmelerin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu yönünde bkz. **Crettaz**, sh. 28, 33. Yazar, buna gerekçe olarak, hastanın şeker, kolesterol ve kan değerlerinin analizi gibi tetkik sonuçlarının günümüzde doğrudan doğruya bilgisayar yardımıyla ve kesine yakın bir biçimde açığa çıkarılabildiğini, dolayısıyla, hekimin, ortaya çıkan bu sonuçları değerlendirmek ve hastaya rapor vermek hususundaki yükümlülüğünün, objektif olarak taahhüt edilmeye elverişli bir yükümlülük hâlini aldığını göstermektedir.

**Crettaz** tarafından bahis konusu edilen ancak referansı tam olarak belirtilmemiş olan 1959 tarihli bir Fransız Mahkemesi kararında, özel bir tıp laboratuvarında gerçekleştirilen analiz çalışmaları, “sıkı ve değişmez kuralların uygulandığı ve kesin bir sonuca ulaşılması kaçınılmaz olan bir tıbbî faaliyet” olarak kabul edilmiş ve bu faaliyette bulunma konusunda borç altına giren sağlık görevlilerinin, başarılı sonucu gerçekleştirmekle yükümlü olduklarına hükmedilmiştir. Kararın özeti için bkz. **Crettaz**, sh. 182, dn. 696.

Kişinin vücudundan, yine kendi vücudundaki bir başka bölgeye nakledilmek üzere bir doku parçası alınması (otogref) hâlinde, şayet tarafların yalnızca estetik bir görünüm elde etmek ve fiziksel bir değişiklik yaratmak amacıyla hareket ettikleri söylenebilir ise, eser sözleşmesinin varlığından söz etmek gerekir<sup>464</sup>. Buna karşılık, kişinin dış görünümünde bir değişiklik yaratılmaya çalışılmaksızın, onun tedavi edilmesi amaçlanıyor ve bu nedenle vücudundan alınan biyolojik madde, tekrar kendi vücuduna naklediliyor ise, vekâlet sözleşmesinin varlığını kabul etmek gerekir. Örneğin, hastanın kol ya da bacak damarlarından alınan bir parçanın, tıkanmış olan kalp damarının arkasına nakledilmesi suretiyle, kan dolaşımının sağlanmasını amacını taşıyan koroner bypass ameliyatlarında<sup>465</sup>, hekim bir eser ortaya koymaktan ziyâde, hastanın sağlığına kavuşmasına yönelik bir iş görme borcu altına girdiğinden, burada vekâlet hükümlerinin uygulanması daha uygun düşecektir.

## ii. Ücret ödeme vaadi

Eser sözleşmesinde, yüklenicinin bir eser ortaya koyma vaadine karşılık olarak, iş sahibi de ücret ödeme konusunda yükleniciye karşı borç altına girmektedir<sup>466</sup>. İş sahibinin yükleniciye karşı ücret ödeme konusunda borç altına girmediği bir sözleşme, eser sözleşmesi olarak nitelendirilemez<sup>467</sup>. Eser meydana getirme ve ücret ödeme taahhütlerinin, karşılıklı mübadele ilişkisi içinde yer almaları nedeniyle, eser sözleşmesi nitelik itibariyle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edilmektedir<sup>468</sup>. Sözleşme bu özelliği ile, ücretin zorunlu bir unsur olmadığı vekâlet akdinden ayrılır.

<sup>464</sup> Buna örnek olarak, uygulamada “saç nakli” ya da “saç ekimi” olarak adlandırılan ve kişinin ensesinde bulunan sağlıklı saç köklerinin hekim tarafından bu bölgeden alınarak, dökülme olan açık kısma nakledilmesini konu alan yöntem gösterilebilir. Saç naklini konu alan sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde olduğunu savunan **Chaix** (sh. 1872), taraflar arasındaki güven ilişkisinin, söz konusu sözleşme hakkında eser hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil etmediğini belirtmektedir (sh. 1865). Yazar “güven ilişkisi” kriterini, eser ile vekâlet sözleşmelerini birbirinden ayırt etmek hususunda yeterli görmemektedir. Aksi görüşte **Tandoğan**, C. II, sh. 21.

Bu gibi uygulamalarda, dokunun vücudundan alındığı kişi ile nakledildiği kişi farklı olmadığından, biyolojik maddenin başka kişiler yararına yeniden kullanımından bahsedilemez. Yeniden kullanım amacıyla biyolojik madde alımını konu alan hukukî işlemler için bkz. aşağıda Böl. 2, §3, I, 2, b.

<sup>465</sup> Bkz. <http://www.gata.edu.tr/cerrahibilimler/kalpdamar/koroner.html> (erişim tarihi: 17.7.2009).

<sup>466</sup> **Chaix**, sh. 1859; **Gauch**, No: 110; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 351; **Tandoğan**, C. II, sh. 24; **Gümüş**, C. 2, sh. 8; **Yavuz**, sh. 497.

<sup>467</sup> **Aral**, sh. 322; **Gümüş**, C. 2, sh. 8; **Tandoğan**, C. II, sh. 24; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 352.

<sup>468</sup> **Chaix**, sh. 1860; **Tandoğan**, C. II, sh. 24; **Yavuz**, sh. 497; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 358; **Gümüş**, C. 2, sh. 2.

Tarafların ücret konusunda açık ya da örtülü olarak anlaşabilmelerinin yanı sıra, ücret miktarının önceden belirlenmiş olması da zorunlu değildir. Taraflar ücretin belirlenmesi konusunda bir anlaşmazlığa düşerse, ücret, BK m. 366 uyarınca, işin değerine ve yüklenicinin yapmış olduğu masraflara göre belirlenecektir<sup>469</sup>.

### iii. Taraflar arasında anlaşma

Eser sözleşmesinin son unsuru, taraflardan birinin (yüklenicinin) bir eser meydana getireceği, diğerinin (iş sahibinin) de buna karşılık olarak ücret ödeyeceği konusunda anlaşmış olmalarıdır<sup>470</sup>. Bu bakımdan eser sözleşmesi de, vekâlet sözleşmesi gibi rızâ bir sözleşmedir.

### dd-Vücuttan Tedavi, Sağlık ve Estetik Amacıyla Biyolojik Madde Alınmasını Konu Alan Sözleşmelerin Hukukî Niteliği

Bir kimsenin vücudundan, ister estetik, ister dinî, isterse sosyal nedenlerle biyolojik madde alınsın, tarafların sözleşme ile ulaşmak istedikleri asıl sonuç, biyolojik maddenin vücuttan alınması neticesinde, vücudun dış görünüşünde bir değişiklik yaratılması ve mevcut olan görünümün değiştirilmesi ise, eser sözleşmesinin varlığından söz etmek gerekir.

Bununla beraber, yukarıda da değinmiş olduğumuz gibi, öğretilerde, estetik amaçlı müdahaleleri konu alan sözleşmelerin, eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi konusunda bir tereddüt duyulduğu görülmektedir. Bu tereddüt, özellikle sözleşmenin sona ermesi hâlinde uygulanacak olan hükümlerden kaynaklanmaktadır. Bilindiği gibi, BK m. 369'a göre, sözleşme ilişkisini haklı bir sebebe dayanmaksızın sona erdiren iş sahibi, yüklenicinin o zamana kadar yapmış olduğu çalışmaların karşılığını ödemek ve onun uğradığı tüm (müspet) zararlarını tazmin etmek zorunda kalmaktadır. Hâlbuki hasta ile hekim arasındaki yoğun güven ilişkisine dayanan bir

<sup>469</sup> Yüklenicinin eser meydana getirme faaliyeti ile ilgili olarak, meslekî birlikler tarafından kararlaştırılmış olan bir ücret tarifesi bulunuyorsa, sözleşmedeki ücretin belirlenmesinde bu tarifeden de yararlanır. Örneğin, 7.6.2005 tarih ve 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu m. 62, bu kanuna tâbi olan esnaf ve sanatkârlarca üretilen mal ve hizmetlerin fiyat tarifelerinin tespit şeklini düzenlemektedir. Bu kanun kapsamında ele alınan berberlik ve kuaförlük hizmetlerinin fiyat tarifeleri de, Türkiye Berberler ve Kuaförler Federasyonu tarafından tespit edilmektedir.

<sup>470</sup> **Chaix**, sh. 1862; **Gauch**, No: 381; **Tandoğan**, C. II, sh. 28; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 353; **Aral**, sh. 323; **Gümüş**, C. 2, sh. 8; **Yavuz**, sh. 497.

sözleşmede, hastayı böylesi bir yükümlülük altında bırakmanın sakıncalı olduğu ifade edilmektedir<sup>471</sup>. Bu nedenle, taraflar arasındaki sözleşmenin hukukî niteliği vekâlet olarak kabul edilmeli ve gerek hasta, gerekse hekim, BK m. 396/f. 1 uyarınca, aralarındaki sözleşmesel ilişkiyi her zaman ve karşı tarafın müspet zararlarını tazmin etmek zorunda kalmaksızın sona erdirebilmelidir. Sözleşmeyi tek taraflı iradesiyle sona erdiren taraf, yalnızca, sözleşme ilişkisinin uygun olmayan bir zamanda sona erdirilmesi nedeniyle, diğer tarafın uğradığı menfî zararı tazmin etmek zorunda bırakılmalıdır (BK m. 396/f. 2).

Estetik amaçlı müdahaleyi konu alan sözleşmenin, vekâlet akdi niteliğinde olduğunu savunan görüş, estetik ameliyattan korkarak, son ânda vazgeçen bir kişi açısından avantajlı bir pozisyon yaratıyor görünebilir. Zira, bu durumda, ameliyattan vazgeçen kişi, hekimin uğradığı müspet zararlarını tazmin etmek zorunda bırakılmayacaktır. Buna karşılık, iş görme borçlusunun sorumluluğu açısından bakıldığında, taraflar arasındaki sözleşmenin vekâlet olarak nitelendirilmesi, bu kişiyi, eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesinden daha dezavantajlı bir durumda bırakacaktır<sup>472</sup>. Nitekim “vekil” konumundaki bir estetik cerrah, hastaya karşı gerçekleştirmeyi taahhüt ettiği operasyonda başarılı bir sonuç elde edemese bile, o işi özenle gördüğünü ispat ederse sorumluluktan kurtulabilecekken; “yüklenici” durumundaki cerrah, başarılı sonucu gerçekleştirmediği müddetçe hastasına karşı sorumlu olacaktır<sup>473</sup>.

Her iki sözleşme tipinin de hasta açısından ayrı ayrı avantajlar içermesi, sözleşmenin niteliği konusunda farklı bir görüşün ortaya atılmasına neden olmuştur. Estetik operasyon yapılmasını konu alan bir sözleşmede, hem vekâlet hem de eser sözleşmesi tiplerinde bulunan unsurların, kanunun öngörmediği tarzda bir araya geldiği, dolayısıyla ortada karma nitelikte bir sözleşmenin bulunduğu ileri

<sup>471</sup> Bu görüşü ortaya koyan İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. ATF 110 II 375. Karar metni için bkz. <http://jumpegi.bger.ch> (erişim tarihi: 17.7.2010).

<sup>472</sup> İstenilen sonucun gerçekleşmesi, borcun gereği gibi yerine getirilmesi koşuluna doğrudan bağlı ise; sonucun, sözleşmede belirlenenden farklı şekilde ortaya çıkması, edim borçlusunun (yüklenicinin) sorumluluğunu gündeme getirecektir. Buna karşılık, sonucun gerçekleşmesi, borçlu dışındaki diğer faktörlere de bağlı olup, onun edimini yerine getirme biçimi ve niteliği, istenilen sonucun gerçekleşmesi bakımından gerekli olan koşullardan yalnızca birini oluşturuyorsa, borçlu (vekil), iş görme alacaklısına (müvekkile) karşı yalnızca özensiz hareketinden dolayı sorumlu olacaktır. Bkz. **Crettaz**, sh. 173. “Özen” kavramı konusunda ayrıca bkz. **Gümüş**, Özen Borcu, sh. 45.

<sup>473</sup> **Serozan**, Borçlar Hukuku, sh. 20.

sürülmüştür<sup>474</sup>. Zira hekim, kâh muayene gibi belli bir işin görülmesi konusunda; kâh hastanın vücudu üzerinde maddî bir değişiklik ortaya koyma konusunda borç altına girmektedir. Hasta ise esas olarak, sadece para ödeme borcu altına girdiğinden, bu sözleşmenin “kombine” bir sözleşme niteliğinde olduğu savunulmuştur<sup>475</sup>. Buna rağmen, bu görüş, taraflar arasındaki hukukî ilişkiye ne zaman vekâlet hükümlerinin, ne zaman eser sözleşmesine ait hükümlerin uygulanması gerektiği yönündeki soruya net bir cevap verememesi nedeniyle, pek fazla taraftar toplayamamıştır.

Kanaatimizce, estetik amaçlı bir operasyonun gerçekleştirilmesini konu alan bir sözleşmede, en ağır basan unsur, başarılı sonucun, bugünkü tıp imkânları dâhilinde hekim tarafından önceden taahhüt edilebilir olmasıdır. Bir kimseyi, herhangi bir tıbbî gereklilik olmadığı hâlde, bu sözleşmeyi yapmaya iten gerçek sebep de budur. Diğer bir deyişle, kişi, tedavi olmak, hastalığını yenmek ya da ağrılarını dindirmek gibi, sağlığı bakımından önem arz eden saikler nedeniyle değil, sırf, kendisine daha güzel bir görünüm sağlayacağına inandığı neticenin gerçekleşeceği konusundaki taahhüde güvenerek, müdahalenin yapılması konusunda hekimle anlaşmaktadır. Bu nedenle, sözleşmenin gerçekleştirilmesinde en önemli etken olan “başarılı sonucu” elde edemeyen hekimin, bundan dolayı, bu kişiye karşı sorumlu olması gerekir.

Meselâ, belli bir ücret karşılığında ve yalnızca estetik amaçla göğsünü küçültmek isteyen bir kimse ile, bu kimsenin göğsünden belli bir oranda deri ve doku parçası alma konusunda taahhütte bulunan cerrah arasındaki sözleşmenin, kanımızca eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekir. Zira tarafların sözleşme ile

<sup>474</sup> Bu görüşü savunan **Crettaz**, sh. 194-195.

<sup>475</sup> **Crettaz**, sh. 193. Yazara göre, bu tip sözleşmelerde hekim, hem hastanın vücudunda “eser” olarak nitelendirilebilecek bir sonuç ortaya çıkarmak, hem de hastanın tedavisine konusunda tıp biliminin gerektirdiği yöntemleri uygulamakla yükümlüdür. Örneğin, hastanın vücudundaki bir et beninin alınmasında, ya da çürük olan bir dişin çekilmesinde, hekim öncelikle uygulayacağı yöntemi seçebilmek için, hastanın muayenesini yaparak bir teşhiste bulunmakta, daha sonra da hastanın vücudu üzerinde somut bir değişiklik yaratmaktadır.

Aslına bakılacak olursa, İsviçre Federal Mahkemesi de önceleri bu yöntemi benimsemiş gibi görünmüştür. Bkz. ATF 61 II 111. Mahkeme, diş hekiminin, hastanın tedavisine başlamadan önce gerçekleştirdiği diş muayenesi konusunda vekâlet, diş protezinin imâli ve sabitlenmesi konusunda ise eser sözleşmesine ait hükümlerin uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Ancak, Federal Mahkeme, daha sonra bu görüşünden dönerek, hasta ile diş hekimi arasındaki hukukî ilişkiye genel olarak vekâlet hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Bkz. ATF 110 II 375. (<http://jumpcgi.bger.ch>) (erişim tarihi: 17.7.2010).

amaçladıkları husus, hastanın tedavisi gibi, gerçekleşmesi aynı zamanda dış faktörlere de bağlı olan bir olgu değil, kişinin göğsünün mutlak surette taraflarca kararlaştırılmış olan ölçüye ulaşması sonucudur. Başka bir ifadeyle, bu kişi, göğsünün belli bir hacme ve boyuta ulaşması konusunda hekime bir siparişte bulunmakta, ondan âdeta bir eser “ısmarlamaktadır”. Hekim de elindeki gelişmiş teknik imkânların varlığını göz önünde bulundurarak, belirlenen neticeyi gerçekleştirmek hususunda bu kişiye karşı taahhütte bulunmaktadır. Böyle bir taahhütte bulunamayacak olsa, hasta, tıbbî açıdan hiçbir gereklilik arz etmeyen bu sözleşmeyi zaten gerçekleştirmeyecektir. Dolayısıyla, başarılı neticeyi örneğin, taahhüt etmiş olduğu orandan daha fazla doku alması nedeniyle gerçekleştiremeyen hekim, hastanın bu nedenle uğradığı zararlardan sorumlu olacaktır.

Buna karşılık, vücuttan biyolojik madde alınmasındaki esas amaç, hastanın fiziksel yapısını değiştirmek ya da onun güzel bir görünüm kazanmasını sağlamak değil de, hastayı tedavi etmek ve onun bozuk olan sağlığını iyileştirmek ise, yapılan müdahalenin sonucunda, kişinin dış görünümünde değişiklik meydana gelse dahi, sözleşme, vekâlet olarak kabul edilmelidir. Örneğin, çürümüş dişini çektirmek isteyen ve bunun için bir diş hekimi ile anlaşılan bir kimsenin amacı, esasen ağrılarını dindirmek, diğer dişlerinin de çürümesinin engellenmesini sağlamak ve dolayısıyla sağlığına kavuşmaktır. Diş hekiminin sözleşmeden doğan borcu ise, sadece diş ağızdan ayırmak değildir. Hekim, operasyon sırasında çürümüş diş çekmek yerine, hastanın sağlığı açısından daha fazla menfaatine uygun düşecek bir tedaviyi uygulama yoluna da gidebilir. Diğer bir deyişle, onun amacı çürümüş dişin vücuttan ayrılması sonucunu meydana getirmek değil, hastanın ağız sağlığını en iyi şekilde korumak ve bunun için gereken tedavi yöntemlerini özen ve sadakatle uygulamaktır. Çürümüş dişin çekilmesi ise, uygulanan tedavinin yalnızca bir unsurunu oluşturmaktadır. Zaten, hekim, kişinin tam anlamıyla sağlığına kavuşması veya ağrılarının dindirilmesi konusunda bir taahhütte bulunamaz. Bulunsa bile, sözleşme ile borçlandığı edim, sonucun meydana gelmesi değil, çürüyen dişin çekilmesi yoluyla, hastanın diş tedavisini tamamlamak ve hastayı sağlığına kavuşturmadır.

### ee- Vekâlet ve eser sözleşmelerinin ifasının vücuttan alınan biyolojik maddeler üzerindeki hak sahipliğine etkisi

Bu başlık altında yanıt arayacağımız soru şudur: Vekâlet ya da eser sözleşmesi doğrultusunda hastaya karşı belli bir işin görülmesi konusunda borç altına giren hekim, gerçekleştirdiği müdahale sonucunda, hastanın vücudundan çıkardığı biyolojik madde ya da atıklar üzerinde, aslen hak iktisabında bulunabilecek midir?

Hastanın vücudundan çıkarılan deri parçası, böbrek taşı, tümörlü parçalar, kistler, kan, plasenta, ya bu gibi atıkların hukukî statüsü üzerinde yukarıda durmuştuk<sup>476</sup>. Öğretide aksi görüşler bulunmasına rağmen, bu maddelerin sahipsiz mal (*res nullius*) ya da terkedilmiş mal (*res derelictae*) niteliğinde olmadığını kabul ettiğimizi belirtmiştik.

Kişinin tedavi edilmesi veya güzel bir görünüme kavuşması amacıyla gerçekleştirilen sözleşmelerde, kişinin vücudundan alınan biyolojik maddeden daha sonra başka bir amaçla yararlanılması düşünülmemekte, başka bir ifadeyle, bu maddeler, vücuttan imhâ edilmek üzere alınmaktadır.

Zaten bu amaç doğrultusunda gerçekleştirilen sözleşmeler, ister eser sözleşmesi, isterse vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilsin, Borçlar Kanunu'nda ne yüklenicinin, ne de vekilin, iş sahibinin ya da müvekkilin rızası hilâfına, işin görülmesi neticesinde arta kalan malzeme üzerinde hak sahibi olmasına imkân veren bir hüküm bulunmamaktadır.

Eser sözleşmesi ile ilgili olarak BK m. 357/f. 2 hükmü, malzemenin iş sahibi tarafından verilmiş olması hâlinde, yüklenicinin bunları gereken bütün özeni göstererek kullanmak, bundan dolayı hesap vermek ve artanı iade etmekle yükümlü olduğunu ortaya koymaktadır<sup>477</sup>. Öte yandan yüklenici, imâli kendisine bırakılmış olan şeylerin yapılmasında uygulanan yeni bir fikri, kendi hesabına kullanamayacağı gibi, başkasından da saklı tutmak zorundadır<sup>478</sup>. Bu doğrultuda, örneğin bir estetik

<sup>476</sup> Bkz. Böl. 1, §3, II, 1, c, aa, bbb.

<sup>477</sup> Bu konudaki açıklamalar için bkz. **Tandoğan**, C. II, sh. 111; **Yavuz**, sh. 517; **Gümüş**, C. 2, sh. 28; **Chaix**, sh. 1887; **Gauch**, No: 81; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 394.

<sup>478</sup> Bkz. **Tandoğan**, C. II, sh. 50; **Yavuz**, sh. 506; **Gümüş**, C. 2, sh. 93; **Chaix**, sh. 1876; **Gauch**, No: 820.



cerrahın, eserini meydana getirdikten sonra, hastanın vücudundan arta kalan biyolojik maddeleri ya hastaya teslim etmesi ya da imhâ etmesi gerekir. Bu maddeler üzerinde hastanın rızası olmaksızın, kendisinin ya da üçüncü bir şahsın hak sahibi olması, yüklenicinin sadakat borcuna aykırı bir davranış olarak kabul edilmelidir.

Vekâlet sözleşmesinde de vekil, sadakat borcunun gereği olarak, müvekkilin yararına olacak davranışlarda bulunmakla ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür<sup>479</sup>. Aynı doğrultuda vekilin, menfaat çatışmalarını derhâl müvekkile haber verme ve müvekkilin yararına hareket etme zorunluluğu bulunmaktadır<sup>480</sup>. Vekil, müvekkilin açık rızasını elde etmedikçe, kendi kendisiyle sözleşme yapamaz<sup>481</sup>. Kanaatimizce, vekilin müvekkile karşı, yapmış olduğu işin hesabını verme ve vekâlet ilişkisi çerçevesinde aldıklarını verme borcu (BK m. 392/f. 1) da, hekimin, hastanın rızasını almadan, onun vücudundan operasyon sonucunda çıkarılan biyolojik maddeler üzerinde doğrudan hak sahibi olabilme imkânını engelleyen prensiplerdendir.

Bu esaslar dikkate alındığında, gerçekleştirdiği tıbbî müdahale neticesinde, sağlığını kendisine emanet etmiş olan bir hastanın vücudundan elde ettiği biyolojik madde üzerinde, onun açık rızasını almadan hak sahipliği kurma arayışına giren bir hekimin, sadakat borcuna uyduğundan da bahsedilemeyecektir. Kanımızca, hastanın rızasını almaksızın, onun genetik bilgilerini içeren DNA molekülünden, hastanın tedavisi dışındaki başka amaçlarla yararlanan ya da üçüncü kişilerin yararlanması için bu maddeyi onlara devreden hekim, sır saklama yükümlülüğüne de aykırı davranışta bulunmuş olur.

Sonuç olarak, bize göre bu maddeler, vücuttan ayrılmakla *ipso facto* bir biçimde hastanın mülkiyetine tâbi olan ve hastanın, kural olarak tüketme (abusus) yetkisini kullanmak amacıyla hekime bıraktığı eşyalardır. Dolayısıyla, hekimin bu maddeler üzerinde aslen hak iktisap etmesi mümkün değildir. O, ancak hastanın açık rızasını almak koşuluyla, vücuttan ayrılan biyolojik madde üzerindeki mülkiyet

<sup>479</sup> **Yavuz**, sh. 651; **Tandoğan**, C. II, sh. 407; **Gümüş**, C. 2, sh. 293; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 489.

<sup>480</sup> **Werro**, sh. 2062-2063; **Tandoğan**, C. II, sh. 408-409; **Gümüş**, C. 2, sh. 294-295; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 490; **Yavuz**, sh. 652; **Gümüş**, Özen Borcu, sh. 175.

<sup>481</sup> **Yavuz**, sh. 652; **Gümüş**, C. 2, sh. 294; **Aral**, sh. 404; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 490.

hakkını devren iktisap edebilir. Şimdi, bu ihtimâli gerçeğe dönüştüren sözleşmenin hukukî niteliğini inceleyeceğiz.

## **b) Yeniden Kullanım Amacıyla Biyolojik Madde Alınması**

### **aa- Genel Olarak**

İnsan kökenli biyolojik maddeler çoğu zaman da, kişilerin vücudundan, başka insanların vücuduna nakledilmek ya da üzerlerinde bilimsel araştırma ve deneyler yapılmasına olanak sağlamak amacıyla alınmaktadır. Biyolojik maddenin, vücuttan tedavi ya da estetik amacıyla alınmasından farklı olarak, burada, kişiden alınan organ ya da dokunun, belli hedeflerin gerçekleştirilebilmesi için hastane işletmeleri ya da sağlık kuruluşları tarafından kullanılması amaçlanmaktadır. Kızılay kan bankasının kan vericileriyle yaptığı sözleşme ya da ülkemizde yasal bir dayanağı olmamakla beraber, İsviçre dâhil birçok ülkede gerçekleştirilmesine izin verilen, sperm vericisinin spermını, doğal yollardan çocuk sahibi olamayan çiftlerin kullanımına sunulmak üzere sperm bankasına vermeyi taahhüt ettiği sözleşme, yeniden kullanım amacıyla insan kökenli biyolojik madde alımını konu alan sözleşmelere örnek gösterilebilir.

Yukarıda incelemiş olduğumuz tedavi veya estetik amaçlı biyolojik madde alımını konu alan sözleşmelerde, taraflar, biyolojik maddenin, vücuttan ayrıldıktan sonra belli bir hedef doğrultusunda kullanılmasını değil; yalnızca bağlı olduğu vücuttan ayrılmasını amaçlamaktadır. Örneğin, hastanın vücudundan tümörlü bir doku parçasının çıkarılmasını ya da bir kimsenin ayak tırnaklarının kesilmesini konu alan bir sözleşmede, taraflar, ne vücuttan çıkarılan tümörlü doku parçası üzerinde bunu çıkaran hekimin, ne de kesilen tırnaklar üzerinde bunları kesen pedikürcünün hâkimiyet kurmasını amaçlamaktadırlar. Taraflar, sözleşme ile esas olarak, yeniden kullanımını ya da üzerlerinde hak sahibi olunmasını hiç düşünmedikleri bazı biyolojik maddelerin, belli bir ücretin ödenmesi karşılığında, bunların bağlı olduğu kişinin vücudundan alınması ya da ayrılması konusunda anlaşmaktadır.

Buna karşılık, bu başlık altında incelediğimiz sözleşmelerde, biyolojik maddenin, kişilerin vücudundan, belli bir amaç doğrultusunda kullanılmak üzere alınması söz konusudur. Diğer bir deyişle, biyolojik maddeyi kişinin vücudundan alan hekim, hastane işletmesi ya da sağlık kuruluşu, söz konusu madde üzerinde bir

hâkimiyet sağlamak istemektedir<sup>482</sup>. Böyle bir sözleşmede, vericinin vücudundan biyolojik madde alacak olan kişi, bu maddeyi bir başka kişinin vücuduna nakletmeyi, yasal bir engel bulunmadıkça başkasına satmayı ya da bağışlamayı düşünebileceği gibi, biyolojik madde üzerinde kök hücre araştırmaları gibi bilimsel deney ve araştırmalar yapmayı da hedefleyebilir. Organ, doku ya da hücrelerini bu tür bir sözleşme ile vermeyi taahhüt eden kişi ise, kendi vücudundan ayrılacak olan parça üzerindeki hâkimiyetinden, bu kişi ya da kuruluşlar yararına vazgeçmeyi göze almaktadır.

Dolayısıyla, insan kökenli biyolojik maddelerin yeniden kullanım amacıyla vericiden alınması, biyolojik maddenin, vericinin hâkimiyet alanından, hastane işletmesinin ya da özel bir sağlık kuruluşunun hâkimiyet alanına geçişi sonucunu doğurmaktadır<sup>483</sup>. Aralarında gerçekleştirdikleri sözleşme uyarınca verici, kendi vücudundan alınacak olan biyolojik maddenin, sağlık kuruluşu tarafından belli bir amaç doğrultusunda kullanılmasına izin vererek, bu madde üzerinde sahip olduğu hakkı bu kuruluşu devretme borcu altına girmekte; sağlık kuruluşu ise, bu borcun ifa edilmesi neticesinde, kişinin vücudundan ayrıldığı ândan itibaren, bir eşya olarak kabul ettiğimiz biyolojik madde üzerinde, doğrudan doğruya hâkimiyet sağlayabildiği ve herkese karşı ileri sürebildiği bir hakka sahip olmaktadır. Bu ise, teknik anlamda ancak, mülkiyetin devrini konu alan bir sözleşme vasıtasıyla gerçekleştirilebilecektir.

#### **bb- Yeniden Kullanım Amacıyla Biyolojik Madde Alımının Uygulamada Arz Ettiği Başlıca Görünüm Biçimleri**

##### **aaa) Başkasının vücuduna nakil (transplantasyon) ve aşılama amaçlı alımlar**

Vücudundaki organ veya dokuları, yeterli işlevi göremez hâle gelmiş olan bir insanın tedavi olabilmesi, çoğu kez, kendi vücuduna nakledilmek üzere, başka bir insanın vücudundan sağlıklı organ ya da dokuların alınması yoluyla sağlanabilmektedir. Donör ya da verici olarak isimlendirilen kişilerin vücutlarından alınan organ, doku ya da hücreler, hastane işletmeleri ve sağlık kuruluşlarında hizmet gören hekimler tarafından, sağlıklı organ veya dokuya ihtiyacı olan hastaların

<sup>482</sup> Bkz. Ummel/Schmidt/Pelet/Dumoulin/Lässer, sh. 41.

<sup>483</sup> Ummel/Schmidt/Pelet/Dumoulin/Lässer, sh. 41; Pelet, sh. 309.

(alıcıların) vücutlarına nakledilmektedir. Vericiden alınan biyolojik maddenin, alıcının vücuduna nakledilmesi ya da aşılması, alıcının tedavisine yönelik tıbbî bir müdahale şeklinde ortaya çıkmakta ve bu müdahalenin sonucunda, hastanın sağlıklı bir duruma kavuşması amaçlanmaktadır<sup>484</sup>. Aynı şekilde, kan merkezleri tarafından, hastalığı ya da tedavisi nedeniyle kana gereksinim duyan hastaların ihtiyacına yönelik olarak, vericilerden kan alınmaktadır. Bunun yanında, ülkemizde yasak olmakla birlikte, yabancı ülkelerdeki bazı sağlık merkezleri, vericilerden, yumurta ve sperm gibi üreme hücrelerini almakta ve bu hücreleri, yapay dölleme yoluyla çocuk sahibi olmak isteyen kadınlara sunmaktadır.

Görüldüğü gibi, bir insanın tedavi edilebilmesi ya da çocuk sahibi olabilmesi, başka bir insanın vücudundan biyolojik madde alınmasına bağlı olabilir. Bu nedenle pek çok insan, kendi organ, doku ya da hücresinin başka insanların kullanımına sunulmak üzere vücudundan alınmasına izin vermektedir. Ancak gündelik yaşamda “organ bağıışı”, “kan bağıışı” ya da “sperm ve yumurta bağıışı” olarak adlandırılan ve insan kökenli biyolojik maddelerin alımına yönelik olarak gerçekleştirilen bu gibi hukukî işlemler, sanılanın aksine çoğu zaman, verici ile alıcı arasında değil, verici ile bir sağlık kuruluşu<sup>485</sup> arasında meydana gelmektedir<sup>486</sup>. Vücuttan biyolojik madde alımı ve bu maddenin başka bir insanın vücuduna nakledilmesi, tıbbî bir müdahaleyi zorunlu kıldığından, biyolojik maddenin vücudundan alınması konusunda irade beyanında bulunan verici, bu konuda ya bir hastane işletmesi veya sağlık kuruluşu, ya da kan veya sperm bankası ile anlaşmaktadır. Verici ile, biyolojik maddenin alımı konusunda anlaşan ve alımı gerçekleştiren kuruluş ise, kendi hâkimiyetinde bulunan

<sup>484</sup> Organ nakli konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Türkiye Organ Nakli Derneği internet sitesi (<http://www.tond.org.tr/tr>). Organ naklinin kısa tarihi hakkında bkz. Yeşim **Atamer**, Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar, MHB, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, Yıl: 19-20, S. 1-2, 1999-2000, sh. 121-123.

<sup>485</sup> Nakil amaçlı biyolojik madde alımları, çoğunlukla Sağlık Bakanlığı'nca yetkili kılınmış ve faaliyetlerini Bakanlıktan aldığı ruhsata bağlı olarak sürdüren sağlık kuruluşları tarafından gerçekleştirilmektedir. Örneğin, 5624 sayılı ve 11.4.2007 tarihli Kan ve Kan Ürünleri Kanunu m. 6/f. 1, kişilerden kan alımında bulunacak olan gerçek ve tüzel kişilerin, faaliyetlerine başlamadan önce, Sağlık Bakanlığı'ndan veya Bakanlığın yetkilendirmesi hâlinde valiliklerden ruhsat almak zorunda olduklarını hükme bağlamıştır. Aynı şekilde, 1979 tarihli ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun m. 10 da, insan organ, doku ve hücrelerin alınması, saklanması, aşılması ve naklinin ancak, bu işler için gerekli araç, gereç ve uzman personele sahip olan sağlık kurumlarınca yapılmasının zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Kanun, bu kurala aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因 ve nakledenler ile bu maddelerin alım ve satımını yapanlar, buna aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında cezaî yaptırım öngörmektedir (m. 15).

<sup>486</sup> Aynı görüşte bkz. Marie-Angèle **Hermitte**, Interventions, Bioéthique et Droit, Etudes rassemblées par Raphaël Draï et Michèle Harichaux, Paris 1988, sh. 219.

biyolojik maddeyi, kimi hâllerde yaşayan kişiden organ nakillerinde olduğu gibi derhâl bir başka insanın vücuduna nakletmekte; kimi hâllerde ise, belli bir süre muhafaza edip, daha sonra hastane işletmeleri ve benzeri sağlık kuruluşlarına ya da bundan yararlanacak olan üçüncü kişilere devretmektedir<sup>487</sup>.

**bbb) Bilimsel araştırma, deney, kopyalama (üreme amaçlı/tedavi amaçlı klonlama) ve kök hücre üretimi**

İnsan kökenli biyolojik maddeler kimi zaman da, bilimsel kuruluş ve klinikler tarafından, üzerlerinde bilimsel araştırma ve deneylerin yapılabilmesi amacıyla vücuttan alınmaktadır. Bilimsel araştırmaların yürütülmesi, tıp tekniklerinin gelişerek çoğalması ve yeni tedavi yöntemlerinin bulunması bakımından büyük önem taşımaktadır. Özellikle son yıllarda ortaya çıkan kök hücre<sup>488</sup> tedavisi, üreme ve iyileştirme amaçlı klonlama (kopyalama) yöntemleri ile ilgili araştırmaların gerçekleştirilebilmesi, insan vücudundan alınan biyolojik maddeler sayesinde söz konusu olabilmektedir. Gerçekleştirilen sözleşme ile, bilimsel kuruluş, üzerinde bilimsel araştırma ve çalışmalar yapacağı bir biyolojik madde elde etmekte; verici ise bu kuruluşa, vücudundan alınan biyolojik maddenin yalnızca belli bir amaç doğrultusunda kullanılması mükellefiyetini yükleyerek, madde üzerinde sahip olduğu haktan, kuruluş lehine mutlak olarak vazgeçmektedir.

İnsan vücudundan elde edilen biyolojik maddelerin kopyalanması, henüz sadece bilimsel araştırmaların yürütülmesi, diğer bir deyişle deneysel amaçlarla gerçekleştirilmektedir. İnsan yaratma amacıyla klonlama<sup>489</sup>, hukuken yasaklanmış bir

<sup>487</sup> Kan ve kan ürünleri bankası, sperm ve yumurta bankaları, vericiden aldıkları biyolojik maddeleri, üçüncü kişilere devretmek konusunda aracı kurum olarak faaliyet göstermektedir.

<sup>488</sup> Kök hücreler, bölünerek kendilerini yenileyen, kan, karaciğer ve kas gibi görev yapan organ ve dokuları oluşturabilen ve farklılaşma yeteneğinde olan hücreler olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Emin **Kansu**, Kök Hücreleri ve Klonlama, Avrasya Dosyası, Moleküler Biyoloji ve Gen Teknolojileri Özel, Sonbahar 2002, C: 8, S: 3, sh. 41.

<sup>489</sup> Kişinin klonlanmasında, klonlanması istenilen kişiden, örneğin (A)'dan alınan bir vücut (somatik) hücresinden, hücre çekirdeği (DNA'sı) çıkarılmakta ve bu çekirdek, örneğin (B)'den alınan ve hücre çekirdeği çıkartılmış, diğer bir deyişle (B)'nin genetik yapısından temizlenmiş olan ve döllenenmemiş bir yumurta hücresinin içerisine yerleştirilmektedir. Bu hücre, daha sonra laboratuvar ortamında, çeşitli işlemlere tâbi tutulur ve bunun sonucunda, klonlanması hedeflenen (A)'nın genetik yapısının birebir kopyasına sahip olan bir embriyo gelişir. Bu embriyo, bir kadının rahmine aşılır ve hamilelik başarıyla sonuçlanırsa, (A)'nın bir kopyası dünyaya getirilmiş olur. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. [www.biltek.tubitak.gov.tr/bilgipaket/klonlama/klonlama\\_uygulamaları.html](http://www.biltek.tubitak.gov.tr/bilgipaket/klonlama/klonlama_uygulamaları.html) ve Türkiye Bilimler Akademisi İnsan Klonlama Uygulamaları Hakkında 8. Akademilerarası Panel Bildirisi [http://www.tuba.gov.tr/userfiles/file/files\\_tr/projeler-calismagruplari/K%C3%B6kH%C3%BCcreKitabi/8\\_Bolum.pdf](http://www.tuba.gov.tr/userfiles/file/files_tr/projeler-calismagruplari/K%C3%B6kH%C3%BCcreKitabi/8_Bolum.pdf) (erişim tarihi: 3.10.2010).

fiildir<sup>490</sup>. İnsan kökenli biyolojik maddelerin üreme<sup>491</sup> ya da tedavi<sup>492</sup> amaçlı kopyalanması ile ilgili tartışmalar ise büyük bir hızla devam etmektedir.

<sup>490</sup> Bu ilke, Avrupa Konseyi tarafından 4.11.1997 tarihinde imzaya açılmış olan “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi” diğer adıyla “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi” ve bunun devamı niteliğindeki 12.1.1998 tarihli “İnsan Kopyalanmasının Yasaklanmasına İlişkin Ek Protokol” ile ortaya konulmuştur. Konsey, Sözleşme ile, biyoloji ve tıp alanındaki gelişmelerin, insan onurunu tehlikeye sokacak eylemlere neden olabileceği tehlikesine karşı, biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, insan onuru ve bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli tedbirlerin taraf devletlerce alınmasını ve bu bağlamda ortaya çıkan sorular ve bunlara verilecek cevaplar üzerinde bir kamuoyu tartışması açılmasının teşvik edilmesini hedeflediğini belirtmektedir (Başlangıç kısmı).

Bu sözleşme Türkiye tarafından da imzalanmış; İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 5013 sayılı Kanun, 9.12.2003 tarih ve 25311 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak, aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin devamı niteliğinde bulunan ve Türkiye tarafından da imzalanan (ancak henüz onaylanmamış olan) İnsan Kopyalanmasının Yasaklanmasına İlişkin Ek Protokol m. 1 uyarınca, “*Bir insana genetik olarak özdeş, canlı veya cansız başka bir insan yaratmayı amaçlayan herhangi bir müdahale yasaktır*”. Maddede yer alan, “genetik olarak özdeş” olma ifadesi, bir insanın başka bir insanla aynı nükleer genetik sete sahip olmasını ifade etmektedir. Ek Protokol bir ân önce onaylanarak yürürlüğe sokulmalı ve Protokol ile belirlenen hedefler, iç hukukumuzdaki alt düzenlemelere yansıtılmalıdır. Bu görüşte Yener **Ünver**, Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi’nin Türk Hukuku’na Etkileri, Kamu Hukuku Arşivi, Kasım 2005, sh. 183.

<sup>491</sup> Üreme amaçlı klonlamada, üreme hücresine sahip olmayan bir kadının çocuk sahibi olması amaçlanmaktadır. Bu teknikte, verici (V)’den elde edilen bir yumurtanın hücre çekirdeği çıkartılarak, yumurtanın, (V)’nin genetik özelliklerinden arınması sağlanmaktadır. Daha sonra, vücudunda yumurta oluşmadığı için çocuk sahibi olamayan (A)’dan elde edilen herhangi bir hücrenin, örneğin bir deri hücresinin çekirdeği çıkartılır. (A)’nın genetik özelliklerini taşıyan bu çekirdek, boş (herhangi bir kişinin genetik özelliklerini taşımayan) yumurta hücresine nakledilir ve uygulama sonucunda, (A)’nın genetik özelliklerini taşıyan bir yumurta hücresi elde edilmiş olur. Bu konu hakkında daha detaylı açıklama için bkz. [http://www.tuba.gov.tr/userfiles/file/files\\_tr/projeler-calismagruplari/K%C3%B6kH%C3%BCreKitabi/8\\_Bolum.pdf](http://www.tuba.gov.tr/userfiles/file/files_tr/projeler-calismagruplari/K%C3%B6kH%C3%BCreKitabi/8_Bolum.pdf) (erişim tarihi: 3.10.2010).

<sup>492</sup> Tedavi amaçlı klonlamada, tıpkı kişinin klonlanmasında olduğu gibi, verici (V)’den alınan bir yumurta hücresi, çekirdeğinden ayrıştırılmakta, hastalıklı hücreye sahip olan (A)’dan da herhangi bir vücut hücresi alınarak, bu hücrenin de çekirdeği çıkartılmaktadır. (A)’nın genetik özelliklerini taşıyan hücre çekirdeği, içi boşaltılmış olan yumurta hücresinin içine aktarılmakta, böylece yeni bir hücre elde edilmektedir. Bu hücre, araştırmacı kurum tarafından çeşitli işlemlere tâbi tutularak, laboratuvar ortamında bir embriyo geliştirilmektedir. Kişinin klonlanmasından farklı olarak, elde edilen embriyo, bir kadının rahmine yerleştirilmez. Burada amaç, oluşturulan embriyodan, tedavi edilmek istenen (A)’nın genetik bilgisini içeren kök hücreler elde etmek ve bu hücrelerden farklı dokular geliştirerek, bunları tedavi amacı ile kullanmaktır. Bu hücre ya da dokular daha sonra, (A)’nın vücuduna aşılanmaktadır. Daha geniş açıklama için bkz. [http://www.tuba.gov.tr/userfiles/file/files\\_tr/projeler-calismagruplari/K%C3%B6kH%C3%BCreKitabi/8\\_Bolum.pdf](http://www.tuba.gov.tr/userfiles/file/files_tr/projeler-calismagruplari/K%C3%B6kH%C3%BCreKitabi/8_Bolum.pdf) (erişim tarihi: 3.10.2010). Bu yöntemin özellikle diyabet, parkinson ve alzheimer gibi hastalıkların tedavisinde etkili olacağı iddia edilmektedir. Bkz. **Kansu**, sh. 41.

Tedavi amaçlı klonlama, yapay yollardan embriyo üretilmesi ve bu embriyodan elde edilen kök hücrelerin kullanılmasını gerektirdiğinden, söz konusu uygulama hukukî ve etik tartışmaları beraberinde getirmektedir. Nitekim, embriyonik kök hücre elde edilirken, kök hücrenin içinden alındığı embriyonun zarar gördüğü, hâttâ bir daha kullanılamaz hâle geldiği iddia edilmektedir. İnsan embriyosunun, araştırma amacıyla kullanımının, hukuka aykırı olacağı, bunun ötesinde, bir kişinin tedavi edilmesi pahasına, meydana gelmiş olan bir embriyonun yok edilmesinin, embriyoyu eşya hâline getireceği tartışmaları, hem Türk hem de yabancı hukuk sistemlerinde yapılmaktadır. Hiçbir amaç pahasına, embriyonun yaşamının kurban edilemeyeceğini savunan Bertrand **Mathieu**, *De la difficulté d’appréhender l’emploi des embryons humains en termes de droits fondamentaux*, RTDH, no: 54, 1<sup>er</sup> avril 2003, sh. 395 ve Catherine **Labrusse-Riou**, *Réflexions Terminales, Bioéthique et Droit*, Etudes rassemblées par Raphaël Draï et Michèle Harichaux, Paris 1988, sh. 271, 274. Buna karşılık, insan embriyosunun tedavi amaçlı

Bilimsel araştırmalar yapan kuruluşun, vericiden temin ettiği biyolojik madde üzerinde sürdüreceği hâkimiyet ile, biyolojik maddenin belli bir aşamaya ulaşana kadar laboratuvar ortamında gelişimi sağlanmakta, kuruluşun madde üzerinde değişiklikler yapabilmesi ve bunları farklı testlere tâbi tutabilmesi mümkün hâle gelmektedir. Kuruluş, üzerinde hâkimiyet kazandığı biyolojik maddeyi, bilime katkı sağlamak, yeni bir bilgiyi açığa çıkarmak ya da yeni bir teknik oluşturmak gagesiyle vericiden almaktadır. Görüleceği gibi, biyolojik madde böyle bir ihtimlde, alındığı kişiden bağımsız bir varlık arz etmekte, tamamen kuruluşun mülkiyetine dâhil olmuş bir eşya niteliği kazanmaktadır. Bununla birlikte, araştırmacı kuruluşun, vericiden temin ettiği biyolojik maddeyi, gerçekleştirdiği araştırma ile sınırlı olarak kullanmak konusunda bir mükellefiyeti bulunmaktadır. Kuruluşun, vericiye karşı bunun dışında bir yükümlülüğü söz konusu değildir.

Bu arada, altını çizmekte fayda gördüğümüz bir nokta da şudur: Bilimsel araştırma, deney veya kopyalama amacıyla vericinin vücudundan biyolojik madde alınması ile, özel laboratuvar ve sağlık kuruluşlarının, bir kimsenin sağlık durumu veya genetik özelliklerini tespit etmeye yönelik testler yaparak, bu testlerin sonuçları hakkında bilgi vermek üzere, kişiden kan ya da doku örneklere almalarını<sup>493</sup> birbirleriyle karıştırmamak gerekir. Nitekim ilkinde, biyolojik maddenin vücuttan alınmasında, vericiden ziyâde, araştırma kuruluşunun ve dolaylı olarak, yürütülen araştırmanın sonuçlarından yararlanacak olan diğer insanların menfaatleri ön planda tutulmakta iken; ikinci hâlde, biyolojik madde, kişinin vücudundan, doğrudan doğruya kendi yararına kullanılması amacıyla alınmaktadır.

Diğer yandan, bilimsel araştırma amacıyla biyolojik madde alımını konu alan sözleşmelerde taraflar, gerekli deney ve bilimsel çalışmaların gerçekleştirilebilmesi ya da insan sağlığına yönelik yeni ürünler geliştirilebilmesi için, araştırma kuruluşunun, madde üzerinde mutlak bir hâkimiyet sağlamasını amaçlamaktadır.

---

kullanımının yasaklanmaması gerektiği görüşünde **nver**, Biyo-Hukuk, sh. 183-184 ve embriyonun, tedavi amacıyla kullanılması hâlinde, insan onurunun zedelenmeyeceği görüşünde **Doğan**, sh. 288. Konumuzun, insan kökenli biyolojik maddelerle sınırlı olması ve embriyonun, kadın ve erkeğin, dolayısıyla iki ayrı insanın üreme hücrelerinin birleşmesinden meydana gelen ve yeri geldiğinde medenî haklardan yararlanabilen bir özelliğine sahip olması (MK m. 28/ f. 2 gereği), bu tartışmayı inceleme alanımız dışında bırakmaktadır.

<sup>493</sup> Bkz. yukarıda dn. 462 ve ona bağlı metin.

Oysa kişinin vücudundan, hastalıklarının teşhis edilmesi ya da genetik yapısına dair bilgilerin ortaya konulması maksadıyla biyolojik madde alındığı durumlarda, sağlık kuruluşu, gerekli tetkik ve analizleri yaparak, sağlık durumu hakkında bilgi elde etme ya da genetik materyali deşifre etme ve bu bulguları bir rapor hâlinde teslim etme konusunda kişiye karşı borç altına girmektedir. Dolayısıyla böyle bir sözleşmede taraflar, biyolojik maddenin, vericinin hâkimiyet alanından sağlık kuruluşunun hâkimiyet alanına geçmesini değil; sağlık kuruluşunun, ücret karşılığında, vücudundan biyolojik madde alınan kişiye karşı bir çalışmada bulunarak, bu çalışmadan belli bir sonuç ortaya çıkarmasını amaçlamaktadırlar<sup>494</sup>. Diğer bir deyişle, sağlık kuruluşu, kişinin vücudundan, mülkiyet hakkına sahip olmak için değil, borç altına girdiği edimi yerine getirebilmek için biyolojik madde almaktadır. Bu nedenle, vücuttan yalnızca tahlil amacıyla biyolojik madde alan sağlık kuruluşlarının, söz konusu maddeler üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduklarından da bahsedilemez; bu maddelerin adı geçen kuruluşlar tarafından derhâl imhâ edilmesi gerekir<sup>495</sup>.

Sonuç olarak, belli bir kimsenin sağlık durumunu araştırmak ve elde edilen sonuçları ona bildirmek amacıyla gerçekleştirilen sözleşmeler, hukukî nitelik itibariyle, yeniden kullanım amaçlı biyolojik madde alımını konu alan sözleşmelerle farklılık arz etmektedir.

## **cc- Yeniden Kullanım Amacıyla Biyolojik Madde Alımını Konu Alan Sözleşmelerinin Esaslı Unsurları**

### **aaa) Hayattakiler arasında kazandırıcı bir işlemin varlığı**

İnsan kökenli bir biyolojik maddenin, vücuttan, yeniden kullanım amacıyla alınmasını konu alan sözleşmelerde, taraflar, biyolojik maddenin, vericinin hâkimiyet alanından, bir sağlık ya da araştırma kuruluşunun hâkimiyet alanına geçmesini

<sup>494</sup> Bu doğrultuda, bir hekimin ücret karşılığı tıbbî bir rapor hazırlamasında veya bir laboratuvar tahlili ya da testi yapmasında eser sözleşmesi niteliği bulunduğu savunulmaktadır. Bu görüş için bkz. **Gauch**, No: 331 vd. Biz de, tarafların böyle bir sözleşme yapmakla güttükleri amacın, tıbbî test, tahlil ve tetkiklerin gerçekleştirilmesinden çok, bu tetkiklerden ortaya çıkan sonuca ulaşmak olduğunu düşünüyoruz. Bu nedenle, tıbbî test ve analiz çalışmalarını özen ve sadakatle yerine getirmiş olsa dahi, bu test ve analizlerden doğru bir sonuç elde edemeyen ve bunları, bir rapor hâlinde hastasına sunamayan hekimin, borcunu ifa etmiş sayılamayacağına inanıyoruz. Aksi görüş için bkz. **Tandoğan**, C. II, sh. 40-41. Yazar, böyle bir amaç doğrultusunda gerçekleştirilen sözleşmenin vekâlet niteliğinde olduğunu savunmaktadır.

<sup>495</sup> Bu konuda bkz. yukarıda dn. 325 ve buna bağlı metinde yaptığımız açıklamalar.



amaçlamaktadırlar<sup>496</sup>. Verici, kendi vücudundan ayrılacak olan bir biyolojik maddeyi, sağlık kuruluşuna ya da bir organ bankasına temlik etmek suretiyle, bunlara malvarlıksal bir menfaat sağlamaktadır. Zira biyolojik madde üzerinde hak sahibi olan kuruluş, bu maddeyi hastane işletmeleri gibi diğer sağlık kuruluşlarına devredebilmekte, bu madde üzerinde araştırma ve incelemeler yapabilmekte, hâttâ kan bankalarının gerçekleştirdiği gibi, biyolojik maddeyi doğrudan hasta ya da hasta yakınlarına devredebilmektedir<sup>497</sup>.

Vericinin, kendi vücudundan ayrılan biyolojik maddeyi, bir başka kişi ya da kuruluşa devretmesi ile, o kişi ya da kuruluş, biyolojik maddenin mülkiyetini devren kazanmaktadır<sup>498</sup>. Örneğin, kan bağışi merkezi, kendisine bağıšta bulunan kişiden aldığı kanı devren kazanır. Verici ise, vücudundan ayrılan biyolojik madde üzerindeki mülkiyet hakkını devir nedeniyle kaybettiğinden, onun açısından, nisbî bir hak kaybı söz konusu olmaktadır<sup>499</sup>.

Ancak bilindiği gibi, bir malın mülkiyetinin devredilebilmesi için, devreden kişinin tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Bu yetkiye ise, esas itibariyle, malın mâliki sahiptir<sup>500</sup>. Acaba, kişi, kendi vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddelerin mâliki sayılabilecek midir? Bu sorunun yanıtı, yukarıda da bahsetmiş olduğumuz gibi tartışmalı olmakla birlikte, bu hususta MK m. 685/f. 1 hükmünün kıyas yoluyla uygulanması gerektiği savunulmaktadır<sup>501</sup>. Buna göre, nasıl ki, asıl şeyin bütünleyici

<sup>496</sup> Bkz. **Ummel/Schmidt/Pelet/Dumoulin/Lässer**, sh. 42.

<sup>497</sup> Bkz. Bénédicte **Bévière**, La dignité du corps humain vivant, Séminaire d'actualité de Droit médical, Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort, Droit, Éthique et Culture, Bordeaux 2005, sh. 23. Yazar, kişinin, kendi vücudundan ayrılmasına karar verdiği biyolojik madde üzerindeki kullanma, yararlanma ve tüketme yetkilerini bütünüyle bir başkasına devredebileceğini ifade etmektedir. Yazara göre, kişinin vücudundan ayrılan biyolojik maddeler üzerinde, bir takım kişi ya da kuruluşların hak kazanmaları sayesinde, vericiden devralınan maddenin tıbbî ya da bilimsel amaçların gerçekleştirilmesi doğrultusunda değerlendirilebilmesi, diğer bir ifadeyle, vericinin, kendi vücudundan alınan organ, doku ya da hücreleri üzerindeki menfaatinden tamamen farklı bir amaç için kullanılabilmesi sağlanmaktadır.

<sup>498</sup> Araştırma kuruluşunun, hastane işletmesinin ya da kan bankasının, vericinin vücudundan aldığı biyolojik maddenin mülkiyetini aslen kazandığı söylenemez. Zira, kişinin vücudundan ayrılan biyolojik madde sahihsiz eşya sayılamayacağı gibi, bu maddenin mülkiyetinin ilgili kuruluşa geçebilmesi için, kuruluşun olduğu kadar vericinin de bu konuda bir iradesinin bulunması gerekmektedir.

<sup>499</sup> Bu konuda bkz. **Oğuzman/Barlas**, sh. 215.

<sup>500</sup> **Oğuzman/Barlas**, sh. 193; **Serozan**, Medenî Hukuk, sh. 304.

<sup>501</sup> Bkz. **Wiegand**, sh. 779. Benzer görüşte **Pelet**, sh. 296 ve **Taupitz**, Wem gebührt der Schatz im menschlichen Körper? Zur Beteiligung des Patienten an der kommerziellen Nutzung seiner

parçası sayılan doğal ürünler, kural olarak, asıl şeyden ayrılırsalar dahi, aslın mâlikine ait olur<sup>502</sup>; biyolojik maddeler de, meydana geldikleri kişinin vücudundan ayrıldıkları ândan itibaren, o kişinin mülkiyetine tâbi olmalıdır.

O hâlde, vücudundan ayrılan biyolojik madde üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi, bu maddeyi, yasal sınırlara uymak koşuluyla üçüncü kişilere devredebilecektir. Örneğin, sperm bağışının yasal olduğu ülkelerde, verici, sperm bankasına belli miktardaki üreme hücresini devretmekte, sperm bankası da, mülkiyet hakkını kazandığı spermleri, çocuk sahibi olmak isteyen kadınların hizmetine sunmaktadır.

Dolayısıyla, kişinin vücuduna bağlı olarak varlık sürdüren bir organ, doku ya da hücre, vücuttan ayrıldığı ândan itibaren, ayrıldığı kişinin mülkiyetine tâbi bir eşya statüsünde değerlendirilecektir. O hâlde kişi, mülkiyet hakkına sahip olduğu bu maddeyi, yasal olarak kendisinden devralma ve elinde bulundurma iznine sahip olan sağlık ya da araştırma kuruluşlarına<sup>503</sup> devredebilecektir. Söz konusu kuruluşlar, verici ile aralarındaki sözleşmeden doğan borcun ifa edilmesi ile birlikte, biyolojik maddenin dolaysız zilyetliğini kazandıkları gibi, bu madde üzerindeki mülkiyet hakkını da devren kazanmaktadır. Şu hâlde, kişinin vücudundan ayrılmış olan bir

---

Körpersubstanzen, Archiv für civilistische Praxis 191, 1991, sh. 208 (**Joye**, Génome, sh. 101'den naklen). **Joye** ise başka bir çözüm yolu önermektedir. Yazar, meydana geldiği vücuttan ayrıldığı ândan itibaren, eşya statüsüne giren biyolojik madde üzerinde, hak sahibinin zilyetlik hükümleri uyarınca korunabileceğini savunmaktadır. Vücudundan biyolojik madde alınacak olan kimse, ayrılma ânından hemen önce, biyolojik madde üzerindeki fiilî hâkimiyeti ele geçirme konusunda bir iradeye (*animus possidendi*) sahip ise, bu takdirde, ayrılan parça üzerindeki zilyetliği kazanır.

Biz ise, vücuttan ayrılan biyolojik madde üzerindeki hak sahipliğini, kişinin iradesine bağlayan bu görüşe katılmadığımızı belirtmek istiyoruz. Zira bu görüşün kabulü hâlinde, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerin vücudundan biyolojik madde alınması durumunda, bu kişilerin ne fiilî hâkimiyeti ele geçirme, ne de mâlik olma iradeleri bulunmadığından, vücutlarından ayrılan biyolojik maddeler üzerinde hiçbir şekilde hak sahibi olmalarından söz edilemeyecektir. Bundan başka, vücuttan, irade dışında organ ya da doku alınması hâllerinde de, vücudundan biyolojik madde alınan kişinin, bu madde üzerinde fiilî hâkimiyeti ele geçirmek konusunda herhangi bir iradesi bulunmadığından, vücuttan biyolojik maddeyi alan (gasp eden) üçüncü kişi, sahipsiz bir eşyayı aslen iktisap etmiş olan, mâlik sıfatıyla zilyet durumunda olacaktır. Kanaatimizce, vücudundan biyolojik madde alınan kişinin, bu madde üzerindeki hak sahipliği, iradî değil, Alman doktrininde de ağırlıklı olarak kabul gördüğü gibi *ipso facto*'dur. Bu konuda ayrıca bkz. Böl. 1, §3, II, 1, c, aa, bbb. Zilyetliğin kazanılmasında zilyet olma iradesinin önemi konusunda doktrinde ortaya atılan farklı görüşler için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 52, dn. 11.

<sup>502</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 246.

<sup>503</sup> İnsan kökenli pek çok biyolojik maddenin devri konusunda yasal sınırlamalar bulunmaktadır. Bu maddeler, vericiden, ancak ruhsata bağlı olarak faaliyet gösteren kuruluşlar tarafından alınabilmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. Böl. 1, §2, I, 3, b.

biyolojik maddenin, vericinin hâkimiyet alanından, sağlık kuruluşunun hâkimiyet alanına geçmesi arasında sıkı bir bağıllık<sup>504</sup> ya da uygun bir illiyet bağı<sup>505</sup> bulunduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır.

Vericinin, kendi vücudundan alınan biyolojik maddenin mülkiyetini sağlık kuruluşuna geçirebilmesi için, tarafların bu konuda anlaşmış olmaları gerekir. Dolayısıyla, verici, biyolojik maddenin zilyetliğini sağlık kuruluşuna devrederken, onun mülkiyetini de devretmeyi arzu etmeli, sağlık kuruluşu da, madde üzerindeki zilyetliğini mâlik olmak niyetiyle kazanmalıdır. Meselâ, verici, kendi spermini, sperm bankasına belli bir süreliğine muhafaza edilmesi için verse, buna karşılık sperm bankası, bunu, üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olmayı düşünerek alsa, sperm üzerindeki mülkiyet hakkını kazanmış olmaz. Zira böyle bir durumda tarafların aynı sözleşmeyi oluşturmaya yönelik, birbirine uygun irade beyanları bulunmamaktadır<sup>506</sup>.

Öğretide, taşınır mülkiyetinin devrini konu alan tasarruf işleminin geçerliliğinin, buna temel teşkil eden borçlanma işleminin geçerliliğine bağlı olup olmadığı ekseninde yürütülen tartışmanın<sup>507</sup>, insan vücudundan ayrılmakla, “taşınır eşya” niteliği kazanan biyolojik maddenin mülkiyetinin devri bakımından da etkili olacağı muhakkaktır.

### **bbb) Bağışlama sebebi ile yapılması**

Verici, biyolojik maddeyi sağlık kuruluşuna devrederken, bağışlama gayesi (*causa donandi*) ile hareket etmektedir<sup>508</sup>. Kızılay kan merkezine giderek, kan

<sup>504</sup> **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 146.

<sup>505</sup> **Yavuz**, sh. 240; Mustafa Alper **Gümüş**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, İstanbul 2008, sh. 275.

<sup>506</sup> Bu konuda bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 589.

<sup>507</sup> Taşınmaz mülkiyetinin devri bakımından, MK m. 1024’ün açık hükmü, tasarruf işleminin geçerli bir kazanma sebebine dayanması gerektiğini ortaya koyarken, taşınır mülkiyetinin devri bakımından Medenî Kanun’da böyle bir hüküm bulunmamaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, taşınır mülkiyetinin devrini konu alan tasarrufun da taşınmazlarda olduğu gibi, buna sebep teşkil eden borç ilişkisine bağlı (sebebe bağlı/illî) olduğunu, dolayısıyla, borçlandırıcı işlemdeki sakatlığın, tasarruf işlemini de sakatlayacağını kabul etmektedir. Bkz. **Tekinay**, sh. 4. Taşınır mülkiyetinin devrinde soyutluk prensibinin geçerli olması gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 591-592; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, sh. 57.

<sup>508</sup> Bkz. **Wiegand**, sh. 779.

bağışında bulunan ya da yumurtasını, çocuk sahibi olmak isteyen bir kadının yararlanabilmesi için bir yumurta bankasına devreden kişi, mevcut bir borcu yerine getirmek (*causa solvendi*) gayesiyle değil, tamamen bağışlama sebebiyle hareket etmektedir. Böyle bir kazandırmanın, kanaatimizce, ahlâkî bir vazifenin yerine getirilmesi olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir<sup>509</sup>. Nitekim ahlâkî bir ödevin ifasında kişi, toplumsal bir takım gerekçelerle, yerine getirmekle yükümlü olduğunu hissettiği bir borcu ifa etmek gayesiyle bir kazandırmada bulunmaktadır<sup>510</sup>. Kişinin ne zaman ahlâkî bir vazifeyi ifa etmek, ne zaman bağışlama gayesiyle hareket ettiğini tespit etmek her zaman için kolay olmasa da<sup>511</sup>, kanımızca, kişinin sosyal ve ahlâkî yaptırımlara mâruz kalmamak uğruna<sup>512</sup>, kendisini bir şey vermeye yükümlü ya da mecbur hissederek tasarrufta bulunması, onun bağışlama gayesiyle hareket ettiğinin kabulünü zorlaştıracaktır. İster sözleşmeden, ister ahlâk kurallarından kaynaklansın, kişinin iradesi bir borcu yerine getirmek üzerine kurulmuşsa, kazandırma sebebi *causa solvendi* olacaktır. Buna karşılık kişi, üzerinde böyle bir yükümlülük hissetmeden ve hiçbir karşılık beklemeden, karşı tarafa malvarlıksal bir menfaat sağlamak amacıyla kazandırmada bulunuyorsa, bu takdirde kazandırma sebebini *causa donandi* oluşturacaktır.

<sup>509</sup> Kazandırmanın, ahlâkî bir vazifenin ifası olarak yapılması, bunun bağışlama sayılmaması açısından önemlidir (BK m. 234/f. 3). BK m. 62 de, ahlâkî bir vazifeyi ifa için verilen şeyin geri alınmayacağını ortaya koymaktadır.

<sup>510</sup> Bkz. Margareta **Baddeley**, Commentaire Romand, Code des Obligations I (éd.: Luc Thévenoz-Franz Werro), De la donation, Art. 239-252, Genève 2003, Baddeley, sh. 1248; **Tandoğan**, C. I/1, sh. 347; **Yavuz**, sh. 240-241; **Gümüş**, C. 1, sh. 279; **Zevkliler/Gökayla**, sh. 147.

<sup>511</sup> Bkz. **Serozan**, Borçlar Hukuku, sh. 203.

Bir babanın, ölen oğlunun cenaze masraflarını karşılama görevini ahlâkî bir görev olduğunu ortaya koyarak, bu görev için harcanan paranın, ölenin mirasçılarında geri istenemeyeceği hükmüne varan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi kararı için bkz. Yarg. 4. HD, 25.10.1990, 2498/7814 (<http://www.kazanci.com>). Daire, dava konusu kazandırmanın, ahlâkî bir vazifenin ifası niteliğinde olduğuna, olayın özelliği ve tarafların yakınlığı (baba-oğul ilişkisi) göz önünde bulundurularak ulaşılmaması gerektiğini belirtmiştir.

Aynı Daire, bir kimsenin, “*Babamın bana mânen ve maddeten yardımlarına karşılık, bütün kazancımın yüzde otuzunu, sağ kaldığı müddetçe kendisine vereceğimi taahhüt ederim*” şeklindeki yazılı taahhüdünü, baba-oğul ilişkisinden doğan ve bir minnet borcunun yerine getirilmesi anlamını taşıyan bir ahlâkî ödev niteliğinde saymış ve bu nedenle, kişinin kazancının belli oranını, karşılıksız olarak babasına vermeye zorlanamayacağına hükmetmiştir. Bkz. Yarg. 4. HD, 12.1.1965, E. 1964/1031, K. 1965/82 (<http://www.kazanci.com>).

<sup>512</sup> Yargıtay, kişilerin, bazı kazandırmaları toplumsal yaşamın ve ahlâk kurallarının bir sonucu olarak gerçekleştirdiklerini “...toplumsal kural ve geleneklerimiz, aile bağlarımız, ölüye karşı son ödevin yapılmasındaki gereklilik, bu sonucu zorunlu kılmaktadır. Bunu, olanağı olduğu hâlde asgarî ölçüler içinde yapmayan bir baba, ahlâkî ödevini yerine getirmekten dolayı kınanır. İşte ahlâkî ödev de, kınanmaktan kurtulmak için yerine getirilmekte ve böylece toplum içinde iyi insan sıfatını sürdürmektedir...” ifadeleriyle, isabetli bir biçimde belirtmiştir. Bkz. Yarg. 4. HD, 25.10.1990, 2498/7814 (<http://www.kazanci.com>).

Kan bankasına kan veren bir kimsenin ya da örneğin kellik hakkında bilimsel nitelikte bir araştırmanın gerçekleştirilebilmesi için belli miktardaki saç telini, araştırma kuruluşuna devreden kişinin bu yönde bir ahlâkî vazifesi olmadığı gibi, kişi kendini böyle bir vazife ile yükümlü de hissetmeyeceğinden, bu tür kazandırmaların sebebini *causa donandi* olarak nitelendirmek uygun düşecektir.

### ccc) İvazsız (Karşılıksız) olması

Biyolojik maddelerin, yeniden kullanılması amacıyla alımını konu alan sözleşmelerin büyük bir kısmında, yalnızca verici, vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddenin devri konusunda borç altına girmekte; buna karşılık, biyolojik maddeyi devralan sağlık ya da araştırma kurumu ise, vericiye karşı, bunun karşılığını oluşturacak nitelikte bir değer verme konusunda taahhütte bulunmamaktadır. Aslına bakılacak olursa, biyolojik maddelerin devir koşullarını öngören yasal düzenlemelerin hemen hepsinde, karşılıksızlık esasına yer verilmektedir<sup>513</sup>. Dolayısıyla taraflar, biyolojik maddenin devrinin, belli bir ivaz karşılığında gerçekleştirilmesini arzu etseler dahi, böyle bir sözleşmenin, yasal sınırlamalardan kurtularak geçerli bir şekilde hüküm ifade etmesi zor görünmektedir<sup>514</sup>.

