

İSLAM HUKUKU AÇISINDAN İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDELERİN HUKUKİ STATÜSÜ

Dr. Nurten Zeliha ŞAHİN*

Özet: Biyoteknolojinin gelişmesi ile insana ait her türlü madde kullanılabilir hale gelmiştir. İnsan kökenli maddelerin tıbbi olarak kullanılabilir olması, onları değerli kılmıştır. Bu maddelerin araştırma amaçlı kullanılabilirliği veya bir başkasına tedavi amaçlı aktarımı, söz konusu maddelerin hukuki statüsünün ne olacağı tartışmasını da gündeme taşımıştır. Bugün için insan kökenli maddelerin kişiye ait bilgileri taşıdığı gerçeğinin ortaya çıkması, bu maddelerin bir eşya gibi kabul edilemeyeceğini göstermektedir. Bu gerçek, söz konusu maddelerin hukuki statüsünü belirlemeyi gerekli kılmaktadır. Bu makale, İslam hukuku açısından insan kökenli maddelerin hukuki statüsünü ele alarak; İslam'ın insan kökenli maddelerin kullanımı karşısındaki tavrını ortaya koymaya çalışacaktır.

Anahtar Kelimeler: İnsan Kökenli Maddeler, Mükerrerlik, Biyoteknoloji, Muhterem, Kişilik Hakları, Aynı Haklar.

Legal Status of Biological Materials of Human Origin in Terms of Islamic Law

Abstract: All kinds of human material have become available with the development of biotechnology. In this respect that they can be used as medical when the materials of the human body separated from the human has made them much more valuable. Availability for the research purpose of materials of human origin or with transfer to another for treatment the legal status of this matter It has been discussed availability. Nowadays the emergence of the fact that has carried the person information about materials of human origin demonstrated unacceptable as one thing of these materials. This importance was necessary to determine the legal status of these materials. This article discusses the legal status of materials of human origin in terms of Islamic Law so that attitude of Islam towards the use of materials of human origin tries to put forward.

Keywords: Materials of Human Origin, al-Mukarram, Biotechnology, Dignity.

GİRİŞ

İnsan kökenli biyolojik maddelerin saklanması, korunması ve bu biyolojik maddelerden hareketle hastalığın teşhis ve tedavisinin yapılması yeni olmamakla birlikte tıp, genetik, biyoloji bilimi ve biyoteknolojideki ilerlemeler, bu maddelerin kullanım alanını genişletmiştir. İnsan kökenli biyolojik maddelerin elde edilmesi ve saklanması ile ilgili biyoteknolojideki gelişmelerin sonucu biyobankaların¹ ku-

* TOKİ Ortaokulu DKAB Öğretmeni (Burdur/Bucak), nurtenzeliha@gmail.com

1 “Biyobanka, bir popülasyona veya belirli bir hastalığa özel olarak, düzenli bir sistem çerçevesinde toplanmış biyolojik örnekleri ve bunlarla ilişkili veri ve bilgileri kapsayan birimdir. Biyobankalar doku, organ, serum, plazma, idrar, tükürük, deoksiribonükleik asit (DNA), ribonükleik asit (RNA), protein, hücre serileri (çoğunlukla araştırma amacıyla kullanılan ve laboratuvar koşullarında sınırsız çoğaltılabilen hücreler) gibi biyolojik örneklerin, özellikle araştırma amacı ile uzun süreli olarak saklandığı birimler olarak da tarif edilebilir.” Güvem Gümüş Akay, Karabulut Halil Gürhan ve Ajlan Tükün,, “Biyobankalar Nedir, Neye Hizmet Ederler?”, Bilim ve Teknik, Ocak 2012, 48-51, 49.

rulması, söz konusu bankalarda saklanan insana ait maddelerin, tedavi amaçlı veya araştırma amaçlı kullanılmasını kolaylaştırmıştır. Bu gelişmelerin sonucu, insan kökenli biyolojik maddeler, ham madde gibi üzerinde işlemler yapılarak yeni bir ürüne dönüştürülmüş ve böylece söz edilen maddeler tedavinin bir aracı haline gelmiştir.

Biyomedikal araştırmalarda ham maddenin insanın biyolojik maddesi olması, konunun etik ve hukuk açısından da ele alınmasını gerekli kılmıştır.² Çünkü bu maddeler kişiye ait bilgileri içinde taşıdığı için bu maddeleri ele geçiren, kişiye ait özel bilgileri de ele geçirmiş olacaktır. Buna verilebilecek en güzel örnek, adli tıpta suçluya ulaşmada bu maddelerin birinci derecede delil olarak kullanılmasıdır.³ “*Kan ve kan lekeleri, meni ve meni lekeleri, dokular ve hücreler, kemikler ve organlar, kılıf hücreli saç kılları, idrar, tükürük ve tükürük lekeleri (çekirdek hücreli olan) gibi biyolojik numunelerden başarılı bir şekilde DNA izole edilerek*” bireylerin kimlik tespitinde kullanılmaktadır. Bu nedenle biyolojik maddeler, ait olduğu kişinin kimlik bilgilerini içinde sakladığından, söz edilen maddeleri araştırma amaçlı kullanmanın, hukuk ve etik sorunlarını da beraberinde getirdiği söylenebilir.⁴

İnsan kökenli biyolojik maddeler ile ilgili ikinci önemli sorun da, laboratuvarlarda tedavi edici bir ürünün oluşturulması çalışmaları sırasında bu maddelerin de diğer maddeler gibi ham madde olarak kullanılmasıdır. Bu maddelerin biyomedikal araştırmalarda tedavi edici bir ürün haline dönüşmeye başlaması, bu maddeleri değerli hale getirmiştir. Öyle ki, kişinin kendisinin veya ölümünden sonra yakınlarının bağışladığı vücut bölümlerinin, bağışlanan kişiler veya kurumlar tarafından, üzerinden paralar kazanılan ticari bir araç haline geldiği görülmüştür. Bu parçaların gerçek sahibi bunu bağışlarken, bu bağışı kurumlar ticaret amaçlı başka kurumlara ve kişilere satabilmektedir.⁵ Tıbbi amaçlı kullanılması için bağışlanan birçok kadavranın, özel şirketlere belli bir bedel karşılığı verildiği bilinmektedir.⁶ Bu nedenle, söz konusu maddelerin biyoteknolojide ham madde olarak kullanılması ile tıpta tedavinin bir aracı haline gelmesi, bu maddelerin hukuki statüsünün ne olduğuna dair tartışmaları da ortaya çıkarmıştır.

İnsanın biyolojik maddeleri ile insanın hücresi, dokusu, DNA yapıları (kan, kemik, kas, bağ dokusu, deri vd.) organları, (karaciğer, mesane, kalp, böbrek, plaseenta vd.) üreme hücreleri, (sperm, yumurta), atıkları (saç, tırnak, idrar, dışkı ve ter, genellikle döken cilt hücreleri) kast edilmektedir. Ülkemizde 29.05.1979 tarihli

2 Filiz Özbaş Gerçekler, Sibel Oğuzkan Balcı ve Sacide Pehlivan, “Biyobankalar ve Biyobankalarda Etik Konular” *Gaziantep Tıp Dergisi* (2008) 35-40, s. 35-36.

3 Human Biological Materials Including Materials Related to Human Reproduction, <http://www.pre.ethics.gc.ca/eng/policy-politique/initiatives/tcps2-eptc2/chapter12-chapitre12/#toc12-1a>, (27.09.2014).

4 Nihal Açıkgöz, İ. Hamit Hancı ve A. Hadi Çakır, “Olay Yerinden DNA Analizi için Biyolojik Örnek Toplama ve Örneklerin Laboratuvara Gönderilme Usulleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 51, s 2 (2002), 199-206, s. 200.

5 Elizabeth E. Appel Blue, “Redefining Stewardship over Body Parts”, *Journal of Law and Health*, Vol 5, 74- 78.

6 Elizabeth E. Appel Blue, “Redefining Stewardship over Body Parts”, s. 79.

ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli hakkındaki kanunda, insan kökenli maddeler olarak “*insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları*” kast edilirken; saç ve deri alınması, aşılınması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerinin dışında tutulmuştur. Aynı tutulma nedeni ise, bunların yürürlükte bulunan sağlık yasalarına, tüzüklere, yönetmeliklere ve tıbbi deontoloji kurallarına tabi olmasıdır.⁷ Bununla birlikte, DNA verileri ve Milli DNA Veri Bankası kanun tasarısında biyolojik örnek “*kaynağını insan vücudundan alan, DNA profili elde etmeye uygun kan, tükürük, doku, kemik, tırnak, saç ve benzeri oluşumlar*” şeklinde tanımlanmıştır.⁸ Bu tanımlamalardan da anlıyoruz ki insandan ayrılan bütün doku, organ ve hücreler insan kökenli biyolojik madde tanımını içine girerken; yasal düzenlemelerde bu maddelerin kullanımı ile ilgili farklı hukuki statüler ortaya konmuştur.

