

**T.C.
SAKARYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**İSLAM HUKUKUNA GÖRE BEDEN ÜZERİNDE TASARRUF
VE ORGAN NAKLİ**

DOKTORA TEZİ

Merve ÖZDEMİR

**Enstitü Ana Bilim Dalı : Temel İslam Bilimleri
Enstitü Bilim Dalı : İslam Hukuku**

Tez Danışmanı: Prof. Dr. H. Mehmet GÜNAY

EKİM - 2017

T.C.
SAKARYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

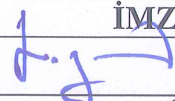


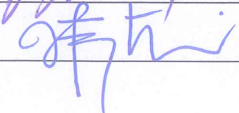
İSLAM HUKUKUNA GÖRE BEDEN ÜZERİNDE TASARRUF
VE ORGAN NAKLİ

DOKTORA TEZİ

Merve ÖZDEMİR

Enstitü Ana Bilim Dalı : Temel İslam Bilimleri
Enstitü Bilim Dalı : İslam Hukuku

Bu tez 06/10/2017 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından Oybirliği/Oyçokluğu ile kabul edilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATI	İMZA
Prof. Dr. H. Mehmet GÜNAY	BAŞARILI	
Prof. Dr. Murteza BEDİR	BAŞARILI	
Doç. Dr. Osman GÜMAN	BAŞARILI	
Doç. Dr. Süleyman KAYA	BAŞARILI	
Doç. Dr. Hakan ERTİN	BAŞARILI	



SAKARYA
UNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS/DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU BEYAN
BELGESİ

Tez Başlığı: İslam Hukukuna Göre Beden Üzerinde Tasarruf ve Organ Nakli

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmamın toplam 263 sayfalık kısmına ilişkin *Sakarya Üniversitesi Lisansüstü Yönetmeliği Madde 28* uyarınca aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve 18/08/2017 tarihinde Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından şahsıma iletilen *Turnitin* intihal tespit programı raporuna göre tezimin benzerlik oranı % 7'dir.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1) Kaynakça hariç
- 2) Alıntılar dahil
- 3) 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Bu bilgiler doğrultusunda tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

Öğrenci

(Adı – Soyadı, İmzası, Tarih)

Merve ÖZDEMİR, 18.08.2017

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ

Adı – Soyadı : Merve Özdemir
Öğrenci Numarası : D106008007
Ana Bilim Dalı : Temel İslam Bilimleri
Programı : İlahiyat (İslam Hukuku)
Statüsü : Y. Lisans Doktora Bütünleşik
Doktora

Danışman

(Adı - Soyadı, İmzası, Tarih)

Prof. Dr. H. Mehmet GÜNEŞ, 18.08.2017

ÖNSÖZ

Bu çalışmada, günümüz Batı ve İslam dünyasının temel bir güncel problemi organ nakli ve bu olgunun teorik arka planı olan beden üzerinde tasarruf konusu farklı yönleri ile ele alınmıştır. Çalışmanın özü, bir bütün halinde kendi içinde tutarlı bir teori ortaya koymaya çalışarak özellikle zaruret