### ddd) Sözleşme olması

Vericinin, kendi vücudundan ayrılacak olan biyolojik maddeyi, sağlık ya da araştırma kuruluşuna devretmesini konu alan hukukî işlemin varlığından söz edebilmek için, verici ile sağlık kuruluşunun bu konuda karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasında bulunmaları gerekir ki, bu husus, taraflar arasında bir sözleşmenin kurulduğuna işaret eder. Bu sözleşmede, verici, sağlık ya da araştırma kuruluşuna vücudundan ayrılacak olan bir biyolojik maddenin zilyetliğini ve mülkiyetini devretmeyi üstlenirken, devralan kuruluş, vericiye herhangi bir karşı

<sup>513</sup> 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun m. 3, organ ve dokuların, bedel veya başka bir çıkar karşılığında devredilmesini yasaklamaktadır. Keza, 5624 sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanunu m. 3/f. 1/b. b'de "*Kan, kan bileşenleri ve ürünlerinin temininde karşılıksız ve gönüllü bağış esastır. Ancak malî karşılık anlamına gelmeyecek şekilde kan bağışçısını teşvik edici uygulamalar müstesnadır*" hükmü yer almaktadır.

<sup>514</sup> Böyle bir sözleşme ancak, hakkında ivazlı olarak devir yasağı öngörülmemiş bir biyolojik maddeyi konu aldığı takdirde geçerli olabilir. Örneğin, kişinin saçlarını belli bir ücret karşılığında kuaföre devir amacıyla teslim etmesini konu alan bir sözleşmenin geçersiz sayılmasına neden olan bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, geçerlilik şartlarından herhangi birine uyulmaksızın gerçekleştirilen bir sözleşmenin de, geçersiz sayılacağı unutulmamalıdır. Bu konu, aşağıda detaylı bir biçimde incelenecektir. Bkz. Böl 3, § 2.

edimde bulunmayı borçlanmaz. Bu nedenle bu sözleşme, kural olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir.

### dd- Sözleşmenin Hukukî Niteliği

İnsan vücudundan yeniden kullanım amacıyla biyolojik madde alımını konu alan sözleşmelerin içerdiği bu unsurlar, ilk bakışta bağışlama sözleşmesi ile karşı karşıya olduğu izlenimini vermektedir<sup>515</sup>. Nitekim sözleşme ile taraflar, vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddenin mülkiyetinin ve zilyetliğinin, sağlık ya da araştırma kuruluşuna devrini amaçlamakta, bunun yanında, devrin ivazsız olarak gerçekleşmesi konusunda anlaşmaktadırlar<sup>516</sup>.

Bağışlama, bağışlayanın, bir karşılık elde etmeksizin, bağışlananı zenginleştirmek gayesiyle ve bağışlama sebebi (*causa donandi*) ile ona kendi malvarlığından bir kazandırmada bulunduğu ya da kazandırmada bulunmayı vaat ettiği bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır<sup>517</sup>. Bağışlananın malvarlığındaki artışa, bağışlayanın malvarlığındaki azalma neden olmalıdır; diğer bir deyişle, fakirleşme ile zenginleşme arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır<sup>518</sup>.

Vücudundan ayrılacak olan biyolojik maddenin mülkiyetini, sağlık ya da araştırma kuruluşuna devretmeyi üstlenen verici, bu maddenin zilyetliğini de devretme borcu altına girmektedir<sup>519</sup>. Bu noktada, vericinin vücudundan henüz

<sup>515</sup> Bu görüşte bkz. **Taşdelen**, sh. 172.

<sup>516</sup> Vericilerin, bilimsel bir araştırmanın yürütülmesi amacıyla, özel bir üniversiteye, her hangi bir maddî karşılık almadan, dokularını devrettikleri sözleşmenin, bağışlama niteliğinde olduğunu ortaya koyan ABD mahkeme kararı için bkz. **Washington University v. Catalona**, 437 Fed. Sup., 2d Series 985, (USDC Eastern District of Missouri 2006) Karar metni için bkz. <http://www.ca8.uscourts.gov/opndir/07/06/062286P.pdf> (erişim tarihi: 18.7.2010). Mahkeme, vericilerin dokularını bağışlamadıklarını, yalnızca âriyet sözleşmesi ile söz konusu biyolojik maddeler üzerindeki kullanma hakkının belli bir süreliğine devredildiği yönündeki iddiaya karşılık olarak, vericilerle üniversite arasındaki sözleşmede; ne vericilerin, kendilerinden alınan dokular üzerindeki mülkiyet haklarını saklı tuttuklarına dair bir hükmün, ne de bu dokuların, bilimsel araştırmada kullanılmasından sonra, vericilere iade edileceği yönündeki bir kaydın yer aldığına dikkat çekerek, bu iddiayı reddetmiş ve biyolojik maddeler üzerindeki mülkiyet hakkının, bunların bağışlanması neticesinde üniversiteye geçtiğine hükmetmiştir.

<sup>517</sup> Bağışlama sözleşmesinin tanımı için bkz. ve karşı. Pierre **Cavin**, *Traité de droit privé suisse*, Vol. VII/1, La vente, L'échange, La donation, Fribourg 1978, sh. 175; **Baddeley**, sh. 1237, 1240; **Yavuz**, sh. 240; **Tandoğan**, C. I/1, sh. 342; **Gümüş**, sh. 275; **Serozan**, *Borçlar Hukuku*, sh. 200; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 145; **Aral**, sh. 187; **Tercier/Favre**, No: 1760.

<sup>518</sup> **Cavin**, sh. 177; **Tandoğan**, C. I/1, sh. 346; **Gümüş**, C. 1, sh. 275; **Yavuz**, sh. 240; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 146.

<sup>519</sup> İnsan vücudundan ayrılmış olan biyolojik madde, hukuken eşya statüsünde olduğundan, bu madde hakkında Medenî Kanununun taşınır mülkiyetine ilişkin hükümlerinin uygulanması gerekir.

ayrılmamış olan bir organ, doku ya da hücrelerinin zilyetliğini, sağlık veya araştırma kuruluşuna nasıl devredebileceği sorusu akla gelebilir. Uygulamaya bakılacak olursa, kan vermek üzere kan merkezine başvuran bir kan vericisi ya da bilimsel nitelikte bir araştırmaya katkı sağlamak amacıyla, spermini bir araştırma kuruluşuna devredecek olan bir kişi, söz konusu kuruluşlarla, biyolojik maddenin, vericinin hâkimiyet alanından, sağlık ya da araştırma kuruluşunun hâkimiyet alanına geçmesi konusunda anlaşmaktadır. Ancak, bu geçişin sağlanabilmesi için öncelikle devre konu olan biyolojik maddenin, vericinin vücudundan ayrılması gerekir. Saç teli, tırnak hâtta sperm gibi bazı biyolojik maddeler, bizzat verici tarafından vücuttan ayrılarak, devralana teslim edilebilirken, birçok biyolojik maddenin ise, vücuttan ayrılabilmesi için, borçlunun vücut bütünlüğüne yönelik bir cerrahî müdahalenin gerçekleştirilmesine gereksinim duyulur. Gerçekten de kan verme borcu altına giren bir kişiden kanı, damarına iğne ile girilerek ve damardaki kanın, kan torbasına akması sağlanarak alınmaktadır<sup>520</sup>. Keza, yanık konusunda bilimsel araştırmalar yapan bir kuruluşa, bacağında bulunan ve üzerinde yanık izlerinin yer aldığı deri parçasını bağışlamayı vaad eden kişiden, bu parça, ancak cerrahî bir müdahale sonucunda alınabilmektedir. Görüldüğü gibi, bazı biyolojik maddelerin zilyetliğinin devri, kendine özgü bir takım özellikler gösterse de, burada dahi, teslim benzer bir zilyetlik devri söz konusudur<sup>521</sup>.

Bu örneklerde olduğu gibi, bir sağlık ya da araştırma kuruluşunun, kendi işini görmek ve faaliyetlerini yürütmesine imkân verecek “malzemeyi” kendine sağlamak amacıyla, vericinin vücudundan biyolojik madde alması bize göre, bu kuruluşun, kendisine devri vaat edilen şeyi teslim almasından başka bir şey değildir. Fakat, kuruluş, biyolojik maddeyi vericiden teslim alırken, vericinin mal ve şahıs varlığı değerlerini ve özellikle sağlığını korumakla da yükümlüdür<sup>522</sup>. Sağlık ya da araştırma

---

Bu nedenle, taşınır mülkiyetinin nakli için, taşınırın zilyetliğinin de devredilmesi gerektiğini öngören MK m. 763/f. 1, vücuttan ayrılmış biyolojik maddeler hakkında da uygulama alanı bulacaktır.

<sup>520</sup> Bkz. **Pelet**, sh. 295.

<sup>521</sup> Bkz. **Pelet**, sh. 295.

<sup>522</sup> Bunu, sağlık ya da araştırma kuruluşunun bir “yan edim yükümlülüğü” olarak kabul etmek mümkün değildir. Nitekim söz konusu kuruluşların, biyolojik maddenin mülkiyetinin devrine karşılık oluşturacak bir aslî edim yükümlülükleri bulunmamaktadır. Bir sözleşme ilişkisinde, yan edim yükümlülüğü, ancak aslî bir edim yükümlülüğü ile birlikte söz konusu olabilir. Bkz. **Eren**, sh. 34. Sağlık kuruluşu bakımından aslî edim yükümlülüğünün bulunmadığı bu sözleşmede, yan edim yükümlülüğünün bulunduğundan da bahsedilemez.

kuruluşu, her ne kadar, biyolojik madde üzerindeki mülkiyet hakkının kendisine devredilmesinin karşılığı olarak, vericiye karşı herhangi bir edim yükümlülüğü altına girmese dahi; özellikle, vücuttan biyolojik maddeyi alma esnasında, vericiye karşı, MK m. 2'deki dürüstlük kuralından kaynaklanan özen ve koruma yükümü altındadır. Her sözleşme ilişkisinde mevcut olan genel koruma yükümlülüğü<sup>523</sup>, bu ilişkide de, alacaklı kuruluşu, özellikle zilyetliğin devri esnasında, vericinin sağlığını koruma borcu yükler.

Zikredilen tüm bu benzerliklere rağmen, vericinin, bir sağlık kuruluşuna kendi vücudundan ayrılacak olan bir biyolojik maddenin mülkiyetini devretmek konusunda taahhütte bulunması, kanımızca, BK m. 238'de öngörüldüğü şekilde bir bağışlama taahhüdü olarak nitelendirilemez<sup>524</sup>. Zira, MK m. 23/f. 3 gereği, bağışlama vadinin alacaklısı olan kuruluş, biyolojik madde verme borcu altına giren vericiden, taahhüdünü yerine getirmesini talep ve dava edemez<sup>525</sup>. Oysa bağışlanan, bağışlama vadinin doğan borcunu yerine getirmeyen bağışlayana karşı, bağışlamanın aynen ifa edilmesini talep ve dava edebilmektedir<sup>526</sup>. Bundan başka, vücudundaki organ, doku ya da hücreyi, sağlık ya da araştırma kuruluşuna bağışlamayı taahhüt eden kimse, BK m. 245'de öngörülen bağışlama taahhüdünden dönme şartları ile bağlı olmaksızın, taahhüdünden her zaman dönebilir<sup>527</sup>.

Öte yandan, yeniden kullanım amacıyla biyolojik madde alımını konu alan sözleşmelerin, özellikle şekil ve ehliyet bakımından, Borçlar Kanununda yer alan bağışlama hükümlerine göre farklılık taşıyan, kendine has bir takım özellikleri bulunmaktadır<sup>528</sup>. Örneğin yaşayan bir kişinin, organ bağışında bulunmak konusundaki rıza beyanını, BK m. 238/f. 1'de öngörülen "yazılı şekil şartı" dışında

<sup>523</sup> Koruma yükümlülükleri ve edim yükümü içermeyen borçlar hakkında bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, *Borçlar Hukuku*, sh. 12-13; **Oğuzman/Öz**, sh. 11-12; **Eren**, sh. 39, 41.

<sup>524</sup> Aynı görüşte **Akıncı**, sh. 79; **Sarıal**, 22-23. Aksi görüşte bkz. **Pelet**, sh. 315-316 ve **Dierkens**, sh. 58-59. Yazarlar, kan bağışının, bağışlama sözleşmesi niteliğinde olduğunu savunmaktadır.

<sup>525</sup> Bkz. bu konuda, Böl. 2, §2.

<sup>526</sup> **Yavuz**, sh. 249; **Tandoğan**, C. I/1, sh. 374; **Tercier/Favre**, No: 1855; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 157; **Gümüş**, C. 1, sh. 298-299.

<sup>527</sup> Aynı görüşte bkz. Alain **Bernard**, *Le corps Humain, Objet du Contrat, Bioéthique et Droit*, (éd.: Raphaël Draï, Michèle Harichaux), Paris 1988, sh. 187.

<sup>528</sup> **Bernard**, sh. 185.



belli şekil şartlarına uyarak gerçekleştirilmesi gerekir<sup>529</sup>. Ayrıca 18 yaşından küçükler, organ ve doku bağışında bulunamazken, kısıtlılar bakımından böyle bir yasal engel öngörülmemiştir<sup>530</sup>. Dolayısıyla, bir yıldan fazla hürriyeti bağlayıcı ceza alan ya da savurganlığı sebebiyle kısıtlanan bir kimse de, organ ya da doku vericisi olabilir. Oysa, MK m. 449 uyarınca, vesayet altındaki bir kişi, yasal temsilcisinin izni olsa dahi bağışlamada bulunamamaktadır.

Yeniden kullanım amacıyla biyolojik madde alımını konu alan sözleşmelerde, vericinin biyolojik madde verme konusundaki taahhüdü, vericinin aynen ifaya zorlanamaması nedeniyle, bağışlama vaadi olarak kabul edilemese de, vericinin vücudundan ayrılan biyolojik maddenin mülkiyetini ve zilyetliğini sağlık ya da araştırma kuruluşuna devrettiği sözleşmenin, BK m. 237’de yer alan “elden bağışlama” sözleşmesi ile benzerlik gösterdiği söylenebilir<sup>531</sup>. Gerçekten, nasıl ki, elden bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın bir şeyi bağışlanana teslim etmesiyle meydana gelir ve bu sözleşme ile bağışlanan, bağışlama konusu şey üzerinde mülkiyet hakkını kazanır; vericinin de, mülkiyeti devir amacıyla vücudundan biyolojik madde alınmasına gösterdiği rızaya dayanılarak, bu maddenin vericinin vücudundan alınmasıyla birlikte, biyolojik madde üzerindeki mülkiyet hakkı, sağlık ya da araştırma kuruluşuna geçer.

Meselâ, kan bağışında bulunmak üzere, kan merkezine giden bir kimseden, bu merkezde çalışan sağlık görevlisinin kan alması ile, verici ile kan merkezi arasında, kanın mülkiyetinin devrine yönelik bir sözleşme kurulmakta ve vücuttan ayrılan kan üzerindeki mülkiyet hakkı vericiden, kan merkezine geçmektedir. Burada da, sözleşmenin kurulması ile borcun ifasının, neredeyse aynı zamanda meydana geldiği söylenebilir. Ancak, bundan, taraflar arasında sadece bir tasarruf işlemi

<sup>529</sup> 2238 sayılı ODNK m. 6 uyarınca, verici, nakil amacıyla vücudundan organ ya da doku alınmasına en az iki tanık huzurunda, önceden verilmiş yazılı ve imzalı bir beyan ile rıza gösterebileceği gibi, en az iki tanık önünde sözlü olarak rızasını beyan edip, düzenlenen tutanağı imzalayarak da bu şartı gerçekleştirebilir.

<sup>530</sup> ODNK m. 5’de, yalnızca, on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınmasının yasak olduğu öngörülmektedir.

<sup>531</sup> Elden bağışlamanın hukukî niteliği tartışmalıdır. Öğretide bir görüş, elden bağışlamanın, bağışlama vaadi ile tasarruf işleminin birbirine karıştığı bir işlem niteliğinde olduğunu savunmaktadır. Bkz. bu görüşte, **Tandoğan**, C. I/1, sh. 360; **Cavin**, sh. 187; **Baddeley**, sh. 1259; **Aral**, sh. 193; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 152; **Oğuzman/Öz**, sh. 42, 44. Diğer bir görüş ise, elden bağışlamanın, bağışlama sebebine dayalı olarak gerçekleştirilen bir tasarruf işlemi olduğunu kabul etmektedir. Bkz. **Tercier/Favre**, No: 1765; **Gümüş**, C. 1, sh. 284 ve dn. 1451’de anılan yazarlar.

yapıldığı ve sözleşmenin borç doğurucu bir yönü olmadığı gibi bir sonuç çıkarmak uygun düşmez. Kanımızca burada hem borçlandırıcı işlem, hem de tasarruf işlemi mevcut bulunmakta, ancak bu işlemler aynı anda gerçekleşmektedir<sup>532</sup>.

İnsan kökenli biyolojik maddenin, vericinin vücudundan yeniden kullanım amacıyla alınmasını konu alan sözleşmenin, tıpkı vücuttan tedavi amacıyla biyolojik madde alınmasını konu alan sözleşmeler gibi, vekâlet akdi niteliğinde olduğu da düşünülebilir<sup>533</sup>. Kanaatimizce, bu düşünce şu bakımdan doğru olmaz: Yukarıda da açıklamış olduğumuz gibi<sup>534</sup>, biyolojik maddenin vücuttan alınmasını konu alan bir sözleşmenin vekâlet akdi olarak nitelendirilebilmesi için, vekilin, kural olarak müvekkile ait olan bir işi görmesi ve bu işin müvekkil yararına görülmesi gerekmektedir<sup>535</sup>. Oysa, kan bağışında bulunan kişiden kanı teslim alan merkez ya da bunun BK m. 100 uyarınca yardımcı şahısları sayılan hekim, hemşire ya da sağlık personeli, müvekkilin (vericinin) işini görmedikleri gibi, bu işi verici yararına da gerçekleştirmemektedirler. Gerçekten, ne kan bağışında bulunan bir kimsenin, kan merkezine; ne de bilimsel bir araştırmaya destek sağlamak amacıyla dokusunu bağışlayan bir kişinin, araştırma kuruluşuna, bir işini gördürdüğü söylenebilir. Biyolojik madde vericisi, kendisine ait olan bir işi, başkasına gördürmek suretiyle bir menfaat elde etmeyi amaçlamadığı gibi, aksine, vücudundan ayrılacak olan biyolojik maddeyi, sağlık ya da araştırma kuruluşlarına devrederek, bu kuruluşlara menfaat sağlamayı istemektedir. Buna karşılık, vücudundan hastalıklı bir organın, örneğin tümörlü böbreğinin alınması konusunda hekimle anlaşılan hasta, kendi yararına bir işin görülmesi, diğer bir deyişle, kendisini tedavi edecek cerrahî müdahalenin yapılması maksadıyla hareket etmektedir.

Verici ile onun vücudundan yeniden kullanım amacıyla biyolojik madde alan kuruluş arasındaki sözleşmenin vekâlet niteliğinde olduğunu kabul etmekle birlikte, bu ilişkide, vericinin, vekil; sağlık ya da araştırma kuruluşunun ise müvekkil sıfatıyla

<sup>532</sup> **Bernard**, sh. 187.

<sup>533</sup> Organ naklini konu alan sözleşmeyi vekâlet olarak nitelendiren **Başpınar**, Aydınlatma, sh. 208. Bu görüş, kendisine organ nakledilen alıcı ile hekim arasındaki ilişki açısından kabul edilebilir olsa da, organ vericisi ile hekim arasındaki sözleşme, kanımızca vekâlet akdi olarak nitelendirilemez.

<sup>534</sup> Bkz. Böl. 2, §3, I, 2, a, bb.

<sup>535</sup> Bkz. **Tandoğan**, C. II, sh. 360; **Gümüş**, C. 2, sh. 243; **Yavuz**, sh. 614; **Werro**, sh. 2025; **Zevkililer/Gökyayla**, sh. 471.

hareket ettiği görüşü de savunulmuştur<sup>536</sup>. Bu görüşe göre, örneğin, sperm vericisi ile sperm bankası arasındaki hukukî ilişkide, verici, sperm bankasına “malzeme” sağlamak suretiyle, onun faaliyette bulunmasına katkıda bulunmakta ve bir anlamda, onun işini görmektedir<sup>537</sup>. Kanımızca, bu görüşün kabulü hâlinde, sanayi kuruluşlarına hammadde veya mal sağlama konusunda borç altına giren tedarikçi konumundaki firmalar ile bunlardan mal sağlayan sanayi kuruluşları arasında da vekâlet sözleşmesi bulunduğu kabul edilmesi gerekecektir. Aynı şekilde, örneğin, Darülaceze Kurumu’na, kurum bünyesinde bulunan yaşlıların barınmaları için bir taşınmazını bağışlayan bir kimse de, bu görüş uyarınca, kurumun işini görmüş sayılacaktır. Hâlbuki, ne tedarikçi firmanın, sanayi kuruluşuna karşı; ne de bağışlayanın, yardım kurumuna karşı, bunlara ait olan bir işi görmek konusunda borç altına girmeleri söz konusudur. Bunlar, yalnızca mâliki oldukları hammadde ya da taşınmazın mülkiyetinin, sözleşmenin diğer tarafına devredilmesi konusunda borç altına girmektedirler.

Biyolojik madde vericisi ile aracı kuruluş arasındaki hukukî ilişki, kanımızca, üçüncü kişi, yani alıcı yararına gerçekleştirilen bir vekâlet sözleşmesi olarak da nitelendirilemez<sup>538</sup>. Nitekim üçüncü kişi yararına sözleşmede, taraflar, vaad eden ile vaad ettirendir<sup>539</sup>. Vaad ettiren, vaad edenden üçüncü kişi lehine bir alacak hakkı elde etmektedir. Diğer bir deyişle, vaad ettiren, vaad eden ile, sözleşmeden doğan borcunu kendisine değil de üçüncü kişiye ifa etmesi konusunda anlaşır. Ancak, borç üçüncü kişiye ifa edilecekse de, sözleşmenin tarafı sıfatına hâlâ vaad ettiren sahip olmaktadır. Vericinin vücudundan, yeniden kullanım amacıyla biyolojik madde alınmasını bu bağlamda düşünmeye çalışırsak, verici ile müdahaleyi gerçekleştirme konusunda borç altına giren hastane işletmesi arasındaki sözleşmede, vaad ettiren verici, vaad eden ise hastane işletmesi olacaktır. Sözleşme neticesinde, borcun kendisine ifa edileceği üçüncü kişi ise alıcı olacaktır. Sözleşme tam üçüncü kişi

<sup>536</sup> Donör ile sperm bankası arasındaki sözleşmenin hukukî niteliğinin vekâlet olduğunu iddia etmekle birlikte, donörün, vekil, sperm bankasının ise müvekkil olduğunu iddia eden görüş için bkz. **Guinand**, Contrats, sh. 244 ve **Guinand**, Implications juridiques, sh. 127. Yazar, sözleşme ile güdülen asıl amacın, spermin, sperm bankasına devredilmesi olduğunu kabul etmekle birlikte, sırf, spermin, hukuken devredilebilir bir eşya olarak nitelendirilemeyeceğini iddia ettiğinden, bu edimin olsa olsa bir iş görme edimi olabileceğini savunmaktadır.

<sup>537</sup> **Guinand**, Implications juridiques, sh. 127.

<sup>538</sup> Aksi görüşte bkz. **Akıncı**, sh. 94.

<sup>539</sup> **Oğuzman/Öz**, sh. 818-819; **Tunçomağ**, sh. 961; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 19, dn. 35.

yararına yapılmış dahi olsa, hastane işletmesi, alıcıya karşı ifa etmeyi borçlandığı edim olan “biyolojik maddenin alıcının vücuduna nakledilmesi” borcunu ifa etmezse, alıcı yalnızca alacağını talep edebilecek, ancak yine de sözleşmenin tarafı olamayacaktır<sup>540</sup>. Üçüncü kişi, sözleşmenin tarafı olmadığı için, bu sözleşmeden onun aleyhine hiçbir borç doğmayacağı gibi, herhangi bir mükellefiyet de doğmaz<sup>541</sup>. Oysa uygulamaya baktığımızda, organ nakli amacıyla gerçekleştirilen sözleşmenin tarafları esas olarak, organ nakline ihtiyaç duyan alıcı ile bu nakli gerçekleştirmek konusunda borç altına giren hastane işletmesidir. Bu nedenle, organ nakli ameliyatının gerçekleştirilmesi karşılığında, hastane işletmesine karşı ücret ödeme borcu altına giren de verici değil, alıcıdır. Sağlık sigortası uygulamalarına bakıldığında, organ nakli amacıyla gerçekleştirilen ameliyat ücreti ile vericinin vücudundan organ alınması nedeniyle gerçekleşen masrafların tamamının, alıcı veya onun bağlı olduğu sigorta kurumu tarafından karşılandığı görülmektedir<sup>542</sup>. Verici ise, kural olarak, taraflar arasındaki sözleşmeye, adetâ gönüllü bir malzeme sağlayıcısı olarak katılmaktadır. Bu sebeple, biyolojik madde alıcısı; vaad eden ile vaad ettiren arasında gerçekleştirilen bir sözleşmedeki “borçlanılan edimin lehdarı” ya da “ifanın muhatabı”<sup>543</sup> üçüncü kişi olarak tanımlanamaz. Sonuç olarak, organ vericisi, aynı zamanda, organ alıcısı lehine, tedavi ücretini ödeme borcu altına girmedikçe<sup>544</sup>, verici ile hastane işletmesi arasındaki sözleşme, üçüncü kişi yararına

<sup>540</sup> **Oğuzman/Öz**, sh. 832; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 19. Ayrıca bu konuda bkz. Şener **Akyol**, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976, sh. 24-25, dn. 6.

<sup>541</sup> **Akyol**, sh. 15; **Eren**, sh. 1097; **Oğuzman/Öz**, sh. 826; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 218; **Engel**, sh. 285.

<sup>542</sup> 23.10.2008 tarih ve 27033 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliği (Sıra No: 6) organ ve doku nakli tedavilerine ilişkin m. 8/f. 1 uyarınca “*verici durumunda bulunan kimselerin bu işlemle ilgili tedavi giderleri, Yönetmeliğin kapsamına girip girmediklerine bakılmaksızın, alıcı durumundaki hastaların kurumu tarafından aynen ödenecektir*”. Bkz. [http://www.tdb.org.tr/tdb/admin/mevzuat/userfiles/but\\_2008\\_degisiklerle\\_guncellenen-16.03.2010.pdf](http://www.tdb.org.tr/tdb/admin/mevzuat/userfiles/but_2008_degisiklerle_guncellenen-16.03.2010.pdf). Aynı şekilde, 25.3.2010 tarih ve 27532 mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği'nin Organ, Doku ve Kök Hücre Nakli Tedavileri hakkındaki m. 4.5.2.A'nın ilk fıkrasında, sağlık yardımlarından yararlandırılan kişilerin organ veya doku nakli tedavilerine ilişkin giderleri ile verici durumunda bulunan kişinin bu tedaviye ilişkin giderlerinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanacağı hükme bağlanmıştır. Bkz. <http://www.sgk.gov.tr/sgkshared/dokuman/sut-duyuru/sut/sutmetin.pdf> (erişim tarihi: 4.9.2010).

Ayrıca bkz. Yarg. 10. HD, 2.12.2008 tarih ve E. 2007/16324, K. 2008/15724 : “*Yasanın açık ifadesi karşısında organ naklinin ‘tedavi’ olgusu kapsamında değerlendirilerek, verici durumundaki kişinin bu tedaviye ilişkin giderlerinin de, davalı Kurum (alıcının sigorta şirketi veya bağlı olduğu sağlık sigortası) tarafından karşılanmasında yasal zorunluluk bulunmaktadır*”. (<http://www.kazanci.com>). Bu konuda ayrıca bkz. **Taşdelen**, sh. 166-169.

<sup>543</sup> **Eren**, sh. 1099.

<sup>544</sup> Organ nakline ihtiyaç duyan bir çocuğun vücuduna, onun anne veya babasının vücudundan alınacak olan organın nakledilmesinin amaçlandığı müdahalelerde bu durumla karşılaşılabılır.

vekâlet akdi olarak nitelendirilemez. Aksi takdirde, yalnızca yardım amacıyla kuzenin vücutuna nakledilmek üzere böbreğini bağışlayan kişinin, üçüncü kişi yararına vekâlet sözleşmesinin tarafı olduğu gerekçesiyle, hastane işletmesine karşı, nakil operasyonu ile diğer masrafları ödeme yükümlülüğünü de üstlenmiş olduğu gibi yanlış bir sonuca varılacaktır.

Yeniden kullanım maksadıyla biyolojik madde alımını konu alan sözleşmelerde, genel olarak, biyolojik maddeyi devralacak olan sağlık ya da araştırma kuruluşu, vericiye karşı belli bir amaç doğrultusunda hareket etme ödevini de yüklenmektedir<sup>545</sup>. Örneğin, vericiden kan elde eden kan bağış merkezi, bu kanın, yalnızca nakil amaçlı kullanılacağı konusunda, vericiye karşı bir mükellefiyet altına girmektedir<sup>546</sup>. Bunun sonucu olarak, aldığı kan üzerinde, örneğin, genetik araştırmalar yaparak, ortaya çıkan genetik bilgileri kamuoyuna duyuran ya da bu bilgileri kendine yarar sağlayacak başka alanlarda kullanan bir merkez, üstlendiği mükellefiyete aykırı hareket etmiş olur. Bununla birlikte, biyolojik maddeyi devralan kuruluşun, yerine getirmeyi üstlendiği bu ödevin, bir karşı edim niteliğinde olduğu da düşünülmemelidir. Zira verici, söz konusu kuruluştan bir karşı edim elde etmek amacıyla değil, bağışladığı kanın insanî bir amaç doğrultusunda kullanılmasını sağlamak amacıyla hareket etmektedir.

Sonuç olarak, vücuttan yeniden kullanım amacıyla biyolojik madde alınmasını konu alan sözleşmeye, bağışlama sözleşmesine ait hükümler doğrudan doğruya uygulanamaz. Kişinin vücutundan yeniden kullanım amacıyla biyolojik madde alınmasını konu alan sözleşme tipi, gerek Borçlar Kanununda, gerekse diğer kanunlarda düzenlenmemiş olduğundan, isimsiz (atipik) bir sözleşmedir. Ayrıca bu

---

Nitekim, aynı zamanda verici konumunda bulunan anne veya baba, organ nakli operasyonunu gerçekleştirmek konusunda borç altına giren hastane işletmesi ile, çocuğun tedavisi amacıyla, üçüncü kişi yararına bir vekâlet sözleşmesi akdetmekte ve sözleşmeden doğan masrafları, çocuk yararına üstlenmektedir.

<sup>545</sup> Bkz. **Ummel/Schmidt/Pelet/Dumoulin/Lässer**, sh. 43.

<sup>546</sup> Bilindiği gibi, mükellefiyet, bağışlayan, bağışlanan ya da üçüncü kişiler lehine de söz konusu olabilir. Hâttâ burada olduğu gibi, lehine mükellefiyet konulan üçüncü kişilerin, sözleşmenin yapıldığı sırada belirli olmaması dahi mümkündür. Bkz. **Tandoğan**, C. I/1, sh. 364. Zira bir kan merkezine, kan bağışında bulunan bir kişi, çoğunlukla, verdiği kanın kimlerin tedavisinde kullanılacağı konusunda bilgi sahibi olmaz. O, yalnızca devrettiği kanın, alıcılara nakli için kullanılması konusunda bağışlanana bir mükellefiyet yüklemektedir. Mükellefiyetli bağışlama hakkında ayrıca bkz. **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 153-155; **Aral**, sh. 196; **Gümüş**, C. 1, sh. 292; **Yavuz**, sh. 248; **Baddeley**, sh. 1271; **Tercier/Favre**, No: 1885; **Serozan**, Borçlar Hukuku, sh. 213.

sözleşme, tamamen veya kısmen, kanunun öngördüğü sözleşme tiplerinin hiçbirinde bulunmayan unsurlardan meydana geldiğinden, kendine özgü yapısı olan (*sui generis*) bir sözleşme niteliği göstermektedir<sup>547</sup>. Ancak, sözleşme ile tarafların, vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddenin mülkiyetinin, sağlık ya da araştırma kuruluşuna devrini amaçlamaları ve bu devrin ivazsız olarak gerçekleşmesi konusunda anlaşmış olmaları nedeniyle, bu sözleşme ile yakından benzerlik gösteren bağışlama sözleşmesine dair kanun hükümlerinin, kıyas yoluyla ve tamamlayıcı olarak uygulanabileceğini düşünüyoruz<sup>548</sup>. Özellikle, bağışlayanın kötü ifa nedeniyle sorumluluğunun, ancak ağır kusurunun bulunması hâlinde söz konusu olabilmesi ve özel olarak ayıba ve zapta karşı tekeffülü vaad etmedikçe, bunlardan sorumlu tutulamayışı (BK. m. 243), biyolojik madde vericisinin sorumluluğu konusunda da kıyasen uygulanabilir.

Aynı şekilde, vericinin, biyolojik maddeyi devralacak kuruluşa, maddenin belli bir amaç doğrultusunda kullanılması mükellefiyetini yüklediği durumlarda, mükellefiyetli bağışlama (BK m. 240/f. 1) hakkındaki hükümlerin, incelemekte olduğumuz sözleşme tipine kıyasen uygulanabileceğini düşünüyoruz<sup>549</sup>. Biyolojik madde vericisinin, üstlendiği mükellefiyeti yerine getirmeyen sağlık ya da araştırma kuruluşunu, mükellefiyetini ifa etmeye zorlayabilmesi veya sözleşmeden dönme

<sup>547</sup> Aynı görüşte bkz. **Sarıal**, sh. 24; **Akıncı**, sh. 81.

<sup>548</sup> Vericinin, biyolojik madde verme konusundaki taahhüdünün, eksik borç niteliğinde olmadığını düşündüğümüzü yukarıda belirtmiştik. Nitekim, bunun eksik borç olduğunun kabulü hâlinde, organ, doku ya da hücrelerini, sağlık ya da araştırma kuruluşuna bir kere rızası ile devreden vericinin ifası, geçerli bir ifa oluşturacak ve o, verdiğini hiçbir koşulda geri isteyemeyecektir. Diğer bir anlatımla, eksik borcun kabulü, vericinin aleyhine olarak, onun sözleşmeden dönme imkânının ortadan kalkmasına neden olacaktır. Bilindiği gibi, eksik borç ifa edildiği zaman, bir bağışlamada bulunulmuş olunmamaktadır. Bkz. **Oğuzman/Öz**, sh. 15. Dolayısıyla, bağışlamadan dönmeye ilişkin BK m. 244 hükmünün, eksik borçlar bakımından uygulanması mümkün değildir. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 57, dn. 49; **Tandoğan**, C. I/1, sh. 347; **Engel**, sh. 42; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 30; **Eren**, sh. 86. Hâlbuki elden bağışlama sözleşmesinde olduğu gibi, biyolojik madde vericisinin de, belli şartların gerçekleşmesi hâlinde, yaptığı bu kazandırmadan vazgeçebilmesi gerekir. Meselâ, ihtiyaç duyan hastalara nakledilmesi amacıyla kan merkezine kan bağışında bulunan bir kimse, sonradan kanının, ticarî ya da bilimsel bir amaçla kullanıldığını öğrenirse, bu sözleşmeden dönebilir.

<sup>549</sup> Donörün sperm bankasına sperm bağışladığı durumlarda da mükellefiyetli bir bağışlama sözleşmesi yapıldığı görüşünde bkz. **Labbé**, sh. 344-345. Zira, donör, spermi, sperm bankasına, üreme tedavisinde kullanılması mükellefiyetini yükleyerek bağışlamaktadır. Sperm bankası, bu mükellefiyeti yerine getirmez, meselâ, spermi bilimsel bir araştırmanın yürütülmesinde kullanır ya da, ticarî açıdan kazanç sağlamak amacıyla bir kozmetik şirketine satıp, devrederse, mükellefiyetine aykırı hareket etmiş olur ve bunun sonuçlarına katlanır. Ayrıca, kan vericisi ile kan merkezi arasındaki sözleşmenin, mükellefiyetli bir bağışlama niteliğinde olduğu görüşü için bkz. **Pelet**, sh. 320.

imkânını kullanabilmesi, BK m. 241/f. 1 ile 244/f. 1/b.3 hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması neticesinde mümkün hâle gelecektir.

### **c) Saklama Amacıyla Biyolojik Madde Alınması**

#### **aa- Tanımı ve mahiyeti**

İnsan kökenli biyolojik maddeler, yalnızca belli bir süreliğine muhafaza edilmek amacıyla da vücuttan alınabilir. Örneğin, uygulanacak olan kanser tedavisi nedeniyle, üreme hücrelerini kaybetme riski bulunan hastalardan, daha sonra kullanılabilmesi amacıyla sağlıklı üreme hücreleri alınmakta ve bu hücreler hastane koşullarında dondurularak saklanmaktadır.

Bunun yanında, özellikle son yıllarda “kordon kanı bankacılığı” olarak isimlendirilen bir uygulama ile, yeni doğan bebeklerin göbek kordonundan alınan ve kök hücre tedavisi bakımından büyük önem taşıdığına inanılan kordon kanı da, laboratuvar ortamında saklanabilmektedir. Dondurularak saklanan bu gibi hücrelerin, gerek duyulduğunda, çözülerek kişinin tedavisinde kullanılması amaçlanmaktadır.

İnsan kökenli biyolojik maddelerin, vücuttan saklama amacıyla alınmasının, yeniden kullanım amacıyla alımından farkı, ilkinde, vücuttan ayrılan maddenin, yalnızca belli bir süreliğine muhafaza edilmesinin amaçlanması iken; diğerinde, vericinin vücudundan biyolojik madde alan kuruluşun, madde üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmasının amaçlanıyor olmasıdır. Bu bakımdan, vücudundan saklama amacıyla biyolojik madde alınan kişi, maddenin mülkiyetini devretmek gibi bir amaç gütmeyiz. O, vücudundan ayrılmış olan biyolojik madde üzerindeki mülkiyet hakkına dayanarak, istediği zaman, bu maddeden istifâde edebileceği gibi, saklattığı maddenin imhâ edilmesine de her zaman karar verebilir<sup>550</sup>.

Biyolojik maddenin belli bir süreliğine muhafaza edilmesini konu alan bu tür sözleşmeler, vücudundan alınan doku ya da hücrelerini saklatmak isteyen kişi ile bu maddeyi, güvenilir bir yerde ve uygun koşullar altında saklama borcu altına giren doku ve hücre bankaları ve benzeri sağlık kuruluşları arasında gerçekleştirilmektedir.

<sup>550</sup> Bu imkâna, 6.3.2010 tarih ve 27513 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği m. 18/f. 11’de yer verilmiştir. Buna göre, dondurulan üreme hücreleri ve gonad dokuları, alındığı kişinin isteği hâlinde, il sağlık müdürlüğünde kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imhâ edilir.

Saklama amaçlı biyolojik madde alımını konu alan sözleşmelerin hukukî niteliğini belirleyebilmek için, bu sözleşmelerin esaslı unsurlarının ortaya konulması gerekir.

### **bb- Esaslı Unsurları**

#### **aaa) Biyolojik maddenin laboratuvar ortamında saklanması**

Görecekları tedavi nedeniyle spermlerini ya da yumurtalarını kaybetme riski altında bulunan hastalar, vücutlarından alınan üreme hücrelerinin, belli bir süreliğine laboratuvar ortamında saklanması amacıyla, özel hastaneler bünyesinde kurulan veya bağımsız olarak oluşturulan üremeye yardımcı tedavi merkezleri ile sözleşme yapmaktadırlar<sup>551</sup>. Aynı şekilde, günümüzde birçok anne-baba, gelecekte belirli hastalıklara yakalanma ihtimâlini göz önünde bulundurarak, yeni doğan bebeklerinin göbek kordonundan alınan kordon kanını muhafaza etmeleri amacıyla, kordon kanı bankaları ile sözleşme yapmaktadır.

Bu tür sözleşmelerde, biyolojik maddeyi saklama borcu altına giren sağlık kuruluşu, maddenin bozulmasına ya da başkalarına ait olan biyolojik maddelerle karışmasına fırsat vermeyecek nitelikte ve güvenli bir ortam sağlamayı da, saklatana taahhüt etmektedir<sup>552</sup>.

#### **bbb) Saklayan kuruluşu saklama karşılığında belirli bir ücret ödenmesi**

Uygulamaya bakıldığında, insan kökenli biyolojik maddeleri saklama borcu altına giren sağlık kuruluşlarının, bu vazifenin karşılığı olarak, biyolojik maddesini saklatan kişilerden yüksek miktarlarda ücret talep ettiği görülmektedir. Ücret,

<sup>551</sup> ÜYTY m. 18/f. 11, insan kökenli üreme hücreleri ile gonad dokularının, ancak tıbbî zorunluluk hâllerinde saklanabileceği kuralını öngörmektedir. Üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması gerektiren tıbbî zorunluluk hâllerine, saklatanın, kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren bir tedavi sürecine başlayacak olması veya testislerin ya da yumurtalıkların alınması gibi, saklatanın üreme fonksiyonlarını kaybetmesine yol açacak bir ameliyat geçirecek olması örnek gösterilebilir. Diğer tıbbî zorunluluk hâlleri ÜYTY m. 18/f. 11'de sayılmıştır.

<sup>552</sup> Biyolojik madde saklama faaliyetinde bulunabilecek olan sağlık kuruluşlarının, mekân bakımından belirli yasal koşulları sağlamış olması aranmaktadır. Meselâ, 5.7.2005 tarih 25866 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliği m. 15/f. 2/b. c'de, kordon kanı bankalarının depolama biriminde, kademeli veya mekanik dondurma sisteminin, saklama ve yedekleme tanklarının bulunması, saklanan ürünlerin korunmasına yönelik olarak, oksijen ve sıcaklık denetimi, alarm mekanizması gibi her türlü güvenlik tedbirinin alınmış olması, elektrik kesintisi durumunda devreye girecek jeneratör ve kesintisiz güç kaynağının bulundurulması gerektiği belirtilmiştir. Bu konuda ayrıca bkz. **Bağış**, 59-61.



biyolojik maddenin dondurularak muhafaza edilmesi için, doku ve hücre bankaları tarafından yapılacak olan masraflar nazara alınarak tayin edilmektedir<sup>553</sup>.

### ccc) Tarafların anlaşması

Sperm, yumurta ya da kordon kanı gibi biyolojik maddelerin belli bir süreliğine<sup>554</sup> muhafaza edilmesi gayesiyle kişinin vücudundan alınmasını konu alan sözleşmelerde, tarafların bu konuda anlaşması, akdin kuruluşu için yeterlidir. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin kurulması için, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından başka, biyolojik maddenin, kan ya da sperm bankasına veya bu amacı güden benzer sağlık kuruluşlarına teslim edilmesi şart değildir. Ancak, sağlık kuruluşunun saklama borcunun doğması için, biyolojik maddenin bu kuruluşu teslim edilmesi gerekir.

### cc- Sözleşmenin Hukukî Niteliği

Esaslı unsurları yukarıda sıralanan bu sözleşmenin hukukî niteliği kanımızca, BK m. 463 vd. maddelerde yer alan vedia sözleşmesidir<sup>555</sup>. Bilindiği gibi vedia sözleşmesi, saklama borcu doğuran akitler arasında anılmaktadır. Vedia, saklayanın, saklatan tarafından verilen bir taşınır eşyayı güvenli bir yerde muhafaza etme ve saklatanın geri istemesiyle, eşyayı saklatana geri verme borcu altına girdiği bir sözleşme olarak tanımlanabilir<sup>556</sup>. Tanımdan da anlaşılacağı gibi, vedia

<sup>553</sup> Kordon kanının saklanması karşılığında, kordon kanı bankasına belirli bir ücretin ödeneceği hususu, Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Yönetmelik m. 19/f. 2'ye göre, verici veya buna onay veren yasal temsilcinin saklama ücretini, yazılı ve sözlü uyarılara rağmen son ödeme tarihini takip eden 18 ay içerisinde ödememesi hâlinde, kordon kanı, doku sahibine ait kayıtların gizlilik içerisinde korunması kaydıyla, allojenik olarak (başka kişilerin kullanımına sunulmak üzere) saklanmaya devam edilir.

<sup>554</sup> Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği, üreme hücreleri ve gonad dokularının, tedavi merkezleri tarafından en fazla beş yıl süreliğine saklanabileceği kuralını öngörmektedir. Ancak Yönetmelik, söz konusu biyolojik maddelerin, beş yıldan daha fazla bir süreliğine saklanmasına da, bu konuda Sağlık Bakanlığının onayının alınması koşuluna bağlı olarak imkân tanımaktadır (m. 18/f. 13). Benzer düzenlemeye, İsviçre yasalarında da rastlanılmaktadır. 18 Aralık 1998 tarihli Yapay Dölllenme Hakkında İsviçre Federal Yasası (LPMA) m. 15/f. 1'e göre, insan üreme hücreleri, kural olarak en fazla beş yıl müddetle saklanabilir. Aynı maddenin bir sonraki fıkrasında ise, üreme hücrelerinin saklanma süresinin, kısırlığa sebep olabilecek ya da genetik mirasa zarar verebilecek tarzdeki tıbbî müdahale ya da uygulamalar öncesinde, soyunu devam ettirmek isteyen kişiler hakkında daha da uzatılabileceği öngörülmüştür.

<sup>555</sup> Aynı görüşte **Akıncı**, sh. 96-97.

<sup>556</sup> Karş. **Yavuz**, sh. 806-807; **Zevkliler/Gökayla**, sh. 523; Mehmet Deniz **Yener**, Vedia Sözleşmesi, İstanbul 2008, sh. 4; **Gümüş**, C. 2, sh. 495; **Tercier/Favre**, No: 6590; Mustafa **Tiftik**, Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi, Ankara 2007, sh. 5. Vedia sözleşmesinin yasal tanımı BK m. 463/f. 1'de şu şekilde yapılmıştır: “İda, bir akittir ki onunla müstevdi, müdi tarafından verilen şeyi kabul ve onu emin bir mahâlde hıfzetmeği deruhte eder”.

sözleşmesinin konusunu taşınır eşyalar oluşturmaktadır. İnsan vücudundan ayrılmış olan bir biyolojik madde, hukuken “taşınır eşya” statüsünde bulunduğundan, vedia sözleşmesinin konusunu teşkil edebilir<sup>557</sup>.

BK m. 463/f. 2’de öngörülen “*Ücret şart edilmedikçe veya hâl, müstevdiin ücrete intizarını icabetmedikçe müstevdi ücret isteyemez*” hükmünden de anlaşılacağı gibi, saklatanın, saklayana ücret ödemesi vedia sözleşmesinin zorunlu bir unsuru değildir<sup>558</sup>. Bununla birlikte, taraflar eşyanın muhafaza edilmesi karşılığında saklayana belirli bir ücretin ödenmesini kararlaştırabilirler<sup>559</sup>. O hâlde, örneğin, bir kimsenin spermini üç yıllığına muhafaza etmeyi üstlenen bir sağlık kuruluşunun, bunun karşılığında ücret talep ettiği durumlarda da vedia akdinden söz edilebilecektir.

<sup>557</sup> İnsan kökenli biyolojik maddelerin muhafaza edilmesini konu alan sözleşmelerin, birkaç yabancı mahkeme kararına da konu edildiği görülmektedir. “*Parpalaix davası*” olarak bilinen ve Fransız mahkemelerinin önüne gelen dava; bir kadının, ölmüş kocasına ait olan ve sperm bankasında saklanmakta olan spermlerinin, kendi vücuduna aşılabilmesi amacıyla kendisine verilmesi talebini konu almaktadır. Dul eşin, spermlerin kendisine verilmesine yönelik talebi, sperm bankası tarafından reddedilince, konu mahkemeye taşınmıştır. Mahkeme, banka tarafından saklanan spermin, alışverişe konu olabilecek bir “eşya” statüsünde olmadığına kanaat getirdiğinden, taraflar arasındaki sözleşmenin niteliğinin, davacı eşin iddiasının aksine, vedia sözleşmesi olamayacağına hükmetmiştir. Bununla birlikte mahkeme, ölmüş eş ile sperm bankası arasındaki hukukî ilişkiyi *sui generis* bir sözleşme olarak nitelendirmiş, sperm bankasının bu sözleşme ile spermi muhafaza etme ve istenildiğinde geri verme borcu altına girdiğini belirtmiş ve spermini saklatanın ölümü neticesinde, bankanın, sperm örneğini, onun sağ kalan eşine vermesi gerektiğine karar vermiştir.

Görüldüğü gibi mahkeme, taraflar arasındaki hukukî ilişkinin vedia akdi olmadığı sonucuna, spermin eşya niteliğinde değerlendirilemeyeceği gerekçesinden hareketle varmıştır. Kişinin vücudundan ayrılmış olan sperm örneğini, hukuken eşya olarak nitelendirmekten özenle kaçınan mahkeme, buna rağmen, sperm hücrelerinin, belli bir süreliğine saklanmasını konu alan hukukî ilişkiyi bir sözleşme olarak kabul etmiş, sperm bankasının, kendisine bırakılan sözleşme konusu varlığı saklama borcu altına girdiğinden bahsetmiş, hâttâ, sözleşmenin konusunu oluşturan sperm örneğinin, saklatanın ölümü neticesinde, sperm bankası tarafından, sağ kalan eşe iade edilmesine hükmederek, kararda, spermin eşya niteliğinde olmadığını gerekçelendirebilecek neredeyse hiçbir unsur ortaya koyamamıştır. Karar için bkz. L’affaire *Parpalaix*, TGI de Créteil 1<sup>er</sup> août 1984, Gaz.Pal. 1984 II sh. 560; JCP 1984 II 20321 note Corone; RTDC 1984 sh. 703, obs. J.Rubellin-Devichi.

Karar, Fransız doktrininde de eleştirilmiştir. Kararın, spermin, aynı hakka konu oluşturamayacağını kabule yetmediği yönünde bkz. **Arnoux**, sh. 93. Aynı görüşte bkz. **Labbée**, sh. 416.

Buna karşılık, Fransız Danıştayının 1988 tarihli bir raporunda, embriyonun, laboratuvar koşullarında muhafaza edilmesi konusunda borç altına giren sağlık kuruluşunun, hukuken saklayan (müstevdi) konumunda olduğu belirtilmiştir. Bkz. Conseil d’Etat (France), De l’éthique au droit, La Documentation française, Notes et études documentaires, 1988, no: 4855, sh. 65.

<sup>558</sup> Richard **Barbey**, Commentaire Romand, Code des Obligations I (éd.: Luc Thévenoz-Franz Werro), Du Dépot, Art. 472-491, Genève 2003, sh. 2470; **Yavuz**, sh. 806; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 525; **Yener**, sh. 47; **Gümüş**, C. 2, sh. 500.

<sup>559</sup> **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 525; **Yavuz**, sh. 806; **Gümüş**, C. 2, sh. 500; **Tiftik**, sh. 17.

Vedia sözleşmesi, rızâ bir akit niteliğindedir<sup>560</sup>. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları, sözleşmenin kurulması için yeterlidir<sup>561</sup>. Ancak, sözleşmenin amacı dikkate alındığında, saklatan açısından, eşyayı saklayana teslim borcundan söz edilemez. Diğer bir deyişle saklayan, vedia sözleşmesi uyarınca saklatanı, eşyayı kendisine teslim etmeye zorlayamaz<sup>562</sup>. Ancak, uygulamada ücretli vedia tarzında ortaya çıkan, biyolojik maddelerin saklanmasıyla yönelik olarak gerçekleştirilen sözleşmelerde, doku ve hücre bankası, biyolojik maddenin saklanmak üzere kendisine teslim edilmesi konusunda bir alacak hakkına sahip olmasa da, sözleşmenin icra edileceğine inanarak, bir takım masraflar yapmışsa, örneğin, göbek kordonunun teslim alınması veya kordondaki kanın ayrıştırılması için, doğumun yapıldığı hastaneye ambulans, sağlık personeli ve tıbbî araç-gereç göndermişse, bu masrafların kendisine ödenmesini saklatandan isteyebilmelidir.

Vedia sözleşmesinin unsurlarından biri de, saklayanın, muhafaza etmek üzere teslim aldığı vedia konusu eşyayı güvenli bir yerde saklama borcu altında olmasıdır<sup>563</sup>. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, kişilerden alınan biyolojik maddeler, belli başlı yöntemlere tabî tutularak dondurulmakta ve laboratuvar ortamında muhafaza edilmektedir. Biyolojik maddelerin, bozulmaya ya da niteliksel değişime uğramadan muhafaza edilmesi için, bu konuda özel bir yöntemin uygulanması zorunludur<sup>564</sup>. Vedia sözleşmesi söz konusu olduğunda da, güvenilir yerin ve saklama koşullarının belirlenmesi hakkında genel bir kural koyulamayacağı, fakat bu hususta, saklanan eşyanın niteliği ve hâlin icaplarının göz önünde bulundurulacağı söylenebilir<sup>565</sup>.

<sup>560</sup> **Barbey**, sh. 2465; **Yavuz**, sh. 807; **Yener**, sh. 41; **Gümüş**, C. 2, sh. 501; **Tiftik**, sh. 34.

<sup>561</sup> **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 525; **Gümüş**, C. 2, sh. 501; **Tiftik**, sh. 34.

<sup>562</sup> **Yavuz**, sh. 810; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 525; **Gümüş**, C. 2, sh. 511.

<sup>563</sup> **Tercier/Favre**, No: 6593; **Yavuz**, sh. 807-808; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 524; **Gümüş**, C. 2, sh. 503; **Tiftik**, sh. 32.

<sup>564</sup> Saklanan eşya, zaman içinde bozulabilir nitelikte ise, muhafaza koşullarının da buna uygun olarak belirlenmesi gerekir. Portakalların soğuk hava deposunda muhafaza edilmesini konu alan sözleşmeyi vedia akdi olarak nitelendiren ve depolama için kullanılacak olan mekânın, soğutma işlemlerinin yanı sıra portakalları uygun süre boyunca saklamaya elverişli olup olmadığı hususlarının da önem taşıdığına işaret eden Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 11. HD, 20.9.2004 tarih ve E. 2003/13943, K. 2004/8534, (<http://www.kazanci.com>).

<sup>565</sup> **Yavuz**, sh. 808; **Tiftik**, sh. 40; **Gümüş**, C. 2, sh. 503. Bu bakımdan, değerli bir yüzüğün, dondurulmuş gıdaların ya da bir çuval kömürün saklanmasıyla borçlanılması konusunda farklı değerlendirmelerin yapılması icap eder. Bkz. **Barbey**, sh. 2465.

BK m. 465/f. 2, saklayanın kural olarak vedia konusu eşyayı kullanamayacağını öngörmektedir. Biyolojik maddeyi muhafaza etme gayesiyle teslim alan organ bankası veya sağlık kuruluşu da, maddeyi, örneğin tıbbî deney ve araştırmalarda kullanamayacaktır. Aksi takdirde, biyolojik maddeyi kullanması dolayısıyla, saklatana uygun bir tazminat vermeye mecbur kalacağı gibi, kazara meydana gelen zararlardan dahi sorumlu olur<sup>566</sup>.

## **II. İnsan Kökenli Biyolojik Maddelerin Devrini Konu Alan Hukukî İşlemler**

### **1- Genel Olarak**

Gönüllü vericilerin vücutlarından, yeniden kullanım amacıyla biyolojik madde alan sağlık kuruluşları; üzerinde hak sahibi oldukları bu maddeleri, bunlara ihtiyaç duyan hastaların tedavisinde kullanılmak üzere, hastane işletmeleri ve diğer sağlık kuruluşlarına devretmektedirler. Bununla ilgili olarak verilebilecek en uygun örnek, Kızılay kan merkezi gibi kan bağış merkezlerinin yürüttükleri faaliyetlerdir. Adı geçen merkezler, gönüllü kan vericileri tarafından kendilerine bağışlanan kanlar üzerinde, birçok tetkik ve araştırmalar yapmakta, daha sonra bu kanları bileşenlerine ayırmakta, özel işlemler uygulayarak plazma ya da hücrenel kan bileşenleri gibi kan ürünleri elde etmekte ve bu ürünlerin, hastane işletmelerine devredilmesine kadarki süreç içinde muhafazasını gerçekleştirmektedir.

Hastalarına uyguladığı tıbbî müdahalelerde kullanmak üzere, kan ya da plazma gibi bir takım biyolojik maddelere ihtiyaç duyan hastane işletmesi ise, bu maddeleri, doğrudan doğruya gönüllü vericilerden almak yerine, bu faaliyeti gerçekleştiren aracı kuruluşlara belli bir bedel ödemeyi göze alarak, biyolojik maddeleri bu kuruluşlardan temin etmek yoluna gitmektedir. Zira kan bağış merkezleri gibi, vericilerden biyolojik madde kabul eden kuruluşların, gerek organizasyon, gerek personel, gerekse tıbbî araç-gereç bakımından belirli koşulları sağlamış olmaları gerekmektedir. Faaliyet sahaları, genel olarak, hastaların tedavi edilmesi ile sınırlı olan ve yoğun bir iş yüküne sahip olan hastane işletmelerinin ise, sürekli bir biçimde, vericilerden biyolojik madde alımını gerçekleştirmek gibi bir

---

<sup>566</sup> Bkz. **Barbey**, sh. 2475.

çalışma sürdürmeleri teknik açıdan mümkün değildir<sup>567</sup>. Bu nedenle, hastane işletmelerinin ihtiyaç duyduğu biyolojik maddelerin gönüllü vericilerden temin edilmesi genellikle, kan ve doku bankaları gibi aracı kuruluşlar tarafından gerçekleştirilmektedir.

O hâlde, insan kökenli biyolojik maddelerin devrini konu alan bu gibi sözleşmelerin taraflarını, biyolojik maddeleri vericilerden toplayarak muhafaza eden merkezler ile verdikleri hizmet gereği bu maddelere ihtiyaç duyan hastane işletmeleri ve diğer sağlık kuruluşlarının oluşturduğu söylenebilir.

## **2- Esaslı Unsurları**

### **a) Biyolojik maddenin devri**

Vericiler tarafından kendilerine bağışlanan biyolojik maddeleri, hastaların tedavisi doğrultusunda kullanmak mükellefiyeti altına giren sağlık kuruluşları, gerek bu mükellefiyetlerini yerine getirmek, gerekse faaliyetlerini sürdürmek için yaptıkları masrafları finanse edebilmek amacıyla, sahibi oldukları biyolojik maddeleri, hastane işletmelerine devretmek istemektedirler. Hastaların tedavi edilmesi konusunda bir iş görme borcu altına giren hastane işletmeleri de, bu edimlerini yerine getirebilmek için insan kökenli biyolojik maddelere ihtiyaç duymaktadır. Ortaya çıkan bu ihtiyaç neticesinde, biyolojik maddeleri elinde bulunduran sağlık kuruluşu ile söz konusu maddeler üzerinde hak sahibi olmak isteyen hastane işletmesi arasında, biyolojik maddenin devrini amaçlayan bir sözleşme meydana gelmektedir.

Fakat, biyolojik maddenin devrini konu alan sözleşmelerle ilgili olarak göz ardı edilmemesi gereken nokta, tarafların bu faaliyette bulunabilmeleri için, Sağlık Bakanlığı tarafından verilen bir ruhsata sahip olmaları gerektiğidir. Biyolojik

<sup>567</sup> Zaten, kan alımı ile ilgili olarak, tüm yataklı tedavi kurumları ile âcil müdahale şartlarını taşıyan hastane ve diğer sağlık kuruluşlarının bünyesinde kurulan transfüzyon merkezlerinin, âcil durumlar dışında kan bağışçısından kan alma yetkisi olmadığı, söz konusu kuruluşların, kan ve kan bileşenlerini bağlı buldukları bölge kan merkezlerinden temin etmeleri gerektiği hususu, 27074 sayılı ve 4.12.2008 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan Kan ve Kan Ürünleri Yönetmeliği m. 10/f. 1 ile düzenlenmektedir.

Keza, 25.3.2010 tarih ve 27532 mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği m. 6.6/f. 1 ve 2'de, kan ihtiyacının karşılanmasında güvenli kan temininin esas olduğu, hastalar için hekimler tarafından gerekli görülen kan ve kan bileşenlerinin, Sağlık Bakanlığınca ruhsatlandırılmış olan kan hizmet birimleri ile Kızılay'a ait kan birimlerinden temin edilmesi gerektiği ve sağlık kurum ve kuruluşlarınca, hastalara kan temin ettirilmeyeceği kuralı öngörülmektedir.

maddelerin el değiştirmesinin, genel sağlığı ilgilendiren bir sonucu olduğundan, devlet, bu amaç doğrultusunda hareket eden ve hukukî işlemlerde bulunan kişileri, idarî bir denetim altında tutmak istemekte ve bir bakıma sınırlamaktadır<sup>568</sup>. Bu nedenle, tıpkı, vericilerden biyolojik madde alan ve bunları muhafaza eden sağlık merkezleri gibi, biyolojik maddelerin dağıtımını yapan kuruluşlar ile bunlardan biyolojik madde talep eden sağlık kuruluşlarının da, idarî olarak yetkilendirilmiş olması gerekir<sup>569</sup>.

### **b) Biyolojik maddenin devri karşılığında bedel ödenmesi**

Vericilerin vücudundan yeniden kullanım amacıyla biyolojik madde alan sağlık kuruluşları, bunun karşılığında, vericilere herhangi bir bedel ödemezken<sup>570</sup>; bu gibi kuruluşlardan insan kökenli biyolojik madde temin eden hastane işletmeleri, karşılık olarak belli miktarlarda bedel ödeme borcu altına girmektedir. Örneğin, 27074 sayı ve 4.12.2008 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Kan ve Kan Ürünleri Yönetmeliği m. 5 hükmü ile, vericilerden kan elde edilmesinin, karşılıksız, gönüllü ve düzenli bağış esasına dayandığı ve bu amaçla, mâli karşılık anlamına gelmeyecek şekilde, kan bağışçısını teşvik edici uygulamalar yapılabileceği belirtilmekteyken; Yönetmelik m. 23, “Mâli Hükümler” başlığı altında, Bölge Kan Merkezleri tarafından hastanelerin transfüzyon merkezlerine teslim edilen kan ve kan bileşenlerinin, transfüzyon merkezi ile yapılan protokol gereği, Bölge Kan Merkezince faturalandırılacağını öngörmektedir.

<sup>568</sup> J. Savatier, sh. 13.

<sup>569</sup> Bu doğrultuda, 5624 sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanunu m. 6 ile Kan ve Kan Ürünleri Yönetmeliği m. 18/f. 2, kan ve kan bileşenlerinin toplanması, test edilmesi, işlenmesi, depolanması ve dağıtımının yalnızca Sağlık Bakanlığı’ndan veya Bakanlığın yetkilendirmesi hâlinde valilikten ruhsat almış hizmet birimleri tarafından yürütüleceği esasını ortaya koymaktadır.

Keza, kan temini ile ilgili olarak, yataklı tüm tedavi kurumları ile âcil müdahale şartlarını taşıyan sağlık kuruluşlarının kendilerine gerekli olan her tür kan ve kan bileşenlerini, aralarında imzalanan protokole uygun olarak, bağlı oldukları bölge kan merkezlerinden sağlamaları gerektiği Kan ve Kan Ürünleri Yönetmeliği m. 10/f. 2/b. b’de öngörülmüştür. Ancak, âcil nakil gerektiren durumlarda ve Bölge Kan Merkezi’nin de, uygun kan veya kan bileşenini karşılayamaması hâlinde, gerekli kan, hastanenin transfüzyon merkezi tarafından vericilerden alınabilir (Kan ve Kan Ürünleri Yönetmeliği m. 10/f. 4).

<sup>570</sup> Yukarıda da bahsetmiş olduğumuz gibi, vücudundan yeniden kullanım amacıyla biyolojik madde alınmasına rıza göstererek, bu maddeleri sağlık kuruluşuna devreden verici, devir karşılığında herhangi bir bedel talep edemez. Bu kural, Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun m. 3’de yer almaktadır. Buna göre, organ ve dokuların, bir bedel veya başkaca çıkar karşılığında devri yasaktır.

Hastane işletmelerine biyolojik madde temin eden sağlık kuruluşlarının, bunun karşılığında bir bedel almaları, her ne kadar bu kuruluşlar tarafından biyolojik maddenin satışının yapıldığına dair bir izlenim yaratsa da, alınan bedelin, doğrudan doğruya biyolojik maddenin değil, bu maddelere uygulanan testlerin ve işlemlerin karşılığı olduğu, diğer bir ifadeyle, bir hizmet bedeli olduğu savunması yapılmaktadır<sup>571</sup>.

Biyolojik maddenin devri karşılığında bedel ödenmesi ile ilgili olarak, akla şöyle bir soru gelebilir: Hastane işletmelerine biyolojik madde sağlayan sağlık kuruluşlarının faaliyetleri, uygulamada “organ ticareti” olarak adlandırılan ve TCK m. 91/f. 3’e göre, suç teşkil eden eylemi oluşturmamakta mıdır? Nitekim, bir kan veya doku bankası da, kendisine bağışlanmış olan biyolojik maddeleri, hastane işletmelerine ve benzeri sağlık kuruluşlarına belli bir bedel karşılığında devretmektedir. O hâlde bu işlem de, organ ya da doku ticareti olarak değerlendirilebilecek midir?

Bilindiği üzere, gerek Türk Ceza Kanunu m. 91/f. 3 uyarınca hakkında cezaî yaptırım öngörülen, gerekse uluslararası sözleşmelerce<sup>572</sup> yasaklanan organ ticareti, insan kökenli biyolojik maddelerin devrinden kazanç elde edilmesini amaçlayan ve bu suretle, ekonomik bakımdan güçsüz kişilerin sömürülmesine neden olan eylemler olarak tanımlanabilir<sup>573</sup>. Bu doğrultuda, organ mafyası ya da organ simsarları olarak adlandırılan bir takım şahıslar, yoksul durumdaki kişilerle anlaşıp, bunların organlarını, tıbbî müdahalede bulunabilecek olan belli kişi veya hastane işletmelerine satmalarına aracılık ederek, bundan komisyon almakta; bu eyleme ortak olan hastane işletmecisi veya hekim de, organ için ödemiş olduğu bedeli, üzerine kendi kazanç

<sup>571</sup> Bu ifade için bkz. <http://www.kizilay.org.tr/kanhizmetleri/> (erişim tarihi: 11.9.2010).

<sup>572</sup> Türkiye tarafından da imzalanan ve 9.12.2003 tarih ve 25311 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yasalaşan 1997 tarihli Avrupa Konseyi Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi) m. 21, insan vücudu ve parçalarının, ticarî kazanç sağlanmasına konu oluşturamayacağı esasını öngörmektedir.

<sup>573</sup> Bu konuda bkz. Thomas **Gutmann**/Walter **Land**, Avrupa Bakış Açısı (çev.: Fulya Eroğlu), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, S. 10, Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu (ed.: Yener Ünver), Ankara 2009, sh. 17 ve Murat **Aydın**, Tıp Ceza Hukukunda Organ Ticareti Suçu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara 2008, sh. 368-369.

payını da ekleyerek hastasından tahsil etmektedir<sup>574</sup>. Böylece, vericiden alınan biyolojik madde, üzerinden farklı kişilerin kazanç sağlayabildiği bir metâ hâline dönüşmektedir.

Oysa, vericilerden topladığı biyolojik maddeleri hastane işletmelerine devreden sağlık kuruluşlarının, bu faaliyetten kâr elde etmeyi amaçladıklarını söylemek güçtür. Bu kuruluşlar, kamu sağlığı açısından önemli bir vazife gördüklerinden, bunların kuruluş ve faaliyetleri, devlet tarafından sıkı denetimlere tâbi olmaktadır. Bu nedenle, söz konusu kuruluşların, vericilerden sağladıkları biyolojik maddeleri, serbest piyasadaki değerlerinden oldukça düşük fiyatlar karşılığında hastane işletmelerine devrettikleri söylenebilir<sup>575</sup>. Biyolojik maddenin devri karşılığında hastane işletmelerinden alınan bedel ise, maddenin vericiden alınması, test edilmesi, bileşenlere ayrılması ve muhafazası gibi işlemleri gerçekleştiren kuruluşun, faaliyetlerini sürdürebilmesi açısından kaçınılmaz bir unsurdur.