A. İNSAN KÖKENLİ MADDELERİN HUKUKİ STATÜSÜ

İnsan beden bütünlüğü kişilik hakları içinde yer almaktadır. Bu nedenle, insan bedeni maddi bir gerçekliği de olsa kişilik hakları içinde korunduğundan, insan bedenine eşya hukukunun hükümleri uygulanmamaktadır.⁹ Aynı şekilde insana bağlı organ ve parçalar da, bu organlar suni de olsa, bu hak çerçevesi içinde ele alınmaktadır.¹⁰ Fakat ayrılan biyolojik maddeler, kişiden ayrı olmaları yönü ile “şey” tanımı içine sokulmaktadır. İnsanın kendisi ile şey arasındaki hak tanımı, mülkiyet hakları tanımına girmektedir. “Mülkiyet hakkı *mâlike*, üçüncü kişiler karşısında “şey” olarak tanımlanan eşya üzerinde en geniş yetki ve hâkimiyet veren aynı bir haktır.”¹¹ Eşyada tasarruf, onun üzerinde “*doğrudan egemenlik, eşyayı el altında bulundurma, kullanma, kullandırma, rehneme, devretme, hatta tahrip etme yetkilerinin, herhangi bir borçlunun, bir yükümlünün aracılığına gerek bulunmaksızın serbestçe işletebilmesi anlamına gelir.*”¹² Eşya üzerindeki bu tasarruf hakkı, aynı hak olarak ifadelendirilmektedir. Buna göre “*Bir hakkın aynı hak olabilmesi için onda şu üç unsurun bulunması gerekir. a) Konusu bir eşya olmalıdır. b) Sahibine bu eşya üzerinde doğrudan doğruya bir hâkimiyet sağlamalıdır. c) Herkese karşı dermeyeran edilebilmelidir (ileri sürülebilir olmalıdır).*”¹³

Genelde hukuk, insan kökenli maddeleri, ayrıldığı kişiye ait eşya olarak kabul etmektedir.¹⁴ Bununla birlikte, bu maddelerin, insandan ayrılrsa da içinde taşıdığı bilgiler yönüyle kişi ile bağlantısı devam ettiğinden, insana ait bu özgünlüğünü ko-

7 <http://www.kgm.adalet.gov.tr/tasariasamaları/gorus/kanunlar/dna.pdf>, (27.09.2014).

8 Turhan Esener, Güven Kudret ve Güven, *Eşya hukuku*, Gazi Büro Kitabevi, Ankara, 1996, s. 37.

9 Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, Yetkin Yay., Ankara, 2012, s. 53.

10 Eren, *Mülkiyet Hukuku*, s. 16.

11 Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s. 9.

12 Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, *Şekli Eşya Hukuku*, Yetkin Yay., Ankara, 2012, s. 64.

13 Arif Barış ve Özbilen, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler*, Vedat Kitapçılık Basım Yayımlar Ltd. Şti., İstanbul, 2011, s. 70.

ruyabilmek için kişilik hakları açısından da ele alınmasını gerekli kılmaktadır.¹⁴ Bu bağlantıdan dolayı insan kökenli biyolojik maddelerin üzerinde kişilik hakların mı, yoksa aynı hakların mı varlığının kabul edileceği ikilemi, biyoetiğin ve hukukun tartıştığı bir konu haline dönüşmüştür. Bu nedenle, insan kökenli maddelerin sahip oldukları statüler açısından ayrı ayrı ele alınıp incelenmesi, konunun iyi anlaşılması açısından önemlidir, denilebilir.

1. İnsan Kökenli Biyolojik Atık Maddeler

Hukukta, vücuttan ayrılmış ve bu suretle kişiye özgü olma niteliğini kaybetmiş maddeler, eşya olarak kabul edilmektedir.¹⁵ Avrupa Birliği üyelerinin daha sonra biyohukuk ve biyoetiğe referans teşkil edecek temel kurallarını belirlediği 1997 yılında aralarında yaptıkları sözleşmenin 21. maddesinde, insan vücudu ve onun bölümlerinden gelir elde edilemez hükmüne yer verilerek, insan kökenli biyolojik maddeler üzerinde kişinin tasarruf hakkı sınırlandırılırken; açıklama raporunda, insan bedeninden ayrılan tırnak ve saçın insan vücut bölümlerinin satılamazlığı hükmünün dışında tutulduğu, açıkça ifade edilmektedir. Nedeni ise, bu maddelerin, vücuttan ayrıldıktan sonra kişiye özgü olma niteliğini kaybetmesinden hareketle, bir eşya gibi üzerinde tasarruf yapıldığında insan onuruna hakaret olarak görülmemesidir.¹⁶

Vücuttan ayrılmış ve bu suretle kişiye özgü olma niteliğini kaybetmiş söz konusu maddelerin ortak özelliği, ayrıldıkları bedende tekrar yenilenebilmeleridir. Bu maddelere kan, kemik iliği, saç örnek olarak verilebilir.¹⁷ Bu maddeler kaybedilse de, beden onları tekrar üretmesi nedeniyle, insanın fiziksel işleyişine olumsuz bir etkisi olmamaktadır. Bu biyolojik maddeler bu yönleri ile diğer vücut organlarından ayrılmaktadır. Fakat insan bedeninden atılan biyolojik kökenli maddelerin hukuki statüsünü belirlerken bu ayırım öne çıkıyormuş gibi görünse de, hukuki düzenlemelerde bu ayrıma çokta net olarak riayet edildiği söylenemez. ABD Ulusal Organ Nakli kanununda organların satılmasının yasaklanması bölümünde organ olarak böbrek, karaciğer, kalp, akciğer, pankreas ve kornealar dışında kemik iliğinin de organ tanımı içine dâhil edilmesi buna bir örnek teşkil eder.¹⁸ Bunun nedeni ise kemik iliğinin yaşam için hayati bir fonksiyona sahip olması ve piyasada çok fazla alıcısının bulunması ile ekonomik değerinin yüksek tutulabileceğinden dolayı fakir olanın ekonomik baskı altında kalmasıdır.¹⁹

14 Öz bilen, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, s. 136.

15 Ünal ve Başpınar, Şekli Eşya Hukuku, s. 68.

16 Sir Patrick Nairne, *Human Tissue Ethical and Legal Issues*, Nuffield Council on Bioethics, London, 1995, s. 18.

17 Alexandra, George, *Property in The Human Body & Its Parts Reflection on The Self-Detremination in Liberal Society*, European University Institute Bedia Fiesolana, Italy, 2001, s. 42.

18 <http://history.nih.gov/research/downloads/PL98-507.pdf>, Title 111-Prohibition Of Organ Purchases, Sec:3 01, (29.09.2014).

19 Nicolette Young, , "Altruism or Commercialism? Evaluating The Federal Ban on Compensation for Bone Marrow

Üreme hücreleri kendini yenileyebilen hücreler olduğu halde, birçok ülkede bu hücrelerin hukuki işlemlerde devredilemezliği²⁰ kabul edilmiştir. Ülkemizde de aynı şekilde kemik iliği, kan, sperm ve yumurtanın kendini yenileyebilen doku ve hücreler olmaları ile birlikte, bunların bağlı olduğu haklar göz önünde tutularak farklı yasal düzenlemelere gidilmiştir.

2. İnsan Doku ve Hücreleri

İnsan kökenli biyolojik maddelerin en önemli özelliği, insana ait kimlik bilgilerini içinde saklayan DNA'ların varlığıdır. Bu nedenle insan saçının ticaret konusu olmasında hukuki bir sakınca görülmemekle beraber, onun içindeki DNA bilgilerinin analiz edilmesinde ise kişilik hakkı söz konusu olmaktadır. Buna dikkat çeken bir örnek, Howard Florey Enstitüsü'nün hamile bir kadının yumurtalığından elde edilen DNA için yapılan patent başvurusunu ret etmesidir. Neden olarak da birincisi, kâr amacı ile hamileliğin kullanılmasının insan onuruna aykırı kabul edilmesi; ikincisi, bu eylemin özünün ahlaksız olarak tanımlanması; üçüncüsü, bu patentin kölelikle eşdeğer görülmesidir.²¹

İnsan kökenli maddelerin kullanımı, insan kökenli maddelere dair bilgilerin kullanılması ve maddelerin bizzat kendisinin kullanılması şeklinde ikiye ayrılmaktadır.²² Bu ikisi arasında aslında çok sıkı bir bağlantı bulunmaktadır. Çünkü insana ait olan bu maddeler insandan ayrılrsa da, insana ait bilgileri taşımaya devam edeceği için,²³ ona ait bilgilerin kullanılması, dolaylı olarak bu maddelerin kullanılması anlamına gelmektedir. Avrupa Konseyi 2006 tarihli 4 numaralı, gelecekteki araştırmalarda kullanılmak üzere insanlardan biyolojik madde ve örnek alınması, saklanması, ileride kullanımı; toplanan insan kökenli ürünlerin depolanması ve biyobankaların yönetimi ile ilgili ilkeleri içeren tavsiye kararında, insan kökenli biyolojik maddelerin kullanımının, onun bilgilerinin kullanılmasına eşlik edileceğine dikkat çekmektedir. Bu nedenle, bu maddeler hem insana ait olması hem de insana ait bilgileri içermesi ile herhangi bir madde tanımı içine sokulmamaktadır. İnsan doku ve hücreler, insandan ayrılrsa da ona ait bilgileri taşımaya devam etmesi yönüyle, onun korunması insan haysiyet ve onurunun korunması anlamına

Donors", *Southern California Law Review*, Vol. 84, 1204-1250, s. 1239.

20 Ülkemizde yürürlükte olan 27513 sayılı üremeye yardımcı tedavi uygulamaları ve üremeye yardımcı tedavi merkezleri hakkındaki yönetmelik, üremeye yardımcı tedavi uygulanacak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanacağı ve herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaya lardan alınan yumurta ve spermiler ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanlar da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaklanmıştır. saglik.gov.tr/TR/belge/1-10093/uremeye-yardimci-tedavi-uygulamaları-ve-uremeye-yardimci-.html, (27.09.2014).

21 "Patent Exclusions That Promote Public Health Objectives", http://www.wipo.int/edocs/mdocs/scp/en/scp_15/scp_15_3-annex4.pdf, s.53, (27.09.2014).

22 Matteo Macilotti, "The Legal Status of Human Biological Materials and The Consequences in Biobank ing", *Rev Der Gen H*, 34 (2011), 119-140, s. 121.