### c) Biyolojik madde ile bedelinin birbiriyle değiştirilmesi konusunda tarafların anlaşması

Bu tür sözleşmelerde, sağlık kuruluşunun, elinde bulundurduğu insan kökenli biyolojik madde ile bu madde üzerindeki hakkını kesin olarak hastane işletmesine devretmek; hastane işletmesinin de, maddeyi devraldığı sağlık kuruluşuna belli bir bedel ödemek konusunda borç altına girmeleri söz konusudur. Biyolojik madde ile bunun karşılığını oluşturan paranın değiştirilmesi hususunda taraflar arasındaki anlaşma, sözleşmenin kurulması açısından yeterlidir. Diğer bir deyişle, sözleşmenin tamam olması için, sağlık kuruluşu tarafından biyolojik maddenin hastane

<sup>574</sup> Organ ticaretinin, günümüzde birçok gazete haberine de konu olduğu görülmektedir. Örneğin, 17.6.2009 tarihli Akşam gazetesinin “Her böbrekten yüzde 150 kâr payı” başlıklı haberinde, organ ticareti yaptıkları iddiasıyla gözaltına alınan kişilerin, 16 ile 20 bin TL’den satın aldıkları böbrekleri, 50-55 bin TL’ye sattıkları hususuna değinilmiştir. Organ ticareti ile ilgili olarak gazetelerde yer alan diğer bazı haberler için bkz. 19.6.2008 tarihli Milliyet gazetesi: “Yoksulların organlarını zenginlere satıyorlardı”; 17.6.2009 tarihli Hürriyet gazetesi: “Böbreği 16’ya alıp 55 bine satıyorlardı”; 7.8.2007 tarihli Vatan gazetesi: “Türkiye’de bir böbreğin fiyatı 5-10 bin dolar”; 7.11.2008 tarihli Radikal gazetesi: “Organ kapkaççısı uslanmıyor”; 31.3.2007 tarihli Milliyet gazetesi: “Bir Pakistanlının böbreğinin değeri sadece 3.500 YTL”; 27.1.2008 tarihli Hürriyet gazetesi: “Böbrek ticareti skandalı”; 31.3.2000 tarihli Hürriyet gazetesi: “Türkiye, yasa dışı organ ticareti cenneti”.

<sup>575</sup> Bkz. bu görüşte Pelet, sh. 346. Yazar, kan bedellerinin, etik ilkeler doğrultusunda asgarî olarak belirlendiğini, bu bakımdan, kan merkezlerinin, kendi faaliyetlerinden kâr elde etmek gibi bir amaç gütmelerinin söz konusu olamayacağını ifade etmektedir.



işletmesine teslimi ve işletme tarafından da paranın sağlık kuruluşuna ödenmesi şart değildir. Bu durum, rızaî bir akitle karşı karşıya olunduğunu göstermektedir.

### 3- Sözleşmenin Hukukî Niteliği

İnsan kökenli biyolojik maddelerin devrini konu alan sözleşme, esaslı unsurları ile birlikte ele alındığında, temlik borcu doğuran bir sözleşme niteliği göstermektedir. Nitekim taraflar, biyolojik maddenin ve bunun karşılığını oluşturan bir miktar paranın birbiriyle değiştirilmesi konusunda karşılıklı olarak taahhütte bulunmaktadır. Tarafların bu taahhütleri, tasarruf işlemiyle yerine getirilmekte ve bu doğrultuda, sağlık kuruluşu, biyolojik maddenin zilyetliğini ve mülkiyetini hastane işletmesine devrederken; işletme de, bunun karşılığı olan parayı sağlık kuruluşuna ödemektedir.

Aslında, hastane işletmesinin, sağlık kuruluşuna ödemeyi taahhüt ettiği bedel, şayet biyolojik maddenin analizlerinin yapılması, bileşenlerine ayrılması ve paketlenerek hastaneye teslim edilmesinin karşılığı ise, taraflar arasındaki sözleşmenin, iş görme sözleşmelerinden eser sözleşmesi niteliğinde olduğu da düşünülebilir. Yukarıda bahsetmiş olduğumuz gibi<sup>576</sup> eser sözleşmesi, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, yüklenicinin bir eser meydana getirme ve bu eseri iş sahibine teslim etme borcu altına girdiği bir sözleşmedir. Bu bakımdan, Kızılay kan merkezinin de, vericilerden elde ettiği kan üzerinde filtrasyon, yıkama ya da ışınlama gibi işlemlerde bulunarak, hastane işletmelerine devretmek üzere donmuş plazma ya da hücresel kan bileşenleri gibi yeni kan ürünleri hazırlaması, “eser meydana getirme” olarak kabul edilebilir.

Buna karşılık, biyolojik maddenin, genellikle sözleşmenin yapıldığı ânda mevcut (meydana getirilmiş) olması; sözleşmedeki edim yükümlülüğünün konusu bakımından, emek unsurunun değil, biyolojik maddenin devri unsurunun ağır basması; hastane işletmesi açısından, işin belli bir sağlık kuruluşu tarafından yerine getirilmesinden ziyâde, biyolojik maddenin kendisine devredilmesinin önem taşınması; hastane işletmesi tarafından sipariş olmasa dahi, biyolojik maddenin, depolama ya da diğer hastanelere devir amacıyla da aynı işlemlerden geçirilerek dağıtıma hazırlanması; sağlık kuruluşu tarafından gerçekleştirilen işlemlerin seri

<sup>576</sup> Bkz. Böl. 2, §3, I, 2, a, cc, aaa.

hâlinde ve ısmarlayanın şahsî ihtiyaçlarına göre değişiklik göstermeksizin yapılması<sup>577</sup> bizi, sağlık kuruluşu ile hastane işletmesi arasındaki hukukî ilişkinin, eser sözleşmesi sayılmayacağı neticesine ulaştırmaktadır.

Bununla birlikte, çok ender olarak görülen hastalıklarda kullanılmak üzere, hastane işletmesinin sağlık kuruluşuna, elinde bulundurduğu biyolojik maddelerden, hastaya özel bir ürün hazırlaması konusunda bir sipariş vermesi hâlinde, taraflar arasındaki hukukî ilişkiye eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekecektir<sup>578</sup>.

Sözleşme ile, sağlık kuruluşundan biyolojik maddenin mülkiyetinin kendisine devri konusunda bir alacak hakkı kazanan hastane işletmesinin, karşı edim olarak bu kuruluşu bir miktar para ödemeyi taahhüt etmesi, bu sözleşmenin bağışlama niteliğinde de olmadığını göstermektedir. Zira bu sözleşmede, hastane işletmesine alacak hakkı kazandıran sağlık kuruluşunun kendisi de, bunun karşılığında bir alacak hakkı kazanmaktadır<sup>579</sup>. Oysa bir kimsenin kendi vücudundan alınacak olan biyolojik maddeyi yeniden kullanılması amacıyla sağlık kuruluşuna devretmesini konu alan sözleşmede, kazandırmada bulunan vericinin, bunun karşılığında herhangi bir maddî menfaat sağladığı söylenemez.

Taraflar arasındaki sözleşmenin ivazlı olması, satım sözleşmesini akla getirmektedir. Gerçekten, mülkiyeti devir borcu doğuran ve ivazlı bir sözleşme olan satım akdinde, satıcı, satılanı teslim ve mülkiyeti geçirmeyi, alıcı da bunun karşılığı olan bedeli satıcıya ödemeyi taahhüt etmektedir (BK m. 182/f. 1). Bu nedenle, bir kan bankası ile bir hastane işletmesinin, birbirlerine karşı, örneğin on ünite AB Rh (-) kanın, para karşılığında hastane işletmesine devir ve teslim edileceği konusunda borç altına girmeleri bu mahiyette görülebilir<sup>580</sup>.

<sup>577</sup> Eser sözleşmesinin, satım akdinden ayırt edilebilmesi için uygulamada dikkate alınan bu kriterler için bkz. **Tandoğan**, C. II, sh. 42-44.

<sup>578</sup> **Pelet**, sh. 344.

<sup>579</sup> Bağışlama vaadi ile elden bağışlamanın ivazsız işlem niteliği hakkında bkz. **Oğuzman/Barlas**, sh. 173-174. Ayrıca bkz. **Serozan**, Medenî Hukuk, sh. 302.

<sup>580</sup> Bkz. bu görüşte **Joye**, Génome, sh. 51. Yazar, insan vücudundan elde edilen biyolojik maddelerin, birçok teknik işlemle geçirilerek, niteliğinin değiştirilmesi ve "ürün" hâline getirilmesi ile birlikte, bu ürünlerin, insan kökenli biyolojik maddeler için söz konusu olan ivazlı devir yasağına tâbi olmayacağını, bu bakımdan, ürünün devri konusunda kan bankası ile hastane işletmesi arasında gerçekleştirilen sözleşmenin de satış niteliğinde olacağını savunmaktadır. Aynı yönde bkz. Dominique **Thouvenin**, Autour du don et de la gratuité, RGDM, Numéro Spécial: 1<sup>tes</sup> rencontres internationales André Demichel, 2002, sh. 106.

Hâtâ bazı durumlarda, hastanın vücudundan biyolojik madde elde eden hastane işletmesi ya da diğer sağlık kuruluşlarının, bu maddeleri, ticarî amaçlarla da kullandıkları ileri sürülmektedir. Örneğin, doğumevleri ve hastane işletmelerinin, kendi bünyelerinde gerçekleşen doğumlar neticesinde, elde ettikleri plasentaları, hammadde olarak, kozmetik ve güzellik ürünleri üreten firmalara, belli bir bedel karşılığında verdikleri bilinmektedir<sup>581</sup>. Böyle bir durumda da, hukuken eşya niteliğinde olan bir varlığın, para karşılığında değiştirilmesi ile, kısaca satım sözleşmesi ile karşı karşıya kalınmaktadır<sup>582</sup>.

Ancak insan kökenli bazı biyolojik maddelerin, yasal düzenlemelerde yer alan sınırlamalar nedeniyle ticarete konu edilemeyeşi, bu maddelerin satış yoluyla devirleri konusunda tereddüt yaratmaktadır<sup>583</sup>. Gerçekten, organ ve doku satışının yasak olduğunu kesin bir şekilde ortaya koyan 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunun üçüncü maddesi karşısında, bir organ bankasının hastane işletmesine organ verme borcu altına girdiği sözleşmenin, satım sözleşmesi olduğu nasıl ileri sürülebilecektir?

Yasal düzenlemeler tarafından, insan kökenli bazı biyolojik maddeler hakkında öngörülen satış engeli, taraflar arasındaki sözleşmenin nitelendirilmesi bakımından farklı arayışlara neden olmaktadır. Bu bağlamda, sağlık kuruluşlarının, üzerlerinde hak sahibi oldukları biyolojik maddelerin mülkiyetini, bedel karşılığında hastane işletmelerine ve diğer kuruluşlara devretmeyi borçlandıkları bu sözleşmelerin, “isimsiz (atipik) karma sözleşme” olarak adlandırıldığı görülmektedir<sup>584</sup>. Sağlık kuruluşu tarafından, biyolojik maddenin serbest piyasadaki

<sup>581</sup> Bu konuda bkz. **Rassat**, sh. 2777.

<sup>582</sup> Fransız Danıştay, 1988 tarihinde vermiş olduğu bir raporda, hastane işletmelerinin, doğum yapan kadınların rızasını almaksızın elde ettikleri plasentaları, bir takım firmalara “satış” yoluyla devrettiklerini ifade etmiştir. Bkz. Conseil d’Etat (France), De l’éthique au droit, La Documentation française, Notes et études documentaires, 1988, no: 4855 (**Rassat**, sh. 2777’den naklen).

Satım sözleşmesinin tanımı için bkz. ve karşı. **Yavuz**, sh. 41; **Tandoğan**, C. I/1, sh. 78; **Gümüş**, C. 1, sh. 31; **Aral**, sh. 59; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 27; **Serozan**, Borçlar Hukuku, sh. 91; Silvio **Venturi**, Commentaire Romand, Code des Obligations I (éd.: Luc Thévenoz-Franz Werro), Art. 184-215, De la vente et de l’échange, Genève 2003, sh. 995-996; **Tercier/Favre**, No: 491.

<sup>583</sup> **Tandoğan**, temlikî caiz olmayan malların satım sözleşmesine konu oluşturamayacağını belirtirken, buna örnek olarak, canlı insan vücudunun uzuvlarını göstermektedir. Bkz. **Tandoğan**, C. I/1, sh. 81.

<sup>584</sup> Bu görüş için bkz. **Ummel/Schmidt/Pelet/Dumoulin/Lässer**, sh. 45; **Pelet**, sh. 391.

değerinden oldukça düşük bir bedel karşılığında hastane işletmesine devredilmesi, tarafların bu hususun farkında olarak sözleşme yapmaları ve sağlık kuruluşunun kâr elde etme amacıyla değil de, bağışlama kastıyla hareket ederek hastane işletmesine kazandırmada bulunması, sağlık kuruluşu ile hastane işletmesi arasındaki hukukî ilişkinin, satıştan ziyâde, karma bağışlama niteliğinde olduğu fikrine yol açmıştır<sup>585</sup>. Bilindiği gibi, karma bağışlamanın hukukî niteliği tartışmalı olmakla beraber, bunun karma nitelikte ve çeşitli tiplere ait unsurların birbirlerine karıştığı akitlerden olduğu görüşü çoğunlukla kabul edilmektedir<sup>586</sup>.

Bundan başka, örneğin, bir doğumevinin, üzerinde hak sahibi olduğu plasentaların mülkiyetini, bedel karşılığında bir kozmetik firmasına devretmeyi borçlandığı sözleşmenin satış olarak nitelendirilemeyeceğine gerekçe olarak, bedelin, plasentaların devri karşılığında değil, fakat bu maddelerin, doğum evi tarafından özenle muhafaza edilmiş olması nedeniyle, diğer bir deyişle, belli bir işin görülmesi karşılığında ödendiği gösterilmektedir<sup>587</sup>. Aynı iddia, kan bankalarının, kan ürünlerini devretmek konusunda hastane işletmeleri ya da hastalarla gerçekleştirdikleri sözleşmeler bakımından da dile getirilmektedir<sup>588</sup>. Buna göre, kan merkezinin, hastane işletmesi veya hastalardan aldığı bedel, bunlara devrettiği kanın karşılığı olarak değil, gördüğü faaliyetin karşılığı olarak kendisine ödenmektedir<sup>589</sup>.

<sup>585</sup> Bkz. **Ummel/Schmidt/Pelet/Dumoulin/Lässer**, sh. 45. Ayrıca, vericilerden topladığı kanı, hastane işletmesine devretme borcu altına giren kan merkezinin karma bağışlamada bulunduğunu ortaya koyan görüş için bkz. **Pelet**, sh. 391.

<sup>586</sup> Bu görüşte bkz. **Tandoğan**, C. I/1, sh. 72; **Baddeley**, sh. 1244; **Yavuz**, sh. 23; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 18; **Aral**, sh. 54; **Gümüş**, C. 1, sh. 289; **Serozan**, Borçlar Hukuku, sh. 69. Aksi görüşte Erden **Kuntalp**, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, sh. 118-119. Yazar, karma bağışlamanın, içerdiği edimler ve bunların yüklenilme biçimleri açısından, satım sözleşmesi gibi ivazlı tipik bir akit olduğunu, hukukî sebebi açısından ise bir bağışlama olduğunu kabul etmekte ve sözleşmenin içeriği bakımından bir tipler karışımı bulunmadığını savunmaktadır.

<sup>587</sup> Bu çelişkiye dikkat çeken **Rassat**, sh. 2777.

<sup>588</sup> Bkz. <http://www.kizilay.org.tr/kanhizmetleri> (erişim tarihi: 11.9.2010).

<sup>589</sup> Toulouse İstinaf Mahkemesinin 1992 tarihinde vermiş olduğu kararda, kan bankası ile, hekimin tâlimatı doğrultusunda bu bankadan, bedel karşılığında bir ünite kan alan hasta arasındaki sözleşme, satım sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir. Mahkeme; kan bankasının, sözleşme ile ticarî bir amaç gütmeyeceği yönünde yaptığı savunmaya karşılık, kâr amacı güdülmesinin, satım sözleşmesinin esaslı unsurlarından birini oluşturmadığını belirtmiş ve hastaya AIDS virüslü kan veren kan bankası hakkında, “saticının ayıba karşı tekeffül borcu” hükümlerinin uygulanacağına hükmetmiştir. Bkz. TGI Toulouse référé, 16 juillet 1992, JCP 1992, II, no: 21965. Kararın özeti için bkz. Claire **Boileau**, Dans le Dédale du Don d’Organes, Le Cheminement de l’Ethnologue, Paris 2002, sh. 47-48 ve **Arnoux**, sh. 99.

Görüldüğü gibi, insan kökenli organ, doku ve hücrelerin bir bedel karşılığında devredilmesinin, kanun tarafından genel itibariyle yasaklanmış olması, tarafları, gerçekleştirdikleri sözleşmeye farklı bir isim verme gayreti içine sokmaktadır. Oysa bilindiği gibi, BK m. 18/f. 1 hükmü uyarınca, hâkim, sözleşmenin niteliğini tespit ederken, tarafların gerek yanlışlıkla, gerekse gerçek niyetlerini gizlemek amacıyla kullandıkları tâbirlere ve isimleri dikkate almayacak, onların gerçek ve ortak iradelerini arayacaktır. Bu bakımdan, tarafların gerçekleştirmiş oldukları sözleşmeyi “satım”, “eser” veya “bağış” olarak nitelendirmelerinin hukuken herhangi bir önemi yoktur. Önemli olan, tarafların sözleşme ile gerçekleştirmeyi arzu ettikleri hukukî sonuçtur.

Uygulamaya bakılacak olursa, kan merkezi ve benzeri doku bankalarının, karşılığında herhangi bir bedel ödemeksizin vericilerden elde etmiş oldukları biyolojik maddeleri hastane işletmelerine devretmeleri karşılığında, onlardan bir bedel aldıkları aşikârdır. Aksi takdirde, vericilerden biyolojik madde toplayan sağlık kuruluşlarının gelir elde edebilmeleri ve uzun vadede faaliyetlerini sürdürebilmeleri mümkün olmayacaktır. Zaten, Maliye Bakanlığı ile Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından hazırlanan tebliğlerde<sup>590</sup>, biyolojik maddelerin hastane işletmelerine devri karşılığında, sağlık kuruluşlarına hangi miktarda bedel ödeneceği, kararlaştırılan tarifeler<sup>591</sup> ile ortaya konulmaktadır. Bu bakımdan hastane işletmelerinin, kendilerine biyolojik madde temin eden sağlık kuruluşlarına, bunun karşılığı olarak bir bedel ödeme borcu altına girdikleri hususu, bir takım yasal düzenlemeler tarafından da açık bir biçimde öngörülmektedir<sup>592</sup>.

<sup>590</sup> 25.3.2010 tarih ve 27532 mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği ile Maliye Bakanlığı tarafından hazırlanan ve 23.10.2008 tarih ve 27033 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Tedavi Yardımına İlişkin Uygulama Tebliği bu konuda çeşitli düzenlemeler içermektedir. SUT’un “Kan ve Kan Bileşenlerinin Temini ve Bedelinin Ödenmesi” başlıklı m. 6.6/f. 2’de “Sağlık kurum ve kuruluşlarınca temin edilmesi zorunlu olduğu hâlde, temin edilmeyerek hastaya aldırılan kan ve kan bileşenlerine ait **fatura bedeli** hastaya ödenir” (aynı yönde TYİUT m. 6/f. 3) ve SUT m. 6.6/f. 3’de “Sağlık kurumlarınca temin edilen **kan ve kan bileşenlerinin bedelleri**,.....Kurumca sağlık kurum ve kuruluşuna ödenir” (aynı yönde TYİUT m. 6/f. 4) hükümleri yer almaktadır.

<sup>591</sup> Örneğin, 2010 tarihli SUT’un Ek-8 tablosunda, bir torba tam kanın birim fiyatının 57,60 TL olarak; taze donmuş plazmanın fiyatının ise 44,50 TL olarak belirlendiği görülmektedir.

<sup>592</sup> Meselâ, Kan ve Kan Ürünleri Yönetmeliği m. 23’e göre, Bölge Kan Merkezleri tarafından hastanelere teslim edilen kan ve kan bileşenleri, hastane işletmeleriyle yapılan protokol gereği, Bölge Kan Merkezleri tarafından faturalandırılacaktır.

Kanaatimizce, biyolojik maddenin mâliki olan sağlık kuruluşu ile bu maddeyi sağlık kuruluşundan temin eden hastane işletmesinin, bu maddenin kısmen bedel karşılığında, kısmen de bağışlama kastıyla ivazsız olarak hastane işletmesine devredileceği konusunda anlaşmalarının kesin olarak tespit edilebildiği müddetçe, taraflar arasındaki sözleşmenin “karma bağışlama” niteliğinde olduğu kabul edilebilir. Faaliyet amaçları esas itibarıyla vericilerden topladığı biyolojik maddeleri, bunlara ihtiyaç duyan hasta kişilerin istifâdesine sunmak olan sağlık kuruluşlarının, hastane işletmesi ile aralarındaki sözleşmede, bir taraftan kamu yararı doğrultusunda<sup>593</sup> ve *causa donandi* ile hareket etmeleri, diğer taraftan ise kazanç artırmayı düşünmeden, yalnızca gerçekleştirdiği hizmetlerin finansmanını sağlamak amacıyla ve piyasa fiyatının altında kalan sembolik bir bedel karşılığında maddeyi devretmeyi amaçlamaları, söz konusu hukukî ilişkinin karma bağışlama olarak nitelendirilmesine olanak sağlamaktadır<sup>594</sup>.

Bununla birlikte, insan kökenli biyolojik maddenin devrini konu alan sözleşmede, biyolojik madde için belirlenen bedelin, bunun gerçek değerinden önemli derecede düşük olduğu söylenemiyor veya bedel düşük olmakla birlikte, tarafların sözleşmenin kuruluşu sırasında, bunun farkında olduklarından şüphe duyuluyorsa, bağışlama kastının varlığından söz edilemeyeceği için, sözleşmenin karma bağışlama niteliğinde olduğundan da bahsedilemez. Böyle bir ihtimâlde, insan kökenli biyolojik maddenin devrini konu alan sözleşmenin “satım sözleşmesi” niteliğinde olduğunun kabulü gerekir.

<sup>593</sup> Türkiye’deki hastanelere kan ve kan ürünlerinin tedarikinde en büyük payı oluşturan Türkiye Kızılay Derneği de toplum yararı doğrultusunda hareket etmeyi temel ilke olarak benimsediğini, 27146 sayılı ve 19.2.2009 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan tüzüğünde belirtmektedir (m. 4/f. 1/b. b). Ayrıca Kızılay Derneği’nin bir hayır kurumu niteliğinde olduğu da Tüzükte yer almaktadır: “*Hayır kurumu niteliği: Kızılay, hizmetlerinde hiçbir şekilde çıkar gözetmeyen, gönüllü bir yardım kurumudur*” (m. 4/f. 2/b. d).

<sup>594</sup> Bunun sonucu olarak, taraflar arasındaki sözleşmeye, ne satım ne de bağışlama akdine ilişkin hükümler doğrudan doğruya uygulama alanı bulabilecektir. Sözleşmeden kaynaklanacak muhtemel uyuşmazlığı çözmekle görevli hâkim, Borçlar Kanunu’nda yer alan bu iki sözleşme tipi hakkındaki hükümleri, biyolojik maddenin devrini konu alan sözleşmeye, ancak kıyasen uygulamalıdır. Hâkim, gerektiğinde, yalnızca bir tipe ait hükümleri uygulama yoluna da gidebilmeli veya tarafların karşılıklı menfaatlerine ve sözleşmenin amacına yönelik olarak, daha uygun bir çözüm yolu içerdiğine kanaat getirirse, uyuşmazlığın giderilmesi için borçlar hukukunun genel ilkelerinden de yararlanabilmelidir. Bkz. **Tandoğan**, C. I/1, sh. 75. Bu şekilde de çözüme ulaşılamıyorsa, MK m.1/f. 2’de yer alan esasa uygun olarak, örf ve âdet hukukuna başvurmalı, bundan bir sonuç alınmazsa, eğer kendisi yasa koyucu olsa idi, nasıl bir kural koyacaktı ise, koyacağı kural yönünde bir karara varmalıdır.

### **III. Kişinin Vücuduna Biyolojik Madde Nakledilmesini veya Aşılmasını Konu Alan Hukukî İşlemler**

#### **1- Genel Olarak**

İncelemekte olduğumuz tıbbî uygulamalar bakımından, zincirin son halkasını genellikle hastane işletmesi ya da sağlık kliniği ile biyolojik madde alıcısı arasındaki hukukî ilişki oluşturmaktadır. Bu doğrultuda, böbrek yetmezliği çeken bir hasta, hayatta kalabilmek, geçireceği kalp ameliyatı nedeniyle beş ünite AB Rh (+) kana gereksinim duyan bir kişi, tedavi olabilmek ya da doğal yollardan çocuk sahibi olamayan evli bir kadın, soyunu devam ettirebilmek için, “insan kökenli biyolojik madde” başlığı altında ele aldığımız varlıkların, kendi vücutlarına nakledilmesine ihtiyaç duymaktadır.

Bu ihtiyacı karşılamaya yönelik faaliyetleri kendilerine meslek edinmiş olan sağlık kuruluşları ile sağlık personeli ise, hastaya yapılacak olan tıbbî müdahalede kullanılacak biyolojik maddeleri, doğrudan doğruya vericilerden ya da aracı sağlık kuruluşlarından temin etmekte ve bu “malzemeyi” hastanın vücuduna nakletmek suretiyle, ona karşı taahhüt altına girdiği borcu ifa etmektedir.

İnsan kökenli biyolojik maddelerin, alıcının vücuduna naklini ya da aşılmasını konu alan hukukî işlemler, uygulamada farklı amaçlar doğrultusunda gerçekleştirilmektedir. Bu uygulamalara, kısa da olsa değinmekte yarar olduğunu düşünüyoruz.

#### **2- Vücuda Biyolojik Madde Nakledilmesinin Uygulamada Arz Ettiği Başlıca Görünüm Biçimleri**

##### **a) Alıcının tedavisi amacıyla yapılan nakiller**

Günümüzde, vücudundaki organ ya da dokuları yeterli işlevi göremez hâle gelmiş olan birçok kişinin sağlıklarına kavuşması amaçlanarak, başka insanların vücudundan alınmış olan sağlam organ ya da dokular, hastane işletmeleri ve sağlık kuruluşları tarafından, bu kişilerin vücuduna nakledilmektedir. Nakillerde, alıcı ile hısımlık bağı bulunan ve doku uyuşmasının sağlandığı kişilerin vücudundan alınan

organ ve dokular kullanılabilirdiği gibi<sup>595</sup>, beyin ölümü gerçekleşmiş kişilerin vücutlarından alınan organ ve dokulardan da yararlanılabilmektedir<sup>596</sup>.

Bundan başka, hastanın sağlığına kavuşmasına doğrudan bir etkisi bulunmamakla birlikte, alıcının tedavisine dolaylı yoldan hizmet eden bir biyolojik maddenin nakli de bu kapsamda ele alınabilir. Örneğin, geçireceği cerrahî operasyon nedeniyle vücuduna kan nakledilmesi gereken ya da bağışıklık sisteminin güçlenmesi amacıyla vücuduna plazma takviyesi yapılan yatar durumdaki hastalarda durum böyledir.

<sup>595</sup> “Canlıdan organ nakli” olarak adlandırılan ve yaşayan kişilerin vücudundan elde edilen biyolojik maddelerin alıcının vücuduna aşılmasını konu alan nakillerde, alıcının en az iki yıldan beri fiilen birlikte yaşadığı eşi ile alıcının dördüncü dereceye kadar olan (dördüncü derece dâhil) kan ve kayın hısımlarının organ ve dokularından yararlanılabilmektedir. Bu kapsam dışında kalan organ ve doku vericisi adaylarının durumları, organ ve doku nakli merkezindeki etik kurullar tarafından değerlendirilmekte, ancak uygun bulunması hâlinde nakil gerçekleştirilebilmektedir. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’ne 5.3.2010 tarihinde eklenen Ek m. 1 ile ortaya konulan bu sınırlamanın nedeni, vericinin, alıcının vücuduna nakledilmek üzere verdiği biyolojik madde karşılığında, alıcıdan bir menfaat elde etmesini engellemektir.

Bununla birlikte, Sağlık Bakanlığı’nın 28.05.2008 tarih ve 19735 sayılı onayı ile yürürlüğe giren Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi m. 9/ f. 2, canlıdan elde edilen kemik iliği, kök hücre ve kordon kanı nakillerinde hısımlık bağı şartının aranmayacağını öngörmektedir.

<sup>596</sup> Ölmüş kişilerin vücutlarından elde edilen organ ve dokuların naklinde ise, nakli gerçekleştirecek olan hastane işletmesinin uyması gereken bir takım kurallar bulunmaktadır. 1.6.2000 tarih ve 24066 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği, ülke genelinde organ ve doku nakli hizmetleri alanında çalışan kurum ve kuruluşlar arasındaki gerekli koordinasyonu sağlamak, kadavradan elde edilen organ sayısını artırmak ve adaletli organ ve doku dağıtımını sağlamak amacıyla Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi adında bir sistem öngörmektedir.

Sistemin işleyişi ve cesetten elde edilen organ ve dokuların dağıtım koşulları, Sağlık Bakanlığı’nın 28.05.2008 tarih ve 19735 sayılı onayı ile yürürlüğe giren Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi ile düzenlenmektedir. Yönerge, kalp, akciğer, karaciğer ve böbrek gibi, farklı organların nakli ile ilgili olarak özel ve ayrıntılı hükümler içermesine rağmen, cesetten elde edilen organ ve dokuların dağıtım ve nakli hakkında genel bir prensip de ortaya koymaktadır.

Bu sistem uyarınca, organ ve doku nakline ihtiyaç duyan hastalar ile, hastane ortamında beyin ölümü gerçekleşmiş olan vericiler hakkındaki bilgiler, hastaneler tarafından öncelikle Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Merkezine gönderilmektedir. Merkez, kendisine gönderilen bilgiler doğrultusunda oluşturduğu Âcil Bekleme Listesi ile Ulusal Bekleme Listesi’ndeki sırayı dikkate alarak, kadavradan elde edilen organlar ile buna uygun alıcılar arasındaki eşleştirmeyi yapmaktadır. Bu nedenle, hastasına organ nakli tedavisi uygulayacak olan hastane işletmesinin, mutlaka Ulusal Koordinasyon Merkezi’ne başvurarak, bekleme listesine girmesi gerekmektedir (UKSY m. 9/f. 1/b. a). Aynı şekilde hastane, kendisinde beyin ölümü gerçekleşen vericiyi de Ulusal Koordinasyon Merkezi’ne bildirmek zorundadır (UKSY m. 10/f. 1/b. c). Ulusal Koordinasyon Merkezi, Âcil Bekleme Listesi’nde yer alan bir hasta bulunmadığı takdirde, hastane işletmesinin, kadavradan elde edilen organı, kendi hastalarına nakletmesine müsaade edebilir. Ölen vericinin bulunduğu hastanede uygun alıcı yok ise, bu takdirde, alınan organ, Ulusal Bekleme Listesi’ndeki sıraya göre, öncelikle aynı bölgede bulunan diğer nakil merkezlerine, burada da uygun hastanın bulunmaması hâlinde, bölge dışındaki merkezlere gönderilir.



### b) Alıcı ve eşinin çocuk sahibi olması amacıyla yapılan nakiller

Aslına bakılacak olursa, alıcının doğal yollardan çocuk sahibi olamaması nedeniyle, bu başlık altında incelenen nakillerde de bir bakıma, alıcının tedavi edilmesinin amaçlandığı, bu nedenle de ikinci bir başlığa gerek olmadığı düşünülebilir. Ancak, dikkat edildiğinde, alıcının vücuduna sperm aşılmasının, tedaviye yönelik bir amaç taşımadığı, bunun yalnızca alıcının çocuk sahibi olması için dışarıdan yapılan yardımcı bir teknikten ibaret olduğu anlaşılacaktır. Vücuduna eşinin spermi aşılana kadın, bu teknik uygulandıktan ve bu yolla çocuk sahibi olduktan sonra dahi, tedavi edilmiş sayılmayacaktır<sup>597</sup>. Nitekim bu kişi tekrar çocuk sahibi olmak istediğinde, doğal yollardan hamile kalamamakta; bunu sağlamak için, çoğunlukla yeniden yardımcı üreme tekniklerine başvurması gerekmektedir<sup>598</sup>.

Alıcının çocuk sahibi olması amacıyla yapılan nakillerde farklı tekniklerden yararlanıldığı görülmektedir<sup>599</sup>. Yardımcı üreme teknikleri olarak adlandırılan tüp bebek<sup>600</sup> ve mikroenjeksiyon<sup>601</sup> uygulamalarında, alıcının vücuduna, nakledilen, laboratuvar ortamında oluşturulan embriyodur<sup>602</sup>. Buna karşılık, aşılama (*intrauterin*

<sup>597</sup> Aynı görüşte bkz. **Baudouin/Labrusse-Riou**, sh. 192.

<sup>598</sup> Bunun dışında, çocuk sahibi olamaması nedeniyle tedaviye ihtiyaç duyan kişi, alıcı değil, alıcının eşi de olabilir. Dolayısıyla bu tür durumlarda, alıcının vücuduna sperm nakledilmesinin, alıcının tedavisine yönelik olduğu yine iddia edilemeyecektir.

<sup>599</sup> Bu konuda bkz. **Özsunay**, Hayatın Başlangıcı, sh. 31-32; Marina **Mandofia Berney/Aldo Campana**, Introduction aux Méthodes de Procréation Assistée, Cahiers médico-sociaux, Procréation Assistée: Perspectives éthiques et juridiques en Suisse, Vol: 37, No: 2, Genève 1993, sh. 107-108; Claude **Revaz**, Lumières et ombres de la fécondation in vitro, In Vitro Fertilisation und Embryotransfer, Genève 1987, sh. 183-184; Marina **Mandofia Berney**, Verités de la Filiation et Procréation Assistée, Etude des droits suisse et français, Bâle 1993, sh. 129, 136.

<sup>600</sup> Uygulamada “tüp bebek” (*in vitro fertilisation*) yöntemi olarak bilinen yöntemde, kadından alınan yumurtalar ile erkekten alınan spermeler bir tüp içerisine konularak, sperm kendiliğinden yumurta içerisine girerek, döllemenin sağlanması amaçlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. [http://www.tupbebek-genetik.com/yar\\_ur\\_tek.htm](http://www.tupbebek-genetik.com/yar_ur_tek.htm) ve <http://www.jinekolognet.com/tup-bebek.asp> (erişim tarihi: 12.7.2009).

<sup>601</sup> Mikroenjeksiyon yönteminde ise, tüp içine konulan sperm yumurtayı kendiliğinden döllemesi beklenmemekte, sperm özel aletler yardımıyla, kadından alınan yumurtanın içerisine doğrudan aşılanmaktadır. Bkz <http://www.jinekolognet.com/tup-bebek.asp> ve [http://www.tupbebekgenetik.com/yar\\_ur\\_tek.htm](http://www.tupbebekgenetik.com/yar_ur_tek.htm) (erişim tarihi: 12.7.2009).

<sup>602</sup> Konumuz, insan kökenli biyolojik maddelerin nakli ile sınırlı olduğundan, embriyo naklini konu alan hukukî işlemler, inceleme alanımız dışında kalmaktadır. Embriyonun rahme yerleştirilmesi yöntemi ile çocuk sahibi olunması ve bunun soybağına etkisi hakkında bkz. Mehmet **Altunkaya**, Tabii Olmayan Yollarla Çocuk Sahibi Olmanın Soybağına Etkisi, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, sh. 114-115.

*insemination*) yönteminde<sup>603</sup>, erkekten alınan sperm, belirli işlemlerden geçirildikten sonra, kadının rahmine aşılanmakta, dolayısıyla burada alıcının vücuduna nakledilen şey, doğrudan doğruya bir biyolojik madde olmaktadır. Keza, GIFT yöntemi<sup>604</sup> olarak adlandırılan bir diğer uygulamada da, kadından alınan yumurta ile erkekten alınan sperm, klinik ortamında bir araya getirilmekte, fakat döllenmenin gerçekleşmesi beklenmeden, kadının fallop tüplerine aktarılmaktadır. Bu teknik de, alıcı ve eşinin, çocuk sahibi olması amacıyla, alıcının vücuduna biyolojik madde nakledilmesini konu alan bir hukukî işlem olarak kabul edilmelidir.

Alıcının vücuduna üreme hücresi nakledilebilmesi için bir takım yasal zorunluluklar ortaya konulmuştur. 6.3.2010 tarih ve 27513 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik m. 8/f. 4'e göre, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uygulayan merkezlerin, faaliyette bulunabilmeleri için Sağlık Bakanlığı'ndan izin almış olmaları gerekmektedir. Bunun yanında, vücuduna üreme hücresi nakledilecek olan kişinin (alıcının) evli olması gerektiği ve alıcının vücuduna, yalnızca kendisinden ya da eşinden alınmış olan üreme hücrelerinin nakledilebileceği hususları, Yönetmelik m. 18/f. 5 hükmü ile öngörülmektedir.

### **3- Alıcının Vücuduna Biyolojik Madde Naklini Konu Alan Hukukî İşlemlerin Esaslı Unsurları**

#### **a) Hastane işletmesi ya da sağlık kuruluşunun, alıcının tedavisine ya da çocuk sahibi olmasına yönelik tıbbî müdahalede bulunması**

İster alıcının sağlığına kavuşması amacıyla yapılsın, isterse üremeye yardımcı olma gayesi ile gerçekleştirilsin, bu tür sözleşmelerde, hastane işletmesi ya da sağlık merkezi, vericilerden ya da başka sağlık kuruluşlarından temin ettiği organ, doku ya da üreme hücresini, alıcının vücuduna nakletmek suretiyle, alıcı yararına ve iradesine uygun olarak bir iş görme borcu altına girmektedir<sup>605</sup>.

<sup>603</sup> Bkz. **Cornu**, La famille, sh. 457 ve <http://www.gata.edu.tr/cerrahibilimler/kadindogum/SSS/INF4.html> (erişim tarihi: 1.10.2010)

<sup>604</sup> Bkz. **Cornu**, La famille, sh. 457 ve <http://www.gata.edu.tr/cerrahibilimler/kadindogum/SSS/INF4.html> (erişim tarihi: 1.10.2010)

<sup>605</sup> **Guinand**, Implications juridiques, sh. 125.

Vücuduna biyolojik madde nakledilecek olan kişinin iyileşmesi ya da çocuk sahibi olabilmesi konusunda özen ve sadakatle çalışma borcu altına giren hastane işletmesi veya sağlık merkezi, bu kişinin tamamen sağlığına kavuşacağı ya da bir bebek dünyaya getireceği yönünde herhangi bir taahhütte bulunmamaktadır<sup>606</sup>. Zaten böyle bir sonuç, niteliği gereği, günümüzdeki tıp teknikleri uyarınca, hastane işletmesi ya da sağlık merkezi tarafından önceden taahhüt edilmeye elverişli değildir.

**b) Alıcının yapılacak tıbbî müdahale karşılığında hastane işletmesi ya da sağlık merkezine ücret ödemesi**

Uygulamaya bakıldığında, organ yetmezliği nedeniyle, vücuduna sağlıklı bir organ nakledilecek olan kişi ya da aşılama yöntemi ile rahmine kocasının spermi aktarılacak olan kadın, bu müdahaleleri yapacak olan sağlık kuruluşuna belli bir ücret ödemektedir. Dolayısıyla taraflar arasındaki sözleşmenin, ivazlı bir sözleşme şeklinde karşımıza çıktığı söylenebilir.

**c) Hastane işletmesi ya da sağlık merkezinin alıcı ile anlaşması**

Alıcının vücuduna biyolojik madde nakledilmesini konu alan sözleşmelerde, hastane işletmesi; alıcının vücudu ile doku uyumu sağlanan veya uyum sağlanmasa dahi naklinde tıbben bir sakınca bulunmayan bir organın temin edilmesi hâlinde, bu organın, alıcının tedavisine yönelik olarak, onun vücuduna nakledileceği hususunda, alıcıya karşı borç altına girmektedir. Aynı şekilde, hastalara aşılama yöntemi uygulayan sağlık merkezi, çocuk sahibi olmak isteyen alıcıya karşı, alıcının eşinden, döllenebilirliği sağlayabilecek nitelik ve nicelikte sperm elde edilmesi hâlinde, bu spermlerin, alıcının rahmine aşılanacağı konusunda taahhütte bulunmaktadır.

Hastane işletmesi veya sağlık merkezinin görmeyi üstlendiği işin karşılığı olarak, alıcı da ücret ödeme konusunda adı geçen kuruluşlara karşı borç altına girmektedir. Taraflardan her birinin borcu, diğer tarafın borcunun karşılığını oluşturduğundan ve borçlanılan edimler arasında değiş-tokuş yapılması amaçlandığından, taraflar arasında, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme söz

<sup>606</sup> Üremeye yardımcı tedavi yöntemi uygulanacak olan çiftlere ait bilgilendirilmiş rıza formunda yer alması gereken hususları belirten ÜYTY Ek 2 uyarınca, işlemin başarı garantisinin olmadığı yönündeki bilgi ile başarısızlık durumundaki alternatif tedavi önerilerinin, üremeye yardımcı tedavi merkezleri tarafından, yardımcı tekniklerin uygulanacağı kişilere aktarılması gerekmektedir.

konusu olmaktadır. Bundan başka, gerek tıbbî müdahalede bulunma konusunda hastane işletmesi, gerekse ücret ödeme konusunda alıcı, sözleşme ile, yalnızca borç altına girmektedir. Müdahalenin gerçekleştirilmesi ya da ücretin ödenmesi, sözleşmeden doğan borçların ifası aşaması ile ilgilidir.

#### 4- Sözleşmenin Hukukî Niteliği

Biyolojik maddenin alıcının vücuduna nakledilmesini konu alan sözleşmede, hastane işletmesi veya sağlık merkezinin, alıcının menfaatine ve iradesine uygun olarak ve başarılı sonucun elde edilememesi riskini taşımaksızın, belli bir yönde iş görme borcu altına girmesi, bizde, taraflar arasındaki sözleşmenin, maddî fiillere ilişkin olarak gerçekleştirilen bir vekâlet akdi niteliği taşıdığı kanaatini yaratmaktadır. Bilindiği gibi, vekâlet akdinin konusu, hukukî işlemlerin yapılmasına yönelik olabileceği gibi, maddî fiillerin gerçekleştirilmesine ilişkin de olabilir<sup>607</sup>. Öğretide, maddî fiillere ilişkin vekâlet sözleşmesine verilen örneklerden biri de, hekimin hastayı ameliyat etmesidir<sup>608</sup>. Organ yetmezliği tedavisi gören bir hastanın ya da doğal yollardan çocuk sahibi olamayan bir kadının vücuduna biyolojik madde nakledilmesi, ancak tıbbî bir müdahale yoluyla gerçekleştirilebildiğinden, böyle bir müdahaleyi konu alan sözleşmenin de vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerekir<sup>609</sup>.

Bu tip sözleşmelerde, hekimin ya da sağlık kliniğinin başarılı sonucu gerçekleştirmek gibi bir taahhütte bulunması, bu sonucun gerçekleşmesinin aynı zamanda dış etkenlere de bağlı olması nedeniyle, ondan beklenmemektedir. Günümüzde, geçmişe nazaran oldukça ileri düzeyde tıbbî teknikler uygulanıyor dahi olsa, yapay dölleme uzmanı olan hiçbir hekimin, çocuk sahibi olmak isteyen bir kadına, başarılı bir hamilelik gerçekleştireceği ve sağlıklı bir çocuk doğuracağı konusunda yüzde yüz garanti veremeyeceğini görmekteyiz<sup>610</sup>. Aynı şekilde, bir cerrahın, vücuduna böbrek ya da karaciğer nakledilecek olan bir hastaya, bu

<sup>607</sup> **Tandoğan**, C. II, sh. 356; **Veysel Başpınar**, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004, sh. 73; **Aral**, sh. 391; **Gümüş**, C. 2, sh. 241; **Yavuz**, sh. 609.

<sup>608</sup> Diğer örnekler için bkz. **Başpınar**, Özen Borcu, sh. 73-74; **Tandoğan**, C. II, sh. 359-360. Ayrıca bkz. **Yavuz**, sh. 609; **Zevkliler/Gökyayla**, sh. 477; **Aral**, sh. 391; **Ayan**, sh. 56; **Şenocak**, Hekimin Sorumluluğu, sh. 25; **Manai**, Biomédecine, sh. 76; **Rumpf**, sh. 108; **Gauch**, No: 44; **Chaix**, sh. 1872; **Gümüş**, C. 2, sh. 241-242.

<sup>609</sup> Aynı görüş için bkz. **Guinand**, Implications juridiques, sh. 129.

<sup>610</sup> **Baudouin/Labrusse-Riou**, sh. 57.

organların, bedeniyle tam bir uyum sağlayacağı ve tamamen iyileşeceği konusunda, taahhütte bulunamayacağı açıktır. İş görme ediminin borçlusu olan hekim, edim sonucu değil, edim fiili konusunda borç altına girdiğinden<sup>611</sup>, bu sözleşmenin, eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Alıcının tedavisine ya da çocuk sahibi olabilmesine yönelik olarak bir takım eylemlerde bulunma konusunda borç altına giren sağlık kuruluşu, bu eylemleri herhangi bir zaman kaydına bağlı olmadan ve alıcıya karşı nisbeten bağımsız<sup>612</sup> olarak yerine getirebildiği için, taraflar arasındaki ilişki hizmet akdi olarak nitelendirilemeyecektir<sup>613</sup>.

Yukarıda incelemiş olduğumuz gibi, vücudundan ayrılacak olan biyolojik maddeyi, yeniden kullanılabilmesi amacıyla kan bankasına, hastane işletmesine ya da araştırma kuruluşuna devreden verici, bu sözleşme ile biyolojik madde üzerindeki mülkiyet hakkını, söz konusu kuruluşlara devretmeyi amaçlamaktadır<sup>614</sup>. Keza, kan bankasının mâliki olduğu kan poşetlerini hastane işletmesine teslim etmesinde de amaç, bu maddeler üzerindeki mülkiyetin el değiştirmesidir. O hâlde, zincirin son halkasını oluşturan hukukî ilişkiyle de, tarafların, biyolojik madde üzerindeki mülkiyet hakkını hastane işletmesinden alıcıya devretmeyi amaçlamış oldukları düşünülebilir<sup>615</sup>.

Kanaatimizce, hastane işletmesi ile alıcı arasındaki hukukî ilişki, biyolojik madde üzerindeki mülkiyet hakkının devredilmesi amacıyla kurulmamaktadır. Vücuduna biyolojik madde nakledilecek olan kişinin, sözleşme ile amaçladığı husus, genel olarak, sağlığına kavuşabilmek ya da çocuk sahibi olabilmektir. Diğer deyişle, alıcının iradesi, hastane işletmesine bağışlanmış olan sağlam bir organın ya da

<sup>611</sup> **Baudouin/Labrusse-Riou**, sh. 57.

<sup>612</sup> Gerek organ naklini gerçekleştirecek olan hastane işletmesi, gerekse alıcının vücuduna aşılama yoluyla sperm nakledecek olan üremeye yardımcı tedavi merkezi, faaliyetlerini kendilerinin belirlediği zamanda, kendilerine ait olan işyerlerinde ve kendi araç-gereçleriyle sürdürmektedirler. Bu nedenle, işçi ile işveren arasında bulunan ve işçinin emeğini işverenin emrine tahsis etmesi şeklinde ortaya çıkan bağımlı çalışma ilişkisi, söz konusu kuruluşlar ile alıcı arasında mevcut değildir.

<sup>613</sup> Hizmet sözleşmesi ile vekâlet akdi arasındaki farklar konusunda bkz. **Tandoğan**, C. II, 375-377. Ayrıca bkz. **Gümüş**, Özen Borcu, sh. 30.

<sup>614</sup> Bkz. Böl. 2, §3, I, 2, b, dd.

<sup>615</sup> Bkz. bu görüşte **Ummel/Schmidt/Pelet/Dumoulin/Lässer**, sh. 46.

eşinden elde edilmiş olan spermin kendi malvarlığına geçmesine yönelik olarak değil, biyolojik maddenin vücuduna nakledilerek, tedavisinin sağlanması yönünde oluşmaktadır. Örneğin, böbrek yetmezliği nedeniyle tedavi gören bir hasta, tıbben mümkün olsa, sağlık kuruluşlarından, bir başkasının vücudundan elde edilen böbrek yerine, kendi kök hücrelerinden üretilen böbreğin ya da böbrekle aynı vazifeyi gören yapay bir uzvun, kendi vücuduna takılarak tedavisinin sağlanması konusunda talepte bulunacaktır. Dolayısıyla alıcının, hastane işletmesi ile bu sözleşmeyi yaparken hedeflediği sonuç, insan kökenli biyolojik madde üzerinde hukukî ya da fiilî bir hâkimiyet elde etmek değil; hastalığının tedavisi konusunda kendisine önerilen tıbbî yöntemlerden birini seçmek suretiyle, söz konusu müdahale tekniğinin, sağlık kuruluşu tarafından kendi tedavisinde kullanılmasını sağlamaktır.

Alıcının tedavisi ile ilgili fiillerde bulunma konusunda, alıcıya karşı borç altına giren sağlık kuruluşu ise, bu borcunu ifa edebilmek için, böbrek, kan, sperm ya da bir diğer biyolojik maddenin varlığına ihtiyaç duymaktadır. Bu ihtiyaç kimi zaman, alıcının bir akrabasının, kendi vücudundan alınacak olan organını, alıcıya nakledilmesi mükellefiyetini yükleyerek hastane işletmesine bağışlaması ile karşılanmakta; kimi zaman ise, doku bankasının vericilerden topladığı dokuyu hastane işletmesine devretmesi ile giderilmektedir. Bu nedenle, verici-hastane işletmesi ya da aracı sağlık kuruluşu-hastane işletmesi arasındaki hukukî ilişkilerde, amaç, biyolojik madde üzerindeki mülkiyet hakkının hastane işletmesine devredilmesidir. Biyolojik maddelerin kendisine devri sayesinde, ihtiyacı olduğu “malzemeyi” elde eden hastane işletmesi, hastalara karşı borç altına girdiği iş görme edimini de yerine getirebilir hâle gelmektedir. Bu bakımdan, hastane işletmesi ile alıcı arasındaki sözleşme, biyolojik maddenin hastane işletmesi tarafından temin edilmesinden sonra gerçekleştirilebileceği gibi; bundan önce, fakat alıcının vücuduna nakledilmeye müsait organ ya da dokunun hastane işletmesi tarafından elde edilmesi geciktirici şartına bağlanarak da yapılabilir<sup>616</sup>. İkinci ihtimâlin söz konusu olduğu durumlarda, hastane işletmesinin uygun organ ya da dokuyu elde etmesi ile,

<sup>616</sup> Bu tür sözleşmeler özellikle, alıcının vücuduna nakledilecek olan organ ya da dokuların, kadavradan sağlanmasının amaçlandığı durumlarda söz konusu olmaktadır. Nitekim hastasına nakletmek üzere, kadavralardan organ ve doku elde etmek isteyen hastane işletmesinin, bunun için mutlaka Ulusal Koordinasyon Merkezi'ne başvurarak, bekleme listesine girmesi gerekmektedir (UKSY m. 9/f. 1/b. a). Merkez, kendisine gönderilen bilgiler doğrultusunda oluşturduğu Acil Bekleme Listesi ile Ulusal Bekleme Listesi'ndeki sırayı dikkate alarak, kadavradan elde edilen organlar ile buna uygun alıcılar arasındaki eşleştirmeyi yapmakta ve organları bu listeler doğrultusunda hastanelere dağıtmaktadır.

geciktirici şart gerçekleşmiş olacak ve o âna kadar askıda olan sözleşme, hüküm doğurmaya başlayacaktır.

Biyolojik maddenin alıcının vücuduna nakledilmesini konu alan sözleşmenin, mülkiyeti devir borcu doğuran bir sözleşme niteliğinde olmadığına diğer bir kanıtı ise, biyolojik maddenin nakli sonucunda, alıcının malvarlığında herhangi bir artışın meydana gelmemesidir. Zira insan kökenli biyolojik madde, alıcının vücuduna nakledilmekle, nakledildiği kişinin vücut bütünlüğü değerine dâhil olmakta ve eşya niteliğini kaybetmektedir. Vücuda nakledilen madde, malvarlığına dâhil bir unsur olmaktan çıktığı için, nakli gerçekleştiren hastane işletmesinin de, alıcıya malvarlıksal nitelikte bir menfaat sağladığından bahsedilemez.

Biyolojik maddenin alıcının vücuduna nakledilmesi ile eşya hukuku bakımından da bir sonuç meydana gelmektedir. Biyolojik maddenin mâliki olan hastane işletmesi ya da sağlık merkezi, madde üzerindeki mülkiyet hakkını başkasına devretmediği hâlde, bu hakkını tamamen kaybetmektedir. Dolayısıyla, hastane işletmesi ya da sağlık merkezi açısından mülkiyetin mutlak olarak kaybı<sup>617</sup> söz konusudur. Ancak, vücuttan ayrılmış olması nedeniyle eşya statüsünde bulunan biyolojik maddenin, alıcının vücuduna nakledilmesi, kanımızca terk olarak nitelendirilemez. Nitekim mâlikin eşyayı terk etmesi ile eşya, “sahipsiz eşya” hâline gelir, ancak eşya niteliğini korur<sup>618</sup>. Oysa bir insanın vücut bütünlüğüne dâhil olan bir madde, sahipsiz eşya olarak kabul edilemez. Bize göre, biyolojik maddenin mâliki olan hastane işletmesi ya da sağlık merkezi, burada mülkiyet hakkının kendisine verdiği tüketme (*abusus*) yetkisini kullanarak, eşyayı kendi iradesi ile yok etmekte ve onu eşya olmaktan çıkarmaktadır<sup>619</sup>. Böylece, alıcının vücuduna

<sup>617</sup> Bu konuda bkz. **Oğuzman/Barlas**, sh. 215-216; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 607.

<sup>618</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 607.

<sup>619</sup> Mâlikin, balmumundan yapılmış olan heykelini ateşte eritmesi, kitaplarını yakması, şaraplarını içmesi ya da denize dökmesi örneklerinde olduğu gibi, mülkiyet hakkı, mâlikin, eşyayı kendi rızası ile tüketmesi veya yok etmesi yoluyla da sona erebilir. Bu bakımdan, “*Taşınır mülkiyetinin sona ermesi, mülkiyetin devri ve terki hâllerinde mâlikin rızasına dayanır. Diğer hâllerde ise, mülkiyet, mâlikin rızası dışında sona erer*” şeklindeki ifadenin, bu ihtimâlin de dikkate alınarak tamamlanması gerektiğini düşünüyoruz. Bu ifade için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Eşya Hukuku, sh. 607.

nakledilen organ, doku ya da hücre, vericisinin vücudundan ayrılmadan evvelki hukukî statüsüne yeniden sahip olmaktadır.



## Üçüncü Bölüm

# İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDELERE YÖNELİK HUKUKÎ İŞLEM VE FİİLLERDE ÖZELLİK ARZ EDEN GEÇERLİLİK VE HUKUKA UYGUNLUK SORUNLARI

### § 1. Konuya Genel Bakış

İnsan kökenli biyolojik maddeleri konu alan hukukî işlemler de, kural olarak, diğer tüm hukukî işlemler gibi, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, tarafların serbest iradeleriyle belirledikleri içerik ve tipte gerçekleştirilebilir. Bununla beraber, önceki bölümlerde de değinmiş olduğumuz gibi, insan kökenli biyolojik maddeleri konu alan sözleşmelerin büyük bir kısmının, özellikle kamu sağlığını doğrudan ilgilendiren bir yönünün bulunması, bu konuda emredici bir takım düzenlemelere uyulması ve sözleşmelerin ancak devlet tarafından yetkilendirilmiş belirli kişilerle gerçekleştirilmesi gereğini doğurmaktadır. Ayrıca, özellikle üreme hücreleri ve insan DNA'sı üzerinde gerçekleştirilen buluşlar neticesinde geliştirilen yeni tedavi yöntemlerinin insanlar üzerinde uygulanabilir hâle gelmesi, bu amaçla gerçekleştirilen sözleşmelerin, başta genel ahlâk ve kişilik haklarına uygunluğu konusunda birçok soru işaretinin doğmasına yol açmaktadır.

İnsan kökenli biyolojik maddeleri konu alan sözleşmeler doğrultusunda gerçekleştirilen tıbbî müdahalelerin hukuka uygunluk sebeplerinden birini oluşturan “rıza” kavramının da konumuz bakımından ayrı bir önemi bulunmaktadır. Nitekim, vücudundan biyolojik madde alınması ya da vücuduna biyolojik madde nakledilmesi amacıyla hekim ya da sağlık kuruluşu ile sözleşme yapan kişi üzerinde gerçekleştirilen tıbbî müdahale, kural olarak, onun hukuken geçerli sayılabilecek bir rıza beyanında bulunması hâlinde hukuka uygun olacaktır. Bu bakımdan, verilen rızanın hangi hâllerde geçerli sayılacağına da irdelenmesi gereği doğar. Bunun dışında, kişiden bu yönde bir rızanın alınamamasına rağmen, insan kökenli biyolojik

madde alımı ya da nakline ilişkin müdahalenin hukuka uygun kabul edildiği durumların da ayrıca incelenmesi gerekir.

İşte bu nedenle, çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde, insan kökenli biyolojik maddeleri konu alan sözleşmeler bakımından hususiyet arz eden geçerlilik koşulları ile bu sözleşmeler doğrultusunda gerçekleştirilen tıbbî müdahalelerin hukuka uygun sayılması için gerekli olan şartlar üzerinde durulacaktır.

## **§ 2. İnsan Kökenli Biyolojik Maddeleri Konu Alan Hukukî İşlemlerde Özellik Arz Eden Geçerlilik Sorunları**

### **I. Genel Olarak**

Her hukukî işlemin konusunun, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlâka ve kişilik haklarına uygun olması ve imkânsız olmaması gerektiği gibi<sup>620</sup>, insan kökenli biyolojik maddeleri konu alan sözleşmelerin de bu şartı gerçekleştirmesi gerekir. Aksi hâlde işlem, BK m. 20/f. 1 gereği, kesin hükümsüz sayılacaktır. Bunun yanında, sözleşmenin taraflarının hukukî işlem ehliyetine sahip olmaları, irade beyanlarının sıhhatli olması ve muvazaa bulunmaması da sözleşmenin geçerliliği bakımından şarttır<sup>621</sup>.

Biyolojik maddeleri konu alan sözleşmeler, geçerlilik koşulları bakımından incelendiğinde, diğer sözleşmelerden farklı bir özellik arz etmez. Bu nedenle, hukukî işlemlerin geçerliliği için aranan tüm şartların, çalışmamızın konusunu oluşturan biyolojik maddeler hakkındaki sözleşmeler bakımından ayrı ayrı irdelenmesinde pratik bir fayda bulunmamaktadır. Bununla beraber, incelemekte olduğumuz sözleşmelerin geçerliliği ile ilgili olarak, öğretide ve yargı kararlarında, bir takım geçerlilik koşulları üzerinde daha fazla durulduğu ve bunlar üzerindeki hukukî tartışmaların daha fazla yoğunlaştığı gözlemlenmektedir. Bu bakımdan, insan kökenli biyolojik maddeleri konu alan sözleşmelerde özellik arz ettiğini düşündüğümüz ve üzerinde en çok tartışma konusunun bulunduğu geçerlilik şartlarını incelemenin, konu açısından daha fazla pratik değer taşıyacağına inanıyoruz. Bu nedenle, insan kökenli biyolojik maddeleri konu alan hukukî

<sup>620</sup> Oğuzman/Barlas, sh. 189; Dural/Sarı, sh. 182; Oğuzman/Öz, sh. 72; Serozan, Medenî Hukuk, sh. 337.

<sup>621</sup> Oğuzman/Barlas, sh. 189-190; Serozan, Medenî Hukuk, sh. 339-340.

işlemlerin geçerliliği ile ilgili tartışmada, konunun sınırını, emredici hukuk kuralları, genel ahlâk ve kişilik haklarına aykırılık başlıkları ile çizdiğimizi belirtelim.

## II. Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık

Emredici hukuk kuralları, kendisine mutlak surette uyulması gereken ve aksinin kararlaştırılmasına hukuk düzenince izin verilmeyen kurallardır<sup>622</sup>. Bir hukukî işlemin geçerli sayılabilmesi için, konusunun yalnızca Borçlar Kanunundaki emredici hukuk kurallarına değil, hukuk düzenindeki tüm emredici hukuk kurallarına uygun olması gerekir<sup>623</sup>. Dolayısıyla ister ceza hukuku, ister idare hukuku, isterse medenî hukuktan kaynaklansın; bir kural, yasak ya da buyruk koyuyor ve taraf iradeleriyle bertaraf edilmesi mümkün olmaksızın mutlaka uygulanması gerekiyor ise, emredici hukuk kuralı olarak nitelendirilir<sup>624</sup>. Emredici hukuk kuralı, doğrudan doğruya belirli bir sözleşmenin yapılmasını yasaklayabileceği gibi; sözleşmede öngörülen edimin veya sözleşmenin amacının da emredici norm tarafından yasaklanması mümkündür<sup>625</sup>.

Hukuk düzeni, insan kökenli biyolojik maddeleri konu alan bazı sözleşmelerin gerçekleştirilmesini yasaklamaktadır. Örneğin, üreme hücrelerinin ve gonad dokularının, evlilik dışında ve eşler haricindeki şahıslar için kullanılması Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği m. 18/f. 5'e göre yasaktır. Buna göre bir erkek, çocuk sahibi olmak isteyen kadınların kullanımına sunulmak üzere spermını bir sağlık kuruluşuna veremeyeceği gibi<sup>626</sup>, bir kadın da kendi yumurtasını ya da yumurtalığını, başka bir kadının vücuduna nakledilmesi amacıyla, sağlık merkezine devredemeyecektir. Bu içerikte gerçekleştirilen sözleşmeler, emredici hukuk kurallarına aykırı olmaları nedeniyle kesin hükümsüz sayılmalıdır.

<sup>622</sup> Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 534; **Oğuzman/Barlas**, sh. 81; **Dural/Sarı**, sh. 104-105; **Oğuzman/Öz**, sh. 72; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 370; **Engel**, sh. 189; **Serozan**, Medenî Hukuk, sh. 89; **Tunçomağ**, sh. 249.

<sup>623</sup> **Oğuzman/Öz**, sh. 72; **Thévenaz**, No: 110; **Tunçomağ**, sh. 249; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 81.

<sup>624</sup> **Eren**, sh. 286; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 534; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 373-374.

<sup>625</sup> **Eren**, sh. 289-290; **Guggenheim**, sh. 49.

<sup>626</sup> Buna karşılık, bu sözleşme İsviçre hukukunda geçerlidir. Yapay Döllenme Hakkında İsviçre Federal Yasası (LPMA) m. 20, yapay döllenme faaliyetlerinin gerçekleştirilebilmesi amacıyla sperm bağışına cevaz verirken; LPMA m. 4, yumurta bağışını ve taşıyıcı annelik sözleşmesini yasaklamaktadır.

Bundan başka, istisnaî durumlar<sup>627</sup> ayırık olmak üzere, kişinin, kendi vücudundan ayrılacak olan biyolojik maddelerin ivazlı olarak devrini taahhüt etmesi de hukuka aykırı sayılmaktadır. Nitekim 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun m. 3, insan kökenli organ ve dokuların ancak ivazsız şekilde devredilebileceği hükmünü getirmektedir<sup>628</sup>. Aynı doğrultuda, 5624 sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanunu m. 3/f. 1/b. 2, kan merkezlerinin, vericilerden ancak ivazsız olarak kan ve kan ürünleri temin edebileceklerini öngörmektedir. Dolayısıyla bir kimsenin, böbreklerinden birini ya da kanını belli bir bedel karşılığında devretmeyi borçlandığı sözleşme, anılan hükümler göz önüne alındığında, emredici hukuk kurallarına aykırılık teşkil edecek ve kesin hükümsüz sayılacaktır<sup>629</sup>. Bununla birlikte, vericinin böbreğini ya da kanını sattığı sözleşmede, sadece satım bedelinin yer aldığı kısmın hükümsüzlüğü ile yetinilerek, sözleşmenin diğer hükümleriyle geçerli sayılması, diğer söyleyişle, sözleşmenin, biyolojik maddenin ivazlı olarak değil de, ivazsız bir şekilde devrini konu alır biçimde geçerli sayılması kanımızca mümkün olmayacaktır. Zira BK m. 20/f. 2 gereği, bu durum ancak sözleşmedeki sakatlığın sadece bir kısma özgü olduğu ve tarafların bu kısım olmadan da sözleşmeyi yapma konusunda farazî iradelerinin bulunduğu hâllerde söz konusu olabilir<sup>630</sup>. Oysa böyle bir sözleşmede bedel, sözleşmenin esaslı unsurlarından biri olarak yer almakta ve gerek verici, gerekse sözleşmenin diğer tarafı olan sağlık kuruluşu, biyolojik maddenin mülkiyetinin ve zilyetliğinin devri ile bir miktar paranın ödenmesi edimlerini değiş-tokuş (mübadele) ilişkisi içine sokarak, işlevsel bir bütünlük yaratmak istemektedir<sup>631</sup>. Dolayısıyla, birbirinin zorunlu şartını

<sup>627</sup> Kesilen saçlar, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun kapsamında ele alınmadığından (m. 2/f. 2 hükmü, bunu açık bir biçimde ortaya koymaktadır) ve herhangi bir yasal düzenleme de bunların satışını yasaklamadığından, kişinin kestirdiği saçlarını örneğin bir kuaför dükkânına satması, emredici hukuk kurallarına aykırılık oluşturmaz.

<sup>628</sup> İsviçre hukukunda LTransp. m. 6/f. 1 hükmü de, insan kökenli organ, doku ve hücrelerin, maddî bir menfaat karşılığında devrinin yasak olduğunu ortaya koymaktadır.

<sup>629</sup> Bkz. bu görüşte **Bernard**, sh. 186. Sağlık kuruluşu tarafından vericinin zararlarını ya da vakit kaybını karşılamak gayesiyle verilen bir miktar paranın ötesinde, temin edilen biyolojik maddenin birebir karşılığı anlamına gelebilecek ödemelerin öngörüldüğü sözleşmelerin kesin hükümsüz sayılması gerektiği yönünde **Guinand**, Implications juridiques, sh. 129.

<sup>630</sup> Kısmî butlan kavramı hakkındaki açıklamalar için bkz. **Oğuzman/Öz**, sh. 141; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 379; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 598; **Eren**, sh. 303-309; **Oğuzman/Barlas**, sh. 205; **Serozan**, Medenî Hukuk, sh. 23; **Engel**, sh. 205-207; **Tunçomağ**, sh. 177.

<sup>631</sup> Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kısmî butlanın söz konusu olamayacağı yönünde bkz. **Eren**, sh. 304-305. **Kocayusufpaşaoğlu** ise, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de kural olarak kısmî butlanın söz konusu olabileceğini; fakat taraflardan birinin aslî borcunun,

oluşturan edimlerden birinin kesin hükümsüz olması hâlinde, sözleşmenin ayakta tutulamayacağı anlaşıldığından, sözleşmenin tamamını bâtil addetmek daha isabetli olacaktır.

Biyolojik maddeleri konu alan hukukî işlemlere yönelik bir diğer hukuka aykırılık sebebi ise, bu işlemlerin, gerekli idarî izni almamış olan kuruluşlar tarafından yapılmasıdır. Örneğin, çocuk sahibi olmak isteyen bir kadının vücuduna, eşinden alınan spermleri nakletme konusunda borç altına giren bir merkez ya da bilimsel araştırmalarda kullanmak üzere kişilerden biyolojik madde elde eden bir kuruluş, söz konusu faaliyetleri ancak resmî makamlardan gerekli izni almak koşuluyla gerçekleştirebilmektedir<sup>632</sup>. Gerekli izni almadan faaliyette bulunan kuruluşlar hakkında ise idarî ve cezaî yaptırımlar öngörülmektedir<sup>633</sup>.

Bu yaptırımların ötesinde, verici ile ruhsatsız çalışan bir kan bankası ya da alıcı ile gerekli izne sahip olmayan bir tüp bebek merkezi arasındaki sözleşmenin akibetinin ne olacağı tartışma yaratabilir. Bir yandan, idarî ve cezaî yaptırım öngören bu gibi hükümlerin, emredici nitelikte olduğu göz önünde bulundurularak, bu hükümlere aykırı olarak gerçekleştirilen bir sözleşmenin BK m. 19/f. 2 uyarınca geçersiz sayılması gerekeceği düşünülebilir. Öte yandan, ortada hukuka aykırı bir durum mevcut olmakla birlikte, bu durumun sözleşmenin kesin hükümsüz

---

herhangi bir yedek hükümle boşluk doldurulmaksızın geçersiz sayılması durumunda, diğer tarafın mukabil borcunu geçerli saymanın, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin temel karakteri ile bağdaşmayacağını savunmaktadır. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 609.

<sup>632</sup> 6.3.2010 tarih ve 27513 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği m. 8/f. 4'e göre, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uygulayan merkezlerin, faaliyette bulunabilmeleri için Sağlık Bakanlığı'ndan izin almış olmaları gerekmektedir. Aynı doğrultuda, gönüllüler üzerinde klinik araştırmalar yapan kuruluşların da, bu araştırmalarını ancak Sağlık Bakanlığı'ndan izin almak koşuluyla yürütebilecekleri hususu 27089 sayılı ve 23.12.2008 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik m. 5/f. 1/ b. a ile düzenlenmektedir.

<sup>633</sup> Organ ve doku almaya, saklamaya, aşılama ve devre yetkili olmayan sağlık kuruluşlarının söz konusu faaliyetlerde bulunmaları hâlinde, bunlar hakkında hapis ve para cezasına hükmolunacağı, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun m. 15 ile düzenlenme altına alınmıştır. Keza, 5624 sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanunu m. 6/f. 6, ruhsat almadan veya almış olduğu ruhsatın kapsamı dışında faaliyet gösteren kan merkezlerinin, ilgili valilikçe faaliyetten men edileceğini ve bu merkezler hakkında idarî para cezası uygulanacağını öngörmektedir.

sayılmasını gerektirmeyeceği, yalnızca ceza ya da idare hukukundan doğan yaptırımların uygulanması<sup>634</sup> gerektiği ileri sürülebilir<sup>635</sup>.

Gerçekten, İsviçre Federal Mahkemesi'nin ortaya koyduğu içtihadı<sup>636</sup> göre, sözleşmenin içerik itibarıyla, emredici hukuk kurallarına aykırılık taşıması her zaman kesin hükümsüzlük sonucunu doğurmaz<sup>637</sup>. Bu sonucun meydana gelmesi için ya hukuk kuralı kesin hükümsüzlüğü açıkça öngörmüş olmalı, ya da kuralın anlam ve amacından, sözleşmenin kesin hükümsüz sayılması gerektiği, yorum yoluyla açığa çıkarılabilmelidir<sup>638</sup>.

Örneğin, 5624 sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanunu m. 6, ruhsat almadan veya ruhsatın kapsamı dışında faaliyet gösteren kan merkezleri hakkında faaliyetten men ve idarî para cezası uygulanacağını (f. 6), teknik ve tıbbî şartlara sahip olmadığı tespit edilen merkezlerde bulunan kan ve kan ürünlerinin ise müsadere edileceğini (f. 8) öngörmektedir. Ancak Kanun, öngörmüş olduğu yasal zorunluluklara uymadan kan alımı ve dağıtımını yapan merkezler tarafından yapılan sözleşmelerin geçersiz olacağına dair herhangi bir düzenleme içermemektedir. O hâlde, verici ile kan merkezi ya da kan merkezi ile hastane işletmesi arasındaki sözleşmelerin kesin hükümsüz sayılabilmesi ancak, kan merkezlerinin ruhsatsız faaliyette bulunmaları

<sup>634</sup> Kanunda yer alan yasaklayıcı bir hükme aykırı olarak yapılan işlemin geçerliliğini koruyarak, sadece bir ceza yaptırımının söz konusu olacağı durumları belirtmek üzere, Roma hukukunda *leges minus quam perfectae* (sınırlı ölçüde tam olmayan kanunlar) kavramı ortaya atılmıştır. Bu nitelikteki kanun hükümleri, modern hukukta “düzen hükmü” olarak adlandırılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 538-544.

<sup>635</sup> Bu görüşte **Pelet**, sh. 174-175. Bu duruma örnek olarak, işveren ile İsviçre’de çalışma izni olmadan çalışan yabancı bir işçi arasındaki hizmet akdinin kesin hükümsüz sayılmayacağını ortaya koyan Federal Mahkeme kararı gösterilebilir. Bkz. ATF 114 II 279 (<http://www.polyreg.ch>). Mahkeme, taraflar arasındaki sözleşmenin içerik bakımından hukuka aykırı olmadığını belirtmiş ve yabancı uyruklu bir kimsenin, çalışma izni olmadan herhangi bir işyerinde çalışamayacağı yönündeki yasal düzenlemeye aykırılığın da, sözleşmenin geçersiz sayılmasını gerektirmediği hükmüne varmıştır. Aynı şekilde, yabancılar ofisinden faaliyet izni almadan İsviçre’de komisyonculuk yapan kişilerin gerçekleştirdiği komisyon sözleşmelerinin kesin hükümsüz olduğu yönündeki iddiayı reddeden Federal Mahkeme kararı için bkz. ATF 62 II 111. Aynı doğrultudaki bir başka mahkeme kararı için bkz. ATF 117 II 47.

<sup>636</sup> Bu yöndeki kararlar için bkz. ATF 114 II 279; ATF 111 II 384; ATF 110 II 360; ATF 96 II 18; ATF 86 II 450; ATF 81 II 613; ATF 84 II 13; ATF 84 II 427; ATF 95 II 538; ATF 80 II 328.

<sup>637</sup> Bir avukatın kanunen yasaklanmış bir alanda çalışmayı kabul ettiği sözleşmeyi BK m. 19’a dayandırarak geçersiz sayan Yargıtay 4. H.D’nin 2.2.1965 tarih ve E. 64/2026, K. 65/545 sayılı kararını eleştiren ve bu sözleşmenin hukuka aykırı olmakla beraber, kesin hükümsüz sayılmayacağını ortaya koyan görüş için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 396, dn. 4b.

<sup>638</sup> **Eren**, sh. 302; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 539, 540; **Engel**, sh. 193.

konusunda getirilen yasaklayıcı hükmün amaç ve anlamından, geçersizlik sonucunun çıkarılması ile mümkün olacaktır.

Kanaatimizce vericinin kanını ruhsatsız bir kan merkezine ivazsız olarak devrini konu alan sözleşmenin kesin hükümsüz sayılması, Kan ve Kan Ürünleri Kanunu ile amaçlanan bir netice değildir. Burada, yasaklayıcı nitelikteki hükmün konuluş amacı, vericilerden topladığı kanı, hastane işletmeleri ve diğer sağlık kuruluşlarına dağıtan kan merkezlerinin belirli bir standart doğrultusunda faaliyet sürdürmesini temin etmek ve genel sağlığın korunması için bu faaliyetler üzerinde idarî bir denetim mekanizmasının sürekli bir biçimde rol oynamasını sağlamaktır. Denetimsiz olarak vericilerden kan toplayan bir merkezin elinde bulundurduğu kanlar, kamu sağlığı açısından tehlike yaratabileceğinden, yasak getiren hükümlerle esas olarak, kanuna aykırı bir biçimde elde edilen bu maddelerin müsadere edilmesi, gerekiyorsa imhâ edilmesi ve söz konusu merkezin faaliyetine son verilmesi amaçlanmaktadır<sup>639</sup>. Taraflar arasındaki sözleşmenin kesin hükümsüz sayılması ise, yalnızca vericinin kan merkezine ivazsız olarak vermiş olduğu kanı geri isteyebilmesi sonucunu doğuracaktır ki, bu sonucun ne vericinin menfaatine ne de hükmün amacına uygun düştüğü söylenebilir<sup>640</sup>.

Sonuç olarak, sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü, yasaklayıcı norm tarafından açıkça öngörülmemiş olup, normun amaç ve anlamından da böyle bir sonuç çıkarılamıyor ise, sözleşme geçerli olarak varlığını sürdürmeli, sadece idare ya da ceza hukukundan kaynaklanan yaptırım uygulama alanı bulmalıdır<sup>641</sup>. Diğer bir

<sup>639</sup> Kan ve Kan Ürünleri Kanunu m. 6/f. 8'e göre, kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak biçimde faaliyet gösteren merkezlerin faaliyetten men edileceği, sorumlu kişilerin hapis ve adli para cezası ile cezalandırılacağı, ayrıca teknik ve tıbbî şartlara sahip olmadığı tespit edilen merkezlerde bulunan kan ve kan ürünlerinin ise müsadere edileceği hüküm altına alınmıştır. Bundan başka, ruhsatı geri alınan veya faaliyetten men edilen kan merkezlerine ihtiyaç hâlinde el konulabileceği ve bu merkezlerin Sağlık Bakanlığınca gerekli tedbirler alınmak suretiyle işletileceği öngörülmektedir (m. 6/ f. 9).

<sup>640</sup> Ruhsatsız olarak faaliyet sürdüren bir kan merkezinin elinde bulundurduğu kan ve kan ürünlerini, bir hastane işletmesine devretme borcu altına girdiği sözleşmenin geçerli sayılması hâlinde, hastane işletmesine devredilecek olan kan ürünleri kanun gereği müsadere edilse bile, hastane işletmesinin kan merkezi aleyhine BK m. 96 vd. hükümleri uyarınca dava açarak tazminat talebinde bulunması söz konusu olabilecektir.

<sup>641</sup> Konu, İsviçre hukukunda özellikle sperm bankası ile sperm vericisi arasındaki sözleşmenin geçerliliği ekseninde tartışılmıştır. Gerekli idarî izinleri almadan faaliyet sürdüren sperm bankası ile sperm vericisi arasındaki sözleşmenin emredici hukuk kurallarına aykırılık taşıması nedeniyle kesin hükümsüz olduğu yönünde bkz. Cyril **Hegnauer**, Künstliche Fortpflanzung und Vertrag, Mélanges Paul Piotet, Recueil de travaux offerts à M. Paul Piotet, Bern 1990, sh. 69 (**Pelet** sh. 377'den naklen). Ruhsatsız olarak faaliyet sürdürülemezliğine yönelik yasağın, sözleşmenin

deyişle, yasak getiren normun amacına, sözleşme geçersiz sayılmadan da ulaşılabilir ise, sözleşmenin ayakta tutulmasında hukuken bir sakınca bulunmamaktadır.

### III. Genel Ahlâka Aykırılık

Sözleşme serbestisinin bir diğer sınırını ise BK m. 19/f. 2 gereği ahlâka aykırılık oluşturmaktadır. BK m. 20/f. 1 hükmüne göre, ahlâka aykırı sözleşmeler kesin hükümsüzdür. Genel ahlâk, mekâna ve zamana göre değişiklik gösteren bir kavramdır<sup>642</sup>. Ahlâk anlayışları, toplumdan topluma da farklılıklar arz edebilir. Bir hukukî işlemin ahlâka aykırı olup olmadığının tespitinde, toplum içinde yaşayan orta düzeyde bir zekâ seviyesine sahip olan, dürüst ve aklıbaşında kişilerin sahip olduğu ve yaygın olarak kabul gören ahlâk anlayışının esas alınması gerektiği kabul edilmektedir<sup>643</sup>. Ancak ne kadar yaygın olursa olsun, geri kalmış ve bağınaz nitelikteki inançların, katılmış ve basmakalıp düşüncelerin ahlâk kuralı olarak kabul edilmesi de mümkün değildir<sup>644</sup>. Ahlâk kavramının, toplumda meydana gelen zihinsel gelişim ve değişimlere ayak uydurması, bunları takip etmesi gerekir<sup>645</sup>.

İnsan kökenli biyolojik maddeleri konu alan sözleşmeler de, gerek içerik bakımından, gerekse yöneldikleri amaç itibarıyla ahlâka aykırılık taşımaları hâlinde

---

konusuna değil, ruhsatsız olarak faaliyette bulunan sperm bankasının sözleşmenin tarafı olamayacağına dair bir sınırlama getirdiğinin altını çizen ve bu eksikliğin sözleşmeyi kesin hükümsüz kılmayacağını ortaya koyarak aksi görüşü savunan **Pelet**, sh. 377 ve **Schaumann**, sh. 98 (**Pelet** sh. 377). Yazarlar, sözleşmenin geçerliliğini korumasıyla, vericinin sperm bankasından kendi ediminin maddî karşılığını talep etme imkânını kaybetmeyeceğine vurgu yapmaktadır.

Buna karşılık **Pelet**, kamu sağlığını korumayı hedefleyen emredici hükümlerin konuluş amacından, ruhsatsız olarak hizmet gören sperm bankası ile spermin vücuduna aşılacağı alıcı arasında kurulan ve nasıl elde edildiği ile hangi koşullarda saklandığı belli olmayan sperm hücrelerinin alıcının vücuduna nakledilmesini konu alan sözleşmenin geçersizliği sonucunun çıkarılması gerektiğini savunmaktadır (sh. 402-403). Sonuç olarak bize göre de, özellikle kamu hukukundaki emredici hükümlere aykırılık taşıyan sözleşmelerin mutlak olarak kesin hükümsüzlük sonucuna bağlanması yerine, hükmün amacına ve somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapılması ve sözleşmenin bu değerlendirme sonucunda kesin hükümsüz ya da geçerli addedilmesi daha isabetli olacaktır.

<sup>642</sup> **Eren**, sh. 291; **Labbée**, sh. 383; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 84.

<sup>643</sup> **Oğuzman/Öz**, sh. 74; **von Tuhr**, sh. 248; **Engel**, sh. 198; **Tunçomağ**, sh. 254.

<sup>644</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 398, dn. 6.; **Oğuzman/Öz**, sh. 74, dn. 112.

<sup>645</sup> Olivier **Guillod**/Gabrielle **Steffen**, Commentaire Romand, Code des Obligations I (éd.: Luc Thévenoz-Franz Werro), Art. 19-20, Genève 2003, sh. 134.



kesin hükümsüz sayılacaktır<sup>646</sup>. Aslına bakılacak olursa, sözleşmenin konusunun ahlâka aykırı sayıldığı birçok durumda, kişilik hakkına, kamu düzenine veya emredici hukuk kurallarına da aykırılık bulunmaktadır. Meselâ, kişinin kendi hayatı için önem arz eden bir organını veya dokusunu, maddî bir çıkar sağlamak amacıyla başkasına devretmesini konu alan sözleşme, hem MK m. 23 gereği kişilik hakkına, hem genel ahlâka hem de 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunun üçüncü maddesinde yer alan “*Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır*” şeklindeki hükme aykırılık teşkil etmektedir.

Kimi hâllerde ise, sözleşmenin yapılması ahlâka uygun olmakla birlikte, sözleşme ile gerçekleştirilecek olan faaliyetin amacı ahlâka aykırı olabilir. Örneğin, bir kişinin kendi genetik materyalinin deşifre edilmesi amacıyla bir araştırma kuruluşu ile gerçekleştirdiği sözleşmenin başlı başına ahlâka aykırı olduğunu savunmak mümkün değildir. Ancak ne zaman ki bu sözleşme, aynı kuruluş ile bir anne adayı arasında, doğacak olan çocuğun cinsiyetinin seçilmesi (cinsiyetin ailenin tercihi doğrultusunda belirlenmesi) amacıyla yapılır, bu takdirde ahlâka aykırılıktan söz edilebilir<sup>647</sup>.

Biyolojik maddeleri konu alan sözleşmelerin geçerliliği ile ilgili olarak, özellikle de ahlâka aykırılık başlığı altında, belki de en çok bahsi geçen konu ise,

<sup>646</sup> 23.2.1972 tarihli Fransız Yargıtay kararı (Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 23.2.1972, JCP II, 17135) on yedi yaşındaki bir sinema oyuncusu ile, film yapım şirketi arasında gerçekleştirilen sözleşmenin genel ahlâka aykırılık nedeniyle geçersizliğini ortaya koyması bakımından dikkat çekicidir. Taraflar arasında gerçekleştirilen sözleşmede, çekilecek olan filmin bir sahnesinde, oyuncu kızın kalçalarına Eyfel kulesi ile bir gül dövmesi yapılması, bu sahnenin çekilmesinden onbeş gün sonraki bir başka sahnede, oyuncunun vücudundan, bir cerrah tarafından dövmenin yer aldığı deri parçasının kesilerek alınması ve film yapım şirketinin, dövme deri parçası üzerinde mülkiyet hakkına sahip olması kararlaştırılmıştır. Film, sözleşmede kararlaştırıldığı gibi çekilmiş, oyuncunun vücudundan, deri parçası kesilerek alınmış ancak genç kızın kalçasında, gerçekleştirilen müdahale nedeniyle bir yara izi kalmıştır. Genç kız, daha sonra uğradığı zararın tazminini talep etmiştir. Davaya bakan Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, genel ahlâka ve kamu düzenine aykırı bulduğu bu sözleşmenin geçersiz olduğuna karar vererek, film yapım şirketi ile filmin yönetmeninin, oyuncunun uğradığı zararlardan sorumlu olduğuna hükmetmiştir. Karar metni için bkz. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006986113&dateTexte=> (erişim tarihi: 29.5.2010).

<sup>647</sup> 4.11.1997 tarihli Avrupa Konseyi “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”nde, cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal hastalıktan kaçınma hâli hariç olmak üzere, tıbbî tekniklerin, doğacak olan bebeklerin cinsiyetinin seçilmesi amacıyla uygulanamayacağı hakkında bir hüküm yer almaktadır (m.14). İnsan genomuna yapılan ve cinsiyet ayrımcılığına yol açar nitelikteki bu müdahalelerin suç hâline getirilmesi gerektiği yönünde bkz. Yener Ünver, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı: 1, 17 Kasım 2006, İstanbul 2007, sh. 161.

“taşıyıcı annelik” sözleşmeleridir. Bu tip sözleşmelerde, genellikle eşlerden alınan sperm ve yumurta hücrelerinin, laboratuvar ortamında döllenmesiyle elde edilen embriyo, “taşıyıcı anne” olarak adlandırılan kadının rahmine yerleştirilmekte; yapay dölleme teknikleri uygulanarak hâmile kalan bu kadın da doğuracağı çocuğu, gönüllü olarak veya belli bir ücret karşılığında “genetik” anne ve babasına vermeyi taahhüt etmektedir. Taşıyıcı annenin rahmine, genellikle tüpte döllenmiş embriyo yerleştirilmesine rağmen, özellikle kadın eşin yumurta üretilmemesi hâlinde, rahme yalnızca erkeğin spermi de aşılanabilir. Bu takdirde, taşıyıcı anne aynı zamanda çocuğun genetik annesi de olmaktadır<sup>648</sup>.

Üzerinde hukukî, ahlakî ve dinî birçok tartışmanın yapıldığı ve “taşıyıcı” ya da “kiralık” annelik sözleşmesi olarak isimlendirilen sözleşmenin geçersizliği hakkında, 31.5.1991 tarihinde Fransız Yargıtayı Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen karar<sup>649</sup> dikkat çekicidir. Karara konu olan olayda, çocuk sahibi olamayan bir çift ile anlaşan bir kadın, erkek eşin sperminin kendi rahmine yapay yöntemle aşılanması yoluyla hâmile kalmaya razı olmuş ve doğumun gerçekleşmesinden sonra da bebeği bu çifte vermeyi taahhüt etmiştir. Anlaşmaya göre, nüfus kaydında, yalnızca çocuğun babası olarak, spermi veren eşin adı yer alacak, bunun akabinde ise, çocuk sahibi olamayan kadın eş, kocasının çocuğunu evlat edinecektir. Dava, kadın eşin, evlat edinme talebinin ilk derece mahkemesi tarafından, yasalara aykırılık nedeniyle reddi, istinaf mahkemesi tarafından ise, doğan çocuğun üstün menfaati gerekçesiyle kabulü ile sonuçlanmış; ancak dosya, cumhuriyet savcısının, kanun yararına bozma talebiyle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun önüne gelmiştir. Genel Kurul, karşılığında herhangi bir bedel almaksızın dahi olsa, yabancı bir erkeğin spermini, kendi rahmine aşılatmak suretiyle hâmile kalan bir kadının, bu şekilde meydana gelen embriyoyu rahminde taşımayı ve doğurduktan sonra, bebeği bu çifte teslim etmeyi taahhüt ettiği sözleşmenin genel ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olması sebebiyle kesin hükümsüz olduğuna hükmetmiştir. Genel Kurul ayrıca olayda, evlat edinmeye ilişkin hükümlerin, ahlâka aykırı bir sözleşmenin sonuçlarının gizlenmesi ve kanunu dolanma amacıyla kullanılmasının

<sup>648</sup> Taşıyıcı annelik sözleşmesi hakkında bkz. **Nomer**, sh. 559-561; Şükran **Şıpka**, Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukukî Sorunlar, <http://www.turkhukuksitesi.com> (erişim tarihi: 25.8.2010) ve **Altunkaya**, sh. 115-116.

<sup>649</sup> Ass. Plén., 31 mai 1991, Bull. civ. No. 4 ; D., 1991, 417, rapport Chartier, n. Thouvenin. Karar metni için bkz. <http://blog.dalloz.fr/files/90-20105.pdf> (erişim tarihi: 17.9.2010).

hedeflendiğine işaret ederek, kadının, böylesi bir durumda, eşinin çocuğunu evlat edinemeyeceğine karar vermiştir<sup>650</sup>.

Günümüzde, başka insanların sağlıklarına kavuşmaları amacıyla kişilerin vücudundan organ ve doku alınmasını ve alınan bu maddelerin hasta kişilerin vücutlarına nakledilmesini konu alan sözleşmelerin ahlâka uygunluğu çoğunlukla kabul görmekle birlikte, durum özellikle üreme hücreleri bakımından tartışmalıdır. Doğal yollardan çocuk sahibi olamayan çiftlerin tedavisinde kullanılmak üzere üçüncü kişilerden yumurta ve sperm alınması, bunların belli koşullar altında saklanması ve vücudundan sperm ya da yumurta alınan kişiye tamamen yabancı bir başka kadının vücuduna nakledilmesi de, ahlâka aykırı olarak değerlendirilmektedir<sup>651</sup>. Oysa sperm ve yumurta bankası uygulamaları ile bu kuruluşlarda saklanan hücrelerin, çocuk sahibi olmak isteyen kadınların vücuduna aşılmasını konu alan yardımcı üreme teknikleri başta birçok Avrupa Birliği ülkesinde<sup>652</sup> olmak üzere İsviçre ve ABD’de de yaygın olarak gerçekleştirilmektedir. Her ne kadar bu ülkelerde de, özellikle doğacak olan çocuğun menfaati ve ailenin korunması başlıkları altında, yürütülmekte olan bu tekniklere yönelik birçok eleştiri

<sup>650</sup> Taşıyıcı annelik sözleşmesinin, kadın vücudunu metâ, bu sözleşmeden doğacak çocuğu ise, ürün hâline getireceği yönündeki düşünce için bkz. **Baudouin/Labrusse-Riou**, sh. 198-199. Ayrıca bkz. **Cornu**, Les Personnes, sh. 225. Türk hukukunda **Altunkaya**, sh. 115. Aksi fikirde bkz. **Nomer**, sh. 569-570. Yazar, ahlâka aykırılığın, yalnızca taşıyıcı anneliğin bir menfaat karşılığında yapılması hâlinde söz konusu olabileceğini, nitekim bu durumda doğurganlığın ticarî bir metâ hâline getirildiğini savunmaktadır. Oysa, başka türlü çocuk sahibi olamayan çiftlerin, taşıyıcı anneliğe, sırf yardım amacıyla ve herhangi bir karşılık almadan razı olan bir kadın ile anlaşmaları, ahlâka aykırı sayılmamalıdır (sh. 569).

<sup>651</sup> Bu görüşte **Akıncı**, sh. 97-98. Yazar, ister üstün bir ırk yaratmak amacıyla, isterse başka amaçlarla yapılsın, kişiden alınan sperm ya da yumurta hücrelerinin, yabancı bir insanın vücuduna aşılmasını konu alan sözleşmeleri ahlâka aykırı bulmakta ve bu uygulamaların tamamen yasaklanması gerektiğini savunmaktadır. Aynı görüşte Abdülkadir **Arpacı**, Özel Hukuk Açısından Tıbbî Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları, YÜHFD, C. 6, S. 2, İstanbul 2009, sh. 8. Buna karşılık, İsviçre Federal Mahkemesi, *heterolog* döllenmenin (kadının vücuduna eşi dışında bir erkekten alınan spermilerin aşılmasını yoluyla gerçekleştirilen yapay döllenmenin) tamamen yasaklanmasını öngören bir düzenlemenin, kişisel özgürlüklere aykırı olduğu hükmüne varmış ve kişinin çocuk sahibi olma arzusunu, kişiliğinin önemli bir parçası olarak kabul etmiştir. Bu kararlar için bkz. ATF 119 Ia 460, JT 1995 I 586; ATF 115 Ia 234, JT 1991 I 194 (<http://www2.unine.ch/webdav/site/ids/shared/documents/atf2.pdf>) (erişim tarihi: 12.8.2009).

<sup>652</sup> Almanya, İsveç, Norveç, Hollanda, Fransa, Belçika, İngiltere, İspanya, Portekiz, İtalya ve Yunanistan gibi birçok Avrupa ülkesinde, sperm bankaları yasal olarak faaliyette bulunmakta ve bu bankalar, çocuk sahibi olamayan çiftlere ve hâttâ Belçika, İngiltere, İspanya ve Hollanda gibi kimi ülkelerde bekâr kadınlara sperm hücresi temin etmek suretiyle, bunların çocuk sahibi olmalarına imkân tanımaktadır. Bkz. bu konuda Vincent **Willemin**, Insemination Artificielle Avec Donneur, Étude comparative des droits français, allemand et suisse, IDS, Cah. No: 3, Neuchâtel 1996, sh. 70-71.

getirilse de, söz konusu uygulamalar, yasal düzenlemeler ile güvence altına alınmaktadır<sup>653</sup>.

Kanaatimizce, kişilerin kendi üreme hücrelerini, sperm ve yumurta bankası olarak adlandırılan ve kuruluş ile işleyişleri yasalarla belirlenen sağlık kuruluşlarına devretmesini konu alan sözleşmelerle, bu kuruluşların, ellerinde bulundurdukları üreme hücrelerini çocuk sahibi olmak isteyen kişilerin vücutlarına aşılmasını amaçlayan sözleşmelerin başlı başına ahlâka aykırı olarak nitelendirilmesi doğru değildir. Nitekim bu uygulamaların esas amacı, çocuk sahibi olmak ve neslini devam ettirmek isteyen, ancak bu arzularını doğal yollardan gerçekleştiremeyen kişilere yardımcı olarak, onların çocuk sahibi olmalarının sağlanmasıdır. Nasıl ki, böbrek yetmezliği nedeniyle sağlığını kaybeden bir kişiye, bir başkasının vücudundan böbrek temin edilerek, böbreğin hasta kişinin vücuduna nakledilmesi yoluyla, bu kişinin sağlığına kavuşması sağlanmaktadır; burada da üreme hücreleri işlev görmeyen ve bundan ötürü çocuk sahibi olamayan kişilerin bu arzularını gerçekleştirmeleri amaçlanarak, vericilerden üreme hücresi temin edilmekte ve bu hücreler, ihtiyacı olan kişilerin vücuduna nakledilmektedir.

Bunun dışında, bir sözleşmenin genel ahlâka uygun olup olmadığı değerlendirmesi yapılırken, ahlâk kurallarının esnek ve zamana göre değişken nitelikte olduğu da unutulmamalıdır<sup>654</sup>. Bilindiği gibi, ülkemizde kürtaj uygulaması da bundan otuz yıl öncesine kadar ahlâka aykırı bir eylem olarak nitelendirilmekteyken, bugün için uygulama, kadının özgürlüğü ve onun vücut

<sup>653</sup> İsviçre’de 18 Ocak 1994 tarihinde “İnsanın yapay dölleme tekniklerine karşı korunması” başlığı altında bir halk inisiyatifi ortaya konularak, heterolog dölleme uygulamalarının, ahlâka aykırılık taşıdığı gerekçesiyle yasaklanması teklif edilmiştir. Buna karşılık, 12 Mart 2000 tarihinde yapılan halkoylaması sonucunda çoğunluk, bu yöntemin de diğer yapay dölleme teknikleri arasında yer alması gerektiği yönünde karar vererek, yöntemin yasaklanması teklifini reddetmiştir. Bunun neticesinde 1.1.2001 tarihinde yürürlüğe giren Yapay Dölleme Hakkında İsviçre Federal Yasası (LPMA) ile heterolog dölleme uygulamaları da federal anlamda bir yasal düzenlemeye kavuşmuştur (LPMA m. 3/f. 3; m. 18). Bkz. Philippe **Meier**, *Génétique et Procréation Assistée en Suisse, Biomedicine, the Family and Human Rights*, Marie Thérèse Meulders-Klein, Ruth Deech, Paul Vlaardingerbroek, The Hague 2002, sh. 332.

<sup>654</sup> Üreme faaliyetine evli çiftin dışında üçüncü bir kişinin de dolaylı yoldan katılması nedeniyle, heterolog dölleme İsviçre hukukunda da önceleri ahlâka aykırı sayılmıştı. Bkz. Jacques-Michel **Grossen**, *La protection de la personnalité en droit privé (Quelques problèmes actuels)* RDS, C. 79, 1960, sh. 52a. Bu bağlamda, İsviçre’de genel ahlâk anlayışının özellikle üreme faaliyetleri bakımından evrim geçirdiği tespitinde bulunan **Guinand**, *Implications juridiques*, sh. 128.

bütünlüğü değeri ile doğrudan ilişkili sayılmaktadır<sup>655</sup>. Sonuç olarak, bir tıbbî uygulamayı bütünüyle ahlâka aykırı olarak nitelendirip, bunu top yekûn bir biçimde yasaklamak yerine, bu gibi uygulamalara, meydana gelebilecek olumsuz sonuçları önleyici yasal tedbirler alınması koşuluyla izin verilmesinin daha isabetli olacağı kanısındayız<sup>656</sup>.

#### IV. Kişilik Haklarına Aykırılık

Bilindiği gibi, kişilik haklarını ihlâl eden sözleşmeler de BK m. 19 ve m. 20 hükümleri gereği kesin hükümsüz sayılmaktadır<sup>657</sup>. Bundan başka kişiliği, hukukî işlemle yapılan saldırıya karşı koruyan Medenî Kanun m. 23/f. 1, kimsenin hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği kuralını öngörmekte; aynı maddenin ikinci fıkrası da, kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini ve bu özgürlükleri hukuka<sup>658</sup> ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandıramayacağı ilkesini ortaya koymaktadır. Özgürlüklerin hukuka veya ahlâka aykırı olmayacak şekilde sınırlanmasında ise herhangi bir sakınca bulunmamaktadır<sup>659</sup>. Aksi takdirde, özgürlükleri sınırlayıcı etkisi olan her sözleşmenin hukuken geçersiz sayılması

<sup>655</sup> Tıbbî bir zorunluluk bulunmamasına rağmen, diğer bir deyişle, yalnızca isteğe bağlı olarak gerçekleştirilebilen kürtaj ya da yasadaki ifadesi ile “gebeliğin sona erdirilmesi” uygulaması, 24.5.1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ile Türkiye’de yasal bir dayanağa kavuşmuştur. Ancak, isteğe bağlı kürtajın yasak olduğu 1983 öncesi dönemde de, kadınların istenmeyen gebeliklerden kurtulmak için sağlıksız koşullarda ve yüksek maliyetler karşılığında yasal olmayan bu uygulamaya başvurdukları ve bunun neticesinde, kısırlığa dahi yol açabilecek büyük sağlık sorunları ile karşı karşıya kaldıkları bilinmektedir.

**Labbé**, uygulamanın Fransız hukukunda da uzun bir dönem genel ahlâka aykırı sayıldığını ortaya koymaktadır (sh. 400).

Keza **Arnoux** (sh. 254), “Tanrı’nın eserini” düzeltmekten başka bir amaca hizmet etmediği gerekçesiyle, estetik amaçlı müdahalelerin de, yirminci yüzyılın başında, Fransız öğretisi ve içtihatlarında kamu düzenine ve genel ahlâka aykırı bulunduğunu ifade etmektedir.

<sup>656</sup> Avrupa Birliği ve ABD’deki uygulamalar dikkate alındığında gerek yumurta, gerekse sperm bağışının hangi şartlarla yapılması gerektiğine dair sıkı kurallar konulmuş olduğu görülmektedir. Örneğin, vericilerin nasıl seçildiği, üreme hücresi toplayan sağlık kuruluşları tarafından hangi testlerin yapılması gerektiği ya da bir kişinin, bu kuruluşlara en fazla kaç kere üreme hücresi verebileceği konuları önceden yasalarca belirlenerek, söz konusu uygulamaların sınırları kesin çizgilerle çizilmiş olduğundan, istenmeyen sonuçların meydana gelmesi büyük ölçüde önlenmiş olmaktadır.

<sup>657</sup> Sözleşmenin kişilik (şahsiyet) haklarına aykırılığı konusunda bkz. **Oğuzman/Öz**, sh. 74; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 394; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 83; **Tunçomağ**, sh. 250; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 565.

<sup>658</sup> Hükümde yer alan “hukuka aykırı” ifadesinin maddeye bir şey katmadığı, zira özgürlüğün sınırlandırılmasının kanundaki başka bir madde ile yasaklanması hâlinde, MK m. 23/f. 2 hükmünün değil, yasaklayıcı hükmün uygulanacağı yönünde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 565.

<sup>659</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 391; **Oğuzman/Öz**, sh. 500, dn. 30; **Guggenheim**, sh. 38; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 163.

gerekirdi<sup>660</sup>. Özel hukuk bakımından kişiliğin korunmasında bir diğer<sup>661</sup> genel ilke ise MK m. 24 ile ortaya konulmuştur. Hüküm, kişilik hakkına yönelik bir saldırı söz konusu olduğunda, hak sahibine koruma talep etme yetkisi vermektedir<sup>662</sup>.

Kişinin, kendi kişilik değerleri ile ilgili bir konu hakkında karar alma özgürlüğü de MK m. 23/f. 2 kapsamında değerlendirilmektedir<sup>663</sup>. Buna göre bir kimse, kişilik değerleri hakkında karar verme özgürlüğünden vazgeçemeyeceği gibi, bu özgürlüğünü hukuka ve ahlâka aykırı olarak da sınırlandıramaz<sup>664</sup>. Yine MK m. 23/f. 2 gereği, kişinin, vücut bütünlüğü, özel hayatı, sırları gibi kişilik değerlerine ilişkin olarak aldığı kararlarda mutlak bir özgürlük alanına sahip olması gerekir<sup>665</sup>. Bu bakımdan bir kimsenin, kendi kişilik değerleri ile ilgili konularda almış olduğu kararlardan her zaman vazgeçebilme imkânına sahip olması gerektiği savunulmaktadır<sup>666</sup>. Diğer bir deyişle, kendi kişilik hakkı ile ilgili bir konuda, daha önceden bir taahhütte bulunmuş olan bir kimse, sonradan bu taahhüdünü yerine

<sup>660</sup> Bu nedenle **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**'ın, MK. m. 23 ile, kişiliği oluşturan unsurların ve özellikle maddî, manevî ve iktisadî varlıkların "*hiç bir surette hukukî işlemlere konu olamayacağı*"nı ortaya konulduğu yönündeki yorumlarına katılmıyoruz (sh. 358). Zira bize göre, MK m. 23, kişilik değerleri ile ilgili konulardaki taahhütleri katî surette yasaklamayı amaçlamamakta, bunun yerine, bu konuda yapılacak olan hukukî işlemlerin yasal sınırını çizmektedir. Ne var ki andığımız eserde, iki paragraf sonra, "*kişilik haklarına ilişkin sözleşmeler MK. m. 23 hükmünün çizdiği sınırlar içerisinde kaldıkları oranda BK. m. 19 hükmüne uygun ve dolayısıyla geçerli kabul edilirler*" denilmek suretiyle, kişiliği oluşturan unsurların da hukukî işlemlere konu edilebileceğinin, yazarlarca da kabul edildiği görülmektedir.

<sup>661</sup> Öğretide MK m. 23'ün, kişiliği, kişinin kendi rızasıyla yaptığı hukukî işlemlerden kaynaklanan saldırılara karşı, MK m. 24'ün ise, haksız fiille yapılan saldırılara karşı korumayı amaçladığı savunulmaktadır. Bu görüşte, bkz. **Helvacı**, Gerçek Kişiler, sh. 135; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 162; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 565; **Tercier**, Personnalité, No: 141. Bunun dışında ilk maddenin, kişiliği kişinin kendisine karşı, ikinci maddenin ise üçüncü kişilerden gelecek saldırılara karşı koruduğu da iddia edilmektedir. Bkz. **Bucher**, No. 419; **Jeandin**, sh. 245.

<sup>662</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 168.

<sup>663</sup> Bkz. **Thévenaz**, No: 70; Sylvain **Marchand**, Commentaire Romand, Code Civil I (éd. : Pascal Pichonnaz-Bénédict Foëx), Art. 27, Bâle 2010, sh. 237. Aynı doğrultuda **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 567 ve **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 164.

<sup>664</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 567-568.

<sup>665</sup> **Bucher**, No: 429; **Marchand**, sh. 237; Jacques-Michel **Grossen**, Les personnes physiques, Traité de droit civil suisse, T. II, 2, Fribourg 1974, sh. 13. MK m. 23/f. 2'de öngörülen düzenleme nedeniyle, taraflardan birine, tamamen serbest karar verme yetkisini muhafaza etmesi gereken bir alanda aşırı bağlılık yükleyen bir sözleşmenin, kişilik haklarına aykırı sayılması gerektiğini ortaya koyan görüş için bkz. Eugen **Bucher**, Berner Kommentar, Band I/2, Die Natürlichen Personen, Bern 1993, Art. 27 ZGB, N. 2, 126 vd., 162 vd., 295 vd., 523 vd. (**Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 569'dan naklen).

<sup>666</sup> Bkz. bu görüşte **Pelet** sh. 264-265 ve onun dn. 405 ve 407'de belirttiği yazarlar. Ayrıca bkz. **Dural/Öğüz**, sh. 110; **Marchand**, sh. 238; **Jeandin**, sh. 262.

getirmesi neticesinde kişilik değerlerinin zarara uğrayacağını düşünürse, almış olduğu bu karara katlanmak zorunda bırakılamaz.

Bu bağlamda, öğretilerde, bir karı kocanın para karşılığında, cinsel ilişkilerini filme alarak kamuya sunma konusunda borç altına girdikleri sözleşme, eşlerin kişilik değerlerine ilişkin olarak “*karar verme özgürlüklerinden, hukuken bağlanmak suretiyle kendi kendilerini tamamen yoksun bırakmış oldukları*” gerekçesiyle geçersiz kabul edilmiş ve bu geçersizliğin BK m. 19/f. 2 hükmünden değil, MK m. 23/f. 2’den kaynaklandığı fikri ileri sürülmüştür<sup>667</sup>. Bununla paralel olarak, bedel karşılığında tehlikeli sahnelerde başrol oyuncusunun yerine oynamak üzere bir film yapımcısı ile sözleşme yapan dublörün; kendi hayatını, beden bütünlüğünü ve sağlığını risk altına sokan ve kişilik değerlerini ilgilendiren konularda serbestçe karar verme özgürlüğünü ortadan kaldıran böyle bir taahhüt dolayısıyla MK m. 23/f. 2 hükmüne dayanarak kesin hükümsüzlük yaptırımından yararlanacağı, zira baştan itibaren geçerli bir borç altına girmemiş olduğu ileri sürülmüştür<sup>668</sup>. Şayet dublör son dakikada korkup tehlikeli sahnelerde oynamayı reddederse, film yapımcısı onu aynen ifaya zorlayamayacağı gibi, ondan herhangi bir tazminat ödemesini de talep edemeyecektir.

Ancak bize göre, bir kimsenin kişilik değerine ilişkin olarak karar verme özgürlüğünden kendi kendini yoksun bırakmış olduğu her sözleşmenin kesin hükümsüz niteliğinde olduğunu kabul etmek mümkün değildir<sup>669</sup>. Nitekim günümüzde, insanlar, kendi kişilik değerlerini ilgilendiren birçok konuda, diğer kişilere karşı taahhüt altına girmekte, bunlarla değişik türden sözleşmeler yapmaktadır. Kişinin, görüntüsü, sesi, sırları, hâttâ vücut bütünlüğü gibi kişilik değerlerini doğrudan ilgilendiren konularda taahhüt altına girerek, kendi kendini hukuken bağladığı her sözleşmeyi, “karar verme özgürlüğünden vazgeçilmesi” şeklinde yorumlayarak, kesin hükümsüz addetmek, kanaatimizce hayatın olağan akışına ters bir durumdur. Aksi takdirde, konumuzla ilgili olarak, bir kimsenin kan verme konusunda bir kan merkezine yaptığı taahhüt ile bir gönüllünün, bilimsel bir

<sup>667</sup> Örnek için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 567-568.

<sup>668</sup> Eugen Bucher tarafından verilen örnek ve açıklaması için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 569.

<sup>669</sup> Aynı görüşte **Deschenaux/Steinauer**, No: 319.

araştırmaya destek sağlamak amacıyla, ağzındaki yirmi yaş dişlerini araştırma kuruluşuna vermeyi borçlandığı sözleşmeyi de kesin hükümsüz saymak gerekirdi. Oysa bu tür sözleşmelerde de, dublör örneğinde olduğu gibi, kan verme ya da dişini çektirme konusunda taahhüt altına giren kişi, son dakikada korkup sözleşme ilişkisinden kurtulmak isterse, ne kan merkezi ne de araştırma kuruluşu, onu ifaya zorlayamayacaktır. Ancak her iki durumda da ortada kesin hükümsüz değil, geçerli birer sözleşme bulunmaktadır<sup>670</sup>.

Öte yandan, şayet bu yöndeki bir sözleşme kesin hükümsüz sayılacak olursa, sözleşmeden doğan borçların ifa edilmesi, kesin hükümsüzlüğü bertaraf etmeye yetmez. Diğer bir deyişle, kesin hükümsüz olan bir hukukî işlem, sonradan geçerlilik kazanamayacağı için<sup>671</sup> kişilik değerleri ile ilgili bir konuda taahhüt altına giren kimse, bu taahhüdünü yerine getirirse bile, sözleşmenin geçerli hâle geldiğinden bahsedilemez.

Kanaatimizce, taraflardan en az birinin kişilik değerleri ile doğrudan ilgili olan bu gibi sözleşmelerde, sözleşmeden doğan borçların ifa edilmesiyle kişilik değeri zarar görecektir olan kimse, son dakikada dahi, taahhüdünden kurtulma imkânına sahip olmalıdır<sup>672</sup>. Böyle bir durumda, sözleşmenin diğer tarafı, bu kişiyi ifaya zorlayamayacağı<sup>673</sup> gibi, ondan ifanın gerçekleşmemesinden dolayı uğramış olduğu zararların tazminini de talep edememelidir<sup>674</sup>. Gelgelelim bu sonuç, taraflar arasındaki sözleşmenin kesin hükümsüz olmasından değil, sözleşmenin konusunun

<sup>670</sup> **Meier-Hayoz**, sh. 73. Şüphesiz ki, bu sözleşmeler de BK m. 19 ve 20 hükümleri uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımını ile karşı karşıya kalabilir. Kan merkezine kanını verme taahhüdünde bulunan kişiye bunun karşılığında belli bir bedel verileceğinin kararlaştırılması hâlinde, sözleşme kesin hükümsüz sayılacaktır.

<sup>671</sup> Bkz. **Oğuzman/Barlas**, sh. 203; **Dural/Sarı**, sh. 179-180; **Serozan**, *Medenî Hukuk*, sh. 19.

<sup>672</sup> Bu konu ile ilgili olarak ayrıca bkz. yukarıda Böl. 2, §2.

<sup>673</sup> Bkz. **Meier-Hayoz**, sh. 73. Yazar, bu yönde bir zorlamanın, genel ahlâka aykırı olacağını ifade etmektedir. Aynı görüşte bkz. **Akıpek/Akıntürk/Ateş Karaman**, sh. 363.

<sup>674</sup> Bununla beraber, insan kökenli biyolojik madde verme borcu ile ilgili olarak MK m. 23/f. 3'de öngörülen ve biyolojik madde vermektense son ânda vazgeçen kişiden maddî ve manevî tazminat istenemeyeceği yönündeki hükmün sınırını, kaynağını MK m. 2/f. 2'den alan hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturmaktadır. Bu bağlamda, biyolojik madde verme yönündeki taahhüdünden son dakikada vazgeçen, ancak bu maddeyi daha sonra bir başkasına veren kişiden, sözleşmenin diğer tarafının, bu taahhüde güvenerek yapmış olduğu masrafların tazminini talep edebilmesi gerekir. Aynı görüşte bkz. **Dural/Öğüz**, sh. 110. Kişilik değerlerine ilişkin taahhütler açısından aynı yönde bkz. **Monnier**, sh. 60; **Joye**, *Génome*, sh. 81. Hâttâ kanaatimizce kişinin, biyolojik madde vermeye yönelik taahhüdünden, sırf karşı tarafı zarara uğratmak maksadıyla vazgeçmesi hâlinde, "kasden ahlâka aykırı davranışla başkasına zarar vermek"ten ötürü, BK m. 41/f. 2 uyarınca diğer tarafın uğramış olduğu zararları tazmin etmesi gerekir.



tarafardan birinin kişilik değeri ile doğrudan ilgili olmasından, diğer bir deyişle özellikli bir hukukî nitelik arz etmesinden kaynaklanmaktadır<sup>675</sup>. Fikrimizce, MK m. 23/f. 3 hükmü de “*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz*” ifadesi ile, insan kökenli biyolojik maddeleri konu alan sözleşmeler bakımından bu esası ortaya koymaktadır.

Bu sebeple, bir hekimin hastayı sağlığına kavuşturmak ya da organ nakline ihtiyaç duyan hastalara gerekli organ ve dokuyu sağlamak amacıyla yaptığı cerrahî müdahalelere ilişkin sözleşmeler ile bilimsel bir araştırmanın yürütülebilmesi maksadıyla kişinin vücudundan, yokluğu onun yaşamına ve sağlığına olumsuz yönde etki etmeyecek bir biyolojik maddenin alınmasını konu alan sözleşmeleri kişilik hakkına aykırı olarak değerlendirmemek gerekir<sup>676</sup>.

<sup>675</sup> Claire **Huguenin Jacobs**, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1-359 ZGB, Basel 1996, Art. 27 CC, No. 12, (**Pelet** sh. 264’den naklen).

İsviçre Federal Mahkemesi, 30.10.2002 tarihinde verdiği bir kararla (ATF 129 III 209), bir kimsenin sözleşme ile kişilik değerlerine ilişkin olarak aşırı bir bağlılık altına girmesi hâlinde, BK m. 20/f. 1 hükmü anlamında bir ahlâka aykırılıktan söz edilemeyeceğine, sadece kişilik hakkının çiğnenmesinin söz konusu olduğuna hükmetmiştir. Karara göre, bu aşırılığa rağmen ilgili kişi, dilerse MK m. 23/f. 2’nin sağladığı korumadan vazgeçerek sözleşmeden doğan borcunu ifa edebileceği gibi, dilediği takdirde borcunu ifa etmekten de kaçınabilir. Aşırı bağlılık altına giren kişinin sözleşmeden doğan borcunu ifa etmek istemesi durumunda ise, ne karşı tarafın aşırı bağlılığı ileri sürmesine, ne de hâkimin sözleşmeye re’sen müdahale etmesine imkân bulunmaktadır. Kararın Türkçe özeti için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 573. Kanaatimizce, böyle bir sözleşmenin geçerli olup olmadığı hususunda dikkate alınması gereken hüküm MK m. 23/f. 2 ve bunun yollamasıyla BK m. 19 ve 20 hükümleri olmalıdır. Bu doğrultuda, kişinin sözleşme ile içine girdiği aşırı bağlılık hâli, hukuka ya da ahlâka aykırı bir sonuç meydana getiriyor ise, o sözleşmenin kesin hükümsüz sayılması gerekir. Başka bir ifadeyle, bu konuda göz önünde bulundurulması gereken sınır, bağlılığın hukuka veya ahlâka aykırılık derecesine ulaşma sınırı olmalıdır.

<sup>676</sup> Bu görüşte bkz. **Eren**, sh. 289. İster bir başka kişiyi sağlığına kavuşturmak, isterse bilimsel gelişmeleri hızlandırmak amacıyla yapılsın, vücudundan biyolojik madde alınan kimsenin sağlığı veya yaşam kalitesi bu müdahale neticesinde zarar görmüyorsa, bu konuda yapılan sözleşmeyi geçerli saymak gerekir. Bu nedenle insanın bir parçasının deney konusu olmasının, insanın şeref ve haysiyeti ile bağdaşmayan ve onu küçük düşüren bir durum yarattığı fikrini savunan ve bu konudaki sözleşmeyi hem kişilik haklarına hem de ahlâka aykırı bulan **Akıncı**’ya (sh. 168) katılmıyoruz. Nitekim 1982 tarihli T.C. Anayasası m. 17/f. 2’de yer alan “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz*” ifadesi ile 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun m. 1’de belirtilen “*Tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli bu kanun hükümlerine tâbidir*” ifadesi, kişilerden bilimsel amaçla biyolojik madde alınmasına yasal olarak cevaz verildiğini açık bir biçimde göstermektedir.

Aslına bakılacak olursa organ ve doku nakli uygulamalarının, milyonlarca kişinin hayatta kalmasına hizmet eden bir tedavi yöntemi olarak tüm dünyada kabul görmeye başlayıp, bu konudaki yasal düzenlemelerin ortaya çıkmasına kadar, bir kimsenin, başka bir kişinin vücuduna

Bununla birlikte, bir kimsenin kalbini<sup>677</sup> ya da her iki böbreğini bir yakınının vücuduna nakledilmek üzere vermeyi taahhüt ettiği işlem kesin hükümsüz sayılacaktır<sup>678</sup>. Zira kişinin bu organlar olmadan, hayatını sürdürebilmesi mümkün değildir<sup>679</sup>. Bundan başka, bir kimsenin, gözünü hiç görmeyen bir kişinin tedavi olmasını sağlamak amacıyla bir organ bankasına devretmeyi borçlandığı sözleşme örneğinde olduğu gibi, kişinin yaşam kalitesini azaltacak nitelikte bulunan operasyonların yapılmasını konu alan hukukî işlemlerin dahi “insancıl amaç”<sup>680</sup> doğrultusunda geçersiz sayılması gerekir<sup>681</sup>.

İnsan kökenli biyolojik maddeleri konu alan hukukî işlemlerin geçersizliği, sözleşmeye taraf olan şahsın kişilik değerlerine aykırılıktan kaynaklanabileceği gibi, sözleşmenin tarafı olmayan bir üçüncü kişinin kişilik hakkının ihlâli de bu sonucu doğurabilir. Örneğin bir kimsenin, Türk halkının etnik yapısının belirlenmesine yönelik bir araştırmaya katkı sağlamak üzere, kendi genetik bilgilerini içeren bir doku parçasını, bir araştırma kuruluşuna ivazsız olarak devrettiğini farz edelim. Bir

---

nakledilmek üzere, organ ya da dokusunu vermek konusunda gerçekleştirdiği taahhüt, taahhütte bulunan kimsenin tedavisine yönelik bir amaç taşıyor ise, onun vücut bütünlüğü değerini ihlâl eden bir müdahaleyi zorunlu kılması sebebiyle geçersiz olarak kabul edilmekteydi. Örneğin 76-1181 sayılı ve 22 Aralık 1976 tarihli yasanın kabulüne kadar, organ ve doku verme konusundaki taahhütlerin, Fransa’da da geçersiz olarak kabul edildiği yönünde bkz. Jacques **Buisson**, *Le corps humain, les progrès de la médecine et le droit*, Revue internationale de la criminologie et de police technique, 1984, sh. 207.

<sup>677</sup> **Labbé**, sh. 339.

<sup>678</sup> Bu konuda bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, *Borçlar Hukuku*, sh. 393-394. Yazarlar bir kimsenin, bir başkasının vücuduna nakil amacıyla, organ verme taahhüdünde bulunmasının da genellikle geçerli olmayacağını kabul etmektedir. Kanaatimizce, bu yöndeki bir taahhüdün kişilik haklarına aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz sayılabilmesi için, taahhüde konu olan organın, vücuttan ayrılması hâlinde, kişinin sağlığının bozulması ya da en azından yaşam kalitesinin olumsuz yönde etkilenmesi gerekir. Vücuttan ayrılmakla, kişiye bu yönde olumsuz bir etkide bulunmayan bir organın verilmesi konusundaki taahhüdü geçersiz saymak, uygulamada sıklıkla karşımıza çıkan ve canlı kişilerden yapılan böbrek, karaciğer gibi organ bağıışı niteliğindeki sözleşmeleri de kesin hükümsüz hâle getirecektir. Mamafih, vücutundan alınması düşünülen organın, kişi açısından yaşamsal önemi bulunup bulunmadığı tespitini yapmak tıp biliminin yetkisi dâhilinde olmalıdır.

<sup>679</sup> Bu konudaki sınır 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun m. 8 ile çizilmiştir : “*Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması, yasaktır*”.

İnsan organizmasının kısa sürede yenileyebileceği dokuların alınmasına bir engel olmadığı yönünde bkz. **Dural/Öğüz**, sh. 107. Fransız hukukunda aynı görüşteki yazarlar için bkz. Jean-Marie **Auby**, *Le droit de la santé*, Paris 1981, sh. 434; **Arnoux**, sh. 208.

<sup>680</sup> **Akıncı**, sh. 169.

<sup>681</sup> Aksi görüş için bkz. **Joye**, *Génome*, sh. 70, dn. 333. Yazar, gözün, insan hayatı için vazgeçilmez bir organ olmaması hasebiyle, devre konu olabileceğini savunmaktadır.

müddet sonra, doku parçası üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan araştırma kuruluşunun, kişinin genetik materyalini (DNA molekülünü), bir başka konuyu -meselâ kişilerin zekâ seviyeleri ile genetik özellikleri arasında doğrudan bir ilişki olup olmadığı konusunu- araştıran bir diğer bilim kuruluşuna devretme borcu altına girdiğini düşünelim. Genetik materyal üzerindeki mülkiyet hakkının bir kuruluştan diğerine devrini konu alan bu sözleşmenin, vücudundan doku alınan kişinin rızası olmadıkça kesin hükümsüz addedilmesi gerekecektir. Nitekim vücudundan doku alınan kişi, genetik bilgilerinin, yalnızca belli bir amaç doğrultusunda ve yalnızca kendisinin belirlemiş olduğu kuruluş tarafından kullanılmasına müsaade etmiştir. Kişinin devretmiş olduğu doku parçası, aynı zamanda onun kişilik değerlerinden olan özel yaşamı ve sırlarına dair bilgiler ihtiva ettiğinden, bu bilgilerin onun rızası olmadan, üçüncü bir kişiye devredilmesi, MK m. 24 uyarınca kişilik hakkına bir saldırı teşkil edeceği gibi, biyolojik maddenin devrini konu alan sözleşme de BK m. 19 ve 20 gereği, kişilik haklarına aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olacaktır<sup>682</sup>.

### **§ 3. İnsan Kökenli Biyolojik Maddeleri Konu Alan Tıbbî Müdahalelerde Özellik Arz Eden Bir Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak “Rıza” Kavramı**

#### **I. Genel Olarak**

İnsan kökenli biyolojik maddeleri konu alan hukukî işlemlerin ifası çoğu kez<sup>683</sup> insan vücuduna yönelik bir tıbbî müdahalede<sup>684</sup> bulunulmasını

<sup>682</sup> Buna karşılık, sözleşmenin konusunu oluşturan biyolojik madde, meydana geldiği kişinin vücudundan ayrılmakla, bu kişi için taşıdığı kişilik değeri vasfını kaybediyor ise, sözleşmenin, kişilik hakkına aykırılık teşkil ettiği ve bu nedenle de kesin hükümsüz olduğu iddia edilemeyecektir. Örneğin, kan bankasına ivazsız olarak devredilen kanlar üzerinde vericilerin kişilik hakkının devam ettiğini savunmak güçtür. Söz konusu biyolojik maddeler, vericinin vücudundan ayrıldıkları ândan itibaren, meydana geldikleri kişiden bağımsız bir varlık kazanarak, eşya statüsüne girmekle kalmayıp, bu kişinin kişilik değeri içinde dahi değerlendirilemez hâle gelmektedir. Dolayısıyla kan bankasının, kan üzerindeki mülkiyetini bir hastane işletmesine devretme borcu altına girdiği sözleşme, bu konuda vericinin rızası olmasa dahi geçerli sayılacak ve vericinin kişilik hakkına yönelik bir tecavüzdten bahsedilemeyecektir.

<sup>683</sup> İnsan kökenli biyolojik maddeleri konu edinen bazı hukukî işlemlerde ise vücudundan biyolojik bir madde vermeyi taahhüt eden borçlu, edimini herhangi bir tıbbî müdahalenin yapılmasına gerek kalmaksızın yerine getirebilir. Örneğin, ülkemizde yasal dayanağı olmamakla birlikte İsviçre ve diğer birçok Avrupa ülkesinde donörlerin (vericilerin) sperm bankalarına sperm sağlamaları tıbbî müdahale olmaksızın gerçekleştirilmektedir. Bundan başka, bir kan bankasının belli miktardaki kanı özel bir hastane işletmesine devretmesini konu alan sözleşmede olduğu gibi, kişilerden temin edilmiş olan biyolojik maddelerin bir takım sağlık ve araştırma kuruluşlarına devrini konu alan sözleşmelerde de, borç, taraflardan herhangi birinin vücut bütünlüğüne müdahalede bulunulmaksızın ifa edilebilmektedir.

gerektirdiğinden, “rıza” kavramının konumuz açısından ayrı bir önemi bulunmaktadır<sup>685</sup>. Nitekim kendisine tıbbî müdahalede bulunulacak olan kişinin rızası bulunmadıkça, onun vücut bütünlüğü değerine yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü müdahale kural olarak<sup>686</sup> hukuka aykırı sayılacaktır. Gerçekten, tıbbî müdahale neticesinde kişinin vücut bütünlüğü değeri dışında, onun hayat ve sağlık değerlerinin de ihlâli söz konusu olabilmektedir<sup>687</sup>. Bu nedenle, tıbbî müdahalede bulunacak olan kimselerin, gerçekleştirilecek olan her uygulama öncesinde, müdahale nedeniyle kişilik değerleri zarar görecektir olan kişinin rızasını alması gerekmektedir<sup>688</sup>.

<sup>684</sup> Tıbbî müdahale, hekim ve tıp mesleğini sürdüren diğer yetkili kişilerce, teşhis, tedavi ya da bilimsel amaçlı olarak, insanın vücuduna yapılan tüm girişimler olarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Ayan**, sh. 5. Bunun yanında, üçüncü bir kişinin sağlığına kavuşabilmesi amacıyla yapılan organ ve doku alımları ya da kişilerin çocuk sahibi olabilmeleri için gerçekleştirilen yapay döllenme uygulamaları da tıbbî müdahale olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle, tıbbî müdahale, kişinin vücut bütünlüğüne, tıp biliminin kurallarına uygun olarak yapılan her türlü müdahale şeklinde, daha geniş olarak da tanımlanabilir. Bu yönde bkz. Salih **Şahiniz**, Bir Tıbbî Müdahale Türü Olarak “Sağlararası Organ Nakli”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, sh. 727. Ayrıca karş. **Çilingiroğlu**, sh. 15; **Yenerer Çakmut**, Tıbbî Müdahale, sh. 24; Murat **Aydın**, Tıbbî Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008, sh. 57; Mehmet Emin **Özgül**, Yeni Tıbbî Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul 2010, sh. 5-6.

<sup>685</sup> Konumuz, insan kökenli biyolojik maddelerin hukukî işlemlere konu edilmesiyle sınırlı olduğundan, kişinin rızası olmadan böbreğinin çalınması örneğinde olduğu gibi biyolojik maddelerle ilgili haksız fiiller ile hukuka uygunluk bakımından zarar görenin rızası mevzuları inceleme alanımızın dışında kalmaktadır.

<sup>686</sup> Aşağıda inceleyeceğimiz gibi, istisnâî sayılabilecek bazı durumlarda, kendisine tıbbî müdahalede bulunulan kişinin rızası olmasa dahi, müdahale hukuka uygun sayılabilir. Bkz. aşağıda Böl. 3, §3, IV.

<sup>687</sup> Aydın **Zevkliler**, Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları, DÜHFD. 1983, S.1, sh. 19.

<sup>688</sup> **Thévenaz**, No: 245; **Marchand**, sh. 237; **Harichaux**, La protection, sh. 31; **Cornu**, Les Personnes, sh. 221; **Jeandin**, sh. 260; Jean-Marie **Clément**, Les Grands Principes du Droit de la Santé, Bordeaux 2005, sh. 111; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 171; **Yenerer Çakmut**, Tıbbî Müdahale, sh. 193; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 489-490; **Çilingiroğlu**, sh. 42; **Aydın**, Organ ve Doku Nakli, sh. 63; Zarife **Şenocak**, Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası, AÜHFD. 2001, S. 4, sh. 66. Yazar, tıbbî müdahale öncesinde rıza alma zorunluluğunu, müdahalede bulunulacak olan kişinin kendisi hakkında bizzat karar verme hakkı ile ilişkilendirmektedir.

“Rıza gösterene haksızlık yapılmış olmaz” şeklinde tercüme edilebilecek olan Roma hukuku kaynaklı “*volenti non fit iniuria*” ilkesinden doğan rıza alma zorunluluğu, “Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı” başlığı altında düzenlenen Anayasa m. 17/f. 2’de de yer almaktadır. Maddede, tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve rızası olmaksızın bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamayacağı ilkeleri ortaya konulmuştur. Keza, MK m. 23/f. 3, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin ancak kişinin yazılı rızası ile mümkün olabileceğini belirtmekte, MK m. 24/f. 2 hükmü ise, kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası ya da bundan daha üstün nitelikte olan özel veya kamusal bir yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biri bulunmadıkça, kişilik hakkına yönelik olarak gerçekleştirilen her müdahalenin hukuka aykırı sayılacağını öngörmektedir. Hekimlik mesleğinin tâbi olduğu uygulama esaslarını ortaya koyan ve hâlen yürürlükte olan 11.4.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabet

Her ne kadar aynı kişinin iradesinin dışı vurumu olsa da, tıbbî bir müdahaleyi konu alan sözleşmenin temel unsurunu oluşturan irade beyanı ile, sözleşmenin yerine getirilmesi amacıyla gerçekleştirilecek olan tıbbî müdahale öncesinde alınması gereken rıza beyanını birbiriyle karıştırmamak gerekir<sup>689</sup>. Nitekim hastanın, kendisine belli bir tıbbî müdahalenin yapılması karşılığında, belli bir ücret ödemeyi kabul etmesi, hekime hastaya karşı her türlü tıbbî uygulamada bulunabilme yetkisini vermez<sup>690</sup>. Diğer bir anlatımla, hastanın belirli bir yöntemin kendisi hakkında uygulanmasına rıza göstermeyerek, tıbbî müdahaleye karşı çıkması, onun daha önce açıklamış olduğu irade beyanına ve hekim ile gerçekleştirmiş oldukları sözleşmenin varlığına etki etmez. Hekimin, hasta ile gerçekleştirmiş olduğu sözleşme çerçevesinde, hastanın kişilik değerlerine müdahale sayılacak uygulamalarda bulunması gerekiyorsa, onun, her bir uygulama öncesinde hastasının rızasını alması gerekir<sup>691</sup>. Aksi takdirde, hekimin hastaya karşı sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi yerine getirdiğinden söz edilemeyecek ve hekim bundan ötürü sorumlu tutulabilecektir.

## II. Rızanın Hukukî Niteliği

Kişinin vücut bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleşen bir müdahalenin hukuka uygunluğunun değerlendirilmesi bakımından büyük önem arz eden “rıza”nın hukukî niteliği hakkında öğretilerde farklı görüşler bulunsa da, bunun hukukî bir işlem niteliğinde olduğu yönündeki görüş ağır basmaktadır<sup>692</sup>. Bu görüşe göre, tek taraflı bir hukukî işlem niteliği taşıyan rıza, hukukî sonuca yönelmiş bir irade açıklaması şeklinde ortaya çıkar. Hukuk düzeni bu açıklamaya, rızayı veren kişinin bu sonucu istemesi nedeniyle sonuç bağlamaktadır. Bu nedenle, geçerli olabilmesi için, rızanın

---

Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70. maddesinin ilk fıkrasında da, hekim ve dış hekimlerinin, gerçekleştirilecek olan her türlü tıbbî müdahale öncesinde hastanın; hastanın küçük veya kısıtlı olması hâlinde ise onun velî ya da vasisinin rızasını almaları gerektiği, büyük cerrahî müdahaleler için ise, rızanın yazılı olarak alınması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

<sup>689</sup> **Leleu/Genicot**, sh. 52.

<sup>690</sup> Bkz. Olivier **Guillod**, *Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme?*, Neuchâtel 1986, sh. 29.

<sup>691</sup> Bkz. Wolfgang **Oehler**, *Doktorun Sorumluluğu Bağlamında Hastanın Doktor Tarafından Aydınlatılması ve Bunun Hastanın Rızasıyla İlişkisi Hakkında Düşünceler* (çev: Yener Ünver), YÜHFD, C. 6, S. 2, İstanbul 2009, sh. 18.

<sup>692</sup> Bu görüşte bkz.; **Deschenaux/Steinauer**, No: 320; **Jeandin**, sh. 262; **Şenocak**, *Küçüğün Rızası*, sh. 68; **Oğuzman/Öz**, sh. 500; **Tunçomağ**, sh. 436.

da, her hukukî işlemin geçerliliğinde aranan şartları uhdesinde barındırması gerekir<sup>693</sup>.

Rızanın hukukî niteliği bakımından ortaya atılan bir diğer görüş<sup>694</sup> ise, bunun hukukî işlem benzeri bir fiil niteliğinde olduğu yönündedir. Bu görüşü savunanlar, rızasını veren kişinin, esas olarak hukukî bir sonuç yaratmaktan ziyâde, kendi vücudu üzerinde tıbbî bir müdahalenin gerçekleştirilmesine izin vermeyi amaçladığına dikkat çekmektedir. Hukuk düzeni, bu açıklamaya rıza veren kişinin iradesinden bağımsız olarak bir sonuç yüklemekte, kişinin kendi vücuduna yapılacak olan müdahaleye izin vermesine, hukuka uygunluk sebebi neticesini bağlamaktadır. Hâlbuki rıza veren, esasen kendisine uygulanan tıbbî müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldırmayı amaçlamamaktadır. Onun isteği yalnızca operasyonun gerçekleştirilmesidir.

Kanaatimizce, hukukî işlemlere ilişkin birçok kuralın, kıyas yoluyla hukukî işlem benzeri fiillere de uygulanıyor olması, rızanın hukukî niteliği konusunda yapılan bu tartışmanın pratik önemini büyük ölçüde ortadan kaldırmaktadır<sup>695</sup>. Bunun neticesinde, ister hukukî işlem ister hukukî işlem benzeri fiil olarak nitelendirilsin, rıza beyanında bulunan kişinin, kendisine uygulanacak olan tıbbî müdahale ve bu müdahalenin olası sonuçları hakkında bilgilendirilmiş olması gerekmektedir. Buna aykırı olarak, hata, hile veya korkutma yüzünden sakatlanan ya da emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlâka veya kişilik haklarına aykırı olarak verilen yahut ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişi tarafından ortaya konulan bir rızanın geçerliliğinden söz edilemez.

<sup>693</sup> **Eren**, sh. 564; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 490.

<sup>694</sup> **Sarial**, sh. 64-65. Yazar, vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı değerleri üzerinde kişinin kendisinin dahi serbestçe tasarruf edebilme imkânının bulunmamasından hareketle, rızanın hukukî işlem olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varmaktadır. Aynı görüşte bkz. **Şahiniz**, sh. 742; **Çilingiroğlu**, sh. 44.

Alman hukukunda hâkim olan bu görüş ve Alman doktrininde bu görüşü savunan yazarlar için bkz. **Şenocak**, Küçüğün Rızası, sh. 69, dn. 14.

<sup>695</sup> Aynı görüşte **Guillod**, Le consentement, sh. 30 ve **Şenocak**, Küçüğün Rızası, sh. 69. Hukukî işlem benzeri fiillere, hukukî işlemlere ilişkin birçok kuralın kıyas yoluyla uygulanabileceğini ortaya koyan **Oğuzman/Barlas**, sh. 165; **Eren**, sh. 150; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 39; **Oğuzman/Öz**, sh. 298, dn. 26.

### III. Rızanın Geçerlilik Şartları

Her ne amaçla olursa olsun, vücudundan biyolojik madde alınması ya da vücuduna biyolojik bir maddenin nakledilmesi konusunda bir sağlık kuruluşu veya araştırma merkezi ile sözleşme yapan kişinin, sözleşmenin yerine getirilebilmesi için gerekli olan müdahaleye rıza göstermesi gerekir. Aksi takdirde, kendisine müdahalede bulunulacak olan kişinin rızasını almaksızın hareket eden hekim ya da sağlık kuruluşunun, borcunu gereği gibi yerine getirdiğinden söz edilemeyecek ve bu davranışından ötürü sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Bununla birlikte, tıbbî müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için, müdahale ile kişilik değerleri zarar görecektir olan kişinin, müdahaleye rıza göstermesi de başlı başına yeterli değildir. Rıza beyanının, bir hukukî işlemin geçerli sayılabilmesi için gerekli olan geçerlilik şartlarına uygun olarak verilmiş olması gerekir<sup>696</sup>. Bu çerçevede, rıza beyanında bulunan şahsın, rıza verme konusunda gerekli ehliyeteye sahip olması, iradesinin sakatlanmış olmaması, verilen rızanın hukuk ve ahlâk kurallarına aykırılık taşımaması ve kanunun emrettiği şekle uygun olması icap eder.