23 Matteo Macilotti, "The Legal Status of Human Biological Materials and The Consequences in Biobank ing", s. 127.

gelmektedir. Bu bağlantıdan dolayı, bu maddelerin kazanç vasıtası yapılamayacağı hükmü insan kökenli biyolojik maddelerin kullanımını düzenleyen sözleşmelerde yerini almaktadır.²⁴ Ülkemizde de insandan elde edilen doku ve hücrelerin ilaçlar gibi ruhsatlandırılmasına ve bu şekilde ithalat, ihracat ve depolanmasının yapılmasına dair yayınlanan yönetmelikte, ham madde olarak kullanılan insan doku ve hücrelerinin bağış yolu ile elde edilmesi şartı yer almaktadır.²⁵ Ayrıca, insan kökenli biyolojik maddelerin kişisel rızaya dayalı olarak alınması, aşılınması ve nakli mümkünken, kişinin kendine ait biyolojik maddeyi verme edimine girdikten sonra bundan vazgeçmesi karşılığında herhangi bir maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamayacağı, Medeni Kanunun 23. maddesinde yer almıştır.²⁶ İnsan doku ve hücrelerine, hukuk açısından bakıldığı zaman, insandan ayrıldıktan sonra eşya sayılması ve aynı hak hükümlerine tabi olması gerekirken,²⁷ insana ait bilgileri taşıdığı için bu maddelerin üzerindeki tasarruf hakkının kişilik hakkı ile sınırlandırıldığı görülmektedir.²⁸ Fakat bu maddeler bağışlandıktan sonra bağışlandığı kurumların mülkiyetinde eşya olarak kabul edilmiştir. Bu kurumların bu maddeler üzerinde işlemler yaparak söz konusu maddeyi yeni bir ürüne dönüştürmesi ve bu ürünün patent hakkını alması şeklinde üzerinde tam mülkiyet haklarının varlığı kabul edilmektedir.²⁹

24 “Madde 21 – Ticari kazanç yaşı: İnsan vücudu ve onun parçaları, bu nitelikleri dolayısıyla, ticarî kazanç sağlanmasına konu olmayacaktır. Biyoloji ve tıbbın uygulanması bakımından insan hakları ve insan haysiyetinin korunması sözleşmesi: insan hakları ve biyotıp sözleşmesi, Oviedo, 4.4.1997, <http://atud.org.tr/kutuphane/biyotiptr.pdf>, 12.10.2014.

25 İnsan Doku ve Hücre Ürünlerinin Ruhsatlandırılması ve Bu Ürünlerin Üretim, İthalat, İhracat, Depolama ve Dağıtım Faaliyetlerini Yürüten Merkezler Hakkında Tebliğ, sayı 28962, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/04/20140404-30.htm>, (27.09.2014).

26 http://www.nvi.gov.tr/files/file/mevzuat/nufus_mevzuati/kanun/pdf/turk_kanunu_medenisi.pdf, (2.09.2014).

27 Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, s. 8-9

28 Randy W. Marusyk, Margaret S., Swain, “Question of Property Rights in The Human Body”, *Ottawa Law Review*, Vol.21:2, 351-386, s. 385.

29 Bununla ilgili Ortak hukukun (common law) uygulandığı ülkelerde üç ayrı mahkeme kararı öne çıkmaktadır. Birincisi 1990 yılında Kaliforniya’ya yüksek mahkemesinin Moore v. Regents olarak bilinen davaya verdiği kararıdır. Moore çok nadir görülen bir kan kanserine yakalanmıştır. Doktoru tedavi sırasında ondan aldığı hücrelerden yeni bir hücre dizisi oluşturur. Bu hücre dizisinin 1984 yılında patent hakkını alır. Moore kendi hücreleri kullanılarak oluşturulan bu yeni hücre dizisinden elde edilen gelirden pay hakkını almak için mahkemeye gider ve ilk derece mahkemesi Moore’yi haklı bulur. Fakat üst mahkeme Moore’nin kendi vücut parçasını satmasını, insan onuruna aykırı olduğuna karar verir. Mahkeme, burada doktorun kendisine verilen vekalet görevini kötüye kullanmasını ve bilgilendirilmiş rızanın yokluğunu kabul ederek tazminat verilmesine karar vermekle birlikte; kişinin kendine ait biyolojik maddeden kar elde etme amacı güdemeyeceği için, kendi hücrelerinin hammadde olarak kullanılmasıyla elde edilen yeni ürünün, bir başka deyişle eserin maddi gelirinden faydalanmasını red etmiştir. Esere verilen patent hakkını ise onaylamıştır. Maureen S., Dorney, “Moore v. the Regents of The University of California: Balancing The Need for Biotechnology Innovation against the Right of Informed Consent”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 5:2 (1990), s. 339-342. İkinci olay ise Canavan davası olarak bilinen, çocukları canavan hastası olan bir grup ailenin Greenberg v. Miami Children’s hastanesine yönelik açtığı davadır. Davacı ailelerinde bulunduğu bir grup aileden, Greenberg v. Miami çocuk hastanesi, canavan hastalığı ile ilgili tıbbi araştırmalar için, kendi rızaları doğrultusunda aldıkları kan idrar ve doku örneklerinden canavan hastalığı genini ortaya çıkartır. Canavan hastalığına neden olan gen, bu hastalığın bulunması için yapılan testler, araştırma ve tedaviye yönelik çalışmalar 1997 yılında patentlenir. Elde edilen bu gelirden araştırmaya katılan ailelere herhangi bir gelir aktarılmaması üzerine, bu araştırmaya katılan ailelerden bir kısmı, bu araştırmada hastanenin, kendi biyolojik maddeleri üzerinde kazanç elde etmeye yönelik niyetlerini açıkça ortaya koymadıklarına dayanarak mahkemeye giderler. Güney Florida Bölge mahkemesi 2003 yılında araştırma için bağışlanan biyolojik örneklerden elde edilen geni, hastanenin mülkü olduğunu kabul ederek, hastanenin bu genin patentini almasını onaylamış; fakat bu ürünün ham maddesini oluşturan genin sahiplerinin, bu gen üzerindeki gelir elde etme talebini red etmiştir. Maureen S. Dorney, “Moore v. The Regents

Bu değerlendirmelerden yola çıkılarak söylenebilir ki; insan doku ve hücreleri üzerinde kişilik hakkı ve aynı hak birlikte bulunmaktadır. İnsan doku ve hücreleri, insandan alınması yönüyle kişilik hakları ve bu maddelerin alınmasından sonra bunu alan kurumların mülkiyetinde bir eşya olarak kabul edilmesiyle aynı hak ile bağlantılı olduğu görülmüştür.

3. İnsana Ait Organlar

Günümüzde kalp, akciğer, karaciğer, böbrek, pankreas, ince bağırsak, kemik iliği, kan, deri, kornea gibi yaşamsal önemi olan pek çok organın nakli yapılabilmektedir. Organ nakli bu gün için kronik organ rahatsızlıklarında uygulanan ileri bir tedavi yöntemi olarak kabul edilmektedir. Organlar genelde beyin ölümü gerçekleşmiş olup da yaşamında, organlarını bağışlamış olan kişilerden elde edilmektedir. Fakat organ bekleyen kişilerin çok, bağış yapılan organın az olması, organ nakillerindeki en önemli sorun olarak görülmektedir. Ülkeler, organ ihtiyacını karşılamak için değişik yöntemler uygulamaya çalışsa da, bunların arasında organların satılması yer almamaktadır. Organlara çok ihtiyaç olduğu halde organların satılmasına yasal olarak izin verilmemesi, etik kaygılardan kaynaklanmaktadır. Özellikle parası olanların bu hizmetten faydalanması ve fakir olanların organlarını bir ticari metaya dönüştürme kaygısı, organların belli bir para karşılığı bağışlanmasına karşı çıkılma nedenlerindendir, denilebilir.³⁰

Bu nedenle organların satılmasına karşı çıkılmasında, etik kaygıların öne çıktığı söylenebilir. İstanbul'da, 30 Nisan- 3 Mayıs 2008 yılında Transplant Derneği ve Uluslararası Nefroloji Derneği tarafından (The Transplantation Society and International Society of Nephrology) organ ticareti hakkında yapılan uluslararası toplantının sonuç bildirgesinde bu kaygılar adalet, eşitlik ve insan onuruna saygı ilkelerinin ihlali olarak gösterilmiştir.³¹ Dünya Sağlık Örgütü, organ nakli için hazırladığı rehber prensipler arasında, kişinin sadece hayattayken organ bağışı yapabileceğine, kesinlikle bunun karşılığında para talebinin kabul edilemeyeceğine ve beyin ölümü gerçekleşmiş kişi için de, akrabalarına organları karşılığında para verilemeyeceğine karar vermiştir.³²

of The University of California: Balancing The Need for Biotechnology Innovation against The Right of Informed Consent", *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 5:2 (1990), 333-369, s. 339-342. Üçüncüsü de v. Catalona davasıdır. Washington üniversitesi'nin kan, hücre gibi DNA'dan oluşan biyolojik maddelerin araştırma amaçlı stok edilmesine dairdir. Hastanenin bunları stok ederek araştırma amaçlı kullanması karşısında mahkeme, bu biyolojik maddelerin bağışından sonra gerçek sahiplerinin onların üzerinde herhangi bir tasarruf hakkının olmadığı ve hastanenin araştırma amaçlı bu biyolojik maddeleri stok edebileceği kararını vermiştir. Burada bağışlanan vücutsal bölümlerin, kamusal bir kaynak olarak kabul edildiği görülmektedir. Radhika Rao, "Genes and Spleens: Property, Contract, or Privacy Rights in the Human Body?", *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Fall 2007, 1-13, s. 5.