#### 1- Rıza Veren Fîl Ehliyetine Sahip Olması

Rızanın hukukî bir sonuç doğurabilmesi için, müdahaleye rıza gösteren kişinin, rıza beyanında bulunmaya ehil olması gerekir. Kendi vücudu üzerinde gerçekleştirilecek olan tıbbî müdahaleye rıza göstermesi hâlinde, genel itibariyle ne gibi sonuçların meydana gelebileceğini kestiren ve bu sonuçları dikkate alarak karara varan bir kişi, rıza beyanında bulunmaya ehil sayılabilir<sup>697</sup>.

Örneğin, kardeşinin vücuduna nakledilmek üzere, böbreklerinden birinin vücudundan alınmasına rıza gösteren kişi, hem kendisine uygulanacak olan tıbbî müdahalenin kapsamı, hem de böbreğin alınmasından sonraki yaşam döneminde ne tür sağlık problemleriyle karşı karşıya kalabileceğinin ayırdına varabilecek bir olgunluğa sahip olmalıdır. Kişinin böyle bir olgunluğa sahip olup olmadığının

<sup>696</sup> Oğuzman/Öz, sh. 500; Eren, sh. 564; Tunçomağ, sh. 436-437.

<sup>697</sup> Bkz. Ahmet Nar, İnsan kökenli biyolojik madde (organ-doku-hücre) naklinin hukukî koşulu olarak kişinin rızasının alınması, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 55-56, İstanbul 2009, sh. 15; Ayan, sh. 19.

değerlendirilmesi yapılırken, dikkat edilmesi gereken husus, onun rıza beyanında bulunurken, genel itibariyle kendi menfaatini gözetip gözetemediğidir<sup>698</sup>. Buna karşılık, kendi menfaatine aykırı olabilecek bir takım müdahaleler için rıza veren bir kimseyi, kişisel çıkarlarını yeterince gözetemediği gerekçesiyle ayırt etme gücünden yoksun sayarak, bu kişinin rızasının geçersiz olduğu sonucuna da varılamaz<sup>699</sup>. Aksi takdirde, hiç tanımadığı kişilere nakledilmek üzere, kan merkezlerine hiçbir karşılık beklemezsizin kan veren bir kimsenin rızasını da geçersiz saymak gerekirdi.

Rıza beyanının, gerçekleştirilecek olan tıbbî müdahaleyi hukuka uygun hâle getirip getirmediği hususunda dikkat edilmesi gereken nokta, rıza beyanında bulunan kişinin ehliyet bakımından içinde bulunduğu durumdur. Bu nedenle, tam ehliyetli bir kişinin verdiği rıza ile sınırlı ya da tam ehliyetsiz bir kimse tarafından verilen rızanın geçerliliği üzerinde ayrı ayrı durmak gerekir.

#### a) Tam ehliyetli kişilerin rızası

Ayırt etme gücüne sahip olan ve kısıtlı olmayan her ergin kişi, kendi fiili ile hak kazanıp, borç altına girebildiği gibi, her türlü hukukî işlemi de bizzat gerçekleştirebilir. Bu bakımdan, tam fiil ehliyetine sahip olan bir kişi, kendi vücudundan biyolojik bir maddenin alınmasına ya da bu nitelikteki bir maddenin vücuduna nakledilmesine yönelik bir müdahaleye rıza gösterip göstermeme konusunda da bizzat karar verebilir<sup>700</sup>.

#### b) Sınırlı ehliyetli kişilerin rızası

Kısıtlanmaları için yeterli neden bulunmamakla birlikte, çıkarlarının korunabilmesi bakımından, fiil ehliyetlerinin sınırlanması gerekli görülen kişiler, öğretilerde “sınırlı ehliyetli” olarak nitelendirilmektedir<sup>701</sup>. Esasen fiil ehliyetine sahip

<sup>698</sup> Şenocak, Küçüğün Rızası, sh. 78.

<sup>699</sup> Bir işlemin anlamsız ya da işlemi yapanın menfaatlerine aykırı olması hâlinde, sadece bu husus ayırt etme gücünün olmadığını göstermeye yetmeyeceği gibi, işlemin akla uygun olması da, işlemi yapanın ayırt etme gücüne sahip olduğu anlamına gelmez. Bu görüşte bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, sh. 53.

<sup>700</sup> Ayan, sh. 11; Zevkliler, Tedavi Amaçlı Müdahaleler, sh. 21.

<sup>701</sup> Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, sh. 97; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, sh. 334; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 258. Buna karşılık, yasal danışmanlığın, fiil ehliyetine herhangi bir sınırlama getirmediği, bunun sadece yardım amaçlı bir kurum olduğu yönündeki aksi görüş için bkz. Dural/Öğüz, sh. 62. Yazarlar, kişiye yasal danışman atanmasıyla, onun fiil ehliyetine bir sınırlama getirildiği yönündeki düşüncenin, önceki Medenî Kanununun 379.



olan bu kimseler, özel durumları gereği, yalnızca belli sayıdaki işlemleri ancak kendileri için atanan yasal danışmanın, o işleme rıza göstermesi hâlinde gerçekleştirebilmektedir. Bu işlemler ise *numerus clausus* (sınırlı sayı) ilkesine bağlı olarak MK m. 429'da yer almaktadır<sup>702</sup>. Şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması, MK m. 429'da sayılan işlemler arasında yer almadığından, sınırlı ehliyetlilerin, bu haklarını kullanabilmeleri için yasal danışmanlarının olumlu görüşünü almaları gerekmez. Zaten, bir kimseye yasal danışman atanmasındaki gaye, esasen o kimsenin kişilik hakkının korunmasından ziyâde, maddî menfaatlerinin korunmasıdır<sup>703</sup>. Bu özellik, yasal danışmanlığı, vesayet kurumundan ayırmaktadır<sup>704</sup>.

Dolayısıyla sınırlı ehliyetlilerin, insan kökenli biyolojik maddelerin vücutlarından alınmasına ya da bu maddelerin kendi vücutlarına nakledilmesine rıza göstermek konusunda, tam ehliyetlilerden bir farkları bulunmamaktadır.

### c) Sınırlı ehliyetsiz kişilerin rızası

Ayırt etme gücüne sahip olan küçük ve kısıtlıların, vücutlarından biyolojik madde alınmasına veya vücutlarına biyolojik madde nakledilmesine yönelik müdahalelere tek başlarına rıza gösterip gösteremeyecekleri meselesi ise netlikten uzaktır. Bilindiği gibi MK m. 16/f. 1, ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını yasal temsilcilerinin rızasına bağlı olmadan kullanabileceklerini öngörmektedir. Bu hükümden, sınırlı ehliyetsiz bir kişinin, vücut bütünlüğü, yaşamı ve sağlığı gibi kendi kişilik değerlerini doğrudan ilgilendiren konular hakkında, bizzat karar verme yetkisine sahip olduğu sonucu çıkarılabilir<sup>705</sup>.

---

maddesinin “mahdut (sınırlı) ehliyet” şeklindeki kenar başlığından kaynaklandığını, ancak EMK m. 379'un karşılığı olan yeni Medenî Kanun m. 429'da bu başlığa yer verilmemesi ile, bu düşüncenin de ortadan kalkacağını savunmaktadırlar.

<sup>702</sup> Dural/Öğüz, sh. 63.

<sup>703</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, sh. 73.

<sup>704</sup> Dural/Öğüz, sh. 64.

<sup>705</sup> Kişinin, kendisi hakkında uygulanacak olan tıbbî müdahaleye rıza göstermesi ya da hekim tarafından kendisine tavsiye edilen müdahaleyi reddetmesi, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. **Bucher**, No: 528; **Deschenaux/Steinauer**, No: 588g; Franz **Werro**/Irène **Schmidlin**, Commentaire Romand, Code Civil I (éd. : Pascal Pichonnaz-Bénédict Foëx), Art. 16-19, Bâle 2010, sh. 176, 207; **Guillod**, Le consentement, sh. 209; **Manai**, Biomédecine, sh. 39; Michel **Ney**, La responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires notamment à raison de l'acte opératoire, Lausanne 1979, sh. 82. Fransız hukukunda aynı görüşte bkz. Pascal **Favre**, Droits du mineur et médecine, Droit de l'homme et médecine, Paris 1984, sh. 33; Gérard **Mémeteau**/Louis **Mélenec**, Traité de droit médical, Tome 2 : Le contrat médical, La responsabilité civile du médecin, Paris 1982, sh. 51. Ayırt etme gücüne sahip olan küçük ve kısıtlıların, yasal temsilcilerinin onayına ihtiyaç duymaksızın, kendilerine

Buna göre, her biri ayırt etme gücüne sahip olmak koşuluyla, 15 yaşındaki bir kız çocuğu saçlarının kesilmesine, torununun sağlığına kavuşmasını isteyen ancak savurganlık nedeniyle vesâyet altına alınan bir kimse vücudundan kemik iliği alınmasına ya da alkol bağımlılığı sebebiyle kısıtlanan<sup>706</sup> lösemi hastası bir kadın, hekim tarafından vücuduna kan nakledilmesine yasal temsilcisinin onayına ihtiyaç duymaksızın tek başına rıza gösterebilecektir.

Yalnız hemen hatırlatalım ki, sınırlı ehliyetsiz bir kişi, kendi vücudundan biyolojik madde alınmasına veya vücuduna biyolojik madde nakledilmesine bizzat rıza gösterebilirken, insan kökenli biyolojik maddeleri konu alan ve kendisini borç altına sokan bir sözleşmeyi yasal temsilcisinin izni ya da icazeti olmaksızın tek başına gerçekleştiremeyecektir<sup>707</sup>. Zira MK m. 16/f. 1'in ilk cümlesi, sınırlı

---

uygulanacak olan tıbbî müdahalelere tek başlarına rıza gösterebilecekleri yönünde bkz. **Şenocak**, Küçüğün Rızası, sh. 76; **Werro/Schmidlin**, sh. 176; Jean-Marie **Hubaux**, Les droits et obligations du patient, Louvain-la-Neuve 1998, sh. 100-101. Aksi görüşte bkz. **Clément**, sh. 119.

Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. ATF 114 IA 350 consid. 7a. Mahkeme, yalnızca ayırt etme gücüne sahip olmayan hastalara müdahale söz konusu olduğunda, bunların yasal temsilcisinin onayına ihtiyaç duyulacağını belirtmiş, bunun dışındaki (küçük ya da kısıtlı olsa dahi mümeyyiz olan) kişilerin tıbbî müdahalelere bizzat rıza gösterebileceklerine hükmetmiştir. Karar metni için bkz. [http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeleitentscheide/Band\\_114\\_1988/BGE\\_114\\_IA\\_350.html](http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeleitentscheide/Band_114_1988/BGE_114_IA_350.html) (erişim tarihi: 30.3.2010).

<sup>706</sup> **Guillod**, kısıtlanmaları savurganlık, alkol veya uyuşturucu bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, hâttâ özgürlüğü bağlayıcı ceza gibi kişinin zihinsel zafiyet ve eksikliklerinden ziyâde, sosyal davranış bozuklukları, ahlâki yetersizlikleri ve iktisadî anlamdaki zayıflıklarından kaynaklanan kimselerin, ayırt etme gücüne sahip olmak koşuluyla, tıbbî müdahalelere yasal temsilcilerinin katılımına ihtiyaç duymaksızın kendi başlarına rıza verebileceklerini savunmakta; buna karşılık, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedenleri ile kısıtlanan kişilerin bu tür müdahalelere tek başlarına rıza gösterememeleri gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **Guillod**, Le consentement, sh. 251.

<sup>707</sup> Kendisine uygulanacak olan tıbbî müdahaleye bizzat rıza gösterebilen bir kişinin, tıbbî müdahalenin gerçekleştirilmesi amacıyla, hekim ya da hastane işletmesi ile sözleşme yapmaya ehliyetinin bulunmadığını ileri sürmenin çelişkili ve anlamsız bir tutum olduğu görüşünde bkz. **Guillod**, Le consentement, sh. 231. Yazar, müdahalenin hukukî dayanağının, müdahaleyi konu alan sözleşme olduğunun altını çizerek, MK m. 16/f. 1'in ikinci cümlesi kapsamında mümeyyiz küçük ya da kısıtlının, yasal temsilcinin onayına gereksinim duymadan, hekim ya da hastane işletmesiyle, tıbbî müdahaleye yönelik sözleşmeyi yapabileceğini savunmaktadır. Kişilerin tedavi edilmesine yönelik olarak gerçekleştirilen sözleşmelerin, şahsa sıkı sıkıya bağlı sözleşme niteliğinde olduğu görüşü, Fransız hukukunda da bazı yazarlar tarafından kabul edilmekte ve bu görüş doğrultusunda, küçük ve kısıtlıların ayırt etme gücüne sahip olmak kaydıyla, bu tür sözleşmeleri, yasal temsilcilerinin onayına ihtiyaç duymaksızın yapabilecekleri savunulmaktadır. Bu konuda bkz. **Mémeteau/Mélenec**, sh. 49; **Favre**, sh. 28.

Her ne kadar, kişinin vücut bütünlüğü değeri ile doğrudan bağlantısı olan bu gibi sözleşmeleri, şahsa sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması kapsamında ele almaya çalışsak da, bu tür sözleşmelerin, sınırlı ehliyetsizler tarafından bizzat gerçekleştirilebileceğinin kabulü hâlinde, bunun, sınırlı ehliyetsizlere ağır malî yükümlülükler yükleyebileceğinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini düşünüyoruz. Şöyle ki: Hekim ile sınırlı ehliyetsiz bir kişi arasındaki sözleşme, örneğin, sınırlı ehliyetsizin cinsel hayatının gizliliği bakımından, onun kimseye paylaşmak istemediği bir müdahalenin gerçekleştirilmesi amacıyla yapılıyor ve sınırlı ehliyetsizin malvarlığı bundan sadece önemsiz bir derecede etkileniyor ise, yukarıda zikredilen

ehliyetsizlerin, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri kuralını ortaya koymaktadır. Bu doğrultuda örnek vermek gerekirse, çürük dişinin çekilmesini isteyen ayırt etme gücüne sahip 16 yaşındaki bir genç ya da eşinin sperminin kendi rahmine aşılmasını arzu eden mümeyyiz ama kısıtlı bir kadın, bu edimlerin yerine getirilmesi karşılığında, diş hekimine yahut yapay dölleme kliniğine ücret ödeme borcu altına girdikleri takdirde, taraflar arasında yapılan bu sözleşmenin hüküm ifade edebilmesi için, bunların yasal temsilcilerinin (velî veya vasîlerinin) onayı gerekecektir. Yasal temsilcinin izni alınmadan yapılan sözleşme ise askıda hükümsüz<sup>708</sup> sayılacaktır.

O hâlde, sınırlı ehliyetsiz bir kişinin kendisine uygulanacak olan müdahaleye rıza göstermeye ehil olması, onun, kendisini borç altına sokan bir sözleşmeyi tek başına, yasal temsilcisinin onayını almaksızın yapmaya da ehil olduğunu göstermeye yetmemektedir<sup>709</sup>.

MK m. 16/f. 1 hükmü dikkate alınarak yapılan ve sınırlı ehliyetsiz kişilerin kendilerine uygulanacak olan tıbbî müdahalelere rıza göstermek bakımından âdeta tam ehliyetli konumunda oldukları yönünde oluşturulan yorumun aksine, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile Hasta Hakları Yönetmeliği'nde

---

(sınırlı ehliyetsizin kendi fiili ile bu sözleşmeyi yapmaya ehil olduğu yönündeki) görüşü savunmak çok kolaylaşacaktır. Buna karşılık, sözleşme, meselâ, sırf geçici bir heves nedeniyle kendi burnunun, ünlü bir şarkıcının burnuna benzetilmesini isteyen 16 yaşındaki mümeyyiz bir kız çocuğu ile bir estetisyen arasında gerçekleşiyor ve çocuk, müdahalenin yapılması karşılığında, hekime karşı çok yüklü bir ücret ödeme borcu altına giriyor ise, bu durumda, çocuğun, sözleşmeyi tek başına yapabilme ehliyetine sahip olması neticesinde, ağır bir maddî yükümlülük altına girmesinin mi, yoksa, sözleşmeyi kendi başına yapamaması nedeniyle, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkını kullanamamasının mı, onun menfaatine daha uygun olacağı, çok tartışma götürür.

<sup>708</sup> Ayırt etme gücüne sahip olan küçüğün, yasal temsilcisinin rızasını almaksızın, kendi ad ve hesabına ücret ödeme borcu altına girdiği tedavi sözleşmesinin geçersiz sayılacağını ifade eden **Şenocak** (Küçüğün Rızası, sh. 69-70)'a ise katılmıyoruz. Nitekim böyle bir durumda yasal temsilcinin, sözleşmeye onay verip vermeyeceği belli olmadığından, sözleşme “askıda hükümsüz” ya da “noksan” olarak nitelendirilmelidir. Aynı görüşte bkz. **Dural/Öğüz**, sh. 85. Yasal temsilcinin, sınırlı ehliyetsiz tarafından yapılmış olan bu sözleşmeye sonradan onay (icazet) vermesi hâlinde, sözleşmedeki eksikliği oluşturan tamamlayıcı unsur gerçekleşmiş olur. Bu durumda, sözleşme yapıldığı ândan itibaren geçerli olacak ve yasal temsilci bu sözleşmeye sanki en başından izin vermişçesine hüküm ifade edecektir. Sözleşmenin geçersiz ya da bizim kullanmayı tercih ettiğimiz ifadeyle “kesin hükümsüz” sayılması ise, ancak yasal temsilcinin sözleşmeye onay vermediğinin kesinleşmesi durumunda söz konusu olacaktır. Bu konuda bkz. **Oğuzman/Barlas**, sh. 210; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 381; **Serozan**, Medenî Hukuk, sh. 21; **Dural/Sarı**, sh. 185.

<sup>709</sup> **Şenocak**, Küçüğün Rızası, sh. 76-77.

yer alan hükümler<sup>710</sup>, küçük ve kısıtlıların ayırt etme gücüne sahip olsalar dahi, kendileri hakkında tıbbî müdahalede bulunulmasına ancak yasal temsilcilerinin onayını alarak rıza gösterebileceklerini belirtmektedir. Dolayısıyla, MK m. 16/f. 1 hükmü ile getirilen, sınırlı ehliyetsiz kişilerin şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını yasal temsilcilerinin iznine bağlı kalmaksızın kullanabileceklerine dair kural, yukarıda adı geçen maddelerin birebir uygulanması neticesinde âdeta göz ardı edilmiş olmaktadır.

Sınırlı ehliyetsiz bir kişi üzerinde gerçekleştirilecek olan müdahalenin hukuka uygunluğunun, onun yasal temsilcisinin onayına bağlanması nedeniyle, söz gelimi, müdahalenin yapılmasını isteyen sınırlı ehliyetsiz ile müdahaleye karşı çıkan yasal temsilci arasında menfaat çatışmaları meydana gelebilir<sup>711</sup>. Örneğin, geçici akıl zayıflığı nedeniyle kısıtlanarak MK m. 335/f. 2 gereği annesinin velâyeti altında bırakılan bir kişinin, hayatî tehlikesi bulunan bir arkadaşının vücuduna nakledilmek üzere, kendisinden kan alınmasına rıza göstermesi; buna karşılık, velâyet hakkına

<sup>710</sup> 11.4.1928 tarih ve 1219 sayılı TŞK m. 70/f. 1 hükmü uyarınca hekim ve diş hekimleri, küçük veya kısıtlı olan hastalarına uygulayacakları her türlü tıbbî müdahale öncesinde, bunların yasal temsilcilerinin onayını almakla yükümlü kılınmıştır. Bu konuda bkz. Barış **Erman**, Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, sh. 80.

1.8.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24. maddesinin ilk fıkrasında da, hastanın küçük veya kısıtlı olması hâlinde, tıbbî müdahale için velî ya da vasîden izin alınması gerektiği kuralına yer verilmiştir. Bununla birlikte, HHY m. 26'da yer alan "*Kanunî temsilcinin muvafakatinin gerektiği ve yeterli olduğu hâllerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcur olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbî müdahaleye iştiraki sağlanır*" şeklindeki hüküm ile, TŞK'da öngörülen ve sınırlı ehliyetsizlere yapılacak olan tıbbî müdahalelere, yasal temsilcinin onay vermesinin şart olduğu yönündeki kuralın bir bakıma esnetilmesinin amaçlandığı fark edilebilir. Nitekim TŞK, kendisine tıbbî müdahalede bulunulması konusunda sınırlı ehliyetsiz görüşünün alınması gereğine dair herhangi bir hüküm içermezken; HHY, sınırlı ehliyetsiz kişiye yapılacak olan tıbbî müdahaleye, onun yasal temsilcinin onay vermesi gerektiğinin altını çizmekle birlikte, sınırlı ehliyetsizden, kendisine uygulanacak olan müdahale hakkında görüş alınması gerekliliğine 26. maddesinde yer vermektedir.

<sup>711</sup> Böyle bir durumda, küçüğün (sınırlı ehliyetsizin) tedaviden elde edeceği menfaate göre bir sonuca ulaşılması gerektiği yönünde bkz. **Mémeteau/Mélenec**, sh. 52. Ancak "sınırlı ehliyetsizin menfaati" kavramını muğlak bulan **Guillod**, (sh. 238) özellikle âcilen harekete geçmeyi gerektiren, buna karşın ağır risk taşıyan müdahaleler söz konusu olduğunda, operasyona karşı çıkan yasal temsilcinin mi, yoksa bunun gerçekleşmesini isteyen küçüğün mü iradesinin dikkate alınacağına karar vermenin güç olduğuna dikkat çekmektedir.

Sınırlı ehliyetsiz ile onun yasal temsilcisi arasındaki irade çatışması, sınırlı ehliyetsizin sağlığı açısından gerçekleştirilmesi zorunlu olan bir müdahaleye, yasal temsilcinin haklı bir neden olmaksızın karşı çıkmasından kaynaklanıyor ise, HHY m. 24/f. 2, bu durumda, müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekimin, MK m. 346 (EMK m. 272) veya m. 487 (EMK m. 431)'den yararlanarak, gerekli rızanın, hâkim tarafından verilmesini talep edebileceğini öngörmektedir. Hâttâ, yasal temsilciden veya mahkemen izin alınması uzun bir zaman gerektirecek, buna karşın, sınırlı ehliyetsize derhâl müdahalede bulunulmadığı takdirde, onun yaşamı veya sağlığı tehdit altına girecek ise, rıza şartı dahi aranmayacaktır (HHY m. 24/f. 3). Bu konuda bkz. aşağıda Böl. 3, §3, IV, 2.

sahip olan ve çocuğunun sağlığından endişe eden annenin bu müdahaleye onay vermemesi hâlinde durum böyledir.

Kanaatimizce, TŞK ve HHY’de yer alan ve küçük ve kısıtlılara uygulanacak olan tıbbî müdahalenin gerçekleştirilmesini, bunların yasal temsilcilerinin onayına tâbi kılan hükümler, *de lege ferenda* kapsamında yapılması gerektiğini düşündüğümüz bir değişiklikte, yalnızca ayırt etme gücü bulunmayan<sup>712</sup> küçük ve kısıtlılar hakkında uygulanacak düzenlemeler hâline getirilmelidir<sup>713</sup>. Aksi takdirde, MK m. 16/f. 1 ile düzenlenen ve sınırlı ehliyetsiz kişilerin şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını kimsenin onayına bağlı olmaksızın, tek başlarına kullanabileceklerini ortaya koyan hüküm ile çelişkili bir sonuç meydana gelmektedir. Bir kimsenin kendisi hakkında uygulanacak olan tıbbî müdahaleye rıza göstermesi ya da kendisine teklif edilen tedavi yöntemini reddetmesi şahsa sıkı sıkıya bağlı olan bir hakkın kullanılmasından başka bir şey değildir<sup>714</sup>. Bunun bir sonucu olarak, hukuken “küçük” ya da “kısıtlı” olarak nitelendirilse bile, kendisine uygulanacak olan müdahalenin önem, kapsam ve sonuçlarını kavrayabilecek düzeyde ayırt etme gücüne sahip olan bir kişi, bu müdahaleye yasal temsilcisinin izni olmasa dahi<sup>715</sup> rıza

<sup>712</sup> Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük ve kısıtlıların rızası hakkında bkz. aşağıda Böl. 3, §3, III, 1, d.

<sup>713</sup> Küçüklerle ilgili olarak bu görüşü savunan **Şenocak**, Küçüğün Rızası, sh. 80.

<sup>714</sup> **Ney**, sh. 82; **Guillod**, Le consentement, sh. 209; **Werro/Schmidlin**, sh. 176.

<sup>715</sup> Kişinin, kendisine uygulanacak olan tıbbî müdahaleye rıza göstermesini, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması olarak kabul etmekle birlikte, bazı yazarlar, müdahalenin yapılacağı kimsenin, sınırlı ehliyetsiz olması hâlinde, bu kişinin rızasının yanında, onun yasal temsilcisinin rızasının da alınması gerektiğini, diğer bir deyişle, bunların ortak hareket etme zorunluluklarının bulunduğunu savunmaktadır. Böylece sınırlı ehliyetsiz kişi, kendi yaşamını ve sağlığını etkileyebilecek olan ciddi tehlikelere karşı korunmuş olacak ve aynı zamanda gerçekleştirilen müdahale de hukuka uygun hâle gelecektir. Küçükler bakımından bu görüşte bkz. Rona **Serozan**, Çocuk Hukuku, İstanbul 2005, sh. 282, 284 ve **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, sh. 438. Buna karşılık, sınırlı ehliyetsizler dâhil, ayırt etme gücüne sahip olan tüm kişilerin kendileri hakkında karar verme özgürlüğünün de bir uzantısını oluşturan, kişilerin şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanabilmeleri imkânı ortadan kalkmış olmaktadır. Bu durum özellikle, ayırt etme gücüne sahip olan ancak yaş küçüklüğü ya da kısıtlanma nedeniyle yasal temsil altında bulunan kişilerin, özel hayat ve sınırlar gibi kişilik değerlerini, yasal temsilcileri ile paylaşmak zorunda kalmaları sonucunu doğurduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Örneğin, doğum kontrol ya da kürtaj gibi müdahaleler, kişinin cinsel hayatını ilgilendiren konulardan olduğundan, 16 yaşında ve ayırt etme gücüne sahip olan bir kimsenin, bu konudaki bir müdahalenin gerçekleştirilmesine tek başına ve kimsenin onayını almaya ihtiyaç duymaksızın rıza gösterebilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. **Guillod**, Le consentement, sh. 232. Yazar, buna örnek olarak, ABD yasalarında, alkolizm, uyuşturucu bağımlılığı, doğum kontrolü, kürtaj, cinsel yolla bulaşan hastalıkların tedavisi gibi bir takım özel müdahaleler söz konusu olduğunda, müdahaleye rıza gösterebilmek için gereken yaş sınırının ortadan kaldırılmasını ya da bu sınırın 18’den aşağılara çekilmesini göstermektedir (sh. 208-209).

gösterebilmeli, kendi şahsına sıkı sıkıya bağlı olan bu hakkını tek başına kullanabilmelidir<sup>716</sup>.

Bundan başka, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, insan vücudundan nakil amacıyla organ ve doku alınmasına ilişkin olarak, yukarıda sözünü ettiğimiz yasalardan daha da sınırlayıcı bir özellik arz etmektedir. Kanunun 5. maddesi uyarınca, vücudundan organ veya doku alınacak olan kimsenin, ayırt etme gücüne sahip olmasından başka, 18 yaşını doldurmuş olması da gerekmektedir<sup>717</sup>. Maddenin konuluş amacının, çocuğun menfaatini, velâyet hakkına sahip olan ana babanın, naklin gerçekleştirilmesi konusunda çocukları üzerinde uygulayacakları olası baskılara karşı korumak olduğu düşünülebilir. Nitekim özellikle kardeşler arasındaki doku uyumunun çok yüksek oranlarda olması nedeniyle, henüz 18 yaşını tamamlamamış bir kişi, hasta olan kardeşinin vücuduna nakledilmek üzere, kendi vücudundan bir organ ya da doku alınmasına rıza göstermeye ailesi tarafından zorlanabilir<sup>718</sup>. Oysa böyle bir müdahalenin yapılabilmesi için yasal düzenleme ile belli bir yaş sınırının getirilmesi

<sup>716</sup> Bkz. **Werro/Schmidlin**, sh. 176. Tıbbî bir müdahalenin gerçekleştirilmesine yönelik olarak rıza göstermenin, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı olduğu ve bunun neticesinde, 13 yaşında, ayırt etme gücüne sahip olan bir çocuğun bu hakkını tek başına kullanabileceği yönünde, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen 2.4.2008 tarihli karar için bkz. ATF 2C\_5/2008. Kararda, yasal temsilcinin rızasına, yalnızca müdahalede bulunulacak olan küçüğün, müdahalenin önemini ve sonuçlarını kavrayacak derecede ayırt etme gücüne sahip olmadığı hâllerde başvurulabileceği vurgulanmıştır. Karar metni için bkz. [http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=02.04.2008\\_2C\\_5/2008](http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=02.04.2008_2C_5/2008) (erişim tarihi: 2.6.2010).

Amerika Birleşik Devletleri'nde, ayırt etme gücüne sahip olup, henüz ergin olmamış ("mature minor") bir kişinin, kendisine uygulanacak olan tıbbî müdahaleye, yasal temsilcisinin onayını almaksızın vermiş olduğu rızanın geçerli olduğunu ilk olarak ortaya koyan Michigan Eyalet Mahkemesi kararı da dikkat çekicidir. Dava, 17 yaşındaki küçüğün rızasına dayanarak, onun kulağından tümörlü parçayı almak üzere ameliyata girişen hekim aleyhine, müdahale öncesinde kendisinden onay alınmadığını iddia eden ve yapılan müdahale neticesinde çocuğunu kaybeden yasal temsilci baba tarafından açılmıştır. Mahkeme, söz konusu olayda hekimin herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığına, ayırt etme gücü bulunan ve ergin olmaya çok yaklaşmış bir kişinin kendisi hakkında uygulanacak müdahaleye tek başına rıza gösterebileceğine, operasyon öncesinde hekim tarafından alınan bu rızanın da geçerli olduğuna hükmetmiştir. Bkz. **Bakker v. Welsh**, 108 N.W. 94 (Kararın İngilizce özeti için bkz. <http://www.jstor.org/stable/1274787> (erişim tarihi: 7.2.2010)).

<sup>717</sup> Ayırt etme gücü bulunmayanlar ile 18 yaşından küçük kimselerden organ ve doku alınmayacağına yönelik kural, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 29'da da aynen tekrarlanmaktadır.

<sup>718</sup> Ancak, aile tarafından çocuk üzerinde yapılacağı düşünülen manevî baskının, 18 yaşın tamamlanmasıyla birlikte ortadan kalkacağını düşünmek de bize pek de mantıklı gelmemektedir. Bundan başka, yasal yaş sınırını aşmadığı gerekçesiyle, sağlam doku ya da organının, hasta olan kardeşine nakledilmek üzere vücudundan alınmasına rıza gösteremeyen ve bu nedenle kardeşini kaybeden mümeyyiz bir çocuğun, yaşamı boyunca duyacağı üzüntü ve pişmanlığı da göz önünde bulundurmak gerekir.

sayesinde, küçük, ancak yaş sınırını aşması hâlinde kendi vücudundan organ ya da doku alınmasına rıza gösterebilecektir.

Buna karşılık, nakil amacıyla, kendi vücudundan organ ya da doku alınmasına rıza gösterebilmek için kanun tarafından öngörülmüş bulunan “18 yaşın doldurulması şartı”, istisna olarak nitelendirilebilecek bazı durumlarda sakıncalı bir takım sonuçlar da yaratabilir. Meselâ, ayırt etme gücüne sahip olan ve evlenmek suretiyle (MK m. 11/f. 2) ergin olan 17 yaşındaki bir kadın, yeni doğurmuş olduğu ve âcilen organ nakline ihtiyaç duyan bebeğine nakledilmek üzere, aralarında tam bir doku uyumu olmasına rağmen, sırf 18 yaşını doldurmamış olması nedeniyle, kendi vücudundan organ alınmasına rıza gösteremeyecektir. Bu kadın, ergin olması nedeniyle, kendi fiili ile hak kazanıp, borç altına girebilecek, tasarruflarda bulunabilecek, hâttâ çocuğu üzerinde sahip olduğu velâyet hakkını kullanabilecek, fakat çocuğunun yaşamını sürdürebilmesi için gerekli olan dokunun kendi vücudundan alınmasına rıza göstermeye ehil sayılmayacaktır.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunda olduğu gibi, bir takım yasal düzenlemelerle, kişiler hakkında uygulanacak olan tıbbî müdahalelerin gerçekleştirilmesinin, müdahalenin yapılacağı kimsenin belli bir yaşı doldurmuş olması şartına bağlanmasının<sup>719</sup>, hukuk tekniği

<sup>719</sup> Bu konudaki yasal düzenlemelerde de bir tutarlılık bulunmadığını söylemek yanlış olmaz. Örneğin, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 29, organ ve doku naklinde, verici açısından 18 yaşın doldurulmuş olması şartını ararken, Yönetmeliğin 35. maddesi, bir yaş sınırından söz etmemekte, buna karşılık, tıbbî araştırmalar bakımından, araştırma yapılacak olan kişinin “reşit” ve mümeyyiz olması gereğinden bahsetmektedir. Kanaatimizce, Yönetmeliğin 35. maddesi kaleme alınırken, bir kişinin 18 yaşını doldurmadan da (evlilik ya da mahkeme kararı ile ergin kılınma yoluyla) reşit sayılabileceği gerçeği gözden kaçırılmış ve “reşit” ifadesine, “18 yaşın doldurulması” anlamına gelecek şekilde yer verilmiştir. Maddenin, “Küçüklerin ve Mümeyyiz Olmayanların Durumu” başlığı altında düzenlenmiş olması da görüşümüzü destekler niteliktedir. Aksine bir yorum, Yönetmeliğin, bir kimseye, vücudundan organ alınması amacıyla tıbbî müdahalede bulunulması ile araştırma amacıyla tıbbî müdahalede bulunulması arasında bir fark yaratmayı amaçladığı sonucuna varılmasını gerektirirdi. Oysa rıza ehliyeti bakımından, Yönetmelikte böyle bir farklılık yaratılmasının kanımızca hiçbir anlamı olmadığı gibi, bu hükümler doğrultusunda, 18 yaşından küçük olan bir kimsenin, en yakın akrabalarının yaşamı pahasına vücudundan organ alınmasına rıza gösterememesine karşılık, kendisiyle doğrudan bir bağlantısı bulunmayan bir araştırmaya katkı sağlamak üzere kendi vücudu üzerinde tıbbî müdahalede bulunulmasına rıza verebileceği gibi, anlaşılması güç bir durum ortaya çıkacaktır. Daha açık bir ifadeyle, HHY m. 35’in lâfzına bakılacak olursa, evlilik (MK m. 11/f. 2) ya da mahkeme kararı (MK m. 12) ile ergin olmuş ve ayırt etme gücüne sahip olan, ancak henüz 18 yaşını doldurmamış olan bir kadın, bilimsel nitelikteki bir araştırmanın yürütülebilmesi için kendi vücuduna müdahalede bulunulmasına rıza gösterebilecek, fakat aynı kadın, 7 yaşındaki erkek kardeşinin vücuduna nakledilmek üzere karaciğerinden küçük bir parçanın alınmasına rıza gösteremeyecektir.

açısından isabetli olmadığını düşünüyoruz. Yasal düzenlemeler çerçevesinde<sup>720</sup> kişilerin ayırt etme gücüne sahip olmak kaydıyla, kendi kişilik değerleri ile ilgili konularda tek başlarına karar vermeleri gerektiği ilkesini benimsedikten sonra, vücut bütünlüğü değeri ile doğrudan bağlantılı olan bir konuda ayırt etme gücüne sahip olan bir kişinin kendi başına karar alma özgürlüğünü mutlak bir biçimde ortadan kaldırmak çelişkili bir tutumdur. Bu gibi düzenlemelerle, her ne kadar, çocuk ya da hukuken korunması gereken diğer kimseler üzerinde yapılacak olan müdahaleler vesilesiyle oluşabilecek suistimallerin önüne geçilmesi hedeflense de; aynı hedefe, müdahalenin gerçekleştirilmesini bu kişiler bakımından tamamen yasaklamak yerine, diğer bazı ülkelerde rastlanılabileceği<sup>721</sup> gibi denetimli bir sistem oluşturmak ve

---

Aynı şekilde, 27.10.2010 tarih ve 27742 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik m. 4'te, gönüllü verici; "...insana uygulanmak amacıyla doku ve hücrelerini bağışlayan ...18 yaş üstü verici ile... yasal temsilcilerinin onayı alınmış 18 yaşından küçük verici veya kısıtlı kişi" olarak tanımlanmaktadır. Çok yakın bir tarihte yürürlüğe giren Yönetmeliğin bu maddesi, gerek doku ve hücrelerini bağışlayan kişinin ayırt etme gücüne sahip olması yönünde bir şart öngörmemesi; gerekse, 18 yaşından küçüklerin doku ve hücrelerini bağışlayabileceklerini ortaya koyması nedeniyle, hâlen yürürlükte olan ODNK m. 5'e açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

<sup>720</sup> MK m. 16/f. 1 ve m. 23/f. 2 hükümlerinin, kişiye kendi şahsiyetiyle yakından ilgili konular hakkında bizzat karar verme hakkı ile kendi kaderini tek başına tayin etme hakkını tanıdığı kabul edilmektedir. Bu görüşte bkz. Ergun **Özsunay**, Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, sh. 34; **Şenocak**, Küçüğün Rızası, sh. 75.

<sup>721</sup> Fransız Kamu Sağlığı Yasasında (*Code de la Santé Publique*), küçüğün vücudundan kemik iliği dokusunun alınması, sıkı şartlara bağlanmakla birlikte mümkün kılınmıştır. Buna göre, vücudundan doku alınacak olan küçüğün yasal temsilcisinin onayı mahkeme önünde alınmakta, hâkim, yasal temsilcinin rıza beyanının bilinçli ve serbest irade ile verilip verilmediğini denetlemektedir. Âciliyet gösteren durumlarda ise, yasal temsilcinin onayı cumhuriyet savcısı tarafından da alınabilmektedir. Mahkeme denetiminden başka; iki hekim, bir sosyal bilimler uzmanı, bir psikolog ve bir pediatr doktordan oluşan beş kişilik uzman heyeti, küçüğün zihinsel olgunluk bakımından müdahaleye rıza gösterip gösteremeyeceğini değerlendirmekte ve bu konuda olumlu bir sonuca varırsa, küçüğün rızasını almaktadır (L. 1241-3). Vücudundan kemik iliği alınacak olan kişinin vesayet altında bulunması hâlinde ise, vesayet makamının, vasiinin ve beş kişiden oluşan uzman heyetinin izni ile müdahale gerçekleştirilmektedir. Vücudundan doku alınacak olan kişinin ayırt etme gücüne sahip olması hâlinde, onun da rızası alınmaktadır (L. 1241-4). Ancak, vücudundan doku alınacak olan mümeyyiz kişi, ister küçük, isterse kısıtlı olsun, müdahaleye rıza göstermediği müddetçe, ondan doku alınamaz (L. 1241-3 ve L. 1241-4). Ayrıntılı bilgi için bkz. Isabelle **Demeslay**, La Santé de l'Enfant et les Dons et Prélèvements d'Organes, RGDM, no: 17, 2005, sh. 136-138.

Küçüklerden kemik iliği alınması konusunda benzer bir düzenlemeye, 11.11.1997 tarihli Federal Resmî Gazetede yayımlanmış olan Alman Organ ve Doku Bağışı, Alma ve Nakli Kanununun (*Transplantationgesetz*) 8a maddesinde de yer verilmiştir. Kanunun Türkçe metni için bkz. Alman Organ ve Doku Bağışı, Alma ve Nakli Kanunu (Transplantasyon Kanunu), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, S. 10, Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu (ed.: Yener Ünver), Ankara 2009, sh. 95-118, (çev.: Gülsün Ayhan **Aygörmez**).

Türk hukukunda ise, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun ile getirilen, 18 yaşın altındaki kişiler ile tam ehliyetsizlerden organ, doku ya da hücre alınamayacağına dair yasağın önüne, 27089 sayılı ve 23.12.2008 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik ile geçilmektedir. Zira ülkemizde, kemik



müdahalenin kontrollü bir biçimde yapılmasını sağlamak suretiyle de ulaşılabileceğini düşünüyoruz<sup>722</sup>.

Bu bakımdan, biyolojik maddeleri konu alan müdahalelere yönelik olarak verilen rızanın ehliyet bakımından geçerliliği hususunda, “ayırt etme gücü”nün yeterli bir kriter olarak kabul edilmesi gerekir<sup>723</sup>. Kendisine uygulanacak olan müdahalenin önemini kavrayabilecek ve sonuçlarını değerlendirebilecek derecede yeterli bir zekâ düzeyine sahip olan bir kimsenin, somut olayda ayırt etme gücünün var olduğu sonucuna varılmalıdır. Bilindiği gibi, ayırt etme gücü, somut olaya göre değişiklik gösteren, göreceli bir kavramdır<sup>724</sup>. Bu yüzden, bir kimsenin ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı, o kişi bakımından genel olarak değil, kişinin gerçekleştirdiği somut davranışına ilişkin olarak ve olaydaki sübjektif şartlar

---

iliği nakli, bilimsel amaçla kişilerden genetik materyal elde edilmesi, kök hücre nakli ve bazı doku ve organ nakilleri henüz “klinik araştırma” safhası içinde değerlendirilmekte ve 2238 sayılı Yasa ile yasaklanmış olmasına rağmen, bazı organ ve dokular, Yönetmelikteki hükümlerden faydalanılarak, **kanuna aykırı bir biçimde**, gerek tam ehliyetsiz gerekse 18 yaşından küçüklerden alınabilmektedir. Tam ehliyetsizlerden araştırma amacıyla biyolojik madde alımı hakkında bkz. aşağıda dn. 737 ve 738’de yaptığımız açıklamalar.

KAY m. 5/f. 1/b. (b), çocuklar, gebeler, loğusa ve emziren kadınlar ile kısıtlılar üzerinde kural olarak, klinik araştırma yapılamayacağını öngörürken, bu kişiler yönünden araştırmadan doğrudan fayda sağlanacağı umuluyor ve araştırma bu kişilerin sağlığı açısından öngörülebilir ciddi bir risk taşıyor ise, bunların rızası alınmak suretiyle araştırmaya izin verilebileceğini ortaya koymaktadır. Yönetmelik, ayırt etme gücüne sahip olmaları hâlinde, gerek çocukların gerekse kısıtlıların, araştırmaya katılmayı reddetmeye veya herhangi bir safhasında araştırmadan çekilmeye karar vermeleri durumunda; bunların, yasal temsilcinin rızasına bağlı olmadan araştırmadan çıkarılacağı belirtilmektedir (m. 7/f. 1/b. (a) ve m. 9/f. 1/b. (b)).

Kanaatimizce, vücuttan organ ve doku alınmasına ilişkin temel kanun niteliğinde bulunan 2238 sayılı yasada, ayırt etme gücüne sahip olan küçüklerden, belirli bazı organ ve dokuların, “klinik araştırma” kapsamı dışında da alınabilmesine imkân tanıyan hükümlerin yer alması gerekir. Meselâ, gerçekleştirilecek olan müdahalenin önemi ve sonuçları hakkında yeteri derecede aydınlatıldığının ve vücuttan organ alınmasına gerek ailesi, gerekse müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekim tarafından zorlanmadığının hâkim tarafından tespit edilmesi ve tıbbî operasyonun uygunluğuna, gerekliliğine ve kendi sağlığı açısından ciddi bir risk taşımadığına resmî bir sağlık kurulu tarafından karar verilmesi hâlinde, ayırt etme gücüne sahip olan 18 yaşından küçük bir kişinin de, belirli bir dereceye kadarki hısımlarına nakledilmek üzere bazı organ ve dokularını verebileceği öngörülebilir.

<sup>722</sup> Unutulmamalıdır ki, bu açıklamalarımız, 18 yaşının altında bulunan kişinin, gerçekleştirilecek müdahale esnasında mümeyyiz (ayırt etme gücüne sahip) olması hâlinde geçerlidir. Kendi vücuttan organ ya da doku alınması neticesinde, ileride ne gibi sağlık problemleriyle karşı karşıya kalabileceğinin farkında olmayan ve vereceği rıza bakımından akla uygun hareket etme yeteneğine sahip olmayan bir kişi, hiçbir kayıt ve şart altında, vücuttan organ ya da doku alınmasına rıza gösteremez.

<sup>723</sup> Bu nedenle, tıbbî müdahaleye rıza göstermek bakımından, somut bir olayda, küçüğün ayırt etme gücüne sahip olduğunun ve dolayısıyla vücut bütünlüğü değeri ile ilgili olarak onun tek başına karar verebileceğinin kabul edilmesinden sonra, küçüğün korunması bahanesiyle, müdahalenin gerçekleştirilmesini küçüğün yasal temsilcisinin rızasına bağlı tutmanın gereksiz bir tedbir olacağı görüşünü savunan **Şenocak** (Küçüğün Rızası, sh. 76) ile aynı fikri paylaşıyoruz.

<sup>724</sup> **Werro/Schmidlin**, sh. 169; **Deschenaux/Steinauer**, No: 81; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, sh. 56.

değerlendirilmek suretiyle saptanır<sup>725</sup>. Yaş küçüklüğü ve kısıtlanma sebepleri, bir kimsede ayırt etme gücünün var olup olmadığının araştırılmasında dikkate alınması gereken önemli etkenler olsa da, bunların kesin ve doğru bir sonuca varmak açısından tek başına yeterli olacağını söylemek mümkün değildir. Meselâ 16 yaşındaki bir kişinin, beyindeki tümörün alınmasına yönelik olarak gerçekleştirilecek ve kendisinin ölümüne ya da sakat kalmasına neden olabilecek, riskli bir müdahaleye rıza göstermesi bakımından ayırt etme gücüne sahip olmadığı; bununla beraber 13 yaşındaki bir çocuğun, sallanan dişinin çekilmesi konusunda diş hekimine verdiği rıza bakımından ayırt etme gücünün bulunduğu rahatlıkla söylenebilir.

Sonuç olarak biz, insan kökenli biyolojik maddeleri konu alan müdahalelerin gerçekleştirilmesi bakımından, sınırlı ehliyetsiz bir kimsenin rıza ehliyetinin bulunup bulunmadığı tartışması yapılırken, bu kişinin, kendisine uygulanacak olan müdahaleye ilişkin “ayırt etme gücü”ne sahip olup olmadığı yönündeki tespitin, sonuca ulaşmak açısından, başlı başına yeterli olacağına inanıyoruz. Bu nedenle, henüz ergin olmamış ya da kısıtlanmış olan bir kimsenin, somut olayda ayırt etme gücüne sahip olduğu yönünde bir karara varılmışsa ve bu kimse kendisine uygulanacak olan tıbbî müdahaleye tek başına rıza göstermişse, MK m. 16/f. 1 gereği, artık bu rızanın, yasal temsilcinin izninin alınmamış olması gerekçesiyle noksan (askıda hükümsüz) olduğunun iddia edilememesi gerektiğini düşünüyoruz.

#### **d) Tam ehliyetsiz kişilerin rızası**

Ayırt etme gücü bulunmayan kişiler, bilinçli bir iradeye ve bu iradeye uygun davranma yeteneğine sahip olmadıklarından, kural olarak kendi fiilleriyle hak kazanıp, borç altına giremezler<sup>726</sup>. MK m. 15’de belirtildiği gibi, bu kimselerin gerçekleştirdikleri fiiller kanundaki istisnalar<sup>727</sup> haricinde hukukî sonuç doğurmamaktadır. Bu bağlamda, tam ehliyetsiz kişi tarafından yapılan hukukî işlem de, kural olarak baştan itibaren kesin hükümsüz sayılacaktır. Ancak, sınırlı ehliyetsizler tarafından gerçekleştirilen çoğu hukukî işlemde farklı olarak, tam

<sup>725</sup> Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 52; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, sh. 226; **Werro/Schmidlin**, sh. 170, 181.

<sup>726</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 73; **Dural/Öğüz**, sh. 65; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 384; **Werro/Schmidlin**, sh. 192.

<sup>727</sup> Bu istisnalar için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 76 vd.; **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, sh. 310-315; **Dural/Öğüz**, sh. 67-73.

ehliyetsizlerin yaptığı işlemler, yasal temsilcinin onay (icazet) vermesi ile dahi geçerlilik kazanamaz<sup>728</sup>.

Tam ehliyetsiz kişiler, vücutlarından biyolojik madde alınmasına ya da vücutlarına biyolojik madde nakledilmesine de bizzat rıza gösteremezler. Nitekim bu kimseler, böyle bir müdahalenin ne gibi sonuçlar yaratabileceğini, ne tür riskler içerdiğini ya da hangi amaca hizmet ettiğini kavrayacak düzeyde bir aklî melekeye sahip değildir. Gerçekleştirilecek olan müdahale, tam ehliyetsiz kişinin sağlığına kavuşması ya da yaşamını sürdürebilmesi bakımından ne kadar gerekli olursa olsun, ayırt etme gücü bulunmayan bu kişinin müdahaleye vermiş olduğu rıza geçerli sayılmaz ve bu rızaya dayanarak müdahalede bulunan hekim, hukuka aykırı hareket etmiş olur. Örneğin, kendisine kanser teşhisi konulmuş olan tam ehliyetsiz bir kişi, tümörlü hücrelerin vücuduna hızla yayılması riski ile karşı karşıya olmasına rağmen, vücudundan kanserli parçanın alınmasına yönelik cerrahî bir müdahaleye dahi rıza gösterme ehliyetine sahip değildir. Zira bu kişinin, ne kendisine yapılacak olan ameliyatın riskleri, ne sonuçları, ne de bu ameliyat yerine kendisine uygulanabilecek olan alternatif tedavi yöntemleri hakkında fikir yürütebilme yeteneği bulunmaktadır.

Şüphesiz ki, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin müdahaleye bizzat rıza gösterememesi, onun, yaşamı ve sağlığı gibi kişilik değerlerini ilgilendiren konular bakımından, kaderine boyun eğmesi gerektiği şeklinde yorumlanamaz. Bu durumda, her insan gibi, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler hakkında da, zaman zaman, vücut bütünlüğü değerine yönelik bir takım müdahalelerde bulunulması gerektiği gerçeği göz önünde bulundurulmalı ve bu gerçek dikkate alınarak bir çözüm yolu aranmalıdır.

Acaba yasal temsilcisi, rıza ehliyetinden yoksun olan tam ehliyetsiz kişi adına, tıbbî müdahalenin yapılması konusunda rıza gösterebilmeli midir? Daha önce, gerek tedavi, gerek estetik, gerekse vücuttan alınan bir biyolojik maddenin yeniden kullanılması amacıyla, kendi vücut bütünlüğü değerine yönelik bir müdahalede bulunulmasına rıza gösteren bir kişinin, aslında, şahsa sıkı sıkıya bağlı olan bir

<sup>728</sup> **Oğuzman/Barlas**, sh. 188; **Dural/Öğüz**, sh. 65, 74; **Akıpek/Akıntürk/Ateş Karaman**, sh. 307; **Serozan**, Medenî Hukuk, sh. 335; **Werro/Schmidlin**, sh. 197.

hakkını kullanmış olduğunu açıklamıştık. Bilindiği gibi, şahsa sıkı sıkıya bağlı olan haklar, nitelikleri itibariyle bizzat hak sahibi tarafından kullanılabilen ve bu nedenle de yasal temsilci bu hakları, temsil olunan adına kullanamamaktadır<sup>729</sup>. Bununla birlikte tam ehliyetsiz bir kimsenin yasal temsilcisi vasıtasıyla da olsa, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanamayacağını ileri sürmek, çoğu zaman onun aleyhine bir durum yaratmaktadır. Yukarıdaki örnekte olduğu gibi, tam ehliyetsiz kişinin kendi sağlığına ilişkin bir konu hakkında bizzat karar alamaması, buna ilâveten, yasal temsilcinin de onun adına müdahaleye rıza gösterememesi; onun vücudunda bulunan kanserli hücrelerin diğer organlarına yayılmasına ve bu kişinin kısa bir süre içinde ölümüne seyirci kalınması ile eşdeğerde sayılacaktır. Bu ise, tam ehliyetsizin menfaatinin korunması düşüncesi ile bağdaşmaz. İşte bu nedenle, öğretilerde, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların, “mutlak” ve “nisbî” olmak üzere iki başlık altında ele alınması gerektiği ve yasal temsilin, en azından nisbî anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması bakımından mümkün olabileceği ileri sürülmektedir<sup>730</sup>.

Bu ayrımın konumuz bakımından önemi, tam ehliyetsiz kişilere, biyolojik maddeleri konu alan müdahalelerde bulunulması gerektiği durumlarda ortaya çıkar. Kişilik haklarının korunması ve özellikle tıbbî müdahalelere rıza gösterme, kişilerin nisbî anlamda (temsilin geçerli sayıldığı) şahsa sıkı sıkıya bağlı hakları kapsamında kabul edildiğinden<sup>731</sup>; yasal temsilci, gerçekleştirilecek olan müdahaleye, ayırt etme gücüne ve bunun bir sonucu olarak rıza ehliyetine sahip olmayan kişi adına rıza gösterebilecektir<sup>732</sup>.

<sup>729</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, sh. 78; Dural/Öğüz, sh. 74.

<sup>730</sup> Mutlak ve nisbî anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hak örnekleri için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, sh. 79; Dural/Öğüz, sh. 75. Ayrıca, “mutlak-nisbî” ayrımı yerine, “temsilin geçerli olmadığı” ve “temsilin geçerli olduğu” kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ifadelerini kullanan Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, sh. 317.

<sup>731</sup> Werro/Schmidlin, sh. 208; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, sh. 317; Şenocak, Küçüğün Rızası, sh. 73.

<sup>732</sup> Nitekim 9.12.2003 tarih ve 25311 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yasalaşan 1997 tarihli İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 6. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına göre, rıza ehliyeti bulunmayan bir küçüğe ya da akıl hastalığı veya benzer nedenlerden dolayı, müdahaleye rıza verme yeteneği bulunmayan bir yetişkine, sadece bunların yasal temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşların izni ile müdahalede bulunulabileceği öngörülmüştür.

Bununla beraber, yasal temsilcinin, tam ehliyetsiz kişiye uygulanacak olan müdahaleye, onun adına rıza gösterebilmesi, kural olarak, tam ehliyetsizin tedavisine yönelik müdahalelerle sınırlı olmalıdır<sup>733</sup>. Sünnet ya da kan tahlili gibi, tedavi amacı dışında kalan bazı istisnaî müdahalelerin ise, ancak tam ehliyetsiz kişinin sağlığına yönelik bir tehlike oluşturmaması ve tam ehliyetsizin doğrudan yararına olması koşuluyla yasal temsilcinin rızası ile gerçekleştirilmesi kabul edilebilir<sup>734</sup>. Yasal temsilci, tam ehliyetsiz kişinin menfaatine uygun düşmeyen ve onun fiziksel bütünlüğü ile sağlığına ciddi şekilde zarar verebilecek nitelikteki tıbbî müdahalelere rıza gösteremez<sup>735</sup>. Örnek olarak, yasal temsilcinin, ayırt etme gücüne sahip olmayan ve kendi vesayeti altında bulunan 80 yaşındaki annesinin, yalnızca daha güzel görünmesi amacıyla, gözüaltı torbalarının alınmasına verdiği rıza geçerli sayılmamalıdır<sup>736</sup>. Bundan başka, tam ehliyetsizin vücudundan, başkasının vücuduna nakledilmek<sup>737</sup> veya bilimsel bir araştırmada kullanılmak<sup>738</sup> üzere organ ve doku

<sup>733</sup> Bu konu ile ilgili bir Amerikan mahkemesi kararı için bkz. *Maxon v. Superior Court*, 185 Cal. Rptr. 516 (California 1982). Kararda, vesayet altında bulunan tam ehliyetsiz bir kişinin rahminin alınması amacıyla yapılması gereken histerektomi ameliyatına, bu kişinin yasal temsilcisinin rıza verip veremeyeceği meselesi üzerinde durulmuştur. Kaliforniya Yüksek Mahkemesi, ayırt etme gücüne sahip olmayan reşit kadının, ameliyat neticesinde çocuk doğurma yeteneğini de kaybedeceğinin altını çizmiş ve yasal temsilcinin rızasının geçerli sayılabilmesi için, müdahalenin yapılmaması hâlinde, hastanın yaşamını kaybetme riski altında olduğunun tıbben söylenebilir olması gerektiğini belirtmiştir. Somut olayda, tam ehliyetsiz kadının rahminde, diğer organlara da yayılabilir derecede kanser tespit edildiğinden, yasal temsilcinin müdahaleye verdiği rıza, mahkemece geçerli addedilmiştir (<http://www.lawlink.com/research/CaseLevel3/59052> (erişim tarihi: 16.3.2010)).

<sup>734</sup> Bkz. *Manaï*, *Biomédecine*, sh. 190.

<sup>735</sup> *Deschenaux/Steinauer*, No: 588g. Ayrıca bkz. ATF 114 Ia 350, consid. 7b bb. Karar metni için bkz. <http://www.bger.ch> (erişim tarihi: 3.7.2010).

<sup>736</sup> Fakat bazen, estetik operasyonlar, kişinin daha güzel görünmesi dışında, tıbbî bir zorunluluktan da kaynaklanabilir. Örneğin, 3 yaşında olan ve yaş küçüklüğü sebebiyle ayırt etme gücüne sahip olmayan bir çocuğun, “tavşan dudak” ya da “fil ayak” gibi kişinin dış görünüşünü önemli ölçüde farklılaştıran bir hastalığı bulunması hâlinde, bu çocuğun, yuvadaki arkadaşları tarafından alay konusu olması ve toplum içinde çocuğa, korku, tiksinti veya aşağılama ile bakılması söz konusu olabilir. Üstelik, fiziksel görünümünün normal hâle getirilebilmesi için bu çocuğun, vakit kaybetmeksizin bir estetik operasyon geçirmesi gerekebilir. Bu durumda olduğu gibi, müdahalenin yapılması, tam ehliyetsiz kişinin menfaati gereği ise, yasal temsilcinin müdahalenin gerçekleştirilmesi konusunda verdiği rızayı da geçerli saymak gerekir.

<sup>737</sup> 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun m. 5, mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınmasını kesin olarak yasaklamaktadır. Hattâ Türkiye Cumhuriyeti, sırf bu madde ile uyumlu olmadığı gerekçesiyle, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin, rıza ehliyeti bulunmayan bir kimseden rejeneratif (kendini yenileyen) dokuların alınmasını, bazı şartların varlığı hâlinde mümkün kılan 20. maddesinin ikinci fıkrasına çekince koymuştur.

Buna karşılık, halk arasında “sipariş bebek” olarak da adlandırılan ve kök hücre tedavisi görmekte olan kardeşlerinin yaşamlarını kurtarmak amacıyla anne babaları tarafından dünyaya getirilen bebekler bakımından dikkat çekici bir durum söz konusu olmaktadır. Zira, hasta kardeşleri ile tam bir doku uyumuna sahip olan ve doğal olarak ayırt etme gücüne sahip olmayan bu bebeklerden, velîlerinin rızası ile kemik iliği alınmakta ve alınan bu biyolojik madde, hasta

olan kardeşin vücuduna nakledilmektedir. Ülkemizdeki yasal mevzuat uyarınca, tam ehliyetsiz bir kişiden organ ve doku alınması yasak iken, nasıl olmaktadır da, kemik iliği gibi bir doku, yasal temsilcinin rızası ile bir bebeğin vücudundan alınabilmektedir?

Bu sorunun cevabı, bir başka yasal düzenleme içine gizlenmiştir: Kemik iliği nakli, kişilerden bilimsel amaçla genetik materyal elde edilmesi, kök hücre nakli ve bazı doku ve organ nakilleri henüz “araştırma” kapsamı içinde değerlendirildiğinden, bu uygulamalar hâlen 27089 sayılı ve 23.12.2008 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelikçe düzenlenmektedir. Yönetmelik ise, Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun’a açıkça aykırı olarak, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerden dahi araştırma amacıyla doku alınmasına cevaz vermektedir. Bu konuda ayrıca bkz. yukarıda dn. 721.

<sup>738</sup> Bkz. Dominique **Sprumont**, La Protection des Sujets de Recherche: Notamment dans le Domaine Biomédical, Berne 1993, sh. 213.

27089 sayılı ve 23.12.2008 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik, insanlar üzerinde gerçekleştirilen bilimsel araştırmalar ile tedavi amaçlı denemeler kapsamında, kişilerin haklarının korunmasına dair usûl ve esasları düzenleyen özel bir hüküm niteliğindedir. Yönetmelik, tam ehliyetsiz kimselerden, araştırma amacıyla biyolojik madde alınması konusunda da bir takım hükümler içermektedir.

KAY m. 7, çocuklar üzerinde gerçekleştirilen araştırmalar bakımından genel prensipleri ortaya koymaktadır. Buna göre, çocuklar üzerinde kural olarak araştırma yapılamaz. Bununla birlikte, sadece çocuklar üzerinde incelenebilen bir durum olması hâlinde, çocuğun sağlığı açısından ciddi bir risk bulunmuyor ve araştırmanın, çocuklara doğrudan bir fayda sağlayacağı umuluyor ise, istisnaen de olsa, çocuklar üzerinde araştırma yapılmasına cevaz verilmektedir. Yönetmelik, üzerinde araştırma yapılacak olan çocuk açısından herhangi bir yaş sınırı koymadığı için, örneğin 2 yaşında olan bir çocuk üzerinde dahi araştırma yapılabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Zaten, araştırma yapılacak olan kişinin ayırt etme gücünün bulunmasının da zorunlu olmadığı, m. 6/f. 1/b. (c)’deki “Gönüllünün olur verememesi durumunda, yasal temsilcisi yetkilidir” hükmünden anlaşılmaktadır. Çocukların araştırmaya katılımının düzenlendiği 7. maddede olduğu gibi, Yönetmelik m. 9/f. 1’de de, yoğun bakımdaki hastalar, askerî görevini yapan er ve erbaşlar ile kısıtlılar üzerinde kural olarak araştırma yapılamayacağına dair genel bir ilke ortaya konulmakta, fakat sadece kısıtlılar üzerinde incelenebilen bir durum olması hâlinde veya kısıtlının hastalığıyla ilgili mevcut tedavi seçeneklerinin tamamen tükendiği durumlarda, kısıtlının sağlığı açısından ciddi bir risk bulunmuyor ve araştırmanın, kısıtlılara doğrudan bir fayda sağlayacağı umuluyor ise, kısıtlılar üzerinde araştırma yapılmasına istisnaî olarak cevaz verilmektedir. Hâttâ, Yönetmelik m. 9/f. 1/b. (b)’de yer alan “Kısıtlı, kendisine verilen bilgi hakkında değerlendirme yaparak bu konuda kanaate varabilme kapasitesine sahip ise...” ifadesinden, bu kapasiteye sahip olmayan kısıtlı bir kimse üzerinde dahi klinik araştırmalarda bulunulabileceği anlaşılmaktadır.

Görüldüğü gibi, Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliğin yukarıda zikretmiş olduğumuz maddeleri, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerden bilimsel araştırma amacıyla organ ya da doku alınmasına izin vermesi nedeniyle, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanununun 5. maddesine **açıkça aykırılık teşkil etmektedir**. Oysa, Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunun ilk maddesine göre, “*Tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli bu kanun hükümlerine tâbidir*”. O hâlde, Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik ile düzenlenen klinik araştırma uygulamalarının da 2238 sayılı Kanundaki “bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması” kapsamında ele alınması ve Yönetmelik hükümlerinin, adı geçen Kanunla paralellik taşıması gerekir. Şayet, Yönetmelikteki düzenleme ile güdülen hedef, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin de cevaz verdiği gibi, bilimsel araştırma amacıyla, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilerden organ ve doku alınmasına müsaade edilmesini sağlamak ise, -ki, 1997 tarihli İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin, tam ehliyetsizlerden, başkasına nakil amacıyla organ ve doku alınmasına imkân veren hükmüne (m. 20/f. 2) Türkiye tarafından çekince konulmasına karşın; araştırma amaçlı alımlar bakımından (m. 17) bu çekincenin konulmamış olması ve Biyotıp Sözleşmesinin onaylanarak, yasallaşmasından 5 yıl sonra yürürlüğe giren Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmeliğin, Sözleşme ile paralel olarak, tam ehliyetsiz kişilerden bilimsel araştırma amacıyla organ ve doku alınmasına cevaz vermesi, bizde, hedefin bu olduğu yönünde ciddi bir kanaat uyandırmaktadır- o takdirde, 2238 sayılı Kanunda âcilen bir değişiklik yapılarak ya araştırma amaçlı organ alım ve nakillerinin, yasanın kapsamı dışında tutulduğunun açık bir ifadeyle ortaya konulması ya da, gerek Sözleşmede gerekse Yönetmelikteki tam

alınmasına, yasal temsilcinin rıza gösterememesi gerekir. Hâttâ, kocasının hastalığı nedeniyle ona vasî olarak atanan ve çocuk sahibi olmak isteyen bir kadın, kendi rahmine aşlatılmak üzere, bitkisel hayatta olan kocasından sperm alınmasına da rıza gösterememelidir<sup>739</sup>. Zira tüm bu hâllerde tam ehliyetsiz kişi, kendi üzerinde gerçekleştirilen müdahaleden doğrudan herhangi bir yarar<sup>740</sup> sağlamamakta, aksine, üçüncü kişilerin menfaati, tam ehliyetsizin menfaatinin önüne geçmektedir. Bu bakımdan biz, suistimâllere çok açık olması ve her tıbbî müdahalenin kendi içinde belli oranda risk taşınması nedeniyle, yasal temsilcisinin rızası ile dahi olsa, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin vücudundan, tedavi dışındaki amaçlarla veya onun doğrudan yararına aykırı olarak biyolojik madde alınmasına, hukuken izin verilmemesi gerektiğini düşünüyoruz.

Buna karşılık, tam ehliyetsizlere yönelik müdahalelerin, yasal temsilcilerin onayına dahi gereksinim duyulmadan gerçekleştirilebildiği bazı durumlar da mevcuttur. Tam ehliyetsiz kimsenin, müdahalenin derhâl gerçekleştirilmesinde üstün

---

ehliyetsizlerden araştırma amaçlı organ ve doku alınmasına imkân veren istisnâ hâllerde, 2238 sayılı yasada da yer verilmesi gerekir.

<sup>739</sup> 6.3.2010 tarih ve 27513 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliğin, “Çiftlere Ait Bilgilendirilmiş Muvafakat Formu” hakkındaki düzenlemelere yer verildiği Ek 2’de, üremeye yardımcı tedavi metotları vasıtasıyla çocuk sahibi olmak isteyen evli çiftlerin, onay formunun kendilerine, merkez görevlisi tarafından okunmasından sonra, el yazıları ile “*sözlü ve yazılı olarak çoğul gebelik ve başarısızlık durumu da dâhil her konuda uygulama ile ilgili yeterli bilgilendirildim*” ifadesini yazmaları ve onay formunu imzalamaları gerektiği belirtilmektedir (m. 5-6). Yönetmeliğin bu maddesi dikkate alındığında, ayırt etme gücüne sahip olmayan, örneğin bitkisel hayattaki evli bir kişiden, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinde kullanılmak üzere üreme hücresi alınmasına cevaz verilmediği anlaşılabilir.

<sup>740</sup> İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m. 6/f. 1’e göre, rıza ehliyetine sahip olmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, sadece bu kimsenin doğrudan yararı için yapılabilir. Ancak Sözleşme, tam ehliyetsizlere yönelik müdahaleler için, bunların “doğrudan yararı”nın bulunmasının gerektiğine dair kurala, bilimsel araştırmalar bakımından bir istisna getirmiştir. Buna göre, araştırmanın, rıza ehliyetine sahip olmayan kişinin sağlığına doğrudan yarar sağlayacağı beklentisinin bulunmadığı hâllerde dahi, bu kişiler hakkında müdahalede bulunulabilecektir. Yalnız, bunun için, karşılaştırılabilir etkinliğe sahip bir araştırmanın rıza ehliyeti bulunan kişiler üzerinde yapılamaması; araştırmadan önce, rıza ehliyeti bulunmayan kişilerin yasal temsilcisinden veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşlardan gerekli izin özel ve yazılı olarak alınmış olması; araştırmanın, kişinin durumu, hastalığı ve rahatsızlığı hakkında kayda değer bilimsel bilgi elde ederek, ilgili kişiye veya aynı yaş grubunda olan veya aynı hastalığa yakalanmış bulunan diğer kişilere fayda sağlama amacını taşıması ve araştırmanın, rıza verme ehliyetine sahip olmayan kişi için sadece asgarî düzeyde tehlike ve asgarî bir külfet getirmesi gerekmektedir (m. 17/f. 2).