30 Enis Sarial, *Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1986, s. 15.

31 Editorial, "The Declaration of Istanbul on Organ Trafficking and Transplant Tourism", *Nephrol Dial Transplant*, 2008, 1227-1235

32 World Health Organization, *Who Guiding Principles On Human Cell, Tissue and Organ Transplantation*, ht tp:// www . searo . who.int/LinkFiles/BCT_WHO_g uiding_principles_organ _ tr ansplantation.pdf, 4, (20.02.2012).

İSLAM HUKUKU AÇISINDAN İNSAN KÖKENLİ BİYOLOJİK MADDELER

Klasik fıkıh kitaplarında, insan kökenli maddeler ve insana ait uzuvlar bağlamında kabul edilebilecek tartışmaların daha çok anne sütü, insan saç ve insan kemiği çerçevesinde yapıldığı görülmektedir. Nedeni, insan saç, anne sütü ve insan kemiği ile ilgili hukuki normun varlığının, bu maddeleri farklı açılardan ele alınmasını gerekli kılmasıdır. Bu maddelerin hukuki statüsü ile ilgili iki ayrı değerlendirme yapıldığı görülmektedir. Bunlar, bu maddelerin bir başkası tarafından kullanılabilmesinin hukukiliğiyle ve bu maddelerin, mal kabul edilerek aynı haklara konu olup olmayacağıdır. Bu değerlendirmelerin fakihlerin mal tanımlamalarına da yansıdığı görülmektedir.

1. İslam Hukuku Açısından İnsan Kökenli Biyolojik Maddelerin Hukuki Statüsü

İslam hukukçularına göre insan bedeni mal olmadığı için akdin konusu değildir. Hz Muhammed, insan bedeninin satım akdine konu olamayacağını “*Ben Kıyamet Günü’nde üç kişinin hasmıyım. Kıyamet Günü hasmı olduğum kula, tam hasımlık yaparım. (Evet, ben) bana verdiği sözden cayanın, hür bir kimseyi satın bedelini yiyenin, tuttuğu işi tam olarak çalıştırıp da hakkını tam olarak vermeyenin hasmıyım*”³³ hadisi ile açıkça ifade etmiştir. İslam hukukçuları mal tarifi yaparken insan bedenini, tanımlamanın dışında tutmuştur. Hanefi fakih İbn Nuceym (ö. 970/1563), malı “*insanoğlu dışında insanın maslahatı için yaratılan şeye isim*” olarak tanımlamıştır. Özellikle insanoğlunun mal olmadığına dair kölelikten örnek getirildiği görülmektedir. Çünkü kölenin kendisi, satım akdinin konusu olması ile birlikte, öldürülmesi ve helak edilmesi hukuka aykırıdır.³⁴ Bu nedenle bir şeyin mülkiyetine sahip olmak, onun üzerinde tam aynı hakka sahip olunduğu anlamına gelmemektedir.

İslam hukukçularının mal tariflerine bakıldığı zaman, bir şeyin mal olabilmesi için iki temel unsur aradıkları görülmektedir. Birincisi, mal olarak kabul edilecek olan şeyin elde edilebilmesidir. Bu bağlamda ayın şavkı, güneş ışığı, avlanmamış av elde edilmediği için mal sayılmaz. Bu malın maddi, fiziki boyutuna işaret etmektedir. İkincisi de insanların onu elde etmeyi, biriktirmeyi ve başkasına vermeyi adet haline getirmesidir.³⁵ Buna göre kendisi fiilen elde edilebilen şeyler, normal bir şekilde istifade edilemiyorsa o, mal sayılmaz. Pirinç tanesi örneği verilir. Pirinç tanesi, ekonomik bir değeri olmadığı için tek tane olarak bir başkasına verilmesi adet haline dönüşmemiştir. Bu nedenle pirinç tanesi mal sayılmaz. Ayrıca bir şeyin elde

33 Buhârî, “Büyü”, 106.

34 Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed Mısri Hanefî İbn Nüceym, *el-Bahrü’r-raik şerhu Kenzîd-dekaiik*, hr. Zekerîyyâ Umeyrat, Dârü’l-Kütübü’l-İlmiyye, Beyrut 1997/1418, c.5, 431.

35 Abdülkerim, Zeydan, *el-Medhal li-diraseti’ş-şeriati’l-İslamiyye*, Mektebetü’l Kudüs Müessesetü Risale, Bağ dat 1969, VI, 216-217.

edilerek ondan faydalanılabilmesi için, hukuken bir engelin olmaması da gerekir. Bir şey elde edilebiliyor, fakat hukuken faydalanılmasında bir engel varsa; o şey, üzerinde aynı hakkın geçerli olacağı eşya statüsüne girmez.³⁶

İslam hukuku açısından, bir şeyden faydalanmak emredici hukuk kurallarına aykırı ise o şey, mal sayılmaz. Bu nedenle fakihler, bir şeyin mal sayılabilmesi için o şeyin kullanılmasında hukuka uygunluk şartı aramışlar ve bunu belirlemek için farklı ayrımlara gitmişlerdir. Hanefi İslam hukukçuları, bir şeyin mal sayılabilmesi için hukuka uygunluk şartı olarak malı, mütekavvim ve gayri mütekavvim şeklinde ikiye ayırmışlardır. Bu ayırım, malın hukuki değerini ifade etmek için kullanılan bir ayırımdır.³⁷ Mütekavvim mal, bir şeyin örfen elde edilebilir, kullanılabilir olması ve hukuken de kullanılmasına izin verilmesidir. Gayri mütekavvim mal ise zaruret hali dışında faydalanılması hukuka aykırı kabul edilen maldır. Bu malın üzerinde satın alma, hibe, kiralama gibi herhangi bir tasarruf, hukuka aykırı olduğu gibi telefî karşısında tazminat hakkı da doğmaz.³⁸

Hanbelilerin ise mal tarifinin içine hukuka uygunluk şartını yerleştirdikleri görülmektedir. Hanbeli fakihi İbni Kudame (ö. 682/1283), Mugni adlı klasik fıkıh kitabında malı “*zaruret olmaksızın mubah olarak faydalanılan şey*” şeklinde tanımlamıştır.³⁹ Hanbeli kitabı olan Keşfu'l-Kınâ'da da malın tarifi, “*zaruret ve ihtiyaç hali olmaksızın mubah olarak faydalanılan şeydir*.” Örnek olarak, köpekten ihtiyaç halinde zorunlu olarak faydalanılmasının, onu mal yapmayacağı verilmektedir.⁴⁰ Bu tanımlara göre Hanbeliler, zaruret ve ihtiyaç halinde faydalanılan şeyi mal tarifinin dışına çıkartarak, mal olarak kabul edilecek eşyada hukuka uygunluk şartı aramışlardır.

Şafilere ve Malikilere göre bir şeyin mal olabilmesi için o şeyin şer'an temiz olması ve insanların ondan faydalanması adet haline gelmesi gerekir.⁴¹ Şâfi fakihi İmamı Nevevi (ö. 676/1277) bir şeyin alışverişe konu olabilmesi için beş şart belirlemiştir. Bu şartlardan birincisi o şeyin “tâhir” temiz olmasıdır.⁴² Bir noktada bu ayırım malın hukuki değerini ifade etmektedir. Buna göre insan ve insana ait parçalardan hiç birisinin, müslüman ve kafir ayrımı yapılmadan, necis olmadığı konusunda fakih-

36 Abdülkerim, Zeydan, *el-Medhal li-diraseti's-şeriatil-İslamiyye*, VI, 216-217.

37 Fahri, Demir, İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1993, 33.

38 Fahri Demir, İslam Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Servet Dağılımı, s. 37.

39 Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme Cemmâilî Makdisî İbn Kudâme., *el-Mugni ve's-şerhi'l-kebir (şerh kısmı)*, Daru'l- Fikr, b.y.y, 1997, IV, 8

40 Şeyh Mansur b. Yunus b. Selahiddin el-Hanbeli Buhuti, *Keşşafü'l-kına'an metni'l-İkna'*, Vezaretü'l-adli fi'l-Memleketi'l-Arabiyyeti es-Suudiyyeti 2005, VII, 308.

41 Ebü'l-Berekat Ahmed b. Muhammed b. Ahmed Adevi Derdir, *Şerhu's-sagîr 'ala 'akrebi'l-mesâlik ila mez hebi'l-imam Mâlik*, hamîş Ahmed b. Muhammed Savi Maliki Halveti Savi, Dârü'l-Maârif, Kahire 1074, c. 3, s. 22; Hasan Hacak, “Mal”, TDV, XXVII, 461-465, s. 462.

42 Ebu Zekerîyya Muhyiddin b. Şeref en- Nevevi., *Kitabu'l-mecmu' şerhu'l-Mühezzebe li's- Şirâzi*, Mektebetü'l-İrşad, Cidde, ty, IX, 270.

ler arasında ağırlıklı bir görüş olduğu söylenebilir.⁴³ Bu konuda Şafii mezhebinden olan Gazali'de geçen bir ifade çok dikkate değerdir. “Eğer ölü bir insanın bir parçası yemek kazanına düşerse, velev ki, düşen parça bir tane dahi olsa bütün o çömlek haram olur. Fakat o düşen parçanın necasetinden değildir bu haramlık. Zira doğru fetvaya göre, insanoğlu ölümle necis olmaz. Ancak, insanoğlunun hürmetinden ötürü haram olduğundan, o kazan haram olur.”⁴⁴ Bu değerlendirmelere göre, insana ait maddeler, insana birleşik de olsa ayrı da olsa veya ölü olduğu halde ayrılrsa da aynı şekilde insanın muhteremliğinden dolayı necis değildir, temizdir.⁴⁵

Fakihlerin mal tanımlamalarından yola çıkarak; insan kökenli maddelere yaklaşımlarının iki şekilde olduğu söylenebilir.

1) Kişilik Hakları Açısından İnsan Kökenli Maddeler: Hanefiler ve Hanbeli fakihlerin bir kısmı insan kökenli maddelerin akdin konusu olamayacağını, insanın muhteremliğine dayandırmışlardır. Hanefilere göre insana ait uzuvlar gayri mütekavvim maldır. Nedeni ise, necasetinden değil muhteremliğindendir. Hanefiler, insanın kendisini saygıya değer kabul ettikleri için hiçbir şekilde insanın ne sütünü, ne saçını, ne de kemiğini akde konu yapmışlardır. İnsan bedeni gibi insan uzuvları da hukuken dokunulamazdır.⁴⁶ Kişi organlarını bir başkasının faydalanması için bağışlayabilir, fakat satamaz. Çünkü satılması, ait olduğu kökenin muhteremliğinden dolayı kişilik haklarını ihlal kabul edilmiştir. İnsana ait cüzlerin bu muhteremliği onu dokunulmaz yapmaktadır.

İslam hukukunda muhteremlik, bir şeyin hukuki dokunulmazlığını ifade etmek için kullanılmaktadır. İslamiyet, insan bedenini “mükerrerem” yani saygıdeğer olarak kabul etmiştir. “Biz insanı saygın kıldık”⁴⁷ ayeti bu saygınlığı ifade etmektedir. Canı dokunulmaz kılan, insanın saygıya değer olmasıdır. İnsanın mükerrerem olarak nitelendirilmesi, öncelikle ona ahlaki bir değer yüklemekte ve bu değer onu dokunulmaz kılmaktadır. İnsanoğlu mükerrerem olduğu için hukuken dokunulmaz, yani fıkıh dili ile “muhterem”dir. İnsan nasıl muhteremse ve bu nedenle satım akdine konu olamazsa, ona ait biyolojik maddeler de muhteremdir, satım akdine konu olamaz.⁴⁸ Buradan anlıyoruz ki; Hanefiler insandan ayrılan biyolojik maddeler üzerinde de, insan bedeninde olduğu gibi kişilik haklarının varlığını kabul etmiştir.

43 İbn Kudâme, *El-Muğnî ve ş-şerhi'l-kebir* (Şerh Kısmı), ty, I, 72.

44 İmam-ı Gazali, İhyâü 'ulumî'd-Din, Ter. Mehmet A. Müftüoğlu, Pırlanta Yay., İstanbul, ty, II, 272.

45 Şemseddin Muhammed b. Ahmed b. Hamza el-Ensâri Remli, *Nihayetü'l muhtar ila şerhi'l-Minhâc*, Daru İhyai't-Terasi'l- Arabî; Muessesetü't- Tarihi'l- Arabî, Beyrut 1992, I, 245.

46 Kemâleddin Muhammed b. Abdülvahid b. Abdülhamid İbnü'l-Hümmam, *Şerhu fethü'l-Kadir*, Mustafa el-Babi el-Halebi, yy, 1970/1389, VI, 405.

47 “And olsun, biz insanoğlunu şerefli kıldık. Onları karada ve denizde taşıdık. Kendilerini en güzel ve temiz şeylerden rızıklandırdık ve onları yarattıklarımızın birçoğundan üstün kıldık.” İsra, 17/70.

48 Alaeddin Ebubekir b. Mesud Melikü'l- Ulema el-Kâsânî, *Bedâi 'u's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'*, tahkik, Muhammed Hayri Tameti Halebi, Daru'l- Marife, Beyrut 2000, V, 239.

2) Ayni Hakka Sahip Olması Açısından İnsan Kökenli Maddeler: Malikiler, Şafililerden ve Hanbelilerden bir kısmı, anne sütünün eşya olduğu ve ayni haklara tabi olduğu görüşündedirler. Çünkü değinildiği gibi onlara göre bir şey temiz ise ve toplum içinde faydalanılması adet haline dönüşmüşse, o şey maldır. Buna göre anne sütü, temiz olduğundan ve insanların ondan faydalanması adet haline geldiğinden, hukuken mal sayılmakta ve satım akdine konu yapılmasında bir beis görülmemektedir. Buna karşılık insan terinin ve gözyaşının, insanların ondan faydalanması adet haline dönüşmediğinden mal sayılamayacağı görüşündedirler.⁴⁹ İnsan uzvu ondan faydalanılmıyorsa satım akdine konu olamaz.⁵⁰ Bu açıdan bakıldığında, insan kökenli maddeleri insana ait olması yönü ile temiz kabul eden Malikiler, Hanbeliler ve Şafililerden bir kısmı, bu maddelerin, ayni haklara dâhil olabilmesi için ondan faydalanılmasını temel kabul etmişlerdir, denilebilir.

Bu ayrımların, fakihlerin anne sütünü, insan saçını ve insan kemiğini değerlendirmelerine yansımaya bakacak olursak:

a. Anne Sütü: İnsan kökenli maddelerde ayni hakların geçerli olması ile ilgili tartışmaların genelde anne sütü merkezinde yapıldığı görülmektedir. Bakara 233. ayetin,⁵¹ sütanneye, sütünü vermesi karşılığında ücret verilebileceğini ifadelendirmesi, bu ücretin neyin ücreti olduğuna dair fakihler arasında, mal tanımları doğrultusunda farklı değerlendirmelere neden olmuştur.

İnsanı bütün cüzleri ile mükerrerem kabul eden Hanefiler ve bir kısım Hanbeliler süt anneye verilen ücretin onun yeme ve giyinme ihtiyaçlarını karşılamak için olduğunu kabul eder. Hanefiler açısından insanoğlunun eti haramdır. Eti haram olanın sütü de haramdır. Anne sütünden faydalanılmasına izin verilmesi, sadece zarurete dayalıdır.⁵² Anne sütü insandan bir cüz olduğundan, gayri mütekavvim mal kabul edilir. Bu nedenle gayri mütekavvim mal olarak anne sütü satım akdine konu olamaz ve telef edilirse de telef tazmin edilemez.⁵³ Hanefiler anne sütü de dâhil insana ait hiçbir şeyin satım akdine konu olamayacağı görüşünde olsalar da, eğer tedavi için anne sütü dışında başka bir şey bulunamıyorsa, onun alımına da izin vermişlerdir.⁵⁴ Bu zarurete dayalı olarak yapılan bir alım olduğu için, bu alım anne sütünü mal yapmaz. Çünkü zarurete konu olanlar, mal kabul edilmemektedir.

Malikiler, Hanbeliler ve Şafililerden bir kısmı sütanneye verilen ücreti sütün ücreti olarak kabul ederler. Yaptıkları mal tariflerine uygun olarak, anne sütü insana

49 Nevevi, *Kitabü'l- mecmu şerhu'l-Mühezzebe liş- Şirâzi*, IX, 305.

50 İbn Kudâme, *El-Muğni veş-şerhi'l-kebir* (Şerh Kısmı), ty, IV, 14.

51 "...Eğer çocuklarınızı (bir süt anneye) emzirtmek isterseniz örfü uygun olarak vereceğiniz ücreti güzelce ödediğiniz takdirde size bir günah yoktur...", Bakara, 1/233.

52 Ebü'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Kurtubi İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l muktesid*, thk. Abdullah el-İbâdic, Dâru's-Selam, y.y., 1995, III, 1561.

53 Şemsüddin es-Serahsî, *Kitabü'l-mebsut*, Daru'l-Marife, Beyrut 1989, XV, 125.

54 Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülaziz İbn Abidin, *Reddü'l-muhtar 'ale'd-Dürri'l-muhtar*, thk. Adil Ahmed Abdülmevcud, Ali Muhammed Muavviz, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1994/1415, VII, 480

ait olduğu için temizdir ve anne sütünden faydalanılmaktadır. Öyle ise maldır ve satım akdine konu olabilir. Hanbeli fakihî İbn Kudeme, Mugni adlı eserinde Hanbeliler arasında anne sütünün satılmasına dair ihtilaf olduğunu belirtir ve İmam'ı Ahmed'den anne sütünün satılmasını kerih gördüğüne dair bir rivayete yer verse de ondan gelen bir başka rivayetin, anne sütünün satılmasına cevaz verdiği şeklinde olduğunu belirtir.⁵⁵ Şafiler, insan sütünden aynen koyun sütü gibi bir gıda olarak faydalandığı için satılabileceği görüşündedirler. Bu nedenle ekmek gibi süt de satım akdine konu olabilir. Bu görüş Şâfi (ö. 507/ 1114) ve Maverdi (ö. 450/1058) dışında mezhebin genel görüşü olarak kabul edilir.⁵⁶ Maliklerde, faydalanılması mubah olan şeyin satılmasının da mubah olmasından hareketle, diğer hayvanların sütleri gibi anne sütünün de satım akdine konu olabileceği görüşündedirler.⁵⁷