Bu konuda dikkat çekici olan husus ise, Türkiye’nin, bu madde ile ilgili olarak herhangi bir çekince koymamış olmasıdır. Hâlbuki Sözleşmenin, tam ehliyetsiz kimselerden, başka kişilere nakledilmek üzere, organ ve doku alınmasını belli şartlar dâhilinde mümkün kılan 20’nci maddesinin ikinci fıkrası, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunun 5’inci maddesiyle uyumlu olmadığı gerekçesiyle, iç hukuk kurallarına dâhil edilmemiştir.

nitelikte bir özel yararının bulunması durumunda, yasal temsilcinin rızası aranmaz<sup>741</sup>. Meselâ, almış olduğu yüksek dozdaki ilâçların etkisiyle, acı hissini tamamen kaybetmiş olan akıl hastası bir kişinin, bulduğu testereyle parmaklarını kestiğini düşünelim. Kopan parmakların başarıyla tekrar kişinin eline dikilebilmesi, zaman kaybedilmeksizin bir müdahaleyi gerektirdiğinden, müdahale, yasal temsilcinin onayı beklenilmeden gerçekleştirilse bile hukuka uygun sayılmalıdır<sup>742</sup>.

Ancak, âciliyet gerektiren hâller gibi olağanüstü durumlar dışında, tam ehliyetsiz kişinin müdahalenin gerçekleştirilmesinde yüksek menfaatinin ya da doğrudan yararının bulunması da, müdahaleyi tek başına hukuka uygun hâle getirmeye yetmez. Diğer bir deyişle, tam ehliyetsiz hastanın doğrudan yararının, onun yasal temsilcisinin rızasıyla da desteklenmesi gerektir. Meselâ bir hekim, ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun bir kişinin, tedaviden önemli bir menfaat elde edeceğine kanaat getirerek, onun yasal temsilcisinin onayını almaya ihtiyaç duymaksızın, ona yönelik tıbbî bir müdahalede bulunursa, bu müdahalenin hukuka uygunluğu tartışmalı hâle girer. Nitekim kanun<sup>743</sup>, ehliyet bakımından

<sup>741</sup> Bkz. **Hubaux**, sh. 107-108. Hattâ yasal temsilcinin, tam ehliyetsiz kişi üzerinde âcilen uygulanması gereken tıbbî müdahaleye karşı çıkması hâlinde dahi, tam ehliyetsiz kişinin üstün nitelikteki menfaati devreye girer ve müdahale yasal temsilcinin muhalefetine rağmen, hukuka uygun bir biçimde gerçekleştirilebilir. Bu konu özellikle “Yehova şahitleri” olarak bilinen ve başkasından alınmış olan kanın, kendi vücutlarına nakledilmesini günah olarak kabul ettikleri için, kan naklini, yaşamlarını kaybetmek pahasına reddeden kişiler açısından büyük önem taşımaktadır. Üstelik bu kişiler, bir İngiliz mahkemesi kararına konu olduğu gibi, kendi çocuklarının tedavisi için kaçınılmaz olan kan nakline dahi karşı çıkmaktadır. Sözünü ettiğimiz davaya konu olan olayda, yaşaması için vücuduna âcilen kan nakledilmesi gereken 15 yaşındaki lösemi hastası çocuk ile çocuğun Yehova şahidi olan anne ve babası, naklin gerçekleştirilmesine, dinî inançlarını gerekçe göstererek karşı çıkmışlardır. Çocuğun tedavisini üstlenen hastane işletmesi ise, müdahaleyi gerçekleştirebilmek için gereken izni alabilmek üzere mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme, ailesi gibi kendisinin de Yehova şahidi olduğunu söyleyen çocuğun, tıbbî bir müdahaleye rıza gösterebilmek veya müdahaleyi reddedebilmek için yeterli ayırt etme gücüne sahip olmadığına kanaat getirmiş, bunun yanında, çocuğun üstün yararı ile ailenin dinî inançları arasındaki dengede, ilkinin ağır basması gerektiğine hükmetmiştir. Karar için bkz. **Re E (a minor) (wardship: medical treatment) [1993]**, Family Law Reports, vol. 1, sh. 386 (Fransızca metin için bkz. Conseil de l’Europe, Recueil Sélectif de Jurisprudence en matière de Bioéthique et de Droit Médical concernant 5 pays (Espagne, France, Italie, Pays-Bas, Royaume-Uni), Strasbourg, 11 mai 1998, sh. 203).

<sup>742</sup> Zaten, bayılma, şoka girme ya da geçici şuur kaybı gibi nedenlerle, yalnızca müdahalenin gerçekleştirilmesi esnasında ayırt etme gücünü kaybeden kişiler bakımından da, üstün nitelikte özel yarar kavramından istifade edilmekte ve müdahalenin, rıza olmadan dahi hukuka uygun sayılması söz konusu olmaktadır. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. aşağıda Böl. 3, §3, IV, 2.

<sup>743</sup> Velâyet hakkının kapsamını belirleyen MK m. 339/f. 1 hükmü, çocuğun bakımı ve eğitimine yönelik tüm kararları, onun menfaati doğrultusunda almak ve uygulamak konusunda ana ve babayı yetkili kılmaktadır. Keza, MK m. 403/f. 1’e göre, vasî de, vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukukî işlemlerde onu temsil etmekle yükümlü kılınmıştır.

Ancak bu açıklamalarımızın, yalnızca, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük ve kısıtlılara yönelik olduğunun altını çizmek istiyoruz. Zira, yukarıda da bahsetmiş olduğumuz gibi, MK m.



sınırlandırılmış olan kişilerin korunmasının, esas olarak, velî ya da vasî olarak nitelenen “yasal temsilci”ler vasıtasıyla sağlanacağı hususunu ortaya koymaktadır<sup>744</sup>. Dolayısıyla durum, âcilen harekete geçilmesini gerektirmedikçe, müdahalenin gerçekleştirilmesinde doğrudan bir yararı bulunduğundan bahisle, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişinin vücudundan, onun yasal temsilcisinin onayı olmadan biyolojik madde alınmamalı veya böyle bir madde vücuduna nakledilememelidir.

## 2- Rızanın Hukuk ve Ahlâk Kurallarına Uygun Olması

İnsan vücudundan biyolojik madde alınmasına ya da biyolojik maddenin vücuda nakledilmesine yönelik olarak gerçekleştirilen müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için, verilen rızanın hukuk ve ahlâk kurallarına uygun olması gerekir<sup>745</sup>. Dolayısıyla, bir kimse, kendi vücudu üzerinde gerçekleştirilecek olan bir müdahaleye rıza göstermiş olsa dahi, bu rıza, hukuka ve ahlâka aykırılık taşıdığı müddetçe, gerçekleştirilen müdahale de hukuka aykırı olacaktır.

Biz, insan kökenli biyolojik maddeleri konu alan hukukî işlemlerin geçerliliği konusunu incelerken, işlemin konusunun, BK m. 19 ve 20 hükümleri uyarınca, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, genel ahlâka ve kişilik haklarına uygun olması gereğinden de bahsetmiştik. Gereksiz tekrarlarından kaçınmak amacıyla, müdahaleye verilen rızanın hukuka ve ahlâka uygunluğu konusuyla ilgili olarak, yukarıda<sup>746</sup> yapmış olduğumuz açıklamalara yollama yapmakla yetiniyoruz.

## 3- Rıza Veren İrade Sakatlığının Bulunmaması (Rızanın Sağlıklı İrade ile ve Aydınlatma Sonucunda Verilmesi)

İnsan kökenli biyolojik maddeleri konu alan tıbbî müdahalelerin hukuka uygun sayılabilmesi için gerçekleşmesi gereken şartlardan biri de, müdahaleye rıza

---

16/f. 1 hükmü uyarınca, sınırlı ehliyetsizler, şahsa sıkı sıkıya bağlı haklarını zaten bizzat (yasal temsilcilerinin onayına gereksinim duymadan) kullanabilmektedirler.

<sup>744</sup> Tam ehliyetsiz kişinin yasal temsilcisinin bulunmadığı hâllerde ise, hekimin vekâletsiz iş görme hükümlerine göre hastaya müdahale etmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. **Sprumont**, La protection, sh. 214.

<sup>745</sup> Bkz. **Dural/Öğüz**, sh. 141; **Bucher**, No: 525; **Helvacı**, Kişilik Hakkı, sh. 108; **Eren**, sh. 151; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 490; **Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman**, sh. 401; **Ayan**, sh. 12; **Oğuzman/Öz**, sh. 500. Bu kurala, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 28/f. 2’de de yer verilmektedir. Buna göre, “*Hukuka ve ahlâka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz*”.

<sup>746</sup> Bkz. Böl. 3, §2.

gösteren kişinin, bu rızayı sağlıklı ve özgür bir irade beyanı ile vermiş olmasıdır. Bu bakımdan, vücudundan organ ya da doku alınacak veya vücuduna organ ya da doku nakledilecek olan kimsenin, müdahalenin gerçekleştirilmesi için açıkladığı rızanın, müdahaleyi gerçekleştirecek kişi tarafından yeterince aydınlatılmış olarak verilmesi gerektiği gibi; bu rızanın, hata, hile ya da korkutma gibi herhangi bir irade sakatlığı ile sakatlanmamış olması da gerekmektedir<sup>747</sup>.

### a) Aydınlatma Sonucu Verilen Rıza

Kendisine, tıbbî bir amaç doğrultusunda müdahalede bulunulacak olan kişinin, rızasını sağlıklı bir irade ile vermiş olması, büyük ölçüde, hekimin ona karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu aydınlatma borcu<sup>748</sup> ile ilişkilendirilmektedir<sup>749</sup>. Çoğu kez, vücut bütünlüğü değerine yönelik olarak tıbbî nitelikte bir müdahalede bulunulacak olan kişi ile, bu müdahaleyi gerçekleştiren kişinin, müdahale

<sup>747</sup> Bkz. **Guillod**, Le consentement, sh. 105; **Ney**, sh. 87; **Dural/Öğüz**, sh. 102; **Bayraktar**, Hekimin Sorumluluğu, sh. 138; B. **Erman**, sh. 97.

<sup>748</sup> Öğretide, aydınlatma yükümlülüğünün hukukî dayanağı ile ilgili olarak farklı fikirlerin ortaya atıldığı görülmektedir. Bu yükümlülüğün, vekâlet sözleşmesinde, vekilin özen gösterme (BK m. 390/f. 2) ve hesap verme (BK m. 392/f. 1) borçlarından kaynaklandığı yönünde bkz. **Thévenaz**, No: 253. Bununla beraber, hekim ile hasta arasındaki sözleşmesel ilişkinin hukukî niteliği ne olursa olsun, hastanın vücut bütünlüğü değerine müdahalede bulunan hekimin, ona karşı genel bir aydınlatma yükümlülüğü altında olduğu da ileri sürülmektedir. Bu bakımdan, hekim, ister estetik amaçlı, ister tedavi amaçlı, isterse yeniden kullanım amaçlı olarak, kişinin vücudundan biyolojik madde almayı taahhüt etsin, sözleşmenin karşı tarafını, gerçekleştireceği müdahale hakkında bilgilendirmelidir. Bkz. bu yönde **Crettaz**, sh. 186; **Ney**, sh. 357; **Bucher**, No: 520; Gilles **Petitpierre**, La Responsabilité de Droit Privé du Médecin: Aperçu de Droit Suisse, RIDC, no: 28, 1976, sh. 576; **Leleu/Genicot**, sh. 54; **Bayraktar**, Hekimin Sorumluluğu, sh. 123-124. Aydınlatma konusundaki bu genel ödevin, hem hastanın vücut bütünlüğü değeri ile ilgili olarak ileri sürebileceği kişilik hakkından, hem kişinin kendisi ve kendi kaderi hakkında bizzat karar verme (“*Autodétermination*”, „*Selbstbestimmung*“) konusundaki insan hakkından, hem de hekimin hastasına karşı sahip olduğu sözleşmesel yükümlülüğünden kaynaklandığı yönünde bkz. Dominique **Manai**, Le devoir d’information du médecin, Médecin et Droit Médical, Présentation et Résolution de Situations Médico-légales (éd: D. Bertrand, T.-W. Harding, R. La Harpe, M. Ummel), Chêne-Bourg 2003, sh. 64; **Marchand**, sh. 237-238; **Jeandin**, sh. 260. Türk hukukuna bu yönde **Başpınar**, Aydınlatma, sh. 195 ve H. **Erman**, sh. 147; **Ünver**, Deney, sh. 163; Köksal **Bayraktar**, Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı: 1, 17 Kasım 2006, İstanbul 2007, sh. 97.

<sup>749</sup> Bu konuda bkz. **Özsunay**, Aydınlatma Ödevi, sh. 32-33; **Dural/Öğüz**, sh. 102; **Arpacı**, Rıza Beyanı, sh. 12; **Şenocak**, Hekimin Sorumluluğu, sh. 37-38; **Yenerer Çakmut**, Tıbbî Müdahale, sh. 223; **Ayan**, sh. 71-72, **Akıncı**, sh. 217; **Bayraktar**, Hekimin Sorumluluğu, sh. 125; **Hakeri**, Tıp Hukuku, Ankara 2007, sh. 103; B. **Erman**, sh. 103; **Gürzumar**, sh. 386; Hakan **Hakeri**, Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hekimin Yükümlülükleri, Tıbbî Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 16, İstanbul 2008, sh. 23; **İpekyüz**, sh. 76; **Bayraktar**, Geleceği Bilme Hakkı, sh. 97. Ayrıca İsviçre hukukunda, bkz. **Marchand**, sh. 237; Dominique **Sprumont**, Le consentement dans le cadre d’essais cliniques, Colloque: Le Consentement Éclairé du Patient: Comment Briser le Mur du Silence (éd.: Dominique Sprumont), 6 septembre 1993, Valais 1993, sh. 52; **Jeandin**, sh. 260; **Thévenaz**, No: 253. Fransız hukukunda bkz. **Cornu**, Les Personnes, sh. 221.

konusundaki bilgi ve birikim düzeyleri eşit olmamaktadır. Bu bakımdan, çoğunlukla bir hastalığın tedavisi amacıyla bıçak altına yatan kişinin, tıbbî müdahaleye geçerli bir biçimde rıza gösterebilmesi için, müdahale konusunda uzman olan kişi ya da kişiler tarafından yeterince bilgilendirilip, aydınlatılması gerekmektedir<sup>750</sup>. Diğer bir ifadeyle, hekim aydınlatma yükümlülüğünü<sup>751</sup> hastasına karşı ne kadar iyi bir şekilde yerine getirirse; hastanın, müdahalenin gerçekleştirilmesi konusunda verdiği rıza da o derecede sağlıklı olacaktır<sup>752</sup>.

Hastasının rızasını almadan evvel, hekimin, önerdiği tıbbî müdahaleyi neden gerçekleştirmek istediği, müdahalenin biçimi ve süresi, müdahalenin gerçekleştirilmemesi hâlinde hastanın ileride ne tür tıbbî sorunlarla karşı karşıya kalabileceği, müdahalenin yapıldığı sırada ve müdahaleden sonra hastanın karşılaşılabileceği tehlikelerin neler olduğu, müdahalenin başarılı olarak neticelenme

<sup>750</sup> **Deschenaux/Steinauer**, No: 588c; **Tercier**, Personnalité, No: 631; **Manai**, Biomédecine, sh. 75; **Crettaz**, sh. 75-76; **Hubaux**, sh. 111-112; **Arnoux**, sh. 198; **Grossen**, Personnes physiques, sh. 84; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 173; **Helvacı**, Kişilik Hakkı, sh. 107; **Dural/Öğüz**, sh. 102.

<sup>751</sup> Hekimin hastayı aydınlatma ödevinin, “yükümlülük” değil, “kulfet” niteliğinde olduğu yönünde bkz. **Şahiniz**, sh. 736 ve **Çilingiroğlu**, sh. 58. Yazarlar, aydınlatma külfetini yerine getirmeyen hekimin; hastanın geçerli rızasına dayanarak müdahalede bulunmuş olma avantajından yoksun kalacağını, dolayısıyla hukuka aykırı bir müdahalede bulunmanın neden olacağı tüm hukukî sonuçlardan sorumlu tutulabileceğini savunmaktadır. Oysa kanımızca, hekimin sorumluluğunun kaynağı, bir külfeti yerine getirmemiş olmak olamaz. Hukukî sorumluluk, külfetin yerine getirilmemesinden değil, olsa olsa bir yükümlülüğe aykırı hareket edilmesinden kaynaklanır. Diğer bir ifadeyle, şayet aydınlatma ödevi, bir külfet olarak nitelendirilirse, bunu yerine getirmeyen hekimin, yalnızca belirli haklardan yararlanma imkânını kaybettiğinin kabul edilmesi gerekir. Kanaatimizce, aydınlatma ödevini yerine getirmeyen hekim, borca aykırı davranmış sayılmalı ve tazminat yaptırımı ile karşı karşıya kalmalıdır. Nitekim bkz. bu görüşte **Başpınar**, Aydınlatma, sh. 194; **Hakeri**, Tıp Hukuku, sh. 129; **Aydın**, Organ ve Doku Nakli, sh. 65; Özlem **Yenerer Çakmut**, Tıpta Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri 1, Tebliğler, İstanbul 2007, sh. 11; **Gümüş**, Özen Borcu, sh. 163; H. **Özdemir**, sh. 96; **Özgül**, sh. 179, dn. 56; **Gümüş**, C. 2, sh. 295. Ayrıca, hekimin hastadan “...aydınlatılmış onam alma ‘yükümlülüğü’” bulunduğuna işaret eden Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 13. HD, 18.9.2008, 4519/10750, YKD, C. 35, S. 1, Ocak 2009, sh. 78-81. Yükümlülük ve külfet kavramları hakkında bkz. **Oğuzman/Öz**, sh. 15; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 32; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 32-33; **Serozan**, Borçlar Hukuku, sh. 6.

<sup>752</sup> Bu konu ile ilgili bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 4. HD, 7.3.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541: “Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için, kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlatılması gerekir. Bu itibarla ki, ancak aydınlanmış rıza hukuken değerli olan bir rızadır”. Mahkeme, jinekolojik muayene öncesinde, hastasına, kızlık zarının yırtılabileceği bilgisini vermeden rektal tuşe yapan ve bunun sonucunda hastanın kızlık zarının bozulmasına neden olan davalı hekimin, tazminatla sorumlu olması gerektiğine hükmetmiştir. Karar metni için bkz. <http://www.kazanci.com> (erişim tarihi: 14.6.2010).

Rızanın geçerlilik şartlarından birinin de, aydınlatılmış olarak ortaya çıkma olduğu yönündeki İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. ATF 134 II 235; ATF 133 III 121; ATF 114 Ia 350; ATF 119 II 456; ATF 117 Ib 197; ATF 4P.265/2002; ATF 108 II 59; ATF 105 II 284. Kararlar için bkz. <http://www.bger.ch>.

orani<sup>753</sup> ve önerilen müdahale yerine uygulanabilecek alternatif tedavi yöntemleri gibi, müdahale ile doğrudan ve dolaylı<sup>754</sup> olarak bağlantısı bulunan konular hakkında hastasına bilgi vermesi gerekmektedir<sup>755</sup>. Hekim, hasta açısından yeterli ve aydınlatıcı bilgiyi verdiği takdirde, hastanın müdahalenin gerçekleştirilmesi konusunda verdiği rıza da geçerli sayılacaktır.

Hekim, hasta üzerinde gerçekleştirilecek olan müdahale ile ilişkili tıbbî terimler<sup>756</sup> hakkında da gerekli açıklamaları yapmakla yükümlüdür. Örneğin,

<sup>753</sup> Hekimin, gerçekleştirmeyi üstlendiği müdahalenin başarılı olma yüzdesini de yaklaşık olarak, hastasına bildirmesi gerektiğini ortaya koyan İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. ATF 117 Ib 197. Kararda, *laminektomi* (omuriliğin üzerini örten omur kavislerinin bazı bölümlerinin cerrahî müdahale ile çıkarılması) ameliyatı olan hastalardan yaklaşık yüzde yetmişinde hiçbir iyileşme kaydedilmediği ve yüz vakadan yaklaşık otuzbeşinde felç olma riski bulunduğu bilgisinin, bu ameliyatı olacak olan hastaya verilmediği göz önünde bulundurularak, hastanın yeterince aydınlatılmadığına hükmedilmiştir. Aynı yönde bkz. ATF 4P.265/2002. Karar metni için bkz. [http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr\\_2002/Entscheide\\_4P\\_2002/4P.265\\_\\_2002.html](http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr_2002/Entscheide_4P_2002/4P.265__2002.html) (erişim tarihi: 8.6.2010).

<sup>754</sup> Gerçekleştirilecek olan müdahale hakkında, hastaya bilgi verme zorunluluğunun yanısıra, müdahale neticesinde vücuttan alınan biyolojik maddeden, tıbbî ya da bilimsel amaçlarla yararlanılabilmesi için de, hastanın bilgilendirilmesi ve ondan rıza alınması gerekir. Bkz. bu yönde **Memiş**, sh. 1960. Dolayısıyla, tıbbî müdahaleyi gerçekleştiren hekim, imhâ edilmek üzere elde ettiği vücut atıklarını dahi, hastanın rızası olmadan, başka bir amaçla kullanamaz. Bu doğrultudaki Biyotıp Sözleşmesi m. 22 hükmüne göre, “*Bir müdahale sırasında insan vücudunun herhangi bir parçası alındığında, çıkarılan parça, yalnızca uygun bilgi verme ve muvafakat alma usûllerine uyulduğu takdirde, çıkarılma amacından başka bir amaç için saklanabilir ve kullanılabilir*”.

<sup>755</sup> **Özsunay**, Aydınlatma, sh. 41-42; **Yenerer Çakmut**, Tıbbî Müdahale, sh. 230; **Bayraktar**, Geleceği Bilme Hakkı, sh. 98-99; **B. Erman**, sh. 110; **Jeandin**, sh. 260. Hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğü kapsamında ele aldığımız bu unsurlara, birçok yasal düzenleme içerisinde de rastlanmaktadır. 1997 tarihli İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m. 5/f. 1 ve f. 2 ile Hasta Hakları Yönetmeliği m. 15/f. 1 ve m. 31/f. 1 hükümleri, uygulanan tıbbî müdahale konusunda hastanın, hekim tarafından bilgilendirilme ve aydınlatılma zorunluluğunu düzenlemektedir. Bu hükümlerin dışında 2238 sayılı ODNK m. 7/f. 1/b. a ile b. b hükümleri, vericinin vücudundan organ ve doku almak üzere müdahalede bulunacak olan hekimlerin, organ ve doku alınmasının tıbbî, psikolojik, ailevî ve sosyal sonuçları, doğuracağı tehlikeler ve organ naklinin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında, vericiye, uygun biçimde ve ayrıntılı olarak bilgi vermekle yükümlü olduklarını öngörmektedir. Bu konu hakkında ayrıca bkz. Doğan **Soyaslan**, Organ Nakilleri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı: 1, 17 Kasım 2006, İstanbul 2007, sh. 127.

<sup>756</sup> Konu ile ilgili bir Amerikan mahkemesi kararı için bkz. **Corn v. French**, 289 P.2d 173 (Nevada 1955). Kararda, sağ göğsünün hukuka aykırı olarak alındığını iddia eden kadın hastanın, “*mastektomi*” (göğsün alınması) ameliyatı da dâhil olmak üzere, kendisi üzerinde gerçekleştirilecek olan bir takım tıbbî müdahalelerin yer aldığı genel rıza formunu, baştan imzalamış olmasının, hekimin bu operasyonların amacı ve sonuçları hakkında hastaya karşı yerine getirmesi gereken aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağını altı çizilmiştir. Nevada Yüksek Mahkemesi, göğsünün alınması yönündeki müdahaleye karşı olduğunu her fırsatta hekime karşı dile getirmiş olan ve tıbbî müdahaleye, sırf göğsünden biyopsi (tetkik) amacıyla parça alınması için rıza gösterdiği anlaşılan kadın hastanın, anlamı ve sonuçları hakkında yeteri derecede bilgilendirilmediği bir müdahaleye rıza göstermiş olsa dahi, bu rızanın geçerli sayılmayacağına hükmetmiştir. Karar için bkz. [http://nv.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.%5CNV%5C1955%5C1955\\_40040.NV.htm/qx](http://nv.findacase.com/research/wfrmDocViewer.aspx/xq/fac.%5CNV%5C1955%5C1955_40040.NV.htm/qx) (erişim tarihi: 27.3.2010)

“*histerektomi*” operasyonu geçirmeye rıza gösteren bir hasta, bunun sonucunda, rahminin alınacağı yanı sıra, bir daha çocuk doğuramayacağı konusunda da hekim tarafından bilgilendirilmiş olmalıdır.

Bununla birlikte, hastanın müdahaleye rıza gösterip göstermemesinde herhangi bir rol oynamayacak nitelikteki teknik ayrıntıların hastaya aktarılmaması, hastanın, rızasını, yeterince aydınlatılmadan vermiş olduğu anlamına gelmez.

Hekimin, aydınlatma borcunu, müdahalede bulunacağı kişinin içinde bulunduğu psikolojik durumu dikkate alarak yerine getirmesi gerekir<sup>757</sup>. Bu esas, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 18. ve 19. maddelerinde yer almaktadır. Söz konusu hükümler, hastanın sağlık durumu hakkındaki bilgilerin, onun ruhî durumuna uygun olarak ve nazik bir ifade ile verilmesi gereğinin altını çizerken; hastanın psikolojik yapısını olumsuz yönde etkileyerek, hastalığının artmasına neden olabilecek hâllerde, teşhise dair bilgilerin, hekim tarafından hastadan saklanmasına cevaz vermektedir<sup>758</sup>.

Hastanın psikolojik durumu göz önünde bulundurularak, kendi sağlığı hakkındaki gerçeklerin ve tedavisine yönelik bilgilerin hastadan saklanabilmesi ve hekimin, hastadan bu bilgileri gizleyerek aldığı rıza ile onun hakkında tıbbî müdahalede bulunabilmesi şüphesiz ki tartışma yaratan bir durumdur. Nitekim hastanın kendi kaderini yalnızca kendisinin belirleyebileceği yönündeki ilke, bu şekilde ihlâl edilmiş olmaktadır. Bir yandan, kişinin kendi şahsiyet değerlerini ilgilendiren konular hakkında bizzat karar verme yetkisine sahip olduğunu ifade edip, diğer yandan, kişinin “yüksek menfaati” gerekçesiyle, onun yaşamı, sağlığı ve vücut bütünlüğü değerlerine ilişkin konular hakkında karar verme imkânını elinden alacak bir biçimde, ona ait gerçeklerin ondan gizlenmesinin<sup>759</sup> hukuka aykırılık

---

Hasta Hakları Yönetmeliği m. 18 de, hekim tarafından hastaya verilmesi gereken bilginin, gerektiğinde tercüman kullanılarak, hastanın anlayabileceği şekilde, tıbbî terimler mümkün olduğunca kullanılmadan, tereddüt ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde verilmesi gerektiğine işaret etmektedir.

<sup>757</sup> **Manai**, *Biomédecine*, sh. 87; **Clément**, sh. 153; **Özsunay**, *Aydınlatma*, sh. 46; **Dural/Öğüz**, sh. 103; **B. Erman**, sh. 114.

<sup>758</sup> **Clément**, sh. 154; **Dural/Öğüz**, sh. 103.

<sup>759</sup> Bazı Fransız mahkemesi kararlarında, hekimin, hastanın menfaatini düşündüğü gerekçesiyle, sağlık durumuna ya da önemli bir hastalığın varlığına ilişkin bilgileri ondan gizlemesinin, Roma hukukundaki “*dolus bonus*” kavramı ile izah edildiği ve söz konusu hareketin bu nedenle, hukuka aykırı bulunmadığı görülmektedir. Bkz. Cass. Civ. 28.12.1954, D. 1955, J. 249 note Savatier. Aynı şekilde, TGI Bordeaux, 8.3.1965, Gaz. Pal. 1965 J. 264. “*Dolus bonus*”, “*dolus malus*”un

taşımayacağıının savunulması birbiriyle çelişen iki düşünce olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>760</sup>.

Kanaatimizce, hastanın yaşamını kaybetmesi ya da sürekli bir biçimde sakat kalması olasılıklarını içeren “teşhis” sonuçlarının hastadan gizlenmesi hukuken mâzur görülebilir. Zaten Hasta Hakları Yönetmeliği m. 19/f. 1’in lâfzı da, hastadan, yalnızca teşhisle ilgili sonuçların saklanabileceğine işaret etmektedir<sup>761</sup>. Buna karşılık, yapılan teşhise dayanarak hastanın vücudundan belli bir organ ya da dokunun alınması gerekiyor ise, diğer bir deyişle, iş teşhiste kalmayıp, bu teşhisin bir sonucu olarak hastanın vücut bütünlüğüne yönelik cerrahî bir müdahalenin yapılması gereği de doğuyor ise, bu takdirde, hastanın bilgilendirilmesi ve müdahalenin gerçekleşip gerçekleşmemesi kararının yalnızca hastaya bırakılması gerekir<sup>762</sup>. Hastayı manevî çöküntüye sürükleyebileceği düşünülen teşhis sonuçları ve buna dayanarak gerçekleştirilmesi planlanan tıbbî müdahale hakkındaki bilgi, çok ayrıntılı olmadan, basit, anlaşılır ve dürüst bir biçimde de hastaya aktarılabilir. Bu sayede, kişinin kendi yaşamını ve geleceğini ilgilendiren en önemli konuda (hayatî risk

---

aksine, irade beyanında bulunan kimsenin iradesinin sakatlanmasına neden olmayacak derecede karşı âkit tarafından “iyiniyetle” aldatılmasını ifade etmektedir. Örneğin bir tacirin, malı hakkında, alışveriş hayatında normal sayılabilecek düzeydeki övücü beyanlarda bulunması da “*dolus bonus*” olarak nitelendirilmektedir. Bkz. François **Terré**/Philippe **Simler**/Yves **Lequette**, *Droit Civil, Les Obligations*, Paris 2005, sh. 236-237; **Umur**, Roma Hukuku Lügati, sh. 60.

<sup>760</sup> Aynı görüşte **Şenocak**, Hekimin Sorumluluğu, sh. 55.

<sup>761</sup> Hükme göre, “*Hastanın manevî yapısı üzerinde fenâ tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimâlinin bulunması ve hastalığın seyri ve sonucunun vahim görülmesi hâllerinde, teşhisin saklanması caizdir*”. Maddede yer alan “teşhis” ifadesinin sınırlayıcı bir biçimde yorumlanmaması gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. Yahya **Deryal**, Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası, TBD., Mart 2003, S. 7, sh. 70. Yazar, hastanın ölümüyle sonuçlanma riski bulunan tıbbî müdahaleler söz konusu olduğunda, hastanın manevî durumu dikkate alınarak, ondan, kendi üzerinde gerçekleştirilecek olan tıbbî müdahale hakkındaki bilgilerin de saklanabileceğini belirtmektedir. Bu durumda şu soruya da cevap verilmesi gerektiğini düşünüyoruz: Kişinin kendi kaderini belirleme ya da kendi kişilik değerleri ile ilgili konularda bizzat karar verme hakkı, yalnızca önemsiz bir takım müdahalelerle mi sınırlıdır? Diğer bir ifadeyle, hasta açısından hayatî önem arz eden konularda, karar verme hakkı, hekimin ya da uzman sıfatıyla müdahalede bulunan üçüncü şahısların tasarrufuna mı bırakılacaktır?

<sup>762</sup> Örneğin, beyninde tümör olduğu tespit edilen ve ilerlemiş yaşı ile sağlık durumunun ciddiyeti nedeniyle kendisine herhangi bir müdahalede bulunulamayacak olan bir hastadan, beyninde tümör olduğu bilgisinin saklanması, onun menfaati açısından yarar olduğu savunulabilir. Buna karşılık, hastanın sağlık durumu, beyninden tümörlü parçanın alınması konusunda bir ameliyata girişilmesine imkân tanıyor, gerçekleştirilecek olan operasyon ne kadar risk taşırsa taşırsın, riski göze alarak, sağlığına kavuşma ihtimâli ile, riskten kaçınıp, yaşamını bu şekilde sürdürmek arasındaki değerlendirmeyi ve seçimi yapma hakkı, yalnızca hastaya bırakılmalıdır. Bu sebeple, gerçekleştirilmesi planlanan tıbbî müdahale hakkındaki bilginin, hiçbir gerekçe ile hastadan saklanmaması gerektiğini düşünüyoruz.

taşıyan bir tıbbî müdahalenin gerçekleşip gerçekleşmemesi konusunda) bizzat karar verme hakkı da hastanın elinden alınmamış olur.

Hekim, hastanın içinde bulunduğu psikolojik durumun yanı sıra, hastanın eğitim seviyesi, zekâ düzeyi ve yaşı gibi etkenlere bağlı olarak farklı bilgilendirmelerde bulunabilir<sup>763</sup>. Örneğin, apandisit ameliyatı hakkında 14 yaşındaki bir çocuğa, onun yaşı itibarıyla daha rahat kavrayabileceği tarzda öz ve net açıklamalarda bulunan hekimin, aynı operasyonu geçiren diğer hastalarına yapmış olduğu açıklamalarla mukayese yapılarak, bu hastasına karşı aydınlatma yükümlülüğünü yeterince yerine getirmediği iddia edilemez.

Müdahalenin gerçekleştirilmesi için hastanın rızasının alınmadığı hâllerde<sup>764</sup> ya da teşhis sonuçlarının gizlenmesinin, hastanın yüksek menfaati gereği sayıldığı durumlarda, hekimin aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmaz; hekim, bu yükümlülüğünü hastanın ailesine veya yakınlarına karşı yerine getirmelidir<sup>765</sup>.

Tıbbî müdahaleye verilen rızanın geçerliliği bakımından, bilgilendirme ve aydınlatmanın yapılış ânı da önem taşımaktadır. Şöyle ki: Müdahaleyi gerçekleştirecek olan kişinin, aydınlatma yükümlülüğünü, müdahalenin önemi ve niteliğine göre, hastanın kendisi hakkında sağlıklı bir karar alabilmesine imkân taniyacak mâkul süreyi öngörerek yerine getirmesi gerekir<sup>766</sup>. Böylelikle hasta,

<sup>763</sup> Kendisine tıbbî müdahalede bulunulacak olan küçük veya kısıtlının, müdahaleye rıza gösterebilme konusunda ayırt etme gücüne sahip olduğu tespit edildikten sonra, müdahale hakkındaki bilgilendirmenin de bizzat küçüğe ya da kısıtlıya yapılması gerekir. Bkz. **Guillod**, Le consentement, sh. 253. Yazar, müdahaleyi gerçekleştirecek olan sağlık görevlisinin, küçük ve kısıtlıyı tek başına dinlemesi gerektiğinin altını çizmekte, velî ya da vasînin, müdahalenin gerçekleştirilmesi ya da gerçekleştirilmemesi konusundaki olası baskı ve zorlamalarının ancak bu şekilde önlenileceğini savunmaktadır (sh. 237).

<sup>764</sup> Bu konuda bkz. aşağıda Böl. 3, §3, IV, 2.

<sup>765</sup> Verem ya da kanser gibi ölümcül nitelikteki hastalıklara ilişkin teşhis bilgilerinin, hastanın menfaati gereği, ondan saklanabileceği kabul edilebilse bile, hekimin, bu bilgileri hastanın yakınlarına aktarması gerekir. Bu yönde bkz. ATF 105 II 284, consid. 6c. Karar metni için bkz. <http://www.bger.ch> (erişim tarihi: 6.7.2010). Öte yandan bu düşüncenin, hasta ile hekim arasındaki özel güven ilişkisinin bozulması sonucunu göz ardı ettiği de söylenebilir.

<sup>766</sup> **Özsunay**, Aydınlatma Ödevi, sh. 46; **Sarial**, sh. 62; **Başpınar**, Aydınlatma, sh. 202; **Özgül**, sh. 210-211.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 28.4.2003 tarihli kararında (ATF 4P.265/2002), müdahale öncesinde yeterli bir düşünme süresine sahip olmayan hasta tarafından verilen rızanın geçerli olamayacağına hükmedilmiştir. Somut olayda, hastaya, kafatasının açılmasını gerektirecek ciddi bir müdahalede bulunulacağı bilgisi, müdahaleden bir gün önce verilmiş ve hastadan bu süre zarfında müdahaleye rıza göstermesi istenmiştir. Mahkeme, müdahale öncesinde yeterli düşünme süresine sahip olmayan ve zaman eksikliğinin baskısını üzerinde hisseden hastanın gösterdiği

müdahale konusunda, ailesine ve yakınlarına danışma, başka hekim ya da uzmanların görüşünü alma ve müdahalenin gerçekleşmesine rıza gösterip göstermeme konusunda düşünme imkânını elde edecek ve iradesini sağlıklı bir biçimde oluşturacak yeterli zamanı bulmuş olacaktır.

### b) Rıza ve İrade Sakatlığı

Tıbbî müdahaleye yönelik rızanın; rıza verenin, müdahaleyi gerçekleştirecek olan kişi tarafından yeterince aydınlatılmasının ardından ortaya konulması gerektiği gibi; rızanın, hata, hile, korkutma ya da baskı altında kalınmadan verilmiş olması da gerekmektedir<sup>767</sup>.

Bir önceki başlık altında da belirtmiş olduğumuz gibi, vücudundan organ alınmasına ya da vücuduna organ nakledilmesine yönelik bir müdahalenin gerçekleştirilmesi konusunda rıza gösteren kişinin rızasının irade sakatlığı ile sakatlanmış olması, müdahaleyi gerçekleştiren hekim ya da diğer tıp uzmanlarının aydınlatma yükümlülükleri ile ilişkilendirilmektedir. Bu bakımdan, rıza beyanında bulunan kişi, birçok durumda, irade sakatlığı nedeniyle rızasının geçersizliğini ortaya koymak yerine, aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmediğinden bahisle, hekimin borca aykırı hareket ettiği olgusuna da dayanabilir<sup>768</sup>. Zira sözleşmenin karşı tarafı olan hekim ya da tıbbî müdahalede bulunan kişi, müdahalede bulunacağı kimseye, müdahale hakkında her türlü bilgiyi vermekle yükümlü kılınmıştır. Yani hasta, müdahale konusunda, değil hile ya da korkutmanın etkisi altında kalmak, müdahaleye rıza göstermek konusunda hataya düşse dahi, irade

---

rızanın geçerli olmayacağını belirterek, müdahale neticesinde, denge kaybı, çift görme, hareket ve algılama bozuklukları ile kısmî yüz felci yaşayan ve çalışma yeteneğini tamamen kaybeden hastanın uğradığı zararların hastane işletmesi tarafından tazminine hükmetmiştir. Mahkeme, hastanın müdahale hakkında yakınları ya da arkadaşlarıyla konuşup, onlardan tavsiye almasına yetecek kadar bir zaman dilimine sahip olması gerektiğinin altını çizmiş; hastaya, âcil durumlar haricinde, özel bir önem taşımayan müdahalelerden önce en az bir günlük, ağır nitelikteki ve ciddi risk taşıyan müdahalelerden önce ise, en az üç günlük bir düşünme süresi verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Karar için bkz. [http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr\\_2002/Entscheide\\_4P\\_2002/4P.265\\_\\_2002.html](http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeunpubliziert/Jahr_2002/Entscheide_4P_2002/4P.265__2002.html) (erişim tarihi: 21.6.2010). Kararın yorumu için bkz. Dominique **Manai**, De l'autonomie du patient: À quelles conditions sa décision est-elle libre?, RSDS, 2004, no: 2, sh. 5.

<sup>767</sup> **Sprumont**, Le consentement, sh. 55-56; **Bayraktar**, Hekimin Sorumluluğu, sh. 139; **Ayan**, sh. 11-12; **Dural/Öğüz**, sh. 102; B. **Erman**, sh. 97. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkeme kararı için bkz. ATF 4P.265/2002, consid. 5.2.

<sup>768</sup> Hastanın iradesinin, hekim dışındaki üçüncü kişilerin beyan ve davranışlarıyla sakatlanması hâlinde olduğu gibi, irade sakatlığının hekime hiçbir şekilde izafe edilemeyeceği durumlarda ise, hasta, müdahalenin hukuka aykırılığını, verdiği rızanın, irade sakatlığı ile sakatlandığını ortaya koymak suretiyle ileri sürebilir.



sakatlığını ortaya koyarak, rızasını kesin olarak hükümsüz hâle getirmek yerine, böylesi bir irade sakatlığının, karşı tarafın aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesinden kaynaklandığını ileri sürerek, uğramış olduğu zararların tazminini talep edebilir.

Bu düşüncemizi, yukarıda<sup>769</sup> bahsetmiş olduğumuz *Corn v. French* davasına konu olan olaydan esinlenerek kurguladığımız bir örnekle açıklamaya çalışalım: Sol göğsünde bir kitle fark ederek, bu konuda uzman olan bir hekime başvuran ve onunla, kendi tedavisine yönelik bir sözleşme imzalayan kadın hasta, tedavi amacıyla göğsünün alınmasını hiçbir surette istememekte, göğsünden yalnızca biyopsi (tetkik) amacıyla parça alınmasına razı olmaktadır. Ancak bu hasta, hekim ile yaptığı rutin görüşmelerden birinde farkında olmadan, yanlış bir kelime kullanmış ve hekime, “*biyopsi*” yerine “*mastektomi*” (göğsün alınması) operasyonuna rıza gösterdiğini beyan etmiştir. Burada hastanın, rızasını açıklarken BK m. 24 anlamında bir beyan hatasında bulunduğu söylenebilir. Zira müdahalenin biyopsi amacıyla yapılmasına rıza gösterdiğini söyleyecek yerde, dikkatsizlikle mastektomi operasyonuna rıza gösterdiğini beyan etmiştir. Göğsünde habis huylu tümör olduğu önceden tespit edilmiş olan hastanın beyanına dayanarak müdahaleyi gerçekleştiren ve onun göğsünü alan hekim de, aslına bakılacak olursa, hastanın beyanı doğrultusunda hareket etmiş ve müdahaleyi onun rızasını alarak gerçekleştirmiştir<sup>770</sup>.

Buna karşılık, hekimin hastasına karşı yükümlülüğü, hastanın rıza göstermiş olduğu müdahaleyi özenle gerçekleştirmekten ibaret olmamalıdır. Onun, müdahale konusunda hastayı uyarma ve aydınlatma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Hekim, hastanın göğsünü almadan önce, müdahale konusunda ona her türlü bilgiyi vermeli, müdahalenin amaç, kapsam ve sonuçları hakkında hastasının yeterince bilgi sahibi olup olmadığını teyit etmeli ve hastanın, müdahale için vermiş olduğu rızayı, tam

<sup>769</sup> Bkz. dn. 756.

<sup>770</sup> Ancak hekim, mastektomi ameliyatına rıza gösterdiğini açıklayan hastanın, aslında bu ameliyata karşı olduğunu biliyorsa, hata hükümlerinin uygulanması zaten söz konusu olmayacaktır. Zira, hasta her ne kadar mastektomi ameliyatına rıza gösterdiğini açıklamış dahi olsa, hekim, hastasının gerçek iradesini (biyopsi amaçlı doku alınmasına rıza gösterdiğini) biliyor veya onunla yaptığı görüşmeler nedeniyle bilmesi gerekiyorsa, bu takdirde, rızanın, hastanın gerçek iradesine göre (beyanına göre değil) verildiği kabul edilmelidir. Bunun sonucunda, hastanın göğsünden tetkik amacıyla doku almak yerine hastanın göğsünü alan hekimin, borcuna aykırı hareket etmesi nedeniyle sorumluluğu gündeme gelir. Karşı tarafça bilinebilen (anlaşılabilen) hatanın BK m. 23 vd. anlamında bir hata olmadığı hakkında bkz. Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968, sh. 121-123.

anlamıyla sağlıklı bir irade ile ortaya koyduğundan emin olduktan sonra operasyonu gerçekleştirmelidir. Bu konudaki yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi sebebiyle, hastanın müdahaleye sağlıklı olmayan bir irade ile rıza göstermesine neden olan hekim, bundan dolayı sorumlu olmalıdır.

O hâlde, böyle bir durumda hastanın; hata, hile ya da korkutma gibi nedenlerle rızasını, sakat bir irade ile vermiş olduğunu, bu sebeple, müdahaleye vermiş olduğu rızanın geçersiz hâle geldiğini, rızanın geçersizliğinin müdahaleyi hukuka aykırı hâle getirdiğini, hukuka aykırı müdahalenin de kişilik haklarına zarar verdiğini ileri sürmesine gerek yoktur<sup>771</sup>. Kanaatimizce böyle bir durumda, hastanın uğradığı zararları, kendisine karşı müdahalede bulunmak ve müdahale ile ilgili tüm bilgileri vermek (onun iradesini her türlü sakatlıklardan korumak ve bu sakatlıkların oluşumunu engellemek) konusunda özellikle borç altına giren hekime karşı, bu yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmediği gerekçesiyle, BK m. 96 vd. hükümleri<sup>772</sup> uyarınca dava açarak da talep edebilir<sup>773</sup>.

Hastanın hataya düşerek, müdahaleye rıza vermesinde, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmediğinden bahisle sorumlu tutulacağı sonucuna vardığımızdan, hekimin hile ya da korkutması hâllerinde evleviyetle sorumluluğu gündeme gelecektir. Bununla birlikte, istisnaî olarak nitelendirilebilecek olan kimi durumlarda, hastanın müdahalenin gerçekleştirilmesi için verdiği rıza, hekimin aydınlatma yükümlülüğünü tam anlamıyla yerine getirmiş olmasına rağmen, irade sakatlığı ile sakatlanmış olabilir. Özellikle, üçüncü kişinin korkutması altında kalarak müdahaleye rıza gösteren kişinin iradesindeki sakatlık, hekimin aydınlatma

<sup>771</sup> Hasta açısından en avantajlı pozisyonun, müdahaleye vermiş olduğu rızanın, irade sakatlığı nedeniyle sakatlandığını iddia etmek değil, hekimin kendisine karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu aydınlatma borcuna aykırı davrandığını ileri sürmek olduğu yönünde bkz. **Crettaz**, sh. 80-81. Yazar, rızanın geçerli olup olmadığı konusunda tartışmalara girmeye gerek olmaksızın, aydınlatma yükümlülüğünün ihlâli sebebine dayanılmasını daha isabetli bulduğunu ifade etmektedir.

<sup>772</sup> Bununla birlikte, iş görme alacaklısı, hekimle aralarında söz konusu olan akdin tipine göre, Borçlar Kanununun özel hükümler kısmında düzenlenen ve borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda borçlunun sorumluluğunu ortaya koyan hükümlerden (örneğin vekâlet sözleşmesi bakımından BK m. 390/f. 2 ve eser sözleşmesi bakımından BK m. 356/f. 1 hükmünden) de yararlanabilir. Bu hususta ve özellikle BK m. 390/f. 2 ile BK m. 96 ilişkisi konusunda bkz. **Gümüş**, Özen Borcu, sh. 180-182, 203-204. Ayrıca bkz. **Başpınar**, Özen Borcu, sh. 246-247.

<sup>773</sup> Almanya'da, hekim aleyhine açılan davaların büyük bir çoğunluğunun, aydınlatma yükümlülüğünün eksikliğine dayandırıldığı konusunda bkz. **Akıncı**, sh. 217, dn. 79.

yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemiş olduğu olgusuna dayandırılmaz. Her ne kadar hekim, müdahaleyi gerçekleştirmeden önce hastanın rıza vermek konusundaki iradesinin herhangi bir tesir altında kalıp kalmadığını kontrol etmek ve rızanın özgür ve sağlıklı bir iradeyle verildiğine emin olduktan sonra müdahaleyi gerçekleştirmekle yükümlü olsa da; hastasının, kendisinden ustaca saklanan korkutma ve baskılar altında kalarak müdahaleye rıza gösterdiğini hissetmemiş olmasından ve bu rızaya güvenerek müdahaleyi gerçekleştirmekten dolayı sorumlu tutulamaz. Böyle bir durumda, rızası üçüncü kişinin korkutması nedeniyle sakatlanan kişi iptal hakkını kullanırsa, müdahaleye vermiş olduğu rıza da kesin olarak hükümsüz hâle gelecektir. Ancak bu durumda, rızanın kesin olarak hükümsüzleşmesi ile birlikte, hukuka aykırı hâle gelen müdahaleden dolayı müdahaleyi gerçekleştiren hekimin değil, müdahalenin gerçekleştirilmesi ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağımlı haksız fiili ile kesen üçüncü kişinin (hastanın iradesini korkutma suretiyle sakatlayan üçüncü kişinin) sorumluluğu gündeme gelmelidir<sup>774</sup>.

Öğretide, rıza verenin iradesinin sakatlanması durumunda, rızanın geçersiz hâle geleceğinden söz edildiği<sup>775</sup>, fakat bu durumda, hangi türden bir geçersizlik ile karşı karşıya kalınacağı meselesine değinilmediği görülmektedir. Hukukî niteliği bakımından, rıza, ister hukukî işlem, isterse hukukî işlem benzeri fiil olarak vasıflandırılınsın, irade sakatlığının etkisi altında verilmiş olan rızanın geçerliliği konusunda bir sonuca varabilmek için, Borçlar Kanunundaki genel hükümler dikkate alınarak yorum yapmak icap eder. Esasında, Borçlar Kanunu, hata, hile ve ikrahı (korkutmayı), borç doğuran sözleşmeler açısından düzenlemiştir. Hata, hile ve korkutmanın hangi şartlarla irade beyanını sakatlayacağı ve bu sakatlığın, sözleşmenin geçerliliğini nasıl etkileyeceği, BK m. 23 ilâ m. 31 arasında düzenlenmiştir. Bununla birlikte, adı geçen hükümlerin, ayrı bir yasal düzenleme bulunmayan hâllerde ve bünyesine uygun düştüğü ölçüde, her türlü hukukî işleme, hukukî işlem benzeri fiile, hâttâ MK md. 5'deki yollama nedeniyle, diğer medenî

<sup>774</sup> Sözleşmeden doğan sorumlulukta, borçlu, kusursuz olduğunu ispatlamadıkça, zararlı sonucun meydana gelmesinden ötürü sorumlu olacaktır (BK m. 96). Borçlu, kusursuzluk kanıtını ancak olağanüstü nitelikteki dış olayların sözleşmenin ihlâline sebep olduğunu ispat etmek suretiyle getirebilir. Olağanüstü dış olaylar ise illiyet bağımlı kesen mücbir sebep, alacaklı ve üçüncü kişinin ağır kusuru gibi olaylardır. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. **Eren**, sh. 1023; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 568-569; **Oğuzman/Öz**, sh. 524.

<sup>775</sup> Bu hususta bkz. **Dural/Öğüz**, sh. 102; **Ayan**, sh. 11; **Sarıal**, sh. 65, **Yenerer Çakmut**, Tıbbî Müdahale, sh. 213; **Bayraktar**, Hekimin Sorumluluğu, sh. 139; **İpekyüz**, sh. 90; **Arpacı**, Rıza Beyanı, sh. 12; **Nar**, sh. 20.

hukuk ilişkilerine de kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir<sup>776</sup>. Bu durumda, hata, hile veya korkutma altında verilen rızanın geçerliliği bakımından da, BK m. 23 vd. hükümlerin kıyasen<sup>777</sup> uygulanması gerekecektir.

Bilindiği gibi, irade sakatlığı ile malûl olan hukukî işlemler, iradesi sakatlanan kişinin iptal hakkını, kanunda (BK m. 31’de) öngörülen 1 yıllık süre içinde kullanması ile kesin olarak hükümsüz hâle gelir<sup>778</sup>. İptal hakkı sahibi, kanunda öngörülen süre içinde hakkını kullanmaz veya henüz süre bitmeden iptal hakkından feragat ederse, söz konusu işlem baştan itibaren geçerlilik kazanacaktır<sup>779</sup>. Kanaatimizce, bir kimsenin vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahalenin gerçekleşebilmesi için hekim ya da bir başka uzman kişiye verdiği rıza bakımından da aynı hükümlerin uygulanması gerekir. Buna göre, rıza beyanında bulunan kimse, iradesinin sakatlandığını öğrendiği (ya da korkutma söz konusuysa, korkutmanın etkisinden kurtulduğu) ândan itibaren 1 yıl içinde iptal hakkını kullanırsa, rızanın kesin olarak hükümsüz hâle geleceğinden bahsedilebilecektir<sup>780</sup>. İrade sakatlığı altında verilmiş olan rızanın doğrudan doğruya geçersiz (kesin hükümsüz) sayılmayacağını, bir örnekle daha iyi izah edebileceğimizi düşünüyoruz:

Bir estetik cerrahı, estetik müdahalelere karşı olduğunu her fırsatta dile getiren bir ses sanatçısına, hiç gerekmediği hâlde daha rahat nefes alabilmesi ve ses

<sup>776</sup> **Eren**, sh. 339; **Oğuzman/Barlas**, sh. 190; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 396. Borçlar Kanununun hata, hile ve ikrah gibi irade sakatlıklarına dair olan hükümlerinin, evlilik dışı çocuğun tanınması hususunda da uygulanma kâbiliyetine sahip olduğu yönündeki Federal Mahkeme kararı ve bununla ilgili açıklamalar için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 2.

<sup>777</sup> Tıbbî müdahaleye verilen rıza beyanındaki irade sakatlıklarının, sözleşmelerin kurucu unsurlarını oluşturan irade beyanlarındaki sakatlıklara nazaran daha geniş ve esnek olarak yorumlanması gerektiği yönünde bkz. **Guilod**, sh. 105. Yazar, buna gerekçe olarak rıza beyanının, bu beyanda bulunan kişinin şahsiyet haklarıyla doğrudan bağlantılı olmasını göstermektedir. Bu bağlamda, yalnızca beyan hataları ile temel hataların (esaslı saik hatalarının) iptalini mümkün kıldığı sözleşmelerden farklı olarak, esaslı sayılmayacak nitelikteki saik hatalarının dahi, rızanın geçersizliği sonucunu doğurabileceği düşünülebilir. Bu konuda bkz. **Guilod**, sh. 110.

<sup>778</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 589; **Oğuzman/Öz**, sh. 101; **Serozan**, Medenî Hukuk, sh. 341-343; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 452.

<sup>779</sup> Bu sebeptendir ki, iptal edilebilirlik hâllerinin bu kısmı için “düzelebilir hükümsüzlük” ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. **Oğuzman/Barlas**, sh. 208; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 433, 588-589; **Oğuzman/Öz**, sh. 100; **Dural/Sarı**, sh. 183. Ayrıca bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 452 ve **Tunçomağ**, sh. 369. Aksi görüşteki **Eren**’e göre ise, iradesi sakatlanan kişi iptal hakkını kullanmadıkça, zaten baştan itibaren geçerli olan hukukî işlem, geçerliliğini korumaya devam edecektir. Bkz. **Eren**, sh. 369-370.

<sup>780</sup> **Oğuzman/Öz**, sh. 101; **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 589; **Oğuzman/Barlas**, sh. 208; **Tunçomağ**, sh. 374; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, Borçlar Hukuku, sh. 454.

kalitesini uzun süre koruyabilmesi için, burnundaki kemerli kısmı cerrahî bir müdahale ile aldırması gerektiği yönünde yoğun telkinlerde bulunmuş olsun. Aslında hiç istemediği bu müdahaleye, sırf sesinin zarar görmemesi amacıyla rıza gösteren sanatçının iradesinin, hekimin hilesi ile sakatlandığı açıktır. Zira hekim, gerçekleştirmeyi amaçladığı müdahaleye hastasının rıza göstermesi için aldatıcı beyanlarda bulunarak, müdahalenin, sağlığı için gerekli olduğu konusunda onda yanlış bir kanaat uyandırmış ve hastasının iradesini kasten sakatlamıştır. Bununla birlikte, gerçekleştirilen operasyon neticesinde çok güzel bir görünüme kavuşan ve bu nedenle müdahaleden çok memnun kalan ses sanatçısı, iptal hakkını kullanmazsa; rızasının geçersiz, müdahalenin de hukuka aykırı olduğunu ileri sürmenin, taraflar ya da kamu düzeni açısından herhangi bir hukukî fayda sağlamayacağı açıktır.

Sonuç olarak biz, mevzuatımızda, iradesi sakatlanan kişinin verdiği rızanın doğrudan doğruya geçersiz (kesin hükümsüz) olduğunu gösteren herhangi bir hüküm bulunmadığını dikkate alarak, irade sakatlığı söz konusu olduğunda, rızanın da, borçlar hukukundaki diğer hukukî işlemler gibi “*iptal edilebilirlik*” yaptırımına tâbi tutulması gerektiğini düşünüyoruz. Buna göre, iptal hakkı sahibi, süresi içinde iptal hakkını kullandığında, rıza beyanı kesin olarak geçersiz hâle gelecek ve bu rızaya dayanılarak gerçekleştirilen müdahale de, ancak iptal hakkının kullanılması ihtimâlinde hukuka aykırı sayılabilecektir. İradesi hata, hile ya da tehdit ile sakatlanan ve müdahaleye bu surette rıza göstermiş olan kimse, rızayı geçersiz hâle getirmek için iptal hakkını kullanmadığı sürece ise, onun rızasını kendiliğinden geçersiz addetmenin hukukî bir dayanağı olmadığı gibi, fiilen de uygulanabilirliği yoktur. Nitekim iradenin sağlıksız bir biçimde oluştuğu ya da dış dünyaya farklı bir biçimde yansıdığı, çoğu kez, yalnızca iradesi sakatlanan kişi tarafından bilinebilen, fark edilebilen, bu nedenle de sadece onun tarafından ileri sürülebilen bir durumdur. Böyle bir durumda, hukuk düzeninin, kişinin iradesinin hangi ölçüde sağlıksız oluştuğunu ya da iradenin hangi unsurların etkisinde kalarak sakatlandığını kestirerek, buna kendiliğinden (iradesi sakatlanan kişinin talebi olmaksızın) bir yaptırım öngörmesi mümkün değildir. Öyleyse iradesi sakatlanan kişi, müdahaleye verdiği rızanın geçersizliğini ileri sürmedikçe, hâkim bu sakatlığı re’sen nazara alamayacaktır<sup>781</sup>.

<sup>781</sup> **Oğuzman/Öz**, sh. 100; **Oğuzman/Barlas**, sh. 208; **Eren**, sh. 310, 371; **Tunçomağ**, sh. 370; **Engel**, sh. 232; **Guggenheim**, sh. 79.

Bu arada, altını çizmekte fayda gördüğümüz bir başka hususu da belirtmek istiyoruz. Rızanın sakatlığı nedeniyle iptal hakkının kullanılması, sözleşmelerden farklı olarak, sözleşmesel ilişkiyi ortadan kaldırmak için değil, verilmiş olan rızayı geçersiz kılmak ve hekimin müdahalesinin hukuka uygunluğunu ortadan kaldırmak için yapılır. Zira ilkinde, sözleşmenin kurulması ânındaki iradenin; ikincisinde ise, ifa ânında müdahaleye rıza gösteren kişinin iradesinin sakatlığı söz konusu olmaktadır. Bununla birlikte, iptal hakkını kullanmak için gereken süreyi kaçıran kişinin elinde, yukarıda da ifade etmiş olduğumuz gibi, çoğu kez, aydınlatma yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olan hekimin bu kötü ifasından dolayı sorumluluğuna gitmek ve uğradığı zararların tazminini talep etmek imkânı bulunmaktadır.

#### 4- Şekle uygunluk

Biyolojik maddeleri konu alan tıbbî müdahalelere verilen rızanın geçerli sayılması için gerçekleşmesi gereken koşullardan biri de, rızanın, kanundaki şekil şartına uyularak verilmiş olmasıdır. Aslına bakılacak olursa, BK. m. 11/f. 1 hükmünün, borç doğuran sözleşmeler bakımından ortaya koyduğu şekil serbestisi ilkesi, müdahaleye verilen rıza açısından da söz konusudur. Dolayısıyla, bir kimsenin, vücudundan biyolojik madde alınmasına ya da biyolojik maddenin vücuduna nakledilmesine yönelik olarak verdiği rızanın geçerliliği, kural olarak<sup>782</sup> herhangi bir şekil şartının gerçekleşmesine bağlı değildir. Bu nedenle rıza, yazılı veya sözlü olarak açık bir irade beyanı ile dış dünyaya yansıtılabileceği gibi, örtülü olarak dahi ortaya konulabilir<sup>783</sup>. Bu bakımdan, hasta, doğrudan doğruya anlaşılabilen beyan vasıtalarını<sup>784</sup> kullanmamış olsa bile, somut olaydaki tüm hâl ve şartlar dikkate alındığında, hastanın bir takım hareketlerinden<sup>785</sup>, onun, müdahalenin

<sup>782</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği m. 28/f. 1, mevzuatın öngördüğü istisnalar haricinde, rızanın herhangi bir şekle bağlı olmadığı kuralını öngörmektedir.

<sup>783</sup> **Thévenaz**, No: 258; **Jeandin**, sh. 260; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 177; **Bayraktar**, Hekimin Sorumluluğu, sh. 140; H. **Özdemir**, sh. 120; **Yenerer Çakmut**, Aydınlatma ve Rıza, sh. 25.

<sup>784</sup> Bu konuda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 143.

<sup>785</sup> *Koksiks* (kuyruk sokumu kemiği) kırığı nedeniyle yapılan rektal tuşe muayenesine karşı çıkarak, aralıksız bir biçimde bağıran 13 yaşındaki mümeyyiz çocuğun, müdahaleye rıza vermediğinin hekim tarafından anlaşılması gerektiği yönündeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. ATF 2C\_5/2008. Karar metni için bkz. [http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=02.04.2008\\_2C\\_5/2008](http://jumpcgi.bger.ch/cgi-bin/JumpCGI?id=02.04.2008_2C_5/2008) (erişim tarihi: 2.6.2010).

gerçekleşmesine rıza gösterdiği anlaşılabilirse, örtülü (zımnî) rıza<sup>786</sup> söz konusu olur<sup>787</sup>.

Örneğin, bademcik dokusunun alınmasına yönelik cerrahî müdahaleye, yazılı ya da sözlü olarak rıza göstermemiş olan hastanın, ameliyatın gerçekleştirileceği saatte ameliyathanede bulunması<sup>788</sup>; anestezi hekime genel anestezi yerine lokal anestezi almak istediğini belirtmesi; kendisine önerildiği gibi, müdahaleden iki gün evvel, kan sulandırıcı ilaçlarını kesmiş olması veya önceden yaptırması gereken tüm tetkikleri yaptırmış olması; onun, söz konusu müdahalenin gerçekleştirilmesine örtülü olarak rıza gösterdiği anlamına gelebilir. Buna karşılık, bir kimsenin hekime başvurarak, yalnızca hastalığının seyri hakkında ona bilgiler vermesi ve çözüm konusunda ondan görüş alması, daha sonradan kendisi üzerinde gerçekleştirilen tıbbî müdahaleye örtülü olarak rıza göstermiş olduğu anlamına gelmez<sup>789</sup>.

Öte yandan, rıza beyanının, hasta tarafından örtülü bir biçimde ortaya konulup konulamayacağına, gerçekleştirilecek olan müdahalenin önemi dikkate alınarak karar verilmesi gerektiği savunulmuştur<sup>790</sup>. Bu doğrultuda hastanın, kendi sağlığı bakımından zorunlu ya da faydalı olan ve aynı zamanda ciddî risk taşımayan müdahalelere örtülü olarak vermiş olduğu rızanın kabul edilebileceği; bunun dışında kalan tüm müdahalelere<sup>791</sup> ise, hastanın, rızasını açık bir biçimde göstermesi gerektiği savunulmuştur. Dolayısıyla, sağlığı bakımından ciddî risk taşıyan

<sup>786</sup> Hastanın örtülü olarak müdahaleye rıza göstermesi ile, hastanın “mefruz (varsayılan) rızası” kavramlarını birbirinden ayırmak gerekir. İlkinde, hasta, müdahalenin gerçekleştirilmesi yönünde bir iradeye sahip olmakla beraber, bu iradeyi dış dünyaya belirgin bir beyan ile açıklamamakta; buna karşın, iradesini davranışlarıyla belli etmektedir. Oysa varsayılan rızada, hastanın müdahalenin gerçekleştirilmesi konusunda herhangi bir iradesi olmamakla birlikte, onun tedaviden elde edeceği yarar dikkate alınarak, müdahaleye rıza göstereceği, hayatın normal akışına göre tahmin edilmekte, varsayılmaktadır. Varsayılan rıza konusunda ayrıca bkz. aşağıda dn. 804.

<sup>787</sup> Bkz. **Sarial**, sh. 65.

İsviçre Federal Mahkemesi, kendisi üzerinde gerçekleştirilecek olan tıbbî müdahale konusunda bilgilendirilen hastanın, hekimden, bunun dışında açıklamalarda bulunmasını istememesine ve müdahalenin gerçekleşmesine karşı çıkmamış olmasına, onun, müdahaleye örtülü olarak rıza gösterdiği sonucunu bağlamış ve gerçekleştirilen müdahalenin hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir. Bkz. ATF 105 II 284. Karar metni için bkz. <http://www.bger.ch> (erişim tarihi: 7.4.2010).

<sup>788</sup> Bkz. **Hubaux**, sh. 84.

<sup>789</sup> Aynı görüşte bkz. **Şenocak**, Hekimin Sorumluluğu, sh. 42.

<sup>790</sup> Bkz. bu görüşte **Ney**, sh. 69.

<sup>791</sup> Genel anestezi altında yapılacak olan müdahalelerde, hastanın, rızasını açık bir biçimde ortaya koyması gerektiği yönünde bkz. **Guillod**, Le consentement, sh. 53.

müdahalelerde, hastanın açık rızası bulunmuyorsa, gerçekleştirilen müdahalenin hukuka aykırı olacağı iddia edilmektedir<sup>792</sup>.

Belitmiş olduğumuz gibi, ana kural, rızanın herhangi bir geçerlilik şekline bağlı olmaması iken, MK m. 23/f. 3'ün ortaya koyduğu hüküm dikkat çekicidir. Hükme göre, “*Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür*”. Kanımızca, hüküm, insan kökenli biyolojik maddelerin alınma amacını belirtmemesi bakımından eksik bir düzenleme niteliğindedir. Nitekim vücuttan, tedavi ya da estetik amaçlı biyolojik madde alındığında, rızanın yazılı olarak verilmesi şartının aranıp aranmayacağı konusunda bir yanıt vermemektedir. Örneğin, hastasının, çürümüş dişini çeken bir diş hekimi, müdahale öncesinde hastasının rızasını almış, fakat rıza, yazılı bir biçimde ortaya konulmamışsa, geçersiz mi sayılacaktır? Aynı şekilde, kolesterol ve şeker değerlerini ölçtürmek isteyen bir kimsenin, tahlil amacıyla, vücudundan kan alınmasına yönelik olarak verdiği rızanın geçerliliği, yazılı şekil şartına tâbi olacak mıdır? Hüküm, biyolojik maddenin alınmasının yanında, aşılması ve nakli için de rızanın yazılı olması gerektiğinden bahsetmektedir. Öyleyse, gerçekleştirilecek olan operasyon nedeniyle vücuduna kan nakledilmesi gereken hastanın, bu nakle rıza gösterdiğini de mutlaka yazılı bir biçimde ortaya koyması mı gerekmektedir? Bu soruların üzerinde durulmasının nedeni, örneklerde yer alan diş ya da kanın da, “insan kökenli biyolojik madde” kavramı içinde değerlendirilmesidir.

Kanımızca, MK m. 23/f. 3 hükmü, vücut bütünlüğüne yönelik müdahalelere ilişkin mevcut yasal düzenlemeler ve bu düzenlemeler vasıtasıyla ortaya konulan genel esaslar ile sınırlı olarak değerlendirilmeli, başka bir deyişle, dar bir biçimde yorumlanmalıdır. Aksi takdirde, rızanın geçerliliğinin, esas olarak herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığı yönündeki kuralın dışına çıkmış olunacaktır. Gerçekten HHY m. 28/f. 1 de, mevzuatın öngördüğü istisnalar haricinde, rızanın herhangi bir şekle bağlı olmadığı kuralını öngörmektedir. Ancak bize göre, MK m. 23/f. 3 hükmü, maddede yer alan istisnâ bir düzenleme olarak kabul edilemez. Nitekim, insan kökenli biyolojik maddelerin vücuttan alınmadığı, vücuda aşılmadığı ya da nakledilmediği bir tıbbî müdahaleden bahsedebilmek neredeyse imkânsızdır. Hemen

<sup>792</sup> Ney, sh. 69; Leleu/Genicot, sh. 76.



hemen her operasyonda, hastanın vücudundan hastalıklı bir doku ya da hücre alındığı gibi, birçok durumda da hastanın vücuduna, gerçekleştirilen operasyondan bağımsız olarak, kan nakledilmesi gerekir. Az evvel de değindiğimiz gibi, hastanın geçireceği her cerrahî müdahale öncesinde kan nakline rıza gösterdiğini yazılı bir biçimde ortaya koymasının beklenmesi hayatın olağan akışına ters düşeceği gibi; onun, rızasını yazılı bir biçimde göstermediği her hâlde de, kan nakline ilişkin müdahalenin hukuka aykırı olduğunun iddia edilmesi kanaatimizce isabetsiz olacaktır.