Sütannenin sütünü vermesi karşılığında ücret almasına şâri'nin/kanun koyucunun izin vermesi, günümüzde bazı fakihlerin zarurete dayalı olarak insanın uzuvlarını bağışlaması karşılığında tazminat veya hediye adı altında belli bir bedel almasına cevaz vermelerinin temelini oluşturmuştur. Bu görüşte olan özellikle Şii fakihler, İran'ın bu yöndeki hukuki sürecine etki etmeleri yönü ile dikkat çekmektedir. Şii fakihlerinden Ali Hamaney (ö.1989) insanın, organlarını ihtiyacı olanlara vermesinin ve bunun karşılığında bir bedel almasının özellikle saygın bir canı kurtarmak buna bağlı ise sakıncası olmadığı görüşündedir.⁵⁸ Hamaney'e göre nakil için verilecek organlar kiraya verilmiş kabul edilerek belli bir bedel alınabilir.⁵⁹ İran, Şii fakihlerin verdiği fetvalara dayanarak 1998 yılında, bedel ödemeye dayalı böbrek bağışı yöntemini kabul etmiştir.⁶⁰ Bu bedel, bağışlanan organ karşılığında devletin verdiği bir hediye olarak görülmektedir. Çünkü Organ Nakli Merkezi "The Dialysis and Transplant Patients Association" tarafından düzenlenen organ alımı, alının ve verenin birbirini görmesini engellemektedir ve bu merkez tarafından hediye adı altında belli bir bedel, organ bağışlayana verilmektedir.⁶¹ Organ karşılığında belli bir ücretin ödenmesi ile ilgili İran dışında dikkat çeken diğer bir uygulama da, organ ticaretini engellemek için organ karşılığında tazminatı yasalaştıran Suudi Arabistan'dır. Suudi Arabistan, 2007 yılında yaptığı düzenleme ile akraba olmayanlardan da karaciğerin bir kısmını ve böbrek bağışını kabul etmeye dönük

55 Ebû Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme Cemmâli Makdisî İbn Kudâme, *el-Muğnî şerhu'l-Kebir*, thk. Abdullah b. Abdülmuhsin Türki, y.y., 1995, XI, 39

56 Nevevi, *el-Mecmu' şerhi'l-Mühhezzeb liş-Şirâzî*, IX, 304-305.

57 İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, III, 1561

58 Ayetullah Uzma Hamanei, *Ehl-i Beyt Fıkhuha Göre Sorular ve Fetvalar*, Kevser, İstanbul 2003, II, 71

59 Organı hediye etme karşılığında para alma

Soru- Nakil için verilecek organlar karşılığında para almanın hükmü nedir?

Cevap: Sakıncası yoktur ve kullanma hakkını karşı tarafa vermek suretiyle veya kiraya vermek suretiyle de para alınabilir <http://www.leader.ir/tree/index>, (20.02.2012)

60 S. M Akrami vd., "Brain Death: Recent Ethical and Religious Considerations in Iran", *Transplantation Pro ceedings*, Vol.36 (2004) s.2884; F Zahedi - I Fazel - B Larijani "An Overview of Organ Transplantation in Iran over Three Decades: with Special Focus on Renal Transplantation", *Iranian Journal of Public Health*, Vol. 38 (2009) Özel Sayı I, 149-138.

61 Bagher Larijani vd. "Financial Incentives in Organ Transplantation: Ethical Views", *Iran J Allergy Asthma Immunol*, 2007, s. 65, 43.

düzenleme yapmıştır. Bu düzenlemenin içine bu bağışı yapana gerekli korumanın yapılacağına dair maddenin eklenmesi ile, bağış karşılığında devletin belli bir ödeme yapmasının yolunu açmıştır.⁶² Bu madde ile organ vericinin, hem tıbbi ihtiyaçlarını karşılamayı hem de iş gücü kaybı nedeni ile bu sürede verilen zararı tazmin etmeyi amaçlamaktadır.⁶³ Bu bedele, sütannenin sütünü vermesi karşılığında sütannenin ihtiyaçlarının karşılanması gibi, kişinin organlarından birini bağışlaması karşılığında, ortaya çıkabilecek olumsuzlukları önlemek adına belli bir miktar bedelin verilebileceği şeklinde, bir kıyas ile ulaşıldığı söylenebilir. Fakat burada bir ayrıntının unutulduğu dikkati çekmektedir. Anne sütü kendisini yenileyebilen bir maddedir. Fakat insan organları insanda tektir ve insandan alındığı zaman insan bedeni olumsuz etkilenebilmektedir. Bu nedenle konunun, kişilik hakları açısından ele alınması gereklidir.

b. İnsan Saçı: İnsan kaynaklı maddeler ile ilgili “Allah saç ekleyene de ekletene de lanet etsin”⁶⁴ hadisinin öne çıktığı görülmektedir. Bu hadis, fakihler açısından saçın bir başkası tarafından kullanılmaması ile ilgili genel, hukuki bir norm ifade etmektedir. Bununla birlikte fakihler, saçın kişinin kendisi dışında bir başkası tarafından kullanılmasının niçin yasaklandığına dair farklı değerlendirmelerde bulunmuşlardır. Öncelikle bu yasaklığın nedeninin, saçın necis olmasından mı kaynaklandığı üzerinde durulmuştur. Çünkü necis olan bir şeyin kullanılması da hukuka aykırıdır. Fakat fakihler genelde, insana ait cüzlerin insandan ayrılmadan önce veya ayrıldıktan sonra, yaşamında veya ölümünde insana ait olan her şeyin temiz olduğu ve buna saçın da dâhil olduğu görüşündedirler. Sadece Şâfilerden bir guruba göre insandan ayrıldığı için saç ölüdür ve ölü olanda necisdir.⁶⁵

Hanefiler insana ait hiçbir maddenin akit konusu olamayacağına bu hadisi delil getirirler.⁶⁶ İnsan kökenli maddelere genel yaklaşımlarına uygun olarak, insanın mükerrerliğinden dolayı insan saçının da bir başkası tarafından kullanılmasının hukuka aykırı olduğu görüşündedirler. Malikiler söz konusu hadise, yaratılışın değiştirilmesi açısından bakmışlardır. Malikilere göre saçın saça eklenmesi, Allah’ın yarattığını beğenmeyerek yaratılışı değiştirmek anlamına geldiği için yasak edilmiştir.⁶⁷ Hanbeliler, insan saçının kullanılmasının yasaklanması nedenini karşı tarafı aldatmak olarak belirlemiştir. Başkasının saçını kullanma da başkalarını aldatma

62 Suudi Arabistan Sağlık Servisinin Kararı, 24.15.1428, Karar No. 84/50999, <https://scot.org.sa/ar>, (11. 0 7. 2011); Alex He Jingwei - Allen Lai Yu-Hung - Leong Ching, “Living Organ Transplantation Policy Transition in Asia: Towards Adaptive Policy Changes” *Global Health Governance*, Vol.3 (2010) No. 2, 7-8

63 Paul Garwood, “Dilemma over Live-Donor Transplantation” <http://www.who.int/bulletin/volumes/85/1/07-020107/en/>, (12.03.2012).

64 Medineli Müslüman bir kadın (cariye) evlenir, sonra hastalanır ve saçları dökülür. Ailesi, bu kadına saç taktırmak ister ve dini hükmünü Peygamberimize sorar. Peygamberimiz buna izin vermez ve “saç takana ve taktırana Allah merhamet etmesin (lânet etsin) der” Müslim, “Libas”, 117; Buhâri, “Libas”, 83.

65 Ebû Zekeriyâ Muhiddin Yahyâ b. Şeref b. Muri Nevevî, *Sahîhi Müslim bi-şerhi'n-Nevevî*, el-Matbaatü'l-Mısıriyye bi'l-Ezher, Mısır 1930, I, 102-109.

66 el- Kâsânî, *Bedâi' u's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'*, V, 239.

67 Ebû'l-Velid Süleyman b. Halef b. Sa'd et-Tüci b. Baci, *el-Müntekâ, Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî*, Kahire 1332, VII, 267.

yattığı düşünülerek bu şekilde saç kullanmanın caiz olmadığı kabul edilmiştir. Bununla birlikte kadının eşine güzel görünmek için saç ekletmesine de cevaz vermektedirler.⁶⁸ Şafiler, saçın farklı amaçlar için kullanılmasını, insanın mükerremliğine aykırı kabul ederler. Onlara göre insan saç ve tırnağı insanın yaratılışını değiştirmek ve hile amaçlı başkası tarafından kullanılamaz, saygınlığı itibarıyla gömülür.⁶⁹

Fakihler, saçın kullanılmasının yasaklanmasına yaradılışı değiştirme ve karşı tarafı aldatma açısından yaklaşımlarının nedeni olarak, bu maddelerden faydalanılırken söz konusu olan maddelerin genel amacının dışında kullanılmasını göstermişlerdir. Bu açıdan insan kökenli maddelere bakarsak, bu maddelerin insanın yaradılışını değiştirme amaçlı kullanılması söz konusu maddeler üzerinde yapılacak işlemleri doğrudan hukuka aykırı kıldığı söylenebilir.

c. İnsan Kemiği: Peygamberimiz “ölünün kemiğini kırmak, onu diri iken kırmak gibidir”⁷⁰ buyurarak insanın öldükten sonra da hukuki bir değer olarak korunması gerektiğine işaret etmiştir. Çağdaş hukukta insan öldükten sonra kişilik hakları sona erer. İnsan bedeninin korunması ise kamusal hak ve ahlaki değerler açısından devam etmektedir. İslam hukukçuları, Peygamberimizin bu hadisine dayanarak, öldükten sonra kişinin sahip olduğu kişilik hakları sona erse de; insan bedeninin, mükerremliğinden dolayı hukuki değer olarak korunmaya devam etmesi gerektiği görüşündedirler. Öyle ki fakihler ölü insan bedenine müdahalenin hukuka uygunluk şartlarını tartışmışlardır. Bu tartışmada, sadece üst hukuki bir değeri koruma adına ölü bir insan bedenine müdahale edilebileceği noktasında birleşmişlerdir. Üst hukuki değer ise, insan yaşamıdır. Bu nedenle ölü bir annenin karnından diri çocuğu çıkarmaya, diri bir hayatın ölü bir hayata göre maslahat açısından korunmasının önceliği kabul edilerek cevaz verilmiştir. Buna karşılık ölü bir karnı yararak belli bir değeri olan malın çıkartılması konusunda ise farklı görüşler ortaya koymuşlardır.⁷¹ Zeynüddin İbn Nüceym’in (ö. 970/1563), el-Eşbâh ve el-Nazâ’ir’inde “*Zarar zarar ile giderilmez ancak daha has zararlar ile daha umumi zararlar önlenir*” külli kaidesini açıklarken, anne karnının, ölü olan çocuğu çıkarmak için yarılabilirliğini, fakat değerli bir malı çıkarmak için yarılamayacağını, Hanefi mezhebi görüşü olarak belirtir ve kuralını koyar: İnsanoğlunun muhteremliği malın muhteremliğinden daha büyüktür.⁷²

Fakihlerin klasik fıkıh eserlerinde yer verdiği bu değerlendirmelerin, ilk organ nakli gerçekleştirildikten sonra insan uzvunun bir başkasına naklinin hukukiliğinin

68 Ebû Muhammed Muvaffakkuddin Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme Cemmâli Makdisi İbn Ku dâme, *el-Muğni şerhu'l-Kebir*, tahkik Abdullah b. Abdülmuhsin Türki, Daru'l Kitabî'l Arabî, t.y., I, 77.

69 en- Nevevî, *Kitabu'l-mecmu' şerhu'l-mühezzebe liş-Şirâzi*, III, 147; Ebû Zekeriyâ Muhiddin Yahyâ b. Şe ref b. Muri Nevevî, *Sahihi Müslim bi-şerhi'n-Nevevî*, el-Matbaatü'l-Mısıriyye bi'l Ezher, Mısır 1930, I, 102-109.

70 Ebû Dâvut, “Cenâiz”, Hadis No: 3207.

71 Belhac Arabî, *Ma'sûmiyyetü'l-cüsse fi'l-fikhi'l-İslamî 'ala davi'l-kavânini't-tıbbiyyeti'l-Muâsıra*, Tibbiy yeti'l-Muâsır, Darü's-Sekafe, Amman 2009/1430, 173-179.

72 Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed Mısıri Hanefi İbn Nüceym, *El-Eşbah ve'n-nezâir*, thk. Muham med Mutî Hafız, Dârü'l-Fikr, Dımaşk 1983/1403, 96-97.

araştırılmasında öne çıktığı söylenebilir. İlk olarak 1959 yılında Mısır Müftüsü Hasan Me'mun'un ölüden diriye göz nakline, diriye verilen maslahatın ölüye verilen zarardan daha büyük olması şartı ile zarurete dayanarak izin verdiği görülmektedir. Bu fetvadın sonra organ nakline izin veren fetvalarda, diriye verilen fayda ile ölünün bedenini koruma sorumluluğu kıyaslanmış ve dirinin faydasının, korunması gereken üst maslahat olduğu kabul edilmiştir.⁷³

2. İslam Hukukunun İnsan Kökenli Maddelere Günümüzdeki Yaklaşımı

Bugün için insan kökenli maddelerin kullanımı, hayal edilemeyecek derecede çoğalmış ve bu maddelerin kişiye ait birçok haklarla bağlantılı olduğu görülmüştür. Bu nedenle günümüzde fakihler, insan kökenli maddelerin kullanımının hukukiliğini tartışmaya öncelikle kişinin kendine ait olmayan bir mülkiyette tasarruf hakkının sınırını belirleyerek başlamışlardır. İnsan bedeni üzerinde hem Allah hakkı hem de insan hakkının bulunmasıyla birlikte Allah hakkı üstün bir hak olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre insan bedeni üzerindeki tasarruflar Allah'ın/bedenin gerçek malikinin belirlediği sınırlar dairesinde gerçekleşirse hukuka uygun olmaktadır.⁷⁴ Malik'in rızası da, korumayı amaçladığı maksatlar çerçevesinde aranır. İnsan kökenli maddeler, kanun koyucunun korumayı amaçladığı canın korunması, neslin korunması ve -korumanın amaçlandığı temel maksatlar içine koyduğumuz- fitratın korunması ile yakından ilişkili olduğu için bu maksatların bu maddelerin kullanılabilirliğinin yasal çerçevesinin çizilmesinde öncelikle göz önünde tutulduğu görülmektedir.

a) Canın Korunması: Bugün İslam dünyasında, insan bedenine yönelik değerlendirmelerin insan bedeninin mülkiyetinin kime ait olduğu merkezinde gerçekleştiği söylenebilir. Buradaki ana soru, şayet insan bedeni Allah'ın mülkiyetinde ise mülkiyeti başkasına ait bir şeyde bir başkasının söz hakkının hukuken ne kadar geçerli olduğudur. Mülkiyeti Allah'a ait olan bedenin bir parçasının bir başkasına verilmesinin hukuken geçerliliğini kabul etmeyen fakihler, organ bağışına izin vermemişlerdir. Çünkü kişi, mülkiyetinde olmayan bir alanda tasarruf yapmıştır. Bu temel argümana dayanarak Hindistan fıkıh akademisi, kişinin kendi bedeni üzerindeki vasiyetini geçersiz kabul etmiştir.⁷⁵ Bu nedenle kişi öldükten sonra organlarını bağışlasa, bu vasiyeti kendine ait olmayan mülkiyet üzerinde tasarruf yaptığı için hukuken geçersiz kabul edilmektedir. Mısır'da insan bedenine yönelik bu iki farklı yaklaşım arasındaki tartışmalar daha canlı yaşanmıştır. İnsan bedeninin in-

73 Arabî, *Ma'sûmiyyetü'l-cüsse*, s.207-208, 238, 250; bk. Mehmet Şener, "İslâm Hukukuna Göre Organ Nakli Üzerine Bir Deneme", *Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, s.7(1992) 137-146.

74 el-Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, X, 247; Şeyh Mansur b. Yunus b. Sela Hiddi el-Hanbelî Buhâtî, *Keşşâfü'l-kina' 'an metni'l-İkna'*;thk. Muhammed Emin Zinnâvî, Alemü'l-Kütüb, Beyrut 1997/1417, V, 518.

75 Juristic Decisions on some Contemporary Issues, *IFA Publications*, Joga Bai, Jamia Nagar, New Delhi 2010, 228-229; "Organ Transplant", By Mufti Ebrahim Desai, Posted: 20 April 2003, [http:// www . albalagh . net/qa/organ_transplants.shtml](http://www.albalagh.net/qa/organ_transplants.shtml), (11.9.2012).

sana ait mülk olmadığını kabul eden görüş hâkim olduğu için, beyin ölümünün kabulü ve organ nakline izin veren yasal düzenlemeler 2010 yılına kadar gecikmiştir. Bu görüşün temelinde insan bedeninin insanın mülkü olmadığı ve başkasının mülkü üzerinde hibenin, bağışın hukuken geçersiz olduğudur.⁷⁶ İkinci yaklaşım ise Allah'ın mülkiyetinde olan bedenin insana emanet olarak verilmesi ve emanet sahibinin de, malikin rızasının varlığından hareketle, organlarını başkasına emanet verebileceğidir. Hukuk dili ile vedia⁷⁷ olarak başkasına organların devredilmesinin amacı insan yaşamını korumaktır. Vedia'da emanetin kiraya verilmesi emanet sahibinin iznine tabidir.⁷⁸ Kanun koyucunun en üst maslahat olarak insan canını korumayı belirlemesi, organların başkasına bağış yolu ile verilmesine rızasını ortaya koymaktadır.

İnsana ait maddelerin başkasına devredilerek onun tarafından kullanılabilirliği zaruret bağlamı içinde tartışılırken, hukuki değer karşılaştırmasının öne çıktığı görülmüştür. Çünkü hukukta iki hukuki değer varsa ve bunun birini seçmek zaruri ise hukukun hangisini korumayı önceliğe aldığı önemli olmaktadır.⁷⁹ İnsan ve insan kökenli maddeler, kişi haklarına tabi olmaları ile korunması gereken birer hukuki değerdir. Burada üst hukuki değer, kanun koyucunun en öncelikli maksadı olan canın korunmasıdır. Organ nakline cevaz veren fetvalar hep bu bağlamda konuyu ele alıp değerlendirmişlerdir.

b) Fıtratın Korunması: İslam Hukuku üreme amaçlı klonlamayı fıtratın tekliğini değiştirici yönü ile ele almıştır. Fıtrat,⁸⁰ Kur'an'da yaratılışın ilk halini ifade etmek için kullanılmıştır. Rum Suresi 30. ayette⁸¹ geçen fıtrat kelimesi ile yaratanın insanı tasarımıladığı ilk hal ifade edilmektedir. İnsana da yaratılıştaki bu ilk hali koruma sorumluluğu yüklenmektedir.

Üreme amaçlı klonlama, öncelikle Allah'ın insan için belirlediği normal üremenin dışında bir çoğalma şekli ortaya koymaktadır.⁸² Allah'ın belirlediği çizginin dışına çıkmak onun yarattığı dengeyi yani fıtratı bozmak demektir. Fıtratı bozucu herhangi bir hareket, Allah'ın iradesine müdahale gibi değerlendirilebilmektedir.⁸³ İnsanın mükerremliği ilk yaratılış halini korumakla sağlanabilirken, klonlama insanın mükerremliğine aykırı bir davranış olarak kabul edilmiştir. Kuveyt'te

76 "Organ Nakline Şâri'in Hükümü", <http://medethics.org.eg/ESME/alhokm2.htm>, (11.9.2012).

77 Vehbe Zuhayli, *el-Fikhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, Daru'l-Fikr, y.y., 1985, V, 37-38.

78 Vehbe Zuhayli, *el-Fikhü'l-İslâmî*, V, 43.

79 Veli Özer Özbek ve Koray Doğan, "Zorunluluk Halinin (Tck M.25/2) Hukuki Niteliği", *Dokuz Eylül Üniver sitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, IX/2 (2007), s. 197.