Öyleyse, insan kökenli biyolojik maddeleri konu alan hangi tür müdahalelerde, rızanın mutlaka yazılı olarak verilmesi gerektiğinin ortaya konulması gerekir. Bu konuda, 1219 sayılı TŞK m. 70/f. 1 hükmü, “büyük cerrahî müdahaleler”<sup>793</sup> için, rızanın yazılı şekilde verilmesi gerektiğini öngörmektedir. Bu hükmün bir sonucu olarak, olağan cerrahî müdahalelere verilen rızanın yazılı olması gerekmez.

Rızanın geçerliliğinin kanun tarafından yazılı şekil şartına bağlanmış olmasının nedeni, yazılı şeklin; kişinin kendisi üzerinde gerçekleştirilecek olan müdahale hakkında yeterince düşündüğünü ve kendisine hekim tarafından verilen bilgiler doğrultusunda, müdahalenin olumlu ve olumsuz yönlerini değerlendirerek bir sonuca vardığını göstermesidir. Bununla birlikte, rızanın, yazılı şekle bağlanmasının olumsuz bir yönü de bulunmaktadır. Şekil şartı, hastada, yazılı olarak ortaya koyduğu rıza beyanından dönemeyeceği, bu beyan ile, hekim ile kendi arasında bir sözleşmenin meydana geldiği konusunda yanlış bir kanaat uyandırabilmektedir. Oysa kişi, müdahalenin gerçekleştirilmesine yönelik olarak verdiği rızasını, müdahale gerçekleşinceye kadar her zaman ve hiçbir şekle bağlı olmaksızın geri alabilir<sup>794</sup>. Dolayısıyla, TŞK’da öngörüldüğü gibi, büyük bir cerrahî ameliyat öncesinde, yazılı olarak rıza beyanında bulunmuş olan kişi, narkoz almadan önce ya da ameliyat masasında dahi, rızasını geri alabilir. Ona karşı, yazılı olarak vermiş olduğu bu rıza beyanından, ancak yazılı şekil şartına uyarak vazgeçebileceği iddiasında bulunulamaz.

<sup>793</sup> Uzman cerrah tarafından ve anestezi uygulanarak gerçekleştirilebilen operasyonların, büyük cerrahî operasyon sayılması; anestezi yardımı olmaksızın ve her hekim tarafından yapılabilecek operasyonların da, yazılı rıza gerekmeyen, küçük cerrahî operasyonlar olarak nitelendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Deryal**, sh. 61.

<sup>794</sup> 1997 tarihli İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m. 5/f. 3, ilgili kişinin, rızasını her zaman ve serbestçe geri alabileceği hükmünü ortaya koymaktadır.

Rızanın, belli bir şekil şartına bağlı olarak verilmesi gerektiğini öngören hükümlerden biri de, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'da yer almaktadır. ODNK m. 6, vericinin, kendi vücudundan organ ya da doku alınmasına, en az iki tanık huzurunda önceden verdiği yazılı ve imzalı bir beyan ile rıza gösterebileceğini düzenlemektedir. Maddede yer alan diğer bir imkân ise, vericinin, en az iki tanık önünde sözlü beyanda bulunması ve bu konuda düzenlenen tutanağı imzalamasıdır<sup>795</sup>.

Bunun dışında, tıbbî araştırmalarda, rızanın yazılı şekil şartına tâbi olduğunu öngören Hasta Hakları Yönetmeliği m. 34/f. 2 hükmünü de gözden kaçırmamak gerekir. Bu hüküm uyarınca, tıbbî nitelikteki bir araştırmanın yürütülmesi için, vücudundan biyolojik madde alınmasına rıza gösteren kişinin de, rızasını yazılı olarak ortaya koyması gerekmektedir.

Bundan başka, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanabilmesi amacıyla, kendilerinden, sperm ve yumurta alınacak olan çiftlerin, bunun için hazırlanmış olan muvafakat formunu imzalamaları gerektiği öngörülmektedir<sup>796</sup>.

ÜYTY'de yer verildiği gibi, uygulamaya bakıldığında, hekimlerin, ileride kendilerine karşı hastaları tarafından yöneltilebilecek olan sorumluluk davalarından kurtulabilmek amacıyla, hastalarına, içinde gerçekleştirilecek olan tıbbî müdahale

<sup>795</sup> Okuma yazması olmayan veya imza atamayanların iki tanık önünde sözlü beyanda bulunmaları ve düzenlenecek tutanağa parmak basmaları hâlinde de rızanın geçerli sayılması gerektiği yönünde bkz. **Akıncı**, sh. 182.

<sup>796</sup> 6.3.2010 tarih ve 27513 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan ÜYTY Ek 2'de, "Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulanacak Çiftlere Ait Bilgilendirilmiş Muvafakat Formu"na ilişkin esaslar düzenlenmektedir. Bu esasların 5. maddesine göre, okuryazar olmayan çiftler, sol elin başparmağını basarak, muvafakat formunu imzalamış sayılacaklardır. Bunun dışında, tedaviye başlamadan bir gün önce, onay formunun çiftlere verilmesi; işlem yapılmadan önce, onay formunun, merkez görevlisi tarafından çiftlere okunması; eşlerin el yazısı ile "sözlü ve yazılı olarak çoğul gebelik ve başarısızlık durumu da dâhil her konuda uygulama ile ilgili yeterli bilgilendirildim" ifadesini yazarak, onay formunu imzalamaları gerektiği hususları Ek 2'de yer almaktadır (m. 6).

Keza, ÜYTY Ek 6'da yer alan "Gonad Dokusu/Hücreleri Saklama Bilgi Formu" m. 4'e göre, üreme hücre ya da dokularını saklatan kişinin, formun sonunda imzasının bulunması gerektiği kuralına yer verilmiştir. Okuryazar olmayan kişinin ise, sol elinin başparmağını basarak, formu imzalamış sayılacağı belirtilmektedir.

konusunda bilgiler de bulunan, yazılı muvafakat (onay) formlarını<sup>797</sup> imzalattıkları ve müdahaleyi ancak bunun neticesinde gerçekleştirdikleri görülmektedir. Rıza beyanının, yazılı olarak verilmesi gerektiği konusunda genel bir kural mevcut olmamakla birlikte, hekimlere karşı açılan tazminat davalarının çokluğu, bunların, aydınlatma görevini gereğince yerine getirdiklerini ve hastadan rıza aldıklarını göstermesi bakımından, yazılı rıza formlarının uygulanırlığını artırmıştır<sup>798</sup>. Böylelikle, hastaya müdahale ile ilgili olarak verilen bilgi ile hastanın söz konusu müdahaleye gösterdiği rıza beyanı, aynı belgede bir arada yer almaktadır. Hekim,

<sup>797</sup> Önceden hazırlanmış olan rıza formlarının, hekim ile hasta arasındaki iletişimi kuvvetlendirdiği savunulmaktadır. Nitekim hasta, hekimden alamayacağı birçok bilgiyi, sonunu kendisinin de imzaladığı yazılı belge sayesinde öğrenmektedir. Rıza formlarının, olumsuz yönü ise, form metninde yer almayan bilginin, hastaya aktarılmadığı yönünde bir karine oluşturmasıdır. Bu formların yaygınlaşması hâlinde, elinde, hastası tarafından imzalanmış olan bir rıza formu bulunmayan hekimin, hastasına karşı sahip olduğu aydınlatma yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmediği varsayılabilir.

<sup>798</sup> Yasal olarak, yazılı şekil şartının aranmadığı hâllerde dahi, hekimin, aydınlatma yükümlülüğünü tam olarak yerine getirdiğini ve müdahaleyi, hastasının rızasını alarak gerçekleştirdiğini ispat edebilmesi bakımından, hastadan yazılı rıza almasının ve müdahale konusundaki bilgilendirmeyi de yazılı olarak gerçekleştirmesinin yerinde olacağını ifade eden yazarlar için bkz. **Şenocak**, Hekimin Sorumluluğu, sh. 42; **İpekyüz**, sh. 55.

Avrupa'daki uygulamalara bakıldığında da aynı eğilimin göze çarptığına işaret eden Jean-Baptiste **Thierry**, La responsabilité médicale en Europe, Seminar on: Medical Liability Under the New Federal Law, No. 10, 2008, sh. 71.

Zira, Fransız hukukunda özellikle 25 Şubat 1997 tarihli Yargıtay kararından sonra, hastaların müdahale öncesinde rızalarını yazılı olarak verdikleri görülmektedir. Zira, Fransız Yargıtayı, hekim ile hasta arasındaki ilişkide, müdahaleye rıza vermediğini ya da yeterince bilgilendirilmeden rıza verdiğini, hastanın ispat etmesi gerektiği yönündeki içtihadından (C. cass. 29.5.1951, 11.1.1966, 25.1.1989) dönerek, sözleşme ile aydınlatma yükümlülüğü altında bulunan tarafın, yani hekimin, bu yükümlülüğünü yerine getirdiğinin ispat etmesi gerektiğine hükmetmiştir. Karar için bkz. Cass. Civ., 1<sup>ère</sup>, 25.2.1997, no: 426 ([http://www.moteurline.apf.asso.fr/References/documents\\_professionnels/Arret\\_HEDREUL.pdf](http://www.moteurline.apf.asso.fr/References/documents_professionnels/Arret_HEDREUL.pdf)) (erişim tarihi: 30.5.2010) Kararda, hekimin, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini hangi delillerle ispat edebileceği hususuna değinilmemiştir. Buna rağmen, söz konusu kararın, uygulamada, hekimlerin, basit müdahalelerde dahi, hastalarından, her türlü bilgiyi aldıktan sonra müdahaleye rıza gösterdiklerini ortaya koyan yazılı belge almalarına neden olduğu ileri sürülmektedir. Bu konuda bkz. **Clément**, sh. 142.

Bununla birlikte, Aix-en-Provence İstinaf Mahkemesinin yeni tarihli bir kararında, yazılı şeklin, rızanın geçerliliği bakımından herhangi bir önem arz etmediğine hükmedilmiştir. 3.6.2009 tarihli karara konu olan olayda, miyop tedavisi amacıyla, kendisine lazer yöntemi uygulanan hastanın, kornea tabakasında hasar meydana gelmiştir. Hasta, kendisine verilen dört sayfalık bilgilendirici belgeler üzerinde, müdahaleye rıza verdiğini gösteren imza ya da parafının bulunmadığını ileri sürmüştür. Davacı, müdahalenin riskleri ve operasyon ücreti konularında bilgilendirildiğini kabul etmekle birlikte, müdahalenin gerçekleştirilmesi konusunda imza vermediğinden hareketle, müdahalenin hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme ise, hekim ile hasta arasındaki ilişkide, hastaya genellikle bilgilerin sözlü olarak verildiğini, dolayısıyla, hastanın, müdahalenin gerçekleşmesine yönelik olarak verdiği rızanın da sözlü olabileceğini belirtmiş ve müdahalenin hukuka aykırı olduğu yönündeki iddiayı reddetmiştir. Bkz. Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 3.6.2009, No: 08/07441. Karar metni için bkz. <http://droit-finances.commentcamarche.net/jurisprudence/cour-d-appel-2/1109802-cour-d-appel-d-aix-en-provence-3-juin-2009-08-07441-publie-par-le-service-de-documentation-et-d-etudes-de-la-cour-de-cassationN°: 08/07441> (erişim tarihi: 7.5.2010)

hastanın, müdahaleden önce yeterince aydınlatılmadığı ya da rızası olmadan kendisine müdahalede bulunulduğu konusunda bir iddia ile karşı karşıya kalırsa, elindeki bu belgeye dayanarak, iddiayı mesnetsiz bırakmayı hedeflemektedir<sup>799</sup>. Şüphesiz ki, hasta, müdahalenin gerçekleştirilmesine yönelik olarak bir metnin üzerine imza atmış olsa dahi, bu, bir bakıma, onun müdahaleye rıza verdiğini gösterecek, fakat müdahale hakkında yeterince bilgilendirilmiş olduğunu, diğer bir deyişle iradesinin özgür ve sağlıklı bir biçimde oluştuğunu kabule yetmeyecektir<sup>800</sup>. Dolayısıyla, hasta, imzalamış olduğu formun içeriği hakkında yeterince bilgilendirilmemiş olduğunu iddia edebilir.

Kendisine müdahalede bulunulacak olan kişi tarafından verilen rızanın, özel olması gereğine karşılık, hastalara verilen rıza formlarının genel bir nitelik arz ettikleri gözlenmektedir. Oysa hasta, yalnızca kendisi hakkında gerçekleştirilecek olan müdahale ve onunla doğrudan bağlantılı konular hakkında rıza vermiş sayılır. Bu bakımdan, hastanın, teşhis ve tedaviye yönelik her türlü tıbbî müdahalenin gerçekleştirilmesine rıza gösterdiği yönündeki yazılı beyanı geçerli sayılmayacaktır. Zira, rıza önceden belirlenmiş, sınırları ana hatlarla dahi olsa çizilmiş olan müdahaleler için verilebilir. Bu nitelikteki rıza formlarının, hasta ile hekim arasında varolan özel ve somut nitelikteki hukukî ilişkiyi, tek bir örnekten müteşekkil, ya da diğer bir ifadeyle, standart hâle getirdiğinden bahsedilmektedir<sup>801</sup>. Nasıl ki, hekimin müdahale konusunda hastaya vermesi gereken bilgiler, hastanın sağlık durumuna özel ve somut bilgiler olmalı ise, hastanın rızasının da, belirli bir müdahalenin gerçekleştirilmesine yönelik olarak verilmesi gerekir<sup>802</sup>.

<sup>799</sup> **İpekyüz**, sh. 55.

<sup>800</sup> **Başpınar**, Aydınlatma, sh. 200.

<sup>801</sup> Bu konuda bkz. Patrick **Henry**/Bernard **De Cocquéau**, À propos du consentement libre et éclairé du patient, Droit médical, vol. 79, Liège 2005, sh. 212-213. Aynı görüşte bkz. **Gromb**, sh. 182.

Bu bakımdan, yazılı rıza formlarının, giderek, genel işlem şartlarını içeren iltihakî (katılmalı) sözleşmelere benzediği söylenmektedir. Bu görüş için bkz. **Guillod**, Le consentement, sh. 55. Yazar, görüşüne destek olarak, rıza formlarının içeriğini oluşturan hüküm ve bilgilerin, önceden, hastane işletmesi ya da üçüncü bir kişi tarafından belirlenerek, matbu (basılı) şekilde hastaya sunulmasını ve hastadan, kendisi üzerinde gerçekleştirilmesi önerilen müdahaleye, formda yer alan bilgiler doğrultusunda ve müdahaleyi gerçekleştirecek olan hekim ile görüşüp, tartışmadan rıza vermesinin beklenmesini göstermektedir.

<sup>802</sup> **Thévenaz**, No: 255; **Manai**, Biomédecine, sh. 63; **Guillod**, Le consentement, sh. 54; **Marchand**, sh. 238; **Oehler**, sh. 15; **Hakeri**, Tıp Hukuku, sh. 133-134.

Son olarak, altını çizmekte fayda gördüğümüz bir başka konu da şudur: Yukarıda değinmiş olduğumuz çeşitli kanun hükümleri tarafından geçerliliği, yazılı olarak gerçekleştirilmesine bağlanan husus, müdahaleye verilen rızadır. Yoksa, ameliyatı gerçekleştirecek olan hekim ya da onun bağlı bulunduğu hastane işletmesi ile kendisine müdahalede bulunulacak olan kişi arasında gerçekleştirilen sözleşme, diğer geçerlilik koşullarına aykırı bir durum içermedikçe, yazılı olarak yapılmasa dahi geçerli olur. Bu bakımdan, örneğin, başkasının vücuduna nakledilmek üzere, kendi vücudundan organ ya da doku alınmasına rıza gösteren kişi, bu iradesini yazılı olarak beyan etmez ise, verilen rıza, kesin hükümsüz sayılacak ve buna dayanılarak gerçekleştirilen müdahale de hukuka aykırı olacaktır. Buna karşılık, rızanın yazılı olarak verilmemiş olması, sözleşmenin geçerliliğine etki etmez.

Bundan başka, rızanın geçerliliğinin, yazılı şekilde verilmesine bağlandığı durumlarda dahi, tıbbî zorunluluk gereği, bir kimseye âcilen müdahalede bulunulması icap ederse, rızanın yazılı olarak verilmediği gerekçe gösterilerek, müdahalenin hukuka aykırı olduğu iddia edilememelidir. Örneğin karaciğer yetmezliği nedeniyle tedavi gören, ancak durumunun ağırlaşması nedeniyle yoğun bakım ünitesine alınan bir hasta, kendisine uygun bir karaciğerin bulunması hâlinde, naklin gerçekleştirilmesine (meselâ başını sallayarak) rıza gösterebilse dahi, rızasını, yazılı olarak ortaya koyamayabilir. Oysa MK m. 23/f. 3 hükmünün lâfzı, insan kökenli biyolojik maddelerin naklinin de, yazılı rıza ile gerçekleşebileceğini öngörmektedir. Ancak verdiğimiz örnekte, hekimin, harekete geçmek için, hastanın müdahaleye yazılı olarak rıza vermesini ya da hastanın tam anlamıyla komaya girerek, rıza gösteremeyecek bir konuma gelmesini beklemesi düşünülemez. Kanımızca, böyle durumlarda, nasıl ki, bilinç kaybı ya da koma nedeniyle rızası alınamayan bir kişiye yapılan müdahale, onun üstün nitelikteki özel yararı gereği hukuka uygun sayılmaktadır<sup>803</sup>; rıza gösterme kudretine sahip olup da, içinde bulunduğu özel durum nedeniyle, bu rızayı, yazılı bir biçimde ortaya koyamayan hasta üzerinde gerçekleştirilen müdahalenin de, aynı gerekçe ile hukuka uygun olarak kabul edilmelisi gerekir.

---

<sup>803</sup> Bkz. aşağıda Böl. 3, §3, IV, 2.

## IV. Rızanın Aranmadığı Hâller

### 1- Genel Olarak

İnsan kökenli biyolojik maddelerin vücuttan alınması ya da vücuda nakli ile ilgili olarak gerçekleştirilen müdahalelerin hukuka uygunluğu, kural olarak, müdahale esnasında vücut bütünlüğü değeri zarar görecektir olan kişinin, bu müdahaleye rıza göstermesine bağlıdır. Dolayısıyla, kişiden rıza alınmadan, onun vücut bütünlüğü değerine yönelik bir müdahalede bulunulduğunda, bu müdahale hukuka aykırı sayılacak ve müdahalede bulunan kişinin, bu hareketinden dolayı -diğer koşulların da varlığı hâlinde- sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Ancak istisnaî olarak nitelendirilebilecek olan bazı durumlarda, kişilik değerlerine zarar veren müdahale, ilgili kişinin rızası olmadan gerçekleştirilmesine rağmen, hukuka uygun sayılmaktadır. İleride inceleyeceğimiz gibi, özellikle, bir kimsenin hayatta kalabilmesi ya da işlenen bir suçun aydınlatılabilmesi için zorunlu olarak gerçekleştirilmesi gereken müdahaleler, vücutundan biyolojik madde alınan ya da vücutuna biyolojik madde nakledilen kişinin bu konuda rızası olmasa dahi, hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir.

Gerçekten, Anayasa m. 17/f. 2, tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ilkesini ortaya koymuş; MK m. 24/f. 2’de de, kişinin rızası dışında, üstün nitelikte özel veya kamusal bir yararın bulunması ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden birinin varlığı durumunda, kişilik haklarına yönelik müdahalenin hukuka aykırı sayılmayacağı öngörülmüştür.

Biz de, vücutundan biyolojik madde alınan ya da vücutuna biyolojik madde nakledilen kişinin, müdahaleye yönelik rızası bulunmamasına rağmen, gerçekleştirilen müdahalenin hukuka uygun sayıldığı bu hâlleri iki başlık altında inceleyeceğiz.

### 2- Hastanın Üstün Nitelikteki Özel Yararı (Âciliyet ve Tıbbî Zorunluluk Hâlleri)

Tıbbî müdahalenin hukuka uygun sayılması için ana kural, müdahalenin gerçekleştirileceği kişinin rızasının alınması olmakla birlikte, kimi bazı durumlarda bu kimseden müdahalenin gerçekleştirilmesine yönelik olarak rıza alınamayabilir.

Örneğin, apandisiti delindiği için komaya giren ya da geçirdiği kaza nedeniyle kan kaybederek bilincini kaybeden kimselere, apandisitinin alınmasına ya da gerekli miktardaki kanın nakline yönelik müdahalelere rıza gösterip göstermediği sorusu sorulamayacak ve bu kimsenin müdahaleye rıza gösterebilecek bir hâle gelmesi, durumun âciliyeti nedeniyle beklenemeyecektir. Bu tür hâllerde hekim, vakit kaybetmeksizin hastanın vücut bütünlüğüne yönelik olarak müdahalelerde bulunmak mecburiyetindedir<sup>804</sup>. Aksi takdirde, bu kişinin sürekli bir biçimde sakat kalması, hâttâ yaşamını kaybetmesi söz konusu olabilecektir<sup>805</sup>.

Bunun gibi, genel anestezi etkisi altında bulunan bir hasta üzerinde gerçekleştirilmekte olan müdahale sırasında, ameliyat öncesinde öngörülmemiş bir durumla karşı karşıya kalındığında da, vaziyetin ciddiyeti ve âciliyeti nedeniyle müdahaleye son verilerek, hastanın genel anestezinin etkisinden çıkması ve sonradan ortaya çıkan bu yeni durumla ilgili olarak ikinci bir müdahaleye rıza göstermesi beklenemeyebilir<sup>806</sup>. Böyle bir durumda hekimin, gerçekleştirmekte olduğu operasyonun kapsamını genişleterek, genel anestezi etkisi altında bulunan hastaya âcilen müdahalede bulunması icap eder<sup>807</sup>. Ancak hastanın rızası olmaksızın genişletilen müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için, operasyon esnasında

<sup>804</sup> Böyle durumlarda, hekim ile hasta arasında sözleşmesel nitelikte bir ilişki bulunmadığından, hekim ya da ilgili sağlık kuruluşu tarafından, hasta yararına gerçekleştirilmiş olan edimin karşılığı olarak uygun bir ücret ile hâlin gerektirdiği tüm zorunlu ve faydalı masrafların, BK m. 410 vd. hükümleri uyarınca vekâletsiz iş görme kapsamında talep edilebileceği kabul edilmektedir. Bilindiği gibi, bir kimsenin, başkasına ait bir işi görmek iradesiyle hareket edip, bu kişinin yararına ve onun varsayılan (mefruz) iradesine uygun bir biçimde, vekâleti olmaksızın faaliyette bulunması, vekâletsiz iş görme olarak adlandırılmaktadır. Vekâletsiz iş görme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yavuz**, sh. 791; **Gümüş**, C. 2, sh. 435; **Tandoğan**, C. II, sh. 675. Hastadan, kendisine uygulanacak olan tıbbî müdahalenin gerçekleştirilmesi konusunda rıza alınmadığı böylesi durumlarda da, hastanın hukuk alanına müdahalede bulunan hekim, hastanın menfaatine ve onun varsayılan iradesine uygun hareket ettiğinden dolayı, vekâletsiz iş görme hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu görüşte bkz. **Bayraktar**, Hekimin Sorumluluğu, sh. 140; **H. Erman**, sh. 144; **Ayan**, sh. 60; **Şenocak**, Hekimin Sorumluluğu, sh. 40 ve dn. 24'te belirttiği yazarlar. Ayrıca İsviçre hukukunda, bkz. **Bucher**, No: 529; **Guillod**, Le consentement, sh. 180; **Manai**, Biomédecine, sh. 195; **Jeandin**, sh. 260; **Ney**, sh. 42; **Crettaz**, sh. 95; **Rumpf**, sh. 110.

<sup>805</sup> 19.2.1960 tarih ve 10436 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Tıbbî Deontoloji Tüzüğü m. 3 uyarınca, hekim ve diş hekimleri, görev ve uzmanlıkları ne olursa olsun, âcil durumlarda, hastalara gereken tıbbî müdahaleyi yapmakla yükümlü kılınmıştır. Bu bakımdan, âcilen yapılması gereken tıbbî bir müdahaleyi, hastanın rızası bulunmadığı gerekçesiyle gerçekleştirmeyen ve bu nedenle hastanın sağlığı bakımından ağır ve kalıcı nitelikte zararlara neden olan hekimin sorumluluğu gündeme gelecektir.

<sup>806</sup> **Guillod**, Le consentement, sh. 182; **Ney**, sh. 91; **Marchand**, sh. 237; **Dural/Öğüz**, sh. 101; **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 174.

<sup>807</sup> **Leleu/Genicot**, sh. 81-82.

gelişen durumun, hasta açısından hayatî bir önem arz etmesi gerekir. Diğer bir deyişle, âcil müdahale ile, hastanın yaşamına kasteden pek yakın bir tehlikenin bertaraf edilmesi amaçlanmalıdır<sup>808</sup>. Bunun yanında, hastanın rızasını almak uğruna, müdahaleye son verilmesi ve bundan kısa bir süre sonra, hastaya ikinci kez anestezi verilerek yeni bir müdahalede daha bulunulması, onun sağlığı bakımından ciddi zararların doğmasına neden olacaksa, hekimin, hastanın menfaatini ön plânda tutarak, ara vermeksizin operasyona devam etmesi ve tıbbî zorunluluk gerekçesiyle, hastanın rızasını almaya ihtiyaç duymadan, yeni duruma derhâl müdahale etmesi gerekir<sup>809</sup>.

Ancak, operasyon sırasında ortaya çıkan yeni durum, hastanın yaşamını olumsuz yönde etkileyecek derecede önemli olmayıp, âcilen harekete geçilmemesi hâlinde hastanın yaşamı ve sağlığı daha sonra telâfi edilemeyecek şekilde zarara uğramayacaksa, bu takdirde, hastanın rıza gösterdiği müdahalenin tamamlanması, hastanın, ikinci müdahale konusunda karar verebilecek duruma gelmesinin beklenmesi ve ikinci müdahalenin, hastadan alınacak yeni bir rıza doğrultusunda gerçekleştirilmesi gerekir<sup>810</sup>. Ana kuralın, kişiye, kendi rızası doğrultusunda müdahalede bulunulması olduğu unutulmamalıdır<sup>811</sup>.

<sup>808</sup> **Manaï**, Biomédecine, sh. 52.

<sup>809</sup> **Bucher**, No: 537; **Yenerer Çakmut**, Tıbbî Müdahale, sh. 232. Tedavi tekniklerinin gelişmesiyle birlikte ortaya çıkan ve özellikle Yehova şahitlerine uygulanan kansız ameliyatlarda, müdahale sırasında bir komplikasyon ortaya çıkarak, hastanın hayatını kaybetmemesi için, ona âcilen kan verilmesi gerekebilir. Acil bir durumun ortaya çıkması hâlinde dahi, vücuda dışarıdan kan nakledilmeyeceği konusunda hastasına karşı taahhütte bulunan hekimin, operasyon sırasında, böyle bir durumla karşılaşması hâlinde, hastanın iradesine mi yoksa, onun hayatta kalmasına mı öncelik vermesi gerektiği hukukî, etik ve dinî tartışmalara yol açmaktadır. Kanaatimizce, böyle bir durumda, hekim hastasına karşı aksi yönde bir taahhütte bulunmuş olsa dahi, onun ölümüne seyirci kalmaz. Zira, hasta, böylesi bir durumda, daha önce reddettiği kan alımı kararından dönebilecek ve müdahaleye rıza gösterebilecek bir durumda değildir. Zaten bu yöndeki bir anlaşma, MK m. 23 hükmü gereği kesin hükümsüz sayılmalıdır. Kişi, kimseden kendi ölümüne neden olabilecek bir konu hakkında taahhütte bulunmasını talep edemez. Hâttâ, hastanın, kan nakline rıza göstermemiş olmasından hareketle, hastaya gerekli kanı vermeyerek, onun ölümüne sebebiyet veren sağlık personelinin sorumluluğu gündeme gelecektir. Nitekim, hastanın üstün yararı, ona karşı âcil olarak müdahalede bulunulmasını gerektirir. Aksi görüşte bkz. **Özsunay**, Aydınlatma, sh. 43 ve **Şenocak**, Hekimin Sorumluluğu, sh. 43, dn. 34.

<sup>810</sup> **Ayan**, sh. 61.

<sup>811</sup> Bkz. Yarg. 4. HD, 7.3.1977, E. 1976/6297, K. 1977/2541 (<http://www.kazanci.com>) (erişim tarihi: 6.7.2010).

İsviçre Federal Mahkemesi, operasyonun gerçekleştirilmesi sırasında, hastanın vücudundan önemli organ ya da dokuların çıkarılmasını ya da onun vücudunda ciddi değişikliklerin yapılmasını gerektiren bir durumla karşı karşıya kalan hekimin, “tıbbî zorunluluk ve âciliyet hâlleri dışında” bunun için mutlaka hastanın rızasını almak zorunda olduğuna kanaat getirmiştir. Bkz. ATF 108 II 59. Kararda, hekimin, hastanın sağlığı açısından tehlike yaratmadıkça, onun rızasını almak için, müdahaleyi sona erdirmesi gerektiğine hükmedilmiştir.



Örneğin, bir kadın hastanın cinsel organındaki miyom ve kistlerin alınması amacıyla gerçekleştirilen müdahale esnasında, hekim, rahimde yayılmış nitelikte kanser hücreleri bulunduğunu fark ederse, hastanın, narkoz etkisi altında olması ve rızasını açıklayacak durumda olmamasını gerekçe göstererek, hastanın rahmini alamaz. Hekim, ameliyatı neticelendirerek, hastanın narkoz etkisinden çıkmasını beklemeli, yeni durumu hastaya açıklamalı ve hastanın, rahmin alınmasına yönelik müdahaleye rıza göstermesi hâlinde, ikinci bir operasyonla bu sonucu gerçekleştirmelidir. Zira rahmin alınması, daha sonraki bir tarihe ertelenemeyecek kadar âcil ya da, derhâl gerçekleştirilmemesi durumunda, hastanın yaşamını kaybetmesine neden olacak derecede hayatî bir müdahale sayılmaz. Üstelik, vücuttan bir organın alınması, hastanın sağlığı bakımından telâfisi mümkün olmayan, kalıcı ve ağır sonuçlar doğurabilmektedir. Gerçekten, rahmin alınması ile, kadın hastanın çocuk doğurabilme yeteneği de ortadan kalkmaktadır. Böylesine önemli sonuçları olan bir kararı, hekimin değil, bizzat hastanın vermesi gerekir. Aksi yöndeki düşüncenin kabulü, hekimin, hastadan müdahale konusunda bir kere rıza aldıktan sonra, operasyon esnasında ortaya çıkan sorunların çözümüne yönelik her türlü kararı, tek başına alabilmesine imkân sağlar.

Bundan başka, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilere âcilen tıbbî müdahalede bulunulması gereken hâllerde, yasal temsilcinin onayını almak, tam ehliyetsiz kişinin yaşamını kaybetmesine ya da sağlığının geri dönüşü olmayacak bir biçimde bozulmasına neden olabilecek bir vakit kaybına sebebiyet veriyorsa, tam ehliyetsiz kişinin üstün yararı gereği, yasal temsilcinin rızasının alınmasına gerek duyulmaz<sup>812</sup>.

---

Benzer bir davada da, sağ ayağındaki orta parmağının cerrahî bir müdahale ile kısaltılmasını isteyen hastanın, operasyon esnasında, sol ayağındaki orta parmağını da küçülten hekim, hastasının bu konuda rızasını almamış olması ve durumun, hasta sağlığı açısından tıbbî bir zorunluluk teşkil etmemesi nedeniyle, meydana gelen zarardan sorumlu tutulmuştur. Karar için bkz. ATF 6S. 652/1997. Kararların fransızca özeti için bkz. **Manai**, *Biomédecine*, sh. 51-52.

<sup>812</sup> Zaten HHY m. 24/f. 3 hükmü de, yasal temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhâl müdahale edilmediği takdirde, onun hayatı veya hayatî organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartının aranmayacağını öngörmektedir. Kendi parmaklarını kesen akıl hastası örneği için bkz. dn. 742 ve buna bağlı metin.

Bu gibi tıbbî zorunluluk hâllerinde, hekimin, hastanın varsayılan (mefruz) rızasına göre hareket ettiği de düşünülebilir<sup>813</sup>. Gerçekten, kişilik değerleri tıbbî müdahale neticesinde zarar görecektir olan kişinin rızasının aranmadığı bu gibi istisnâî durumlarda, bu kişinin, müdahalenin gerçekleşip gerçekleşmemesi konusunda karar verebilecek bir vaziyette olsaydı, hayatın normal akışına göre<sup>814</sup>, müdahaleye rıza göstereceği varsayılmakta ve müdahale, varsayılan bu rıza doğrultusunda gerçekleştirilmektedir.

Mevzuatımıza bakıldığında, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/f. 1, tıbbî müdahalelerde hastanın rızasının alınması gerektiği yönündeki ana kuralı ortaya koyduktan sonra, hastanın ifade gücünün olmadığı hâllerde, bu şartın aranmayacağını belirtmiştir. Keza, TŞK m. 70/f. 1'e göre, "üzerinde ameliye yapılacak şahıs, ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir".

Kanunkoyucunun, hastanın iradesi ile beyanı arasında herhangi bir fark gözetmeyecek tarzda ifadeler kullanması kanaatimizce isabetsiz olmuştur. Zira müdahale için kimi hâllerde, rızanın aranmayabileceği yönündeki istisnanın sebebi, hastanın müdahaleye rıza gösterdiğini beyan ya da ifade edememesinden değil; onun, müdahalenin yapılıp yapılmayacağı konusunda karar verebilecek bir iradeye sahip olamamasından kaynaklanmaktadır. Müdahalenin gerçekleştirilmesi ya da gerçekleştirilmemesi yönünde sağlıklı ve özgür bir iradeye sahip olan, ancak bu arzusunu ifade edemeyen hastadan, bu doğrultudaki iradesi, herhangi bir şekilde anlaşılıp tespit edilebiliyorsa, müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için, onun rızasının alınması şarttır. Bu nedenle, gerek HHY'nin gerekse TŞK'nin ilgili maddelerinde yer alan "*ifade gücünün olmaması*" ya da "*ifadeye muktedir olmama*" şeklindeki ifadeler, "hastanın rıza vermeye muktedir olmaması" veya "hastadan rıza alınamaması" şeklinde anlaşılmalıdır<sup>815</sup>. Örneğin sağır dilsiz ya da felç olması

<sup>813</sup> **Guillod**, Le consentement, sh. 180-181; **Deschenaux/Steinauer**, No: 588d; **Jeandin**, sh. 260.

<sup>814</sup> Bu bakımdan, gerçekleştirilen müdahaleye kişinin rıza gösterip göstermeyeceği yönünde bir varsayımda bulunulurken, somut olaydaki kişinin değil, orta zeka seviyesine sahip, makûl bir üçüncün kimsenin böyle bir durum karşısında, nasıl hareket edeceği dikkate alınarak, objektif bir değerlendirme yapılmalıdır. Bkz. **Şenocak**, Hekimin Sorumluluğu, sh. 43.

<sup>815</sup> Nitekim İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 8. maddesinde, bir kimsenin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahalenin derhâl yapılabilmesi, bu kimseden "*âcil bir durum nedeniyle uygun muvafakatin alınamaması*" şartına bağlanmıştır. Hükümde kullanılan bu ifade, zikrettiğimiz maddelerde varolduğuna inandığımız anlam karışıklığına mahâl vermemektedir.

nedeniyle, ifade gücü bulunmayan, buna karşılık kendisine uygulanacak tedavi hakkında olumlu ya da olumsuz bir kanaate varabilecek yeterlilikte bir iradeye sahip olan bir hastaya müdahalede bulunulması söz konusu olduğunda, doğrudan doğruya rıza şartının aranmayacağını söylemek mümkün değildir. Müdahaleye rıza gösterdiğini açık bir biçimde ifade edemeyen, buna karşılık rıza iradesini, ifadenin yerini tutan davranışlarla dışı vurabilen bir hasta ile karşı karşıya kalan hekimin, kural olarak, yardımcı kişiler vasıtasıyla, hastasının anlayabileceği tarzda, ona yönelik açıklamalarda bulunması ve onun gerçekleştirdiği hareket ve davranışlarla müdahaleye rıza verdiği konusunda yeterli kanaate ulaştıktan sonra bu müdahaleyi gerçekleştirmesi gerekir.

Bir kimsenin, hayatta kalmak konusunda sahip olduğu üstün nitelikteki özel yararın, onun rızasından daha ön plânda tutuluyor olması, kişinin kendi kaderi hakkında yalnızca kendisinin karar vereceği yönündeki genel ilkeye de, bir bakıma önemli bir istisna getirmektedir. Nitekim bazı durumlarda, hastanın, belli bir müdahalenin gerçekleştirilmemesi yönünde ortaya koymuş olduğu kesin bir iradesi bulunsa dahi, onun yaşamını sürdürmesinde görülen “üstün nitelikteki özel yararı”, bu iradenin göz ardı edilmesini gerektirebilmektedir. Bu konu, “kişinin yaşamı mı, yoksa iradesi mi ön plânda tutulmalı” ekseninde yürütülen tartışmanın<sup>816</sup> da önemli bir ayağını oluşturmaktadır<sup>817</sup>.

<sup>816</sup> Bilindiği gibi, bu tartışmanın önemli bir kısmını ise kişinin kendi ölümüne karar verebilmesi anlamına gelen “ötenazi” konusu oluşturmaktadır. Ötenazinin, hukuka aykırılığı kaldırıp kaldırmayacağı yönündeki tartışmalar için bkz. **Bayraktar**, Hekimin Sorumluluğu, sh. 151; **Thévenaz**, No: 231-239. Ötenazi kavramı, türleri ve hukuksal sonuçlarının Türk hukuku ve mukayeseli hukuk bakımından değerlendirilmesi konusunda bkz. **Özsunay**, Hayatın Başlangıcı, sh. 39-48 ve **Yenerer Çakmut**, Tıbbî Müdahale, sh. 140.

<sup>817</sup> Özellikle Anglo-Amerikan hukukunda çoğunlukla kabul gören ve kişinin yaşamına nazaran onun iradesine ağırlık veren liberal görüş ile Kıta Avrupası hukuk sistemindeki, kişinin yaşamını, kendi iradesine karşı dahi koruma yönündeki eğilim arasında derin farklılıklar göze çarpmaktadır. Ancak, bu sistemleri kabul eden ülke mevzuatlarında dahi, bağlı oldukları sistemdeki genel eğilimden farklı bir çok düzenlemenin bulunduğu da rahatlıkla söylenebilir. İki sistem arasındaki farklılıklar konusunda karşı. **Baudouin/Labrusse-Riou**, sh. 193 ve **Guillod**, Le consentement, sh. 37-52.

Bu bağlamda, ülkemizde sayıları çok fazla olmamakla birlikte, Yehova şahidi inancına bağlı olan kişiler de, başka kimselerden elde edilen bir biyolojik maddenin ve özellikle kanın, herhangi bir gerekçe ile kendi vücutlarına nakledilmesine rıza göstermemektedirler. Bu kişilerin, kendi vücutlarına dışarıdan biyolojik madde nakledilmemesi konusunda sahip oldukları “irade” ile, naklin gerçekleşmemesi durumunda sona ereceğine kesin gözle bakılan “yaşam değeri” arasında yapılması gereken tercih, değişik hukuk sistemlerinde, birbirine tamamen zıt olan mahkeme kararlarının ortaya çıkmasına neden olmaktadır.

Örneğin, ABD’nin Connecticut Eyaleti Yüksek Mahkemesi’nin 16.4.1996 tarihinde vermiş olduğu karara konu olan olayda, doğum sonrasında aşırı kan kaybeden ve ölmek üzere olduğu için açılan müdahalede bulunulması gereken Yehova şahidi kadın hastanın vücuduna, davalı

Tıbbî zorunluluk hâllerinin, incelemekte olduğumuz konuyla diğer bir bağlantısı ise şudur: İnsan kökenli biyolojik maddenin vücuttan alınması ya da vücuda nakli konusunda gerçekleştirilen müdahalenin, hastanın rızası alınmamış olmasına rağmen, hukuka uygun sayılabilmesi için; bu müdahalenin, vücuduna biyolojik madde nakledilen veya vücutundan biyolojik madde alınan kişinin yaşamını kaybetmemesi ya da en azından sağlığına kavuşabilmesi amacıyla yapılmış olması gerekir. Bu bakımdan, örneğin başka bir kişinin vücuduna nakil, bilimsel nitelikteki bir araştırmaya destek sağlanması, biyolojik maddenin saklanması, estetik bir görünümün sağlanması ya da sağlık durumunun teşhis edilmesi gibi, vücutundan biyolojik madde alınan kişiye, kendi tedavisi dışındaki amaçlarla müdahalede bulunulacak ise, bu kişiden, müdahale öncesinde rıza alınması zorunludur. Aksi takdirde yapılan müdahale hukuka aykırı sayılacaktır. Özetle, tedavi amacı dışındaki müdahalelerde, “hastanın üstün nitelikteki özel yararı” gerekçesiyle, hastanın rızasının alınması koşulu bertaraf edilemez.

---

hastane işletmesi tarafından kan nakledilmiş ve kadının hayata dönmesi sağlanmıştır. Kendisine başvuru Connecticut Yüksek Mahkemesi, davacının, kan naklini, her ne olursa olsun reddettiğine dair önceden vermiş olduğu beyanına rağmen, onun vücuduna kan nakleden hastane işletmesinin; Common law sisteminin önemli ilkelerinden olan “*self-determination*” (kişinin kendisi ile ilgili karar alma) hakkını ihlâl ettiğine hükmetmiştir. Karar için bkz. *Stamford Hospital v. Vega*, Atl. Rptr. 1996 April 16; 674: 821-34. Kararın özeti için bkz. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11648307> (erişim tarihi: 8.7.2010).

Buna karşılık, bu karardan hemen iki yıl sonra, çok benzer bir olayın konu olduğu 1998 tarihli Fransız mahkemesi kararında, Paris İstinaf İdare Mahkemesi, acil bir durumla karşı karşıya kalan ve alternatif bir tedavi yöntemine başvurma imkânı bulunmayan hekimin, Yehova şahidi hastaya kan nakletmesinin, kusur olarak nitelendirilemeyeceğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre, “*kan nakli konusundaki müdahale, hasta tarafından daha önceden herhangi bir nedenle reddedilmiş olsa dahi, onun hayatta kalması için kaçınılmaz olan bu müdahaleyi gerçekleştiren hekim, görevini yerine getirmiş sayılır*”. Bkz. Cour administrative d’appel de Paris, 9.6.1998, N° 95PA03653. Karar metni için bkz. <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007436407&fastReqId=258702862> (erişim tarihi: 8.7.2010).

Kararın, davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine, dosya kendisine gelen Fransız Danıştay, hekimlerin, kural olarak, hastalarının dinî inançlarına saygı göstermekle yükümlü olduklarının altını çizmekle birlikte; hastanın içinde bulunduğu âcil durum dikkate alındığında, hastasının inançlarına aykırı olarak tıbbî müdahalede bulunan davalı hekimin sorumluluğuna hükmedilemeyeceğine karar vermiştir. Bkz. Conseil d’État, 26.10.2001, N° 198546. Karar metni için bkz. <http://www.conseil-etat.fr/cde/node.php?articleid=891> (erişim tarihi: 8.7.2010).

### 3- Üstün Nitelikteki Kamu Yararı ve Kanunun Verdiği Yetkinin Kullanılması

#### a) Genel Olarak

Kişinin vücudundan, onun rızası olmaksızın biyolojik madde alınması, kimi hâllerde de üstün nitelikte bir kamu yararının bulunması ve kanun tarafından verilen bir yetkinin kullanılması gerekçesiyle hukuka uygun sayılmaktadır. Gerçekten MK m. 24/f. 2 hükmüne göre, kişilik haklarına yapılan saldırının hukuka aykırı sayılmaması için aranan hukuka uygunluk sebeplerinden biri de, üstün nitelikteki kamusal yarar ile kanunun verdiği yetkinin kullanılmasıdır. Aslına bakılacak olursa, “üstün nitelikteki kamusal yarar” ile “kanunun verdiği yetkiye dayanılması”, öğretilde<sup>818</sup> iki farklı hukuka uygunluk sebebi olarak ele alınmaktadır. Buna karşılık biz, kişinin rızası ya da üstün nitelikte özel bir yararın bulunmamasına rağmen, vücuttan biyolojik madde alınmasının hukuka aykırı sayılmadığı durumlarda, üstün nitelikte kamusal bir yarar<sup>819</sup> ile kanun tarafından verilen yetkinin kullanılmasının genellikle bir arada bulunduğunu dikkate alarak, bu iki hukuka uygunluk sebebini, aynı başlık altında incelemeyi uygun gördük<sup>820</sup>.

İnsan kökenli biyolojik maddelerin vücuttan alınması ya da bir takım veriler elde etmek üzere kullanılması hususunda kanun tarafından verilen yetki, özel hukuktan kaynaklanabileceği gibi, kamu hukukundan da kaynaklanabilmektedir. Biz de, kişilerin vücudundan kanun tarafından verilen yetkiye dayanılarak biyolojik madde alınması hususunu, bu ayrımı dikkate alarak inceleyeceğiz.

#### b) Özel hukuktan kaynaklanan bir yetkinin kullanılması

Kanun tarafından verilen yetkinin, özel hukuktan kaynaklandığı en önemli alanlardan biri, HUMK m. 367’de düzenlenen “özel hüküm sebepleri” başlığı altında karşımıza çıkmaktadır. Özel hüküm sebepleri, dava konusu olan şeyin, bizzat hâkim

<sup>818</sup> Bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir**, Kişiler Hukuku, sh. 177, 185; **Akıpek/Akıntürk/Ateş Karaman**, sh. 402; **Helvacı**, Kişilik Hakkı, sh. 117, 121; **Dural/Öğüz**, sh. 143.

<sup>819</sup> Söz konusu hukuka uygunluk sebebi, özellikle, kitle iletişim araçlarıyla yapılan müdahaleler bakımından önem taşımaktadır. Bkz. **Dural/Öğüz**, sh. 143.

<sup>820</sup> Üstün nitelikte kamu yararının bulunduğu iddia edilen birçok durum ve örnekte, hukuka uygunluk sebebini, aslında, kanunun verdiği yetkinin kullanılmasının oluşturduğu yönünde bkz. **Helvacı**, Kişilik Hakkı, sh. 119.

tarafından duyu organları ile veya bilirkişi aracılığıyla incelenmesi sonucunda elde edilen veriler olarak tanımlanmaktadır<sup>821</sup>.

Bazı hâllerde, hâkimin, dava konusunda belli bir kanaate varabilmesi için, kişilerin vücudundan tetkik ve teşhis amacıyla insan kökenli biyolojik madde alınması ve bu maddeler üzerinde çeşitli incelemelerde bulunulması gereği doğar<sup>822</sup>. Meselâ, soybağının reddi (MK m. 286 vd.), tanımanın iptâli (MK m. 298 vd.) ve babalık (MK m. 301 vd.) davası gibi davaların çözümlenmesinde, çoğunlukla kan muayenesi ve DNA analizine başvurulmaktadır<sup>823</sup>. Vücuttan alınan biyolojik madde üzerinde gerçekleştirilen tetkiklerin sonuçları, görülmekte olan davada takdirî bir delil niteliğindedir<sup>824</sup>.

Kişinin rızasına ihtiyaç duyulmadan, kan ya da DNA molekülü gibi biyolojik maddelerin vücuttan zorla alınması sonucunu doğuracak olan keşfe katlanma zorunluluğu ise, şu anki mevzuatımızda yer almamakla birlikte, bu doğrultudaki bir hükme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında<sup>825</sup> yer verildiği görülmektedir.

Adalet Komisyonu tarafından kabul edilen Tasarı metninin “Soybağı Tespiti İçin İnceleme” başlığı altındaki 298. maddesinde, uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike

<sup>821</sup> Hakan **Pekcanitez**/Oğuz **Atalay**/Muhammet **Özekes**, *Medenî Usûl Hukuku*, 8. Bası, Ankara 2009, sh. 488-489. Uygulamada, tüm bu durumlar için keşif kararı verilse de, teknik anlamda “keşif” (HUMK m. 363-366), hukukumuzda yalnızca taşınmazlar için düzenlenmiş olan kurumun adıdır. Bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, sh. 489. Bu bakımdan, keşif hakkındaki hükümler, kıyasen özel hüküm sebepleri hakkında da uygulanır. Ayrıca bkz. Baki **Kuru**/Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**, *Medenî Usul Hukuku*, Ankara 2008, sh. 463.

<sup>822</sup> Dava bakımından önem arz eden taşınır malların incelenmesi ve muayenesi hâkim tarafından da yapılabilmeyle birlikte; insan kökenli biyolojik madde üzerinde gerçekleştirilen inceleme ve analizler özel ve teknik bir bilgi gerektirdiğinden, hâkim bu incelemenin yapılması için mutlaka bilirkişiden yardım isteyecektir. Bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, sh. 464; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, sh. 488-489; Saim **Üstündağ**, *Medenî Yargılama Hukuku*, Cilt I-II, İstanbul 2000, sh. 761.

<sup>823</sup> **Yıldırım**, sh. 34.

<sup>824</sup> **Kuru/Arslan/Yılmaz**, sh. 463.

<sup>825</sup> Adalet Komisyonu Raporunda yer alan madde gerekçesine bakıldığında, kişilerin vücudundan zorla biyolojik madde alınabilmesinin, soybağı ile ilgili davaların kamu düzeninden sayılması ile açıklandığı görülmektedir. Bu nitelikteki davalarda, hâkim, maddî hadiseyi kendiliğinden araştırarak ve serbestçe değerlendirecektir. Gerekçeye göre, davanın tarafları ile üçüncü kişilerin, kendi vücutlarından kan ya da doku alınmasına katlanmak zorunda bırakılmaları, “işin önemi”nden kaynaklanmaktadır. Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574) (<http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmgk/hmk.pdf>) (erişim tarihi: 3.10.2010).

oluşturmamak şartıyla, gerek davanın taraflarının, gerekse üçüncü kişilerin, kendi vücutlarından, soybağının tespiti amacıyla kan veya doku alınmasına katlanmak zorunda oldukları belirtilmektedir. Tasarıya göre (m. 298/ f. 1), haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmadığı takdirde, hâkim, incelemenin zor kullanılarak yapılmasına da karar verebilecektir. Ayrıca, davanın tarafı olmayan üçüncü kişiler, tanıklıktan çekinme haklarının bulunduğu ileri sürerek, bu yükümlülükten kaçınamayacaklardır (m. 298/ f. 2).

Yürürlükteki düzenlemeye bakıldığında ise, soybağına ilişkin davalarda, yargılama usulüne dair bazı kurallar ortaya koyan MK m. 284/f. 1/b. 2’de, taraflar ve üçüncü kişilerin<sup>826</sup>, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlü oldukları öngörülmekle birlikte; davalının, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermemesi hâlinde, hâkimin, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, davalının aleyhine doğmuş sayabileceği belirtilmektedir<sup>827</sup>.

Bu durumda, soybağının belirlenmesine ilişkin bir davada, ispat yükü kendisinde olan, ancak kendi vücudundan biyolojik madde alınmasına rıza

<sup>826</sup> Örneğin, anne tarafından, tanıyana karşı açılan tanınmanın iptâli davasında (MK m. 298) ve yine anne tarafından, baba olduğu iddia edilen kişiye karşı açılan babalık davasında (MK m. 301) çocuk, üçüncü kişi konumundadır.

<sup>827</sup> Öğretide, MK m. 284 hükmünün, taraflara, vücutlarından örnek alınmasına katlanma yükümlülüğü getirmediği, ancak, muayene amacıyla vücudundan biyolojik madde alınmasına rıza göstermekten kaçınan tarafın, davayı kaybetme riski ile karşı karşıya kalacağı düşüncesi hâkimdir. Bkz. bu görüşte, **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, sh. 489; H. Yavuz **Alangoya/M. Kâmil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım**, Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009, sh. 361-362.

Kanımızca, MK m. 284/f. 1/b. 2 hükmü “*Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse*” demek suretiyle, böyle bir ihtimâlin gerçekleşebileceğini öngörmüş ve davasını kaybetme riskini göze alan kişiye, vücut bütünlüğüne dokunulmasını reddetme imkânını tanımıştır. Yasakoyucu, davalıya böyle bir imkân tanımak istemeseydi ikinci bendi, ikinci cümle olmaksızın düzenler, böylelikle, tarafların ve üçüncü kişilerin araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlü olduklarını söylemekle yetinirdi. İkinci bendin ikinci cümlesinin açık hükmüne rağmen, davanın aleyhine sonuçlanmasını dahi göze alan bir kişinin vücudundan zorla örnek alınabileceğini savunmanın isabetli olmadığını düşünüyoruz. Ayrıca, MK m. 284/f. 1/b. 2 hükmünün, Anayasa m. 17/f. 2 ve MK m. 23 hükümleri ile uyumlu olduğu yönünde bkz. **Memiş/Yıldırım**, sh. 299. Yazarlar, soybağının tespiti amacıyla dahi olsa, kan vermek istemeyen bir kişiye fizikî zorlamada bulunularak, ondan kan veya doku alınmasının, kişilik hakkının çok ağır bir ihlâli olduğunu ve bu müdahalenin insan onuru ile bağdaştırılmasının mümkün olmadığını ifade etmektedirler. Aksi görüş için bkz. Recep **Akcan**, Medenî Usul Hukukundaki Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması (Yeni Bir Hüküm Olan Medenî Kanun madde 284 Üzerine İnceleme), Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, sh. 912, 913, 914 ve Ali Cem **Budak**, Türk Medenî Usul Hukukunda Tıbbî Deliller, YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C. 3, S. 2, 2006, sh. 339-340.

göstermeyen taraf, iddia ettiği vakıayı ispat edememiş sayılacak ve bu nedenle, dava onun aleyhine sonuçlanacaktır. İspat yükü kendisinde olmayan, buna karşılık, vakıaların aydınlatılmasına katılmakla yükümlü olan taraf ise, vücudundan biyolojik madde alınmasına rıza göstermediği takdirde, mahkemenin, karşı tarafın iddialarının doğru olduğuna kanaat getirmesine katlanmak durumunda kalabilir<sup>828</sup>. MK m. 298 uyarınca tanımanın iptâli davası açan bir anne, davasını kazanabilmek için, çocuğunun biyolojik babasının, tanıyan olmadığını ispat etmek durumundadır<sup>829</sup>. Böyle bir davada, davalı konumunda bulunan tanıyan, soybağının tespiti için kendi vücudundan, biyolojik madde alınmasına da rıza göstermezse, mahkeme, karşı tarafın (davacı annenin) iddialarının doğru olduğunu ve tanıyanın, çocuğun biyolojik babası olmadığını kabul edecektir<sup>830</sup>.

Şayet davalı, kendi vücudundan biyolojik madde alınmasına rıza gösterir de, davanın tarafı olmayan ve üçüncü kişi konumunda olan tam ehliyetli çocuk, DNA tespiti amacıyla kendi vücudundan biyolojik madde alınmasına rıza göstermezse, onun vücudundan zorla biyolojik madde alınmasına karar verilebilecek midir?

MK m. 284 hükmü, vücudundan biyolojik madde alınmasına rıza göstermeyen davacı ve davalı hakkında bir yaptırım öngörmesine rağmen, üçüncü

<sup>828</sup> Pekcantez/Atalay/Özekes, sh. 487.

<sup>829</sup> Bkz. Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2010, sh. 274, 276.

<sup>830</sup> Babalık davasında, baba olduğu iddia edilen davalı da, vücudundan DNA örneği alınmasına rıza göstermezse, mahkeme, MK m. 284/f. 1/b. 2 gereği, onun babalığına hükmedebilir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, bu yönde bir yasal düzenlemeye sahip olmadığı gerekçesiyle, Hırvatistan Devleti'ni tazminat ödemeye mahkûm ettiği 7.2.2002 tarihli kararı için bkz. *Mikulic v. Croatia* (no. 53176/99). Davaya konu olayda, evlilik dışı bir çocuğun, biyolojik babası olduğunu iddia ettiği kişiye karşı, Hırvatistan'da açmış olduğu babalık davası; davalının, DNA testi yaptırmayı kabul etmemesi ve davacı çocuğun iddiasını ispatlayamaması nedeniyle yetkili mahkeme tarafından reddedilmiştir. İç hukuk yollarının tükenmesi sonucunda, konuyla ilgili olarak kendisine başvuru Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çocuğun soybağının belirlenmesi konusundaki menfaati ile baba olduğu iddia edilen kişinin, genetik teste zorlanamayacağı yönündeki menfaati arasında bir karşılaştırma yaparak, çocuğun menfaatinin diğer menfaate nazaran daha üstün konumda olduğuna karar vermiştir. İnsan Hakları Mahkemesi, yasalarında, baba olduğu iddia edilen kişiyi, ne DNA örneği vermeye zorlayan, ne de, DNA örneği vermediği takdirde, babalığına hükmedileceğini öngören bir hüküm bulundurmaması nedeniyle, Hırvatistan Devleti'nin, davacı çocuğun özel yaşam hakkını ihlâl ettiğine kanaat getirmiştir. Kararın İngilizce metni için bkz. [http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_cooperation/family\\_law\\_and\\_children's\\_rights/judgments/mikulic%20%2053176jv.chb1%2007022002e.asp](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/family_law_and_children's_rights/judgments/mikulic%20%2053176jv.chb1%2007022002e.asp) (erişim tarihi: 10.7.2010).



kişiler bakımından suskun kalmaktadır<sup>831</sup>. Aslında, maddenin ikinci bendinin ilk cümlesinde yer alan “...yükümlüdürler” ifadesi de kanımızca doğru bir biçimde kullanılmamıştır. Zira ikinci bent bir bütün olarak değerlendirildiğinde, ilk cümlede, tarafların ve üçüncü kişilerin vücutlarından biyolojik madde alınmasına rıza göstermekle yükümlü oldukları söylenirken; bendin ikinci cümlesinde, davalının, kendi vücudundan biyolojik madde alınmasına rıza göstermeme imkânına sahip olduğu belirtilmektedir. Eğer bu, maddede yer aldığı gibi bir “yükümlülük” olsaydı; davalı, kendi vücudundan zorla biyolojik madde alınmasına katlanmak mecburiyetinde kalacaktı. Oysa davalı, vücudundan biyolojik madde alınmasına rıza göstermezse buna zorlanamayacak, fakat ikinci cümlede yer aldığı gibi, bu davranışının kendi aleyhine bir sonuç doğurmasına katlanacaktır. O hâlde, vücuttan biyolojik madde alınmasına rıza gösterme, hukuken bir “yükümlülük” değil, bir “kulfet” niteliğindedir.

Görüldüğü gibi, MK m. 284/f. 1/b. 2’in ilk cümlesi ile ikinci cümlesi birbiri ile uyumsuzdur. Maddenin, kendi içerisinde tutarlılık gösterebilmesi için diğer bir ihtimâl ise, ikinci cümlenin, ilk cümle ile ortaya konulan kurala bir istisna getirmeyi amaçlamış olduğunun kabulüdür. Bu ihtimâl kabul edilirse, ana kuralın, vücuttan biyolojik madde alınmasına katlanma zorunluluğu olduğu; bununla birlikte, bu kurala, yalnızca “davalı” bakımından bir istisna tanındığı (yalnızca davalının rıza göstermeme hakkına sahip olduğu) ve davaya taraf olmayan üçüncü kişilerin, hiçbir şekilde vücutlarından biyolojik madde alınmasına karşı koyamayacakları sonucu çıkacaktır.

Kanaatimizce, davaya taraf olan bir kişinin (davalının) vücut bütünlüğü değeri üzerinde herhangi bir zorlama yapılamayacağı kabul edildikten sonra (m. 284/f. 1/b. 2’nin ikinci cümlesi), bu yönde bir zorlamanın, davanın tarafı olmayan üçüncü kişilere karşı gerçekleştirilebileceğinin savunulması tutarlı ve isabetli olmaz. Diğer bir deyişle, vücudundan biyolojik madde alınmasına rıza göstermeme hakkı,

<sup>831</sup> Aynı yönde bkz. Meral **Gürbüz**, Bir İspat Aracı Olarak Gen ve DNA İncelemeleri, EBD, S. 7, Haziran 2005, sh. 62-63. Yazar, adı geçen hükmün, sadece taraflar bakımından bir yaptırım öngördüğünü; vücutlarından örnek alınmasına rıza göstermeyen ve davanın tarafı olmayan üçüncü kişilere ise, herhangi bir yaptırım uygulanamayacağını savunmaktadır.

davalıya tanınıyorsa; bu hakkın, davanın tarafı olmayan üçüncü kişilere evleviyetle tanınması gerekir.

Öte yandan, anayasa ile teminat altına alınmış bir hak olan “vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı”na bir istisna getirerek, bu değere zorla müdahalede bulunulmasına imkân tanıyan yetkinin mutlaka bir kanun maddesi ile açık olarak düzenlenmesi gerekir. Üçüncü kişilerin, kendi vücutlarından biyolojik madde alınmasına katlanmak zorunda olup olmadıkları konusunda son derece belirsiz ve şüphe yaratan bir özellik taşıyan MK m. 284/f. 1/b. 2 hükmü ise, bu nitelikte bir kanun maddesi değildir.

Sonuç olarak biz, MK m. 284/f. 1/b. 2'nin ilk cümlesinde yer alan “yükümlülük” ifadesinin, “kulfet” olarak anlaşılması gerektiğini düşünüyoruz. Böylelikle, özel hukuktan kaynaklanan bir yetkiye dayanılarak, kişinin vücudundan biyolojik madde alınması ve kullanılması, mevcut düzenlemeler bakımından söz konusu olmayacak; dolayısıyla, gerek davalının, gerekse davaya taraf olmayan üçüncü kişilerin vücutlarından, soybağının belirlenmesi amacıyla dahi olsa, cebir yoluyla biyolojik madde alınması hukuka aykırı sayılacaktır.

### c) Kamu hukukundan kaynaklanan bir yetkinin kullanılması

İnsan vücudundan biyolojik madde alınırken ve alınan biyolojik maddeler üzerinde bir takım araştırmalar yapılırken, vücudundan madde alınan kişinin rızasının aranmadığı hâllerden biri de, kamu hukukundan doğan bir kanun yetkisinin kullanılmasıdır. Örneğin, bir kimsenin suç işlediğinden şüphe edilmesi hâlinde, bu kimsenin kişilik değerlerine, özellikle de vücut bütünlüğü değerine doğrudan etki eden bir takım önlemlerin alınması gereği doğmaktadır. Gerçekten, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, şüpheli ya da sanık<sup>832</sup> ile diğer kişiler üzerinde beden muayenesi yapılması ve bunların vücutlarından örnek alınması hususları düzenlenmektedir<sup>833</sup>. Bir suça ilişkin olarak delil elde etme amacıyla gerçekleştirilen

<sup>832</sup> CMK m. 2/f. 1 uyarınca, soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiye “şüpheli”; iddianamenin kabul edilerek, kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadarki süreç içerisinde suç şüphesi altında bulunan kişiye ise “sanık” adı verilmektedir.

<sup>833</sup> Ceza yargılamasında beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının hukukî niteliği konusunda ortaya atılan farklı görüşler için bkz. Nur **Centel**/Hamide **Zafer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2010, sh. 270-273; **Kızıllar**, Ceza Muhakemesi, sh. 185.

bu tür müdahaleler<sup>834</sup>, “koruma tedbiri” olarak adlandırılmakta ve kanun tarafından verilen bir yetkiye dayanması nedeniyle de hukuka aykırı sayılmamaktadır<sup>835</sup>.

Soruşturma ve kovuşturmayla konu olan olaylar ile vakıaları aydınlatabilmek ve bir suça ilişkin olarak delil elde etmek amacıyla, şüpheli, sanık ya da diğer kişilerin vücudundan çoğunlukla, kan, tükürük, saç, cinsel salgı, tırnak, vücut kılı, deri parçası, dışkı ve idrar gibi biyolojik maddeler alınmaktadır<sup>836</sup>. Bir kimsenin vücudundan bu gibi biyolojik maddelerin alınması, CMK m. 75’de “iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” başlığı altında düzenlenmektedir<sup>837</sup>.

Sanık ya da şüphelinin vücudundan alınan biyolojik maddeler üzerinde çeşitli incelemelerde bulunmakta ve olay yeri incelemesinden ya da mağdurun beden muayenesinden elde edilen örneklerin, bu maddelerle karşılaştırması yapılarak, örneklerin faile ait olup olmadığı, gerçekleştirilen DNA analizi ile kesine yakın bir şekilde tespit edilebilmektedir<sup>838</sup>.

<sup>834</sup> Vücuttan örnek alınmasına yönelik müdahalenin, suç işlenmesi ile bozulan kamu barışının tekrar sağlanması ihtiyacı ile sanık, şüpheli ya da üçüncü kişilerin bedenine saygı ve sağlık hakkı arasında bir çatışma meydana getirdiği yönünde bkz. **Centel/Zafer**, sh. 270. Yazarlar, bu iki menfaat arasındaki hassas dengenin, ancak konuyu ayrıntılı bir biçimde düzenleyen, sıkı yasa hükümleri vasıtasıyla korunabileceğinin altını çizmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. Hakan **Kızılarslan**, Hukuka Aykırı Delil Açısından Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma İşlemleriyle İlgili 5271 sayılı CMK Düzenlemesi ve Uygulamada Sorunlar, Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul 2009, sh. 319.

<sup>835</sup> İsviçre Federal Mahkemesi, 2002 tarihli bir kararında, çocuklara karşı cinsel saldırıda bulunmakla suçlanan bir sanığın DNA profilinin ortaya çıkarılması amacıyla, sanığın ağız mukozasından parça alınmasını, önemli nitelikte bir saldırı olarak kabul etmemiştir. Federal Mahkeme, sanığın DNA profilinin, DNA bilgi sistemine aktarılması amacıyla gerçekleştirilen biyolojik madde alımını, kullanımını ve kaydını, ne sanığın vücut bütünlüğünün ne de onun kişisel verilerinin korunması konusunda sahip olduğu hakkının ihlâli olarak değerlendirilebileceğine hükmetmiştir. Mahkeme, hak ihlâlinin, ancak DNA profilinin ortaya çıkarılmasına rağmen, alınan örneğin yok edilmemesi hâlinde söz konusu olabileceğine işaret etmiştir. Bkz. ATF 128 II 259. Kararın Fransızca özeti için bkz. <http://www.bger.ch/fr/tfl-d.pdf>. DNA profilinin açığa çıkarılabilmesi için, sanıktan kan alınmasının, kişilik hakkının ihlâli sayılamayacağı yönündeki benzer karar için bkz. ATF 124 I 80.

<sup>836</sup> Bkz. Yener **Ünver**/Hakan **Hakeri**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, Ankara 2010, sh. 278; **Öztürk**, sh. 454; Nurullah **Kunter**/Feridun **Yenisey**/Ayşe **Nuhoğlu**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2008, sh. 925-926.

<sup>837</sup> 25832 sayı ve 1.6.2005 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik (CMBMY) m. 3’de, iç beden muayenesi, kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi olarak tanımlanmıştır.

<sup>838</sup> Bkz. **Ünver**/Hakeri, sh. 287; **Kunter**/Yenisey/**Nuhoğlu**, sh. 938. CMK m. 78-80’de moleküler genetik inceleme (DNA analizi) yapılmasının şartları öngörülmektedir. Buna göre, moleküler genetik incelemelerin yapılması sadece hâkim iznine tâbi olup, elde edilen örnekler üzerinde, delil elde etme amacı dışında inceleme yapılması yasaktır. Meselâ, bilimsel bir deney gerçekleştirmek ya da veri bankası oluşturmak amacıyla, bu incelemeler yapılamaz. Bu konuda

Ancak, burada dikkat edilecek husus, vücuttan madde alınırken, ilgili kişinin sağlığının hiçbir surette tehlikeye düşürülmemesidir. Bu esasa, CMK m. 75’de de yer verilmiştir<sup>839</sup>. Bu bakımdan, vücuttan örnek alınırken, cerrahî bir müdahaleyi gerektirmeyecek nitelikte bir yöntem uygulanmalıdır<sup>840</sup>. Vücuttan, biyolojik madde alınması, başka suretle delil elde edilmesinin mümkün olmadığı hâllerle sınırlı tutulmaktadır<sup>841</sup>.

Vücuttan örnek alınması işlemi, ancak hekim ya da bu konuda uzman olan yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilebilir (CMBMY m. 4, 5). Vücuttan alınan bu maddeler, ilgili kişinin kişilik hakkının korunabilmesi amacıyla, konuyla ilgisi bulunmayan başka hiçbir yargılamada kullanılamaz<sup>842</sup>.

CMK’ya göre, sanık ya da şüphelinin vücudundan, onun rızası hilâfına dahi olsa biyolojik madde alınabilmektedir<sup>843</sup>. Bazı yabancı ülke mevzuatlarına göre ise,

---

bkz. Hakan **Kızılarşlan**, Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma, Ankara 2007, sh. 144-149.