80 İsmail b. Hammad Ahmed Abdulgafur Attar- el Cevherî , es- *Sihâh: Tâcü'l-lüğa ve sihâhü'l-Arabiyye*, Bey rut 1990, II, 781.

81 "Hakka yönelen bir kimse olarak yüzünü dine çevir. Allah'ın insanları üzerinde yarattığı fıtrata sınıksız tutun. Allah'ın yaratmasında hiçbir değiştirme yoktur. İşte bu dosdoğru dindir. Fakat insanların çoğu bilmezler." Rum, 30/30.

82 Nisâ, 4/1, Zâriyât, 51/49, Arâf, 7/179, Nahl, 16/72.

83 "O, sizi rahimlerde, dilediği gibi şekillendirendir. O'ndan başka ilâh yoktur. O, mutlak güç sahibidir, hüküm ve hükmetsahibidir." Âl-i İmrân, 3/6.

merkezi bulunan Tıp Bilimleri Organizasyonu, üreme amaçlı klonlamayı insanın mükerrerliği açısından ele almış ve insanın mükerrerliğini bozacak herhangi bir davranışın meşru görülemeyeceğini belirtmiştir. Organizasyon, insanın mükerrerliğinin ihlal edilmemesi şartı ile şayet insanlığın faydasına olacaksa genetik mühendisliğinin desteklenmesi gerektiği görüşündedir. Buna karşılık hiçbir kimse ayrıntılı olarak zarar ve fayda analizi yapılmaksızın, araştırmanın nesnesi olamaz. Bu nedenle eğer kişinin açıkça faydasına ise, kişinin kendisinden ve vasisinden izin alınarak gen araştırması yapılabilir.⁸⁴

İnsan kökenli maddelerin üst hukuki değer olan insan yaşamını korumak için kişilerin rızasına dayalı olarak tıbbi amaçlı kullanılmasına cevaz verilmiştir. Fakat bu hücrelerin insan kopyalamada kullanılarak farklı bir mecraya taşınması, insanlığın geleceğinin korunmasının önceliğe alınmasını gerekli kılmaktadır. Bu nedenle İnsanın fitratını değiştirici sonuçlar verecekse, insan kökenli maddelerin kullanılmasına cevaz verilmemektedir.

c) Neslin Korunması: Üreme hücreleri söz konusu olunca İslam hukukunun korumayı amaçladığı beş maslahattan birisi olan neslin korunması ilkesi öne çıkmaktadır. İnsana ait üreme hücrelerinin alınması ile bu üreme hücrelerinin eşler dışında üçüncü bir kişiye nakil edilebilmesi, gelecek neslin soyu ile ilgili endişeleri de öne çıkarmıştır. Zinanın hukuken yasak olduğu İslam hukukunda, eşler dışında üçüncü bir kişiye yumurta ve spermin devredilmesi, zinanın yasaklanmasının ana nedeni olan neslin karışmasının varlığından hareket ederek yasal görülmemiştir. Üreme hücrelerinin eşler dışında üçüncü kişiler tarafından kullanılması temel kişilik haklarını ihlal etmektedir. Bu haklardan birincisi; soy bağıdır. Herkesin soy bağı, tereddüte mahal bırakmadan korunması gereken en temel kişilik haklarından biridir. İkincisi ise herkesin kendi anne babasını bilme hakkıdır. Çünkü anne babalık devredilebilir mülkiyet haklarından olmadığı için bu hakkın bir başkasına devri hukuken geçerli değildir.⁸⁵ İslam hukuku açısından annelik, babalık ve çocukluk gibi haklar en temel devredilemez kişilik haklarından sayılmıştır.⁸⁶ Bu nedenle İslamiyet Ahzab 4. ve 5. ayetinde⁸⁷ herkesin kendi babasına nispet edilmesini emretmesi, en temel kişilik hakkını korumak içindir. Çünkü herkesin kendi anne babasını bilme hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle İslam hukuku, hukuki işlemlerde üreme hücrelerinin devredilemezliğini en temel yaklaşım haline dönüştürmüştür.⁸⁸

84 <http://www.islamset.com/bioethics/genetics/index.html>, (19.02.2012).

85 Hugh v. McLachlan, J. Kim Swales, "Commercial Surrogate Motherhood and The Alleged Commodification of Children: A Defense of Legally Enforceable Contracts", *Law and Contemporary Problems*, Vol.72 (2009), 91-107.

86 Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İz Yay., İstanbul 2009, II, 185.

87 "Allah, hiçbir adamın içine iki kalp koymamıştır. Kendilerine zihâr yaptığınız eşlerinizi de anneleriniz yapmamıştır. Yine evlatlıklarınız da öz çocuklarınız (gibi) kılmamıştır. Bu sizin ağızlarınızla söylediğiniz (fakat gerçekliği olmayan) sözünüzdür. Allah ise gerçeği söyler ve doğru yola iletir. Onları babalarına nispet ederek çağırın. Bu Allah katında daha (doğru ve) adaletlidir. Eğer babalarını bilmiyorsanız, onlar sizin din kardeşleriniz ve dostlarınızdır. Hata ile yaptığınız bir işte size hiçbir günah yoktur. Fakat kasten yaptığınız şeylerde size günah vardır. Allah çok bağışlayandır, çok merhamet edendir." (Ahzab, 4-5)

88 ŞAHİN Nurten Zeliha, "İslam Hukuku ve Biyoetik (Sorumluluk Ve Özerklik Ekseninde Biyoetik Tartışmalar),

SONUÇ

Biyoteknolojide ki ilerlemeler insana ait her bir parçayı değerli kılmıştır. Hiçbir ülke kamusal yarar açısından bu teknolojiden uzak kalmak istememektedir. Fakat insana ait maddelerin her biri ile ilgili insana dair korunması gereken kişilik hakları söz konusudur. Bu nedenle konu kişilik hakları açısından ele alındığında, bu maddeler ile ilgili her hukuki işlem geçerli olmamaktadır. Burada temel amaç, söz konusu maddelerin insana ait özgünlüğü kaybettirmeyerek insanı korumaktır.

1. İnsan bedenini değerlendirmede İslam hukukunu modern hukuktan ayıran en önemli nokta, İslam hukukunun insanın dirisini de ölüsünü de aynı şekilde hukuki dokunulmaz kabul etmesidir. Modern hukuk ölüm ile kişilik haklarının bittiğini kabul etmekle birlikte ölü bedeninin korunmasını kamusal hak ve ahlaki değerler açısından devam ettirmektedir. İslam hukuku ise ölüm ile kişilik hakkının bittiğini kabul etmek ile birlikte insan bedeninin mükerremliğinden dolayı hukuki dokunulmazlığını devam ettirmektedir.

2. Fakihler insan kaynaklı biyolojik maddeler ile ilgili, o gün için mal tanımları doğrultusunda değerlendirmeler yapmışlardır. Fakat günümüzde insan kaynaklı maddelerin birden fazla kişilik hakları ile bağlantısının bilinmesi, bu maddelerin bağlı olduğu haklar açısından ayrı ayrı ele alınmasını gerekli kılmaktadır.

3. İnsan kaynaklı biyolojik maddeler, insandan ayrılrsa da, insana ait bilgileri taşıması yönü ile özgünlüğünü kaybetmemektedir. Bu noktada Hanefilerde ve bir kısım Hanbelilerde insandan ayrılan maddelerin insan bedeni gibi kişilik hakları açısından değerlendirilmesi gerektiği görüşü öne çıkmaktadır. İnsan uzuvlarının da insan bedeni gibi kişilik hakkına sahip olması ona hukuki koruma sağlamaktadır. Buna göre modern hukuk insana ait maddeleri insana ait özgünlüğünü kaybedip kaybetmediği açısından sınıflandırırken; İslam hukuku böyle bir ayırım yapmamakta, insana ait her cüzün insanın kendisi gibi saygıdeğer olduğunu kabul etmektedir. Bu nedenle insan kökenli maddelere de insanın kendisi gibi hukuki dokunulmazlık vermektedir.

4. Fakihlerin insan saçı ile ilgili değerlendirmeleri, insan yaratılışına yönelik en küçük müdahaleyi İslam açısından kabul edilemez olduğunu ortaya koymaktadır. İslam'da insanın yaratılıştan gelen özgünlüğünü korumak, kişiye verilen önemli bir sorumluluktur. İnsanı yaratıldığı şekilde koruma sorumluluğu olarak ifade edebileceğimiz fitratı koruma, genetik mühendisliğinin sınır tanımadığı çağımızda insanlığı koruma açısından önemli bir ilke olduğu söylenebilir.

5. İnsanı koruma, insan neslini korumaktır. Bu nedenle insan kökenli her biyolojik madde, kullanımları açısından aynı sonuçlar getirmemektedir. Söz konusu maddelerin gelecekte insanlığa açacakları sorunlar boyutuyla da ele alınması ge-

reklidir. Bu nedenle İslam hukuku, üreme hücrelerini değerlendirirken, insan neslini korumayı önceliğe almıştır.

6. İnsanın bedeni üzerindeki tasarruf hakkı malikin iznine tabi ise organlarının üzerindeki kullanım hakkı da malikinin iznine bağlıdır. Bu durumda bu iznin, kanun koyucunun gerçekleştirmeyi amaçladığı maksatlar açısından ele alınmasını gerekli kılmıştır. İslam hukukçuları da insan kökenli maddelerin kullanılmasındaki hukuka uygunluk şartlarını ararken, kanun koyucunun gerçekleştirmeyi amaçladığı maksatları öne çıkarmışlardır.