<sup>839</sup> Bundan başka, sanık ya da şüphelinin vücudundan delil elde etme amacıyla biyolojik madde alınabilmesi, yalnızca, üst sınırı iki yıldan daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suç şüphesinin bulunması hâlinde mümkün kılınmıştır (CMK m. 75/f. 5). Bu yöntem başvurulması hâkim kararına bağlı olup, cumhuriyet savcısı veya mağdur bu konuda talepte bulunabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise, bu kararı savcı alır. Ancak bu karar, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Onaya sunulmayan veya onaylanmayan savcılık kararları ile elde edilen biyolojik maddeler ise delil olarak kullanılamaz.

<sup>840</sup> Bu esasa, şüpheli ve sanık dışındaki diğer kişilerin vücutlarından örnek alınması hususunu düzenleyen CMK m. 76’da yer verilmesine rağmen, şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınması hâlinde (CMK m. 75), bu şartın aranmaması dikkat çekicidir.

<sup>841</sup> Oranlılık ya da ölçülülük ilkesi olarak adlandırılan bu kural uyarınca, sanık ya da şüphelinin vücudundan biyolojik madde alınması konusundaki müdahale, delil elde etme amacına ulaşmak açısından kesin olarak zorunlu ve gerçekleştirilen fiilin ağırlığı ile orantılı olduğu müddetçe hukuka uygun kabul edilmektedir. Bkz. **Öztürk**, sh. 458; Hüseyin **Ertuğrul**, Beden Muayenesinde Katlanma Yükümlülüğü, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 55-56, İstanbul 2009, sh. 104. Bu bağlamda, satışını yapmakta olduğu iddia edilen uyuşturucu madde paketini yakalanma korkusuyla yutuveren sanığın, kusturucu ilaç verilerek, kusturulmasını, ölçülülük ilkesine aykırı bularak, bu müdahaleyi insanlık dışı ve alçaltıcı bir muamele olarak kabul eden AİHM Büyük Dairesinin 11.7.2006 tarihli kararı için bkz. **Jalloh v. Germany** (no. 54810/00). Kararın İngilizce metni için bkz. [http://www.fluechtlingsrat-hamburg.de/content/EUROPEAN\\_COURTOFHUMAN%20RIGHTS\\_110706.pdf](http://www.fluechtlingsrat-hamburg.de/content/EUROPEAN_COURTOFHUMAN%20RIGHTS_110706.pdf) (erişim tarihi: 3.10.2010).

<sup>842</sup> Bkz. **Ünver/Hakeri**, sh. 278.

<sup>843</sup> CMBMY m. 18/f. 1’e göre, muayene yapılmasına veya vücuttan örnek alınmasına rıza göstermeyen şüpheli, sanık veya diğer kişiler hakkında, bu işlemlerin yapılabilmesi için ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır. Vücutundan biyolojik madde alınmasına ısrarla karşı çıkan sanık ya da şüpheliye karşı zor kullanılabileceği, tutulup, bağlanabileceği yönünde bkz. **Öztürk**, sh. 461. Müdahaleye rıza göstermeyen şüpheli veya sanığın vücudundan zorla biyolojik madde alınmasının, onun susma hakkı ile kendi aleyhine delil vermeme hakkına

sanığın vücudundan zorla biyolojik madde alınması mümkün olmayıp, hâkim, vücudundan madde alınmasına rıza göstermeyen sanığa karşı bir suçluluk emaresi çıkarabilir<sup>844</sup>.

Şüpheli ve sanık dışındaki diğer bazı kişilerin<sup>845</sup> vücutlarından da biyolojik madde alınması söz konusu olabilmektedir. CMK m. 76, özellikle mağdurun vücudundan, delil elde etmek maksadıyla, biyolojik madde alınması konusundaki esasları düzenlemektedir. Bu hüküm uyarınca, tıpkı şüpheli ve sanıktan olduğu gibi, mağdurun vücudundan da biyolojik madde alınması, onun rızasına gereksinim duyulmadan, hâkim ya da gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde savcı kararına bağlı olarak gerçekleştirilebilmektedir.

Her ne kadar, hâkim ya da savcı kararıyla, mağdurun vücudundan rızası olmaksızın, zorla biyolojik madde alınmasının, mağdur açısından ikinci bir mağduriyete neden olabileceği düşünülebilirse de, bu yolla, şüpheli ya da sanık tarafından vücudundan örnek alınmasına ilişkin müdahaleye rıza vermemesi konusunda mağdura yapılabilecek muhtemel tehdit ve baskıların önlenmesi amaçlanmaktadır<sup>846</sup>. Bu imkân vasıtasıyla, suçun failinin, kendi aleyhine delil elde edilmesini önleme gayretleri de engellenebilecektir<sup>847</sup>. Bu arada, tanıklıktan çekinme nedenlerinin bulunması hâlinde, kişi, bedeninden madde alınmasına karşı koyabilir (CMK m. 76/ f. 4).

---

yönelik bir ihlâl oluşturup oluşturmayacağı yönündeki tartışmalar için bkz. **Centel/ Zafer**, sh. 285-287; **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, sh. 934.

<sup>844</sup> Bu konuda bkz. **Ünver/Hakeri**, sh. 277-278 ve **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, sh. 932-933. Ayrıca İngiliz hukuku bakımından bkz. **Kızılarslan**, Ceza Muhakemesi, sh. 202-203. Yukarıda incelemiş olduğumuz gibi, medenî yargılama usulünde (MK m. 284/f. 1/b. 2), vücudundan biyolojik madde alınmasına rıza göstermeyen davalı, buna zorlanamasa da, davanın kendi aleyhine sonuçlanmasına katlanmaktadır. Bkz. yukarıda Böl. 3, §3, IV, 3, b.

<sup>845</sup> Bu kişi, suçun mağduru ya da üçüncü bir kişi de olabilir. Örneğin, bir tecavüz fiilinin işlenmesi sonucunda hamile kalan bir kadının doğurduğu çocuk, işlenen suçun mağduru olmamasına rağmen, onun vücudundan da örnek alınması, CMK m. 76 kapsamında gerçekleşecektir. Bkz. Ayşe **Nuhoğlu**, *Beden Muayenesi, YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*, C. 3, S. 2, 2006, sh. 331. Aksi görüşte bkz. **Ünver/Hakeri**, sh. 283. Yazarlara göre, madde başlığının “diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” şeklinde düzenlenmesine karşılık, madde metninde sadece “mağdurdan” bahsedilmesi nedeniyle, kanunun, yalnızca mağdur üzerinde beden muayenesine ve mağdurun vücudundan örnek alınmasına olanak tanıdığını kabul etmek gerekir. Yazarlar, aksine bir yorumu, kanunun çizdiği sınırın aşılması olarak nitelendirmektedir.

<sup>846</sup> Bkz. **Ünver/Hakeri**, sh. 286.

<sup>847</sup> **Ünver/Hakeri**, sh. 286.

Ceza yargılaması kapsamı dışında kalan bir takım hâllerde de, kişinin vücudundan rızası hilâfına biyolojik madde alınması, kanun tarafından verilen yetkinin kullanılması kapsamında ele alınmaktadır. Örneğin Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu ile Karayolları Trafik Kanununda yer alan bazı düzenlemeler, alkol, uyuşturucu veya keyif verici madde alan kişilerden, muayene amacıyla kan veya idrar gibi biyolojik maddelerin alınmasına cevaz vermektedir<sup>848</sup>.

Sonuç olarak, ister özel hukuktan, isterse kamu hukukundan kaynaklansın, kanun tarafından verilen yetkinin kullanıldığı tüm bu hâllerde, vücudundan insan kökenli biyolojik madde alınan kimseye yönelik müdahale, müdahale konusunda kişinin rızası olmasa dahi, MK m. 24/f. 2 hükmü gereği, hukuka uygun sayılmalıdır.

---

<sup>848</sup> 18.7.1997 tarih ve 23053 mük. sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Karayolları Trafik Yönetmeliği m. 97, uyuşturucu, keyif verici madde ya da alkollü içkinin etkisi altındayken araç kullanan sürücülerin tespitinde uygulanacak olan esasları düzenlemektedir. Yönetmeliğe göre, uyuşturucu veya keyif verici bir maddenin etkisi altında araç kullandığından şüphelenilen sürücülerin durumlarını tespit eden teknik cihazın bulunmaması hâlinde, bu sürücüler, *kan veya idrar analizleri yapılmak üzere*, Adli Tıp Kurumuna, ya da Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına sevk edilecektir.

Keza, yaralanmalı ve ölümlü sonuçlanan trafik kazalarında; yaralının durumunun âciliyeti gibi sebeplerle teknik cihazla ölçümün mümkün olmadığı hâllerde de; alkol tespitleri, sürücülerin sevk edildikleri sağlık kuruluşlarınca *kan alınması suretiyle* gerçekleştirilecektir.

Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Kemal **Yıldız**, Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu, YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C. 3, S. 2, 2006, sh. 412-414.

## SONUÇ

Tez çalışmamız neticesinde vardığımız başlıca sonuçlar ile vurgulamak istediğimiz önemli hususları şu şekilde özetleyebiliriz:

**1.** MK m. 23/f. 3’de ifade edilen “insan kökenli biyolojik maddelerin” hukukî niteliğinin belirlenmesinde, bu maddelerin vücut ile fiziksel bağlantısının olup olmadığı önem taşımaktadır. Buna göre, insan vücudu içinde ya da vücuda bağlı olarak yer alan biyolojik maddeler, kişinin vücut bütünlüğü değeri içinde ele alınmalıdır. Buna karşılık, insan kökenli biyolojik madde, bağlı olduğu vücuttan ayrıldığı ândan itibaren, bünyesinde bulunan gerçek kişiden bağımsız bir nitelik kazandığından, hukuken eşya statüsüne girer.

**2.** Vücuttan ayrılmış olan biyolojik madde, iktisadî değer taşıyan bir varlıktır. Bu husus, herkesin bildiği, ama ahlâkî, etik ya da dinî kaygılarla, dile getirmeye cesaret edemediği bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddelerin büyük bir kısmı, vericiler, hastane işletmeleri, aracı sağlık kuruluşları, organ ve doku bankaları, araştırma kuruluşları, ilaç endüstrisine bağlı şirketler ve alıcılar arasında çok sayıda sözleşmeye konu olmaktadır. Yasal düzenlemelerce, biyolojik maddelere ivazsız devir şartı getirilmesi, bu maddelerin belli bir ekonomik değere sahip olduğunun en önemli kanıtıdır.

**3.** Pozitif hukukta, insan vücudundan ayrılmış olan birçok maddenin ticarete kısmen konu edilebileceği, ya da tamamen ticaret dışında kalacağı hakkında düzenlemeler bulunması, bu maddelerin “ticarete konu olmayan eşya” (*res extra commercium*) olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurmamalıdır. Nitekim, bu maddelerin ticarete konu edilmesine engel olan unsur, maddelerin içinde barındırdığı farklı özellikler değil, yasa koyucunun iradesidir. Yasa koyucu, isterse, daha önce ticaret dışında bıraktığı bir maddenin, ticarete konu edilmesine karar verebilir.

4. İnsan vücudu ve bu vücuda entegre olarak varlık gösteren parçalar üzerinde aynî nitelikte bir hak kurulabilmesi mümkün değildir. Buna karşılık, bağlı buldukları bedenden ayrıldıkları ândan itibaren, artık bağımsız birer eşya vasfına sahip olan insan organ, doku ve hücreleri üzerinde aynî hak kurulabilir. İnsan kökenli biyolojik maddeler üzerinde aynî hak kurulabilmesi, başka insanların tedavi edilebilmesi, bilimsel araştırmaların yürütülmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu hak vasıtasıyla, hastane işletmeleri ve benzeri sağlık kuruluşları, bilim adamları ve araştırmacılar, biyolojik madde üzerinde tasarruflarda bulunabilecek, üstelik, buna karşı gerçekleştirilecek muhtemel saldırıları da, aynî hak sayesinde bertaraf edebileceklerdir.

5. Biyolojik maddelerin devrini yasaklayan veya bunların ivazsız olarak devredilmeleri şartını getiren yasal düzenlemeler, hakkında satış ya da devir yasağı bulunan biyolojik madde üzerinde mülkiyet hakkı kurulmasını engellemeye yönelik değildir. Mülkiyet hakkının, aktif yetkiden ibâret olmadığı unutulmamalıdır. Vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddenin mâliki, hakkına yönelik muhtemel saldırılar karşısında, hakkına riayet edilmesini ancak mülkiyet hakkının verdiği koruyucu yetki sayesinde talep edebilecektir.

6. MK m. 685/f. 1 hükmünde yer alan ve bir eşyanın mâlikinin, onun ürünlerinin de mâliki olacağı yönündeki kuralın kıyas yoluyla, vücuttan ayrılan biyolojik maddeler hakkında da uygulanması neticesinde, kişinin, kendi vücudundan ayrılan organ, doku ve hücreler üzerinde, ayrılma ânından itibaren, iradesinden bağımsız olarak *ipso facto* (kendiliğinden) bir mülkiyet hakkı kazandığı kabul edilmelidir. Bu konuda MK m. 685'in kıyasen uygulanmasına şu bakımdan ihtiyaç duyulmaktadır: Vücutundan biyolojik madde alınan kişinin, bu madde üzerinde *ipso facto* bir mülkiyet hakkına sahip olduğu kabul edilmediği takdirde; üçüncü kişilerin, bağımsız ve sahipsiz bir eşya (*res nullius*) olarak ortaya çıkan biyolojik madde üzerinde, salt sahiplenme iradesiyle, mülkiyet hakkını kazanmaları kaçınılmaz olacaktır.

7. Kişinin vücudundan, yeniden kullanılması amacı dışında bir amaçla alınan ve “tıbbî atık” olarak adlandırabileceğimiz biyolojik maddeler, sahipsiz eşya (*res nullius*) ya da terk edilmiş eşya (*res derelictae*) olarak nitelendirilemez. Hasta,



vücutundan ayrılan atık maddeleri, bunlar üzerinde diğer kişilerin mülkiyet hakkı sağlayabileceği bir biçimde, sahipsiz bırakmayı değil; bu maddeler üzerinde tüketme (*abusus*) yetkisini kullanmayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla, vücuttan bu maddeleri alan hekimin, bu maddeler üzerinde aslen hak iktisap etmesi mümkün olamaz. Hekim, ancak, hastanın açık rızasını almak koşuluyla, vücuttan ayrılan biyolojik madde üzerindeki mülkiyet hakkını devren iktisap edebilir.

**8.** Vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddeler üzerinde birden fazla mutlak nitelikte hak bir arada bulunabilir. İnsanın kalıtsal özelliklerini gelecek nesillere aktarma işlevini gören üreme hücreleri ve kişinin genetik bilgilerinin depolanmasını sağlayan DNA molekülü (genetik materyal) üzerinde, sperm ve yumurta bankaları ile araştırma kuruluşlarının aynî hakka sahip olabilmeleri mümkündür. Ancak, vücutundan alındıkları şahsın kişilik değerleri ile bağlantısı devam eden bu maddeler hakkında, aynı zamanda, kişilik hakkına dayanan koruma da bahis konusu olabilir. Kişilik hakkının etkisi ile aynî hakkın etkisi, hak sahibine farklı türden hukukî korumalar sağlar. Üreme hücreleri üzerindeki aynî hak, hak sahibine, hücrenin somut varlığını ve hücre üzerindeki tasarruf yetkisinin korunmasını sağlarken; kişilik hakkı, kişiyi, üreme hakkına ve çocuk sahibi olma özgürlüğüne yönelik bir saldırıya veya saldırı tehlikesine karşı korur. Dolayısıyla, bu maddeler hakkında söz konusu edilebilecek olan kişiliğin korunması ile aynî koruma, birbirinin alternatifi değil, birbirini tamamlayan hukukî korumalardır. Vücutundan alındığı kişinin kişilik değerleri ile irtibatı devam eden bir biyolojik maddenin mâliki, biyolojik madde üzerindeki mülkiyet hakkını, vericinin kişilik hakkına zarar vermeden kullanmak zorundadır.

**9.** MK m. 23/f. 3'ün ikinci cümlesinde yer alan “*edimin yerine getirilmesinin istenemeyeceği*” ve “*maddî ve manevî tazminat talebinde bulunulamayacağı*” yönündeki ifadelerin varlığı, biyolojik madde verme borcunun, eksik borç niteliğinde olduğu kanaatini uyandırabilir. Fakat, biyolojik madde verme taahhüdünde bulunan kişinin, ifaya zorlanamayışının nedeni, aynen ifa ve tazminat baskısı ile, borçlunun başta vücut bütünlüğü değeri olmak üzere kişilik değerlerinin zarara uğrayacak olmasıdır. Biyolojik madde verme borcu altına girmiş olan kişi gibi, kişilik değerleri kapsamında ele alınan diğer unsurları devretme borcu altına giren kişi de, alacaklı tarafından aynen ifaya zorlanamaz. Nitekim burada, sözleşmeye konu olan edimin

ifası, doğrudan doğruya borçlunun kişilik değerleri ile ilişkilidir. Ancak, teslimi taahhüt edilen biyolojik maddenin, vücudundan ayrıldığı kişinin kişilik değerleri ile bağlantısı koptuğu ândan itibaren, yalnızca eşya hukuku kuralları ile çevrelenen biyolojik maddenin teslimi yönündeki ifa talebi, alacaklı tarafından gerçekleştirilebilir ve alacaklı borca aykırılık nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Bu bakımdan, örneğin kesilmiş saçların ya da vücuttan alınmış olan bir poşet kanın mülkiyetini devretme konusunda taahhütte bulunan kişi de, esas itibariyle “insan kökenli biyolojik madde verme borcu” altına girmiş olsa da, onun bu borcu, eksik değil, tam borç niteliğindedir.

**10.** Bir kimsenin vücudundan herhangi bir biyolojik maddeyi alma konusunda borç altına giren hekim, belli bir ücret karşılığında, maddeyi vücuttan dışarı çıkarmak, tıbbî bir gereklilik bulunmadığı hâlde, maddenin vücutla olan fiziksel bağlantısını koparmak, kişinin fiziksel görünümünde bir değişiklik yaratmak gibi önceden taahhüt edilmeye elverişli olan maddî bir sonucu ortaya koymayı üstlenmişse, eser sözleşmesinden; genel olarak hastanın tedavisi ve sağlığına kavuşması amacıyla özenle tıbbî müdahalede bulunmak konusunda taahhütte bulunmuşsa, vekâlet sözleşmesinden bahsedilmesi gerekir.

**11.** Kişilerin vücudundan, başka insanların vücuduna nakledilmek ya da üzerlerinde bilimsel araştırmalar yapılmasına olanak sağlamak amacıyla biyolojik madde alımını konu alan sözleşmelerde, biyolojik maddenin, vericinin hâkimiyet alanından, sağlık ya da araştırma kuruluşunun hâkimiyet alanına geçmesi amaçlanmaktadır. Verici, vücudundan ayrılmış olan biyolojik maddeyi yeniden kullanım amacıyla sağlık ya da araştırma kuruluşuna devrederken, bağışlama gayesi (*causa donandi*) ile hareket etmektedir. Yeniden kullanım amacıyla vücuttan biyolojik madde alınmasını konu alan sözleşme, kendine özgü yapısı olan (*sui generis*) bir sözleşme niteliğinde olduğundan, bu sözleşmeye, bağışlama sözleşmesine ait hükümler doğrudan doğruya uygulanamaz. Ancak sözleşme ile, tarafların, vücuttan ayrılmış olan biyolojik maddenin mülkiyetinin, sağlık ya da araştırma kuruluşuna ivazsız olarak devredilmesini amaçlamaları nedeniyle, bu sözleşme ile yakından benzerlik gösteren bağışlama sözleşmesine dair kanun hükümlerinin, kıyas yoluyla ve tamamlayıcı olarak uygulanması mümkündür. Özellikle, vericinin, biyolojik maddeyi devralacak kuruluşa, maddenin belli bir amaç

doğrultusunda kullanılması mükellefiyetini yüklediği durumlarda, mükellefiyetli bağışlama (BK m. 240/f. 1) hakkındaki hükümler, bu sözleşme tipine kıyasen uygulanabilir.

**12.** TŞK ve HHY’de yer alan ve küçük ve kısıtlılara uygulanacak olan tıbbî müdahalenin gerçekleştirilmesini, bunların yasal temsilcilerinin onayına tâbi kılan hükümler, *de lege ferenda* kapsamında yapılması gerektiğini düşündüğümüz bir değişiklikle, yalnızca ayırt etme gücü bulunmayan küçük ve kısıtlılar hakkında uygulanacak düzenlemeler hâline getirilmelidir. Hukuken “küçük” ya da “kısıtlı” olarak nitelendirilse bile, kendisine uygulanacak olan müdahalenin önem, kapsam ve sonuçlarını kavrayabilecek düzeyde ayırt etme gücüne sahip olan bir kişi, bu müdahaleye yasal temsilcisinin izni olmasa dahi rıza gösterebilmeli, kendi şahsına sıkı sıkıya bağlı olan bu hakkını tek başına kullanabilmelidir.

**13.** 2238 sayılı ODNK m. 5 uyarınca, vücudundan organ veya doku alınacak olan kimsenin, ayırt etme gücüne sahip olmasının dışında, 18 yaşını doldurmuş olması da aranmaktadır. Yasal düzenlemelerle, müdahalenin gerçekleştirilmesinin, müdahalenin yapılacağı kimsenin belli bir yaşı doldurmuş olması şartına bağlanması, hukuk tekniği açısından isabetli değildir. Gerek anayasal gerekse yasal düzenlemeler çerçevesinde, kişilerin ayırt etme gücüne sahip olmak kaydıyla, kendi kişilik değerleri ile ilgili konularda, tek başlarına karar vermeleri gerektiğinin kabul edilmesine rağmen; ayırt etme gücüne sahip olan bir kişinin, vücut bütünlüğü değeri ile doğrudan bağlantılı olan bir konuda, kendi başına karar alma özgürlüğünün mutlak bir biçimde ortadan kaldırılması çelişkili bir tutumdur. Biyolojik maddeleri konu alan müdahalelere yönelik olarak verilen rızanın ehliyet bakımından geçerliliği hususunda, “ayırt etme gücü”nün yeterli bir kriter olarak kabul edilmesi gerekir.

**14.** Tedavi amacı dışındaki müdahalelerde, “hastanın üstün nitelikteki özel yararı” gerekçesiyle, hastanın rızasının alınması koşulu bertaraf edilemez. Bu bakımdan, örneğin başka bir kişinin vücuduna nakil, bilimsel nitelikteki bir araştırmaya destek sağlanması, biyolojik maddenin saklanması, estetik bir görünümün elde edilmesi ya da sağlık durumunun teşhis edilmesi gibi, vücudundan biyolojik madde alınan kişiye, kendi tedavisi dışındaki amaçlarla müdahalede bulunulacak ise, bu kişiden, müdahale öncesinde rıza alınması zorunludur.

15. İsviçre’de, anayasa metni (m. 119 ve 119a) kapsamına dâhil edilen yapay dölleme, genetik mühendisliği, klonlama, embriyo transferi, organ ve doku nakli gibi konuların, ülkemizde hâlâ yönetmelik hükümleri ve kırk yılı aşkın süredir yürürlükte olan ve zamanın çok gerisinde kalmış yasa hükümleri ile düzenleniyor olması büyük bir eksikliklerdir. Bu bağlamda, vücuttan organ ve doku alınmasına ilişkin temel kanun niteliğinde bulunan 1979 tarihli ve 2238 sayılı ODNK’nın en kısa zamanda, yeni düzenlemeler ve güncel ihtiyaçlar doğrultusunda değiştirilmesi gerekir. Öte yandan kanunun, belirli konularda, uluslararası sözleşme hükümleriyle çeliştiği; 2000’li yıllarda çıkan birçok yönetmelik maddesinin de, kanun hükümlerine açıkça aykırılık taşıdığı görülmektedir. Örneğin, ülkemizde, kemik iliği nakli, kişilerden bilimsel amaçla genetik materyal elde edilmesi, kök hücre nakli ve bazı doku ve organ nakilleri, “klinik araştırma” safhası içinde değerlendirilmekte ve ODNK ile kesin bir biçimde yasaklanmış olmasına rağmen, bazı organ ve dokular, 2008 tarihli Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik hükümlerinden faydalanılarak, gerek tam ehliyetsiz, gerekse 18 yaşından küçüklerin vücutlarından alınabilmektedir. Bu konuda ortaya çıkabilecek hukukî ihtilâfları önleyebilmek için, yasanın âcilen, 2003 yılında yürürlüğe giren Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi ile uygun hâle getirilmesi ve hâlen yürürlükte olan sağlık uygulamalarına ilişkin yönetmeliklerin de yeni yasal düzenlemeye dayanılarak oluşturulması gerekmektedir.

## YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKCAN Recep,** Medenî Usul Hukukundaki Özel Hüküm Sebeplerinin Bir Örneği Olarak İnsan Vücudunun Muayenesi ve Kişilerden Zorla Kan Alınması (Yeni Bir Hüküm Olan Medenî Kanun madde 284 Üzerine İnceleme), Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, sh. 887 vd.
- AKÇURA KARAMAN Tuba,** Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu, İstanbul 2008
- AKINCI Şahin,** Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukukî Sonuçlar, Ankara 1996
- AKİPEK Jale / AKINTÜRK Turgut,** Eşya Hukuku, İstanbul 2009
- AKİPEK Jale / AKINTÜRK Turgut / ATEŞ KARAMAN Derya,** Türk Medenî Hukuku, Cilt I, Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2010
- AKİPEK Jale,** Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), Birinci Kitap, Ankara 1972
- AKKANAT Halil,** Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, sh. 25 vd. (*Hastaneye Kabul*)
- AKKANAT Halil,** Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul 2004 (*Ölümün Etkisi*)
- AKYOL Şener,** Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul 1976
- ALANGOYA H. Yavuz / YILDIRIM M. Kâmil / DEREN YILDIRIM Nevhis,** Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2009

- ALTUNKAYA Mehmet,** Tabii Olmayan Yollarla Çocuk Sahibi Olmanın Soybağına Etkisi, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, sh. 99 vd.
- ARAL Fahrettin,** Borçlar Hukuku- Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007
- ARNOUX Irma,** Les droits de l'être humain sur son corps, Bordeaux 1995
- ARPACI Abdülkadir,** Kişiler Hukuku- Gerçek Kişiler, 2. Bası, İstanbul 2000 (*Kişiler Hukuku*)
- ARPACI Abdülkadir,** Özel Hukuk Açısından Tıbbî Müdahaleye Rıza Beyanı, Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Yolları, YÜHFD, C. 6, S. 2, İstanbul 2009, sh. 5-14 (*Rıza Beyanı*)
- ATAMER Yeşim,** Ölüden Organ Naklinin Beraberinde Getirdiği Bazı Hukuki Sorunlar, MHB, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, Yıl: 19-20, S. 1-2, 1999-2000, sh. 115 vd.
- AUBY Jean-Marie,** Le droit de la santé, Paris 1981
- AUDIER Jacques,** Les droits patrimoniaux à caractère personnel, Paris 1979
- AYAN Mehmet,** Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 1991
- AYBAY Aydın /  
HATEMİ Hüseyin** Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2010
- AYDIN Murat,** Tıbbî Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu, Ankara 2008 (*Organ ve Doku Nakli*)
- AYDIN Murat,** Tıp Ceza Hukukunda Organ Ticareti Suçu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008, Ankara 2008, sh. 367 vd. (*Organ Ticareti Suçu*)
- AYGÖRMEZ Gülsün Ayhan,** Alman Organ ve Doku Bağıışı, Alma ve Nakli Kanunu (Transplantasyon Kanunu) Çevirisi, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, S. 10, Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu (ed.: Yener Ünver), Ankara 2009, sh. 95-118

- BADDELEY Margareta,** Commentaire Romand, Code des Obligations I (éd.: Luc Thévenoz-Franz Werro), De la donation, Art. 239-252, Genève 2003
- BAĞIŞ Haydar,** İnsan Kök Hücrelerinin Dondurulması ve Yüzyıllarca Saklanması, Bilim ve Teknik, S. 511, Haziran 2010, sh. 58 vd.
- von BAR Christian,** The Common European Law of Torts, Vol. 2, Oxford 2005
- BARBEY Richard,** Commentaire Romand, Code des Obligations I (éd.: Luc Thévenoz-Franz Werro), Du Dépot, Art. 472-491, Genève 2003
- BAŞPINAR Veysel,** Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004 (*Özen Borcu*)
- BAŞPINAR Veysel,** Organ Naklinde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, sh. 191 vd. (*Aydınlatma*)
- BAUD Jean-Pierre,** L'affaire de la main volée, Une histoire juridique du corps, Paris 1993 (*L'affaire*)
- BAUD Jean-Pierre,** Présentation du corps en personne, Cahiers médicaux-sociaux 1995, vol.39, sh.59
- BAUDOIN Jean-Louis /  
LABRUSSE-RIOU Catherine,** Produire l'homme: De quel droit? Etude juridique et éthique des procréations artificielles, Paris 1987
- BAYRAKTAR Köksal,** Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul 1972 (*Hekimin Sorumluluğu*)
- BAYRAKTAR Köksal,** Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı: 1, 17 Kasım 2006, İstanbul 2007, sh. 96 vd. (*Geleceği Bilme Hakkı*)
- BEIGNIER Bernard,** L'ordre public et les personnes, Annales de l'Université des Sciences Sociales de Toulouse, T. 42, 1994, sh. 33 vd.

- BEKSAÇ Meral,** Kök Hücre, Ne? Nasıl? Niçin? Ne Zamandan Beri? Nereye Kadar?, Bilim ve Teknik, S. 511, Haziran 2010, sh. 36 vd.
- BELLIVIER Florence /  
BOUDOUARD-BRUNET  
Laurence,** Les ressources génétiques et les concepts juridiques de patrimoine, Le droit saisi par la biologie, Colloque sur la protection juridique de la personne face aux risques biotechnologiques, 11 juin 1987, Paris 1996
- BERNARD Alain,** Le corps Humain, Objet du Contrat, Bioéthique et Droit, Etudes rassemblées par Raphaël Draï et Michèle Harichaux, Paris 1988, sh. 148 vd.
- BERTRAND André,** Le Droit d'Auteur et les Droits Voisins, Paris 1999.
- BEVIERE Bénédicte,** La dignité du corps humain vivant, Séminaire d'actualité de Droit médical, Le respect du corps humain pendant la vie et après la mort, Droit, Éthique et Culture, Bordeaux 2005, sh. 11 vd.
- BOILEAU Claire,** Dans le Dédale du Don d'Organes, Le Cheminement de l'Ethnologue, Paris 2002
- BUCHER Andreas,** Personnes physiques et protection de la personnalité, 4<sup>ème</sup> éd., Bâle 1999
- BUDAK Ali Cem,** Türk Medenî Usul Hukukunda Tıbbî Deliller, YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C. 3, S. 2, 2006, sh. 337 vd.
- BUISSON Jacques,** Le corps humain, les progrès de la médecine et le droit, Revue internationale de la criminologie et de police technique, 1984, sh. 199 vd.
- BÜYÜK LAROUSSE,** Sözlük ve Ansiklopedisi, İstanbul 1986
- BÜYÜKAY Yusuf,** Gen Analizleri ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler, AÜEHFD, C. 9, S. 3-4, 2005, sh. 355 vd.
- CADIET Loïc,** La notion d'information génétique en droit français, La génétique humaine: De l'information à l'informatisation, Paris 1992, sh. 41 vd.
- CANSEL Erol,** Türk Menkul Rehni Hukuku, C. I, Teslim Şartlı Menkul Rehni, Ankara 1967 (*Menkul Rehni*)



- CANSEL Erol,** Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı, Ankara 1961 (*Hapis Hakkı*)
- CARBONNIER Jean,** Droit Civil, T. 1, Introduction-Les personnes-La famille, l'enfant, le couple, Paris 2004
- CATALA Pierre,** La "propriété" de l'information, Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Paris 1985, sh. 97 vd.
- CATALA Pierre,** La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne, RTDC 1966, sh. 185 vd.
- CAVIN Pierre,** Traité de droit privé suisse, Vol. VII/1, La vente, L'échange, La donation, Fribourg 1978
- CENTEL Nur / ZAFER Hamide,** Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2010
- CHAIX François,** Commentaire Romand, Code des Obligations I (éd.: Luc Thévenoz-Franz Werro), Art. 363-379, Genève 2003
- CLEMENT Jean-Marie,** Les Grands Principes du Droit de la Santé, Bordeaux 2005
- CORNU Gérard,** Droit Civil: Introduction, Les Personnes, Les Biens, Paris 2003 (*Les Personnes*)
- CORNU Gérard,** Droit civil: La famille, Paris 2003 (*La famille*)
- CRETIAZ Joel,** De l'Inexécution des Obligations Contractuelles du Médecin: Quelques Aspects, Lausanne 1990
- ÇAKAR Nur,** Embriyodan Erişkine Kök Hücreler, Bilim ve Teknik, S. 511, Haziran 2010, sh. 42 vd.
- ÇİLİNGİROĞLU Cüneyt,** Tıbbî Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993
- DANFORTH Mary Taylor,** Cells, Sales, and Royalties: The Patient's Right to a Portion of the Profits, Yale Law & Policy Review, Vol. 6, No. 1, 1988, sh. 179-202
- DANIELS Linda,** Commercialization of Human Tissues: Has Biotechnology Created the Need for an Expanded Scope of Informed Consent, California Western Law Review, No: 27, 1990, sh. 209 vd.

- DEMESLAY Isabelle,** La Santé de l'Enfant et les Dons et Prélèvements d'Organes, RGDM, no: 17, 2005, sh. 131 vd.
- DEMİRAY Mustafa,** Roma Hukukundan Türk Hukukuna Eksik Borç Kavramı, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. 1, İstanbul 2009, sh. 561 vd.
- DERYAL Yahya,** Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartı Olarak Hastanın Rızası, TBD, Mart 2003, S. 7, sh. 52 vd.
- DESCHENAUX Henri / STEINAUER Paul Henri,** Personnes physiques et Tutelle, 4<sup>ème</sup> édition, Berne 2001
- DESSEMONTET François,** Le droit à sa propre image : Droit de la personnalité ou droit à la publicité, Mélanges en l'honneur de Jacques Michel Grossen, Bâle 1992, sh. 41 vd.
- DI MARZO Salvatore,** Roma Hukuku (5. Basıdan çev.: Ziya Umur), 2. Bası, İstanbul 1959
- DIERKENS R.,** Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme, Paris 1966
- DIJON Xavier,** Le sujet de droit en son corps, Bruxelles 1982
- DOĞAN İlyas,** İnsan Genetiği Üzerinde Yapılan Tıbbi Araştırmalar ve İnsan Onurunun Korunması, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, sh. 283 vd.
- DOLL Paul-Julien,** La discipline des greffes, des transplantations et des autres actes de disposition concernant le corps humain, Paris 1970
- DÖKMECİ İsmet,** Tıp Terimleri Sözlüğü, İstanbul 2006
- DURAL Mustafa / SARI Suat,** Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2009
- DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan,** Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2010

- DURAL Mustafa / ÖĞÜZ Tufan / GÜMÜŞ Alper,** Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2010
- EDELMAN Bernard,** L'homme dépossédé, Entre la science et le profit, La Génétique, science humaine, Belin 2004
- EDELMAN Bernard / HERMITTE Marie-Angèle,** L'homme, la nature et le droit (éd. : Christian Bourgeois), Paris 1988
- ENGEL Pierre,** Traité des Obligations en Droit Suisse, Neuchâtel 1973.
- ERDOĞMUŞ Belgin,** Roma Eşya Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2009
- EREN Fikret,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2010
- ERMAN Barış,** Ceza Hukukunda Tıbbî Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003
- ERMAN Hasan,** Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Prof. Dr. Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, sh. 143 vd.
- ERTAŞ Şeref,** Eşya Hukuku, 8. Bası, Ankara 2008
- ERTUĞRUL Hüseyin,** Beden Muayenesinde Katlanma Yükümlülüğü, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 55-56, İstanbul 2009, sh. 104.
- ESENER Turhan / GÜVEN Kudret** Eşya Hukuku, 4. Bası, Ankara 2008
- FABRE-MAGNAN Muriel,** Propriété, patrimoine et lien social, RTDC 1997, sh. 583 vd.
- FAVRE Pascal,** Droits du mineur et médecine, Droit de l'homme et médecine, Paris 1984, sh. 27 vd.
- FEUILLET Brigitte,** Patrimonialité et corps humain, Amel Aouij-Mrad, Marie-Hélène Douchez, Brigitte Feuillet (éd.), Santé, argent et éthique: Une indispensable conciliation?, Paris 2005, sh. 173 vd.
- GAILLARD Emmanuel,** Les conflits de lois relatifs au droit patrimonial à l'image aux États-Unis (À propos de la jurisprudence *Groucho Marx*), RCDIP, 1984, sh. 1 vd.

- GALLOUX Jean-Christophe,** L'utilisation des matériels biologiques humains: vers un droit de destination? D. 1999, No: 2, sh. 13 vd.
- GALLOUX Jean-Christophe,** De corpore jus, Premières analyses sur le statut du corps humain, ses éléments et ses produits selon les lois n° 94-653 et 94-654 du 29 juillet 1994, Les Petites Affiches, 14 décembre 1994, sh. 18 vd. (*De corpore jus*)
- GALLOUX Jean-Christophe,** De la nature juridique du matériel génétique ou la réification du corps humain et du vivant, RRJ 1989, sh. 521 vd. (*De la nature juridique*)
- GALLOUX Jean-Christophe,** Réflexions sur la catégorie des choses hors du commerce: l'exemple des éléments et des produits du corps humain en droit français, Les Cahiers de Droit, vol. 30, No : 4, 1989, sh. 1011 vd. (*Réflexions*)
- GALLOUX Jean-Christophe,** Essai de définition d'un statut juridique pour le matériel génétique, Bordeaux 1988 (*Essai de définition*)
- GAUCH Peter,** Le contrat d'entreprise, (adpt. française: Benoît Carron) Zurich 1999
- GEMALMAZ Burak,** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2009
- GERTZ Renate,** Is it "me" or "we"? Genetic Relations and the Meaning of "Personal Data" Under the Data Protection Directive, European Journal of Health Law, vol. 11, no. 3, 2004, sh. 231 vd.
- GROMB Sophie,** Le droit de l'expérimentation sur l'homme: Droit français, règles supranationales, Paris 1992
- GROSSEN Jacques-Michel,** Les personnes physiques, Traité de droit civil suisse, T. II, 2, Fribourg 1974 (*Personnes physiques*)
- GROSSEN Jacques-Michel,** La protection de la personnalité en droit privé (Quelques problèmes actuels), RDS, C. 79, 1960 sh. 1a vd.
- GUGGENHEIM Daniel,** Le droit suisse des contrats, T. I, La conclusion des contrats, Genève 1991

- GUILLOD Olivier /  
RAPIN Christophe,** Rapport Suisse, La Responsabilité: Aspects Nouveaux, Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris 2003, sh. 375 vd.
- GUILLOD Olivier /  
STEFFEN Gabrielle,** Commentaire Romand, Code des Obligations I (éd.: Luc Thévenoz-Franz Werro), Art. 19-20, Genève 2003
- GUILLOD Olivier,** Droit des personnes, Neuchâtel 2009 (*Personnes*)
- GUILLOD Olivier,** Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme?, Neuchâtel 1986 (*Le consentement*)
- GUILLOD Olivier,** Implications juridiques de certains progrès scientifiques dans le domaine de la procréation et du génie génétique, Aspects du droit de la personnalité, SJ 1986, sh. 113 vd. (*Aspects du droit*)
- GUINAND Jean,** Contrats passés avec les donneurs de semence, Künstliche Fortpflanzung, Genetik und Recht, Lausanner Kolloquium vom 29. und 30. November 1985, Zürich 1986, sh. 243 vd. (*Contrats*)
- GUINAND Jean,** Implications juridiques de certains progrès scientifiques dans le domaine de la procréation et du génie génétique, Aspects contractuels, SJ 1986, sh. 125 vd. (*Implications juridiques*)
- GUTMANN Thomas /  
LAND Walter,** Avrupa Bakış Açısı (çev.: Fulya Eroğlu), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, S. 10, Organ Nakli ve Organ Ticareti Suçu (ed.: Yener Ünver), Ankara 2009, sh. 15 vd.
- GÜMÜŞ Mustafa Alper,** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 1, İstanbul 2008 (*C. 1*)
- GÜMÜŞ Mustafa Alper,** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 2010 (*C. 2*)
- GÜMÜŞ Mustafa Alper,** Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001 (*Özen Borcu*)

- GÜRBÜZ Meral,** Bir İspat Aracı Olarak Gen ve DNA İncelemeleri, Eskişehir Barosu Dergisi, S. 7, Haziran 2005, sh. 55-66
- GÜRSOY Kemal / EREN Fikret / CANSEL Erol** Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978
- GÜRZUMAR Osman Berat,** Özel Hukukumuzda Organ Nakli ve 2238 Sayılı Yasa Üzerine Düşünceler, ABD, Mayıs 1991, S. 3, sh. 364 vd.
- HAAB Robert / SIMONIUS August / SCHERRER Werner / ZOBL Dieter,** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band, 1. Teil, Das Sachenrecht, 12. Lieferung, Art. 726-729, Zürich 1977.
- HAKERİ Hakan,** Tıbbî Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları ve Hekimin Yükümlülükleri, Tıbbî Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No: 16, İstanbul 2008, sh. 13-52. (*Tıbbî Müdahale*)
- HAKERİ Hakan,** Tıp Hukuku, Ankara 2007 (*Tıp Hukuku*)
- HARDCASTLE Rohan,** Law and the Human Body: Property Rights, Ownership and Control, Oxford 2007
- HARDIMAN Roy,** Toward the Right of Commerciality: Recognizing Property Rights in the Commercial Value of Human Tissue, UCLA Law Review No: 34, 1986, sh. 207 vd.
- HARICHAUX Michèle,** La protection des libertés et droits corporels, Libertés et Droits Fondamentaux, Paris 1995 (*La protection*)
- HARICHAUX Michèle,** Rapport du groupe de travail n°2 sur le corps et les produits du corps, Bioéthique et Droit, Etudes rassemblées par Raphaël Draï et Michèle Harichaux, Paris 1988, sh. 105 vd.
- HATEMİ Hüseyin / SEROZAN Rona / ARPACI Abdülkadir,** Eşya Hukuku, İstanbul 1991
- HAVUTÇU Ayşe,** Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005
- HELVACI Serap,** Gerçek Kişiler, 3. Bası, İstanbul 2010

- HELVACI Serap,** Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001 (*Kişilik Hakkı*)
- HENRY Patrick / DE COCQUEAU Bernard,** À propos du consentement libre et éclairé du patient, Droit médical, vol. 79, Liège 2005, sh. 161-226.
- HERMITTE Marie-Angèle,** Le sang et le droit, Essai sur la transfusion sanguine, Paris 1996 (*Le sang*)
- HERMITTE Marie-Angèle,** Le corps hors du commerce, hors du marché, Archives de Philosophie du droit no: 33, 1988, sh. 322 vd. (*Le corps*)
- HERMITTE Marie-Angèle,** Interventions, Bioéthique et Droit, Etudes rassemblées par Raphaël Draï et Michèle Harichaux, Paris 1988, sh. 219.
- HERRING Jonathan,** Medical Law and Ethics, 2006 Oxford
- HERRING Jonathan / CHAU P.L.,** My Body, Your Body, Our Bodies, Medical Law Review no: 15, 2007, sh. 34 vd.
- HUBAUX Jean-Marie,** Les droits et obligations du patient, Louvain-la-Neuve 1998
- İPEKYÜZ Filiz Yavuz,** Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006
- JEANDIN Nicolas,** Commentaire Romand, Code Civil I (éd. : Pascal Pichonnaz-Bénédict Foëx), Art. 28-28a, Bâle 2010
- JOYE Charles,** Génome humain, droit des brevets et droit de la personnalité, Lausanne 2002 (*Génome*)
- JOYE Charles,** Statut juridique et réutilisation de l'échantillon biologique, L'analyse génétique humaine: Quelles perspectives législatives? (éd.: Charles Joye), Genève 2004, sh. 89 vd. (*Statut*)
- KÄLİN Oliver,** Der Sachbegriff im schweizerischen ZGB, Zürich 2002
- KANSU Emin,** Kök Hücreleri ve Klonlama, Avrasya Dosyası, Moleküler Biyoloji ve Gen Teknolojileri Özel, Sonbahar 2002, C: 8, S: 3, sh. 41-50.

**KARADENİZ ÇELEBİCAN**  
Özcan,

Roma Eşya Hukuku, 4. Bası, Ankara 2008

**KENNEDY Ian /**  
**GRUBB Andrew**

Medical Law, 3. Edition, New York 2005

**KILIÇOĞLU Ahmet M.,**

Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, 13. Bası, Ankara 2010

**KILIÇOĞLU Ahmet M.,**

Sınaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar, Ankara 2006

**KIZILARSLAN Hakan,**

Hukuka Aykırı Delil Açısından Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma İşlemleriyle İlgili 5271 sayılı CMK Düzenlemesi ve Uygulamada Sorunlar, Ceza Muhakemesi Kanununun 3 Yılı, Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul 2009, sh. 319-328.

**KIZILARSLAN Hakan,**

Ceza Muhakemesi, Adlî Tıp, Adlî Bilimlerde Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma, Ankara 2007 (*Ceza Muhakemesi*)

**KOCATÜRK Utkan,**

Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü, İstanbul 2005

**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**  
**Necip,**

Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/ Arpacı, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 1), 4. Bası, İstanbul 2008 (*Borçlar Hukuku*)

**KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**  
**Necip,**

Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968 (*Hata Kavramı*)

**KOSCHAKER Paul /**  
**AYİTER Kudret**

Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, 7. Bası, Ankara 1983

**KÖPRÜLÜ Bülent /**  
**KANETİ Selim,**

Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1982-1983

**KUNTALP Erden,**

Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971

**KUNTER Nurullah / YENİSEY**  
**Feridun / NUHOĞLU Ayşe**

Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2008



- KURU Baki / ARSLAN Ramazan / YILMAZ Ejder,** Medenî Usul Hukuku, Ankara 2008
- LABBÉE Xavier,** La Condition Juridique du Corps Humain Avant la Naissance et Après la Mort, Lille 1990
- LABRUSSE-RIOU Catherine,** Réflexions Terminales, Bioéthique et Droit, Etudes rassemblées par Raphaël Draï et Michèle Harichaux, Paris 1988, sh. 269.
- LELEU Yves-Henri / GENICOT Gilles,** Le droit médical, Aspects juridiques de la relation médecin-patient, Bruxelles 2001
- LETTERON Roseline,** Le droit de la procréation, Paris 1997
- LEVY Vanessa,** Le Droit À L'Image, Définition, Protection, Exploitation, Étude de Droit Privé Suisse, Zurich 2002
- MANAÏ Dominique,** Commentaire Romand, Code Civil I (éd. : Pascal Pichonnaz-Bénédict Foëx), Art. 11-15, 31-38, Bâle 2010 (*Commentaire*)
- MANAÏ Dominique,** Les droits du patient face à la biomédecine, Berne 2006 (*Biomédecine*)
- MANAÏ Dominique,** Les analyses génétiques dans le domaine médical: Déterminisme de la science et liberté du sujet (éd.: Charles Joye), L'analyse génétique humaine, Quelles perspectives législatives, Genève 2004, sh. 25 vd. (*Analyses génétiques*)
- MANAÏ Dominique,** De l'autonomie du patient: À quelles conditions sa décision est-elle libre?, RSDS, 2004, no: 2, sh. 5 vd. (*Autonomie*)
- MANAÏ Dominique,** Le devoir d'information du médecin, Médecin et Droit Médical, Présentation et Résolution de Situations Médico-légales (éd.: D. Bertrand, T.-W. Harding, R. La Harpe, M. Ummel), Chêne-Bourg 2003, sh. 63 vd. (*Devoir d'information*)
- MANAÏ Dominique,** La personne et son corps: De la symbiose à la dissociation, Personne, Société, Nature, La titularité des droits, du rationalisme juridique du XVII<sup>e</sup> siècle à l'écologie moderne, Fribourg 1996, sh. 29 vd. (*La personne*)

- MANDOFIA BERNEY Marina** Verités de la Filiation et Procréation Assistée, Etude des droits suisse et français, Bâle 1993
- MANDOFIA BERNEY Marina / CAMPANA Aldo,** Introduction aux Méthodes de Procréation Assistée, Cahiers médico-sociaux, Procréation Assistée: Perspectives éthiques et juridiques en Suisse, Vol: 37, No: 2, Genève 1993, sh. 107 vd.
- MARCHAND Sylvain,** Commentaire Romand, Code Civil I (éd. : Pascal Pichonnaz-Bénédict Foëx), Art. 27, Bâle 2010
- MATHEY Nicolas,** L'encadrement de l'entrée dans le commerce juridique des cellules souches adultes, RGDM, no: 24, 2007, sh. 53 vd.
- MATHIEU Bertrand,** De la difficulté d'appréhender l'emploi des embryons humains en termes de droits fondamentaux, RTDH, no: 54, 1<sup>er</sup> avril 2003, sh. 387 vd.
- MAZEAUD Henri / MAZEAUD Léon / MAZEAUD Jean / CHABAS François,** Leçons de Droit Civil, T. 1, Les Personnes, Paris 1997
- MAZEN Noël,** Réflexions juridiques sur le matériel génétique de l'homme, Bioéthique et droit, Etudes rassemblées par Raphaël Draï et Michèle Harichaux, Paris 1988, sh. 194 vd.
- MEDICANA GENEL SAĞLIK ANSİKLOPEDİSİ,** C. 12, Tıp Sözlüğü, İstanbul 1993.
- MEIER Philippe,** Génétique et Procréation Assistée en Suisse, Biomedicine, the Family and Human Rights, Marie Thérèse Meulders-Klein, Ruth Deech, Paul Vlaardingerbroek, The Hague 2002, sh. 331-366
- MEIER-HAYOZ Arthur,** Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Band IV: Das Sachenrecht, 1. Abteilung: Das Eigentum, 1. Teilband: Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen, Artikel 641-654 ZGB, Bern 1981

- MEMETEAU Gérard /  
MELENNEC Louis,** Traité de droit médical, Tome 2 : Le contrat médical, La responsabilité civile du médecin, Paris 1982
- MEMİŞ Tekin,** Biyobankaların Hukukî Esasları, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. II, İstanbul 2007, sh. 1949 vd.
- MEMİŞ Tekin /  
YILDIRIM Mustafa Fadıl,** Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar, AÜEHFD, C. 8, S. 1-2, 2004, sh. 283 vd.
- MOLINARI Patrick,** L'information génétique, Reflet d'une image?, La génétique humaine: De l'information à l'informatisation, Paris 1992, sh. 3 vd.
- MONNIER Gilles,** Le droit d'accès aux données personnelles traitées par un média, Droit suisse de la personnalité, Aspects de droit constitutionnel, de droit pénal et de droit de procédure, Lausanne 1999
- MURRAY Thomas H.,** Who Owns the Body? On the Ethics of Using Human Tissue for Commercial Purposes, IRB: A Review of Human Subjects Research, Vol. 8, No. 1, 1986, sh. 1-5.
- NAR Ahmet,** İnsan kökenli biyolojik madde (organ-doku-hücre) naklinin hukukî koşulu olarak kişinin rızasının alınması, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, S. 55-56, İstanbul 2009, sh. 7 vd.
- NERSON Roger,** L'influence de la biologie et de la médecine moderne sur le droit civil, RTDC 1970, sh. 661 vd.
- NEY Michel,** La responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires notamment à raison de l'acte opératoire, Lausanne 1979
- NOMER Haluk Nami,** Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, sh. 545 vd.
- NUHOĞLU Ayşe,** Beden Muayenesi, YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C. 3, S. 2, 2006, sh. 323-336.

- OEHLER Wolfgang,** Doktorun Sorumluluğu Bağlamında Hastanın Doktor Tarafından Aydınlatılması ve Bunun Hastanın Rızasıyla İlişkisi Hakkında Düşünceler (çev: Yener Ünver), YÜHFD, C. 6, S. 2, İstanbul 2009, sh. 15 vd.
- OĞUZMAN Kemal /  
BARLAS Nami,** Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, 16. Bası, İstanbul 2010
- OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut,** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2010
- OĞUZMAN Kemal /  
SELİÇİ Özer /  
OKTAY ÖZDEMİR Saibe,** Eşya Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2009
- OĞUZMAN Kemal /  
SELİÇİ Özer /  
OKTAY ÖZDEMİR Saibe,** Kişiler Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2010
- OKTAY Saibe,** Rapport Turc, La Responsabilité: Aspects Nouveaux, Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris 2003, sh. 405 vd.
- OKTAY ÖZDEMİR Saibe,** Fikri Nitelikteki Sınai Değerler Üzerindeki Haklar ile Bunlara İlişkin Verilen Lisansın Hukuki Niteliği, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, sh. 571 vd. (*Sınai Değerler*)
- ÖZBEK Veli Özer / KANBUR  
Nihat / DOĞAN Koray /  
BACAKSIZ Pınar / TEPE İlker,** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010
- ÖZDEMİR Hayrünnisa,** Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004
- ÖZEN Burak,** Türk Medeni Hukukunda Eşya Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 2008
- ÖZGÜL Mehmet Emin,** Yeni Tıbbî Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu, İstanbul 2010
- ÖZSUNAY Ergun,** Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar, Prof. Dr. Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998, sh. 2 vd. (*Hayatın Başlangıcı*)

- ÖZSUNAY Ergun,** Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Türk Hukukunda Hekimin Hukukî ve Cezaî Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, sh. 31 vd. (*Aydınlatma Ödevi*)
- ÖZTAN Fırat,** Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara 2008
- ÖZTÜRK Bahri / TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / SIRMA Özge / SAYGILAR Yasemin / ALAN Esra,** Nazarî ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2009
- PEKCANITEZ Hakan / ATALAY Oğuz / ÖZEKES Muhammet,** Medenî Usûl Hukuku, 8. Bası, Ankara 2009
- PELET Odile,** Organes, tissus, cellules: Loin du corps, loin de la personne?, Berne 2002
- PETEK Hasan,** Amalgam Diş Dolgusu Nedeniyle Diş Hekiminin Hukuksal Sorumluluğu, İBD 2008, C: 82 S: 1, sh. 79 vd.
- PETEK Hasan,** Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk, DEÜHFD 2006, C: 8, S: 1, sh. 177 vd.
- PETIT LAROUSSE DE LA MEDECINE,** Dictionnaire et Encyclopédie, Paris 2001
- PETITPIERRE Gilles,** La Responsabilité de Droit Privé du Médecin: Aperçu de Droit Suisse, RIDC, no: 28, 1976, sh. 567 vd.
- PIOTET Denis,** Le conflit entre le droit de la personne sur ses caractéristiques génétiques et celui exclusif d'un tiers d'en faire usage, Privatrecht im Spannungsfeld zwischen gesellschaftlichem Wandel und ethischer Verantwortung, Festschrift für Heinz Hausheer zum 65. Geburtstag (éd.: Thomas Geiser), Bern 2002, sh. 705 vd. (*Conflit*)
- PIOTET Denis,** Quelques réflexions sur les limites juridiques du corps, Cahiers médico-sociaux, no: 39, 1995, sh. 69-73. (*Réflexions*)

- PREVITALI Adriano,** Non-discrimination et analyse génétique, Charles Joye (éd), L'analyse génétique humaine, Quelles perspectives législatives, Genève 2004, sh. 43 vd.
- RADO Türkân,** Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku, İstanbul 2001.
- RASSAT Michèle-Laure,** Le statut juridique du placenta humain, JCP, Doctrine, 1976, sh. 2777 vd.
- REVAZ Claude,** Lumières et ombres de la fécondation in vitro, In Vitro Fertilisation und Embryotransfer, Genève 1987, sh. 183 vd.
- REVILLARD Mariel,** Fécondation in vitro et congélation d'embryons, Künstliche Fortpflanzung, Genetik und Recht, Lausanner Kolloquium vom 29. und 30. November 1985, Zürich 1986, sh. 157 vd.
- RIGAUX François,** La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Paris 1990
- ROHMER Sandrine,** Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée: Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique, Genève 2006
- RUMPF Jean-Daniel,** Médecins et Patients dans les Hôpitaux Publics: En Particulier la Responsabilité Civile À Raison des Actes Médicaux, Lausanne 1991
- SAYMEN Ferit H./  
ELBİR Halit K.** Türk Eşya Hukuku (Aynî Haklar), İstanbul 1954
- SARIAL Enis,** Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986
- SAVATIER Jean,** Les prélèvements sur le corps humain au profit d'autrui, Les Petites Affiches, no: 149, 14.12.1994, sh. 8 vd.
- SAVATIER René,** De sanguine jus, Recueil Dalloz 1954, Chronique 25, sh. 141 vd.
- SCHWARZ Andreas B.,** Roma Hukuku Dersleri, 1. C., Tarihî Kısım ve Umumî Doktrinler (çev.: Türkân Basman), İstanbul 1943

- SCHWEIZER Rainer J./  
SALADIN Peter,** Commentaire de la Constitution Fédérale de la Confédération Suisse du 29 mai 1874, Article 24<sup>novies</sup>, Berne 1996
- SERIAUX Alain,** La notion juridique de patrimoine, Brèves notations civilistes sur le verbe avoir, RTDC 1994, sh. 801 vd.
- SEROZAN Rona /  
ENGİN Baki İlkay,** Miras Hukuku, 2. Bası, Ankara 2008
- SEROZAN Rona,** Medenî Hukuk- Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2008 (*Medenî Hukuk*)
- SEROZAN Rona,** Borçlar Hukuku-Özel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2006 (*Borçlar Hukuku*)
- SEROZAN Rona,** Kişiyeye Sıkı Biçimde Bağlı Sayılan Manevi Hakların Mirasçılıya Geçebilirliği, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, sh. 559 vd. (*Manevi Haklar*)
- SEROZAN Rona,** Çocuk Hukuku, İstanbul 2005 (*Çocuk Hukuku*)
- SEROZAN Rona,** Mirasçılıya Geçen ve Geçmeyen Haklar, Mirasçının Aslından Kazandığı Haklar ve Miras Bırakanın Ölüm Sonrasına Uzanan Hakları, Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul, 1999, sh. 311 vd. (*Mirasçılıya Geçen Haklar*)
- SOYASLAN Doğan,** Organ Nakilleri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı: 1, 17 Kasım 2006, İstanbul 2007, sh. 123 vd.
- SPRUMONT Dominique,** La Protection des Sujets de Recherche: Notamment dans le Domaine Biomédical, Berne 1993 (*La Protection*)
- SPRUMONT Dominique,** Le consentement dans le cadre d'essais cliniques, Colloque: Le Consentement Éclairé du Patient: Comment Briser le Mur du Silence (éd.: Dominique Sprumont), 6 septembre 1993, Valais 1993, sh. 51 vd. (*Le Consentement*)
- STAUFFER Vincent,** Les Secrets et la Détermination des Liens Biologiques Entre Individus par des Tests Génétiques, (éd: Piermarco Zen-Ruffinen) Les Secrets et Le Droit, Genève 2004, sh. 167 vd.

- STEINAUER Paul-Henri,** Les droits réels, T. I, Berne, 2007
- ŞAHİNİZ Salih,** Bir Tıbbi Müdahale Türü Olarak “Sağlararası Organ Nakli”, Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, sh. 723 vd.
- ŞENOCAK Zarife,** Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998 (*Hekimin Sorumluluğu*)
- ŞENOCAK Zarife,** Küçüğün Tıbbî Müdahaleye Rızası, AÜHFD. 2001, S. 4, sh. 65 vd. (*Küçüğün Rızası*)
- ŞIPKA Şükran,** Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukukî Sorunlar, <http://www.turkhukuksitesi.com>
- TANDOĞAN Hâluk,** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Bası, İstanbul 2008 (*C. I/1*)
- TANDOĞAN Hâluk,** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Bası, İstanbul 2010 (*C. II*)
- TAŞDELEN Aziz,** Türkiye’de Malî Hukuk Açısından Organ Nakilleri, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, sh. 155 vd.
- TAUPITZ Jochen,** Genetic analysis and the right to self-determination in German Civil Law, Law and the Human Genome Review, no: 4, 1996, sh. 81 vd.
- TEKİNALP Ünal,** Fikrî Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2005
- TEKİNAY Selahâttin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk / ALTOP Atilâ,** Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993
- TEKİNAY Selahâttin Sulhi / AKMAN Sermet / BURCUOĞLU Halûk / ALTOP Atilâ,** Eşya Hukuku, C. I, 5. Bası, İstanbul 1989
- TEKİNAY Selâhattin Sulhi,** Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, Eşya Hukuku II/3, İstanbul 1994
- TEMEL BRITANNICA,** Temel Eğitim ve Kültür Ansiklopedisi, İstanbul 1991



- TERCIER Pierre / FAVRE Pascal G.,** Les contrats spéciaux, Zurich 2009
- TERCIER Pierre,** Le nouveau droit de la personnalité, Zurich 1984 (*Personnalité*)
- TERCIER Pierre,** Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse, Fribourg 1971 (*Contribution*)
- TERRÉ François / SIMLER Philippe / LEQUETTE Yves,** Droit Civil, Les Obligations, Paris 2005
- TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK Murat,** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Bası, Ankara 2007
- THEVENAZ Alain,** La protection contre soi-même, Etude de l'article 27 alinéa 2 CC, Berne 1997
- THIERRY Jean-Baptiste,** La responsabilité médicale en Europe, Seminar on: Medical Liability Under the New Federal Law, No. 10, 2008, sh. 55-80.
- THOUVENIN Dominique,** Autour du don et de la gratuité, RGDM, Numéro Spécial: 1<sup>res</sup> rencontres internationales André Demichel, 2002, sh. 99 vd.
- TİFTİK Mustafa,** Türk Hukukunda Vedia Sözleşmesi, Ankara 2007
- von TUHR Andreas,** Borçlar Hukukunun Umumî Kısmı C: 1-2, (çev.: Cevat Edege), Ankara 1983
- TUNÇOMAĞ Kenan,** Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976
- UMMEL Marinette / SCHMIDT Aline / PELET Odile / DUMOULIN Jean-François / LÄSSER Eric,** La Réutilisation des Tissus Humains, IDS, Cah. No: 10, Neuchâtel 2000
- UMUR Ziya,** Roma Hukuku Ders Notları, Usûl Hukuku-Borçlar Hukuku-Eşya Hukuku-Miras Hukuku, Tıpkı 3. Bası, İstanbul 2010 (*Roma Hukuku*)
- UMUR Ziya,** Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1983

- ÜNAL Mehmet / BAŞPINAR Veysel** Şekli Eşya Hukuku, 5. Bası, Ankara 2010
- ÜNVER Yener / HAKERİ Hakan,** Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Bası, Ankara 2010
- ÜNVER Yener,** İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu Özel Sayısı: 1, 17 Kasım 2006, İstanbul 2007, sh. 150 vd. (*Deney*)
- ÜNVER Yener,** Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri, Kamu Hukuku Arşivi, Kasım 2005, sh. 182 vd. (*Biyo-Hukuk*)
- ÜSTÜNDAĞ Saim,** Medenî Yargılama Hukuku, Cilt I-II, İstanbul 2000
- VENTURI Silvio,** Commentaire Romand, Code des Obligations I, Art. 184-215 (éd.: Luc Thévenoz-Franz Werro), De la vente et de l'échange, Genève 2003
- WERRO Franz,** Commentaire Romand, Code des Obligations I (éd.: Luc Thévenoz-Franz Werro), Art. 394-406h, Genève 2003
- WERRO Franz / SCHMIDLIN Irène,** Commentaire Romand, Code Civil I (éd.: Pascal Pichonnaz-Bénédict Foëx), Art. 16-19, Bâle 2010
- WIEGAND Wolfgang,** Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 3. Auflage, Basel 2006
- WIELAND C.** Kanunu Medenîde Aynî Haklar (çev.: İsmail Hakkı Karafaki), Ankara 1946
- WILLEMIN Vincent,** Insemination Artificielle Avec Donneur, Étude comparative des droits français, allemand et suisse, IDS, Cah. No: 3, Neuchâtel 1996
- YALÇINDURAN Türker,** Vekâlet Sözleşmesinde Ücret, Ankara 2004
- YARSUVAT Duygun,** Türk Hukukunda Eser Sahibi ve Hakları, İstanbul 1984

- YAVUZ Cevdet,** Türk Borçlar Hukuku - Özel Hükümler, (Yenilenmiş 7. Basıya Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz-Faruk Acar-Burak Özen), Tıpkı 8. Bası, İstanbul 2009
- YENER Mehmet Deniz,** Vedia Sözleşmesi, İstanbul 2008
- YENERER ÇAKMUT Özlem,** Tıbbî Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003 (*Tıbbî Müdahale*)
- YENERER ÇAKMUT Özlem,** Tıpta Aydınlatma ve Rıza, Roche Sağlık Hukuku Günleri 1, Tebliğler, İstanbul 2007, sh. 1 vd. (*Aydınlatma ve Rıza*)
- YILDIRIM Mustafa Fadıl,** Gen Teknik Uygulamalardan Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 2008
- YILDIZ Ali Kemal,** Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu, YÜHFD, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, C. 3, S. 2, 2006, sh. 407 vd.
- YOKUŞ SEVÜK Handan,** Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Kullanılmasına İlişkin Suçlar, Ankara 2007
- ZEVKLİLER Aydın,** Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları, DÜHFD. 1983, S.1, sh. 1 vd. (*Tedavi Amaçlı Müdahaleler*)
- ZEVKLİLER Aydın / GÖKYAYLA Emre,** Borçlar Hukuku - Özel Borç İlişkileri, Ankara 2010
- ZEVKLİLER Aydın / ACABEY Beşir / GÖKYAYLA Emre,** Medenî Hukuk, Giriş- Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku- Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2000
- ZEYTİN Zafer,** Organ Naklinde Kişinin Kendi ve Başkasının Geleceğini Belirleme Hakkı, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı, İstanbul 2007, sh. 251 vd.
- ZEYTİN Zafer,** Alman Federal Mahkemesi Kararı (Sperma Kararı), DÜHFD, 20. Yıl Armağanı, 2003, S. 11, sh. 157 vd.

**ZUFFEREY Jean-Baptiste,**

Droit de la Personnalité: Quelques Éléments d'Une Analyse Économique, La Protection de la Personnalité, Bilan et perspectives d'un nouveau droit, Contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg 1993, sh. 203 vd.

## ÖZGEÇMİŞ

**Arif Barış ÖZBİLEN**, 08.09.1980 tarihinde Ankara’da doğdu. 1998 yılında Ankara Özel Tevfik Fikret Lisesi’nde lise eğitimini, 2003 yılında ise Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde lisans eğitimini tamamladı. 2004 yılında, “*La Responsabilité Médicale en Matière de Diagnostic Prénatal (Doğum Öncesi Teşhis Alanında Hekimin Hukukî Sorumluluğu)*” konusunda yazdığı yüksek lisans tezi ile Paris I- Panthéon Sorbonne Üniversitesi’nden mezun oldu. Aynı yıl Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde Özel Hukuk dalında doktora eğitimine başladı. TÜBİTAK tarafından verilen Bilim İnsanı Destekleme Bursu ile 2007-2008 akademik yılında İsviçre-Neuchâtel Üniversitesi Sağlık Hukuku Enstitüsü’nde doktora tezi için araştırma ve çalışmalarda bulundu. “*İnsan Kökenli Biyolojik Maddeler Üzerindeki Hakkın Hukukî Niteliği ve Bu Maddelerin Hukukî İşlemlere Konu Edilmesi*” konulu doktora tezi, 25.2.2011 tarihinde gerçekleştirilen tez savunması neticesinde oybirliği ile başarılı bulunmuştur.

**Arif Barış ÖZBİLEN**, 01.12.2004 tarihinden bu yana İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde Medenî Hukuk Anabilim Dalında Araştırma Görevlisi olarak görev yapmaktadır.

### **Makale:**

Alacak Rehninin Teminat Altına Alınan Alacak ve Rehin Yükü Bakımından Kapsamı, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Hukuk Sayısı, Güz 2005/2, sh. 233-252.

### **Yayına Hazırlanan Kitaplar:**

Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, III. Dönem, 17-18 Kasım 2006, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulama Sorunları.

Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, Medenî Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri, 18-20 Kasım 2005.

Galatasaray Üniversitesi ve İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakülteleri Tarafından Düzenlenen Türk-İsviçre Banka Hukuku Haftası, 16-17 Aralık 2004.

### **Ceviriler:**

Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü Basın İlânı (Çeviri), Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 11, Prof. Dr. Hans Lilie’ye Armağan, Ceza Muhakemesi Önlemleri ve Özellikle Gizli Araştırma Önlemleri, İstanbul 2011, sh. 293-295.

Turuncu Renginin Topluluk Markası Olarak Tescil Talebine İlişkin Avrupa Toplulukları Adalet Divanı İkinci Dairesinin 21 Ekim 2004 Tarihli Kararı (Çeviri), İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Hukuk Sayısı, Yıl: 9, Sayı: 18, Güz 2010, sh. 153-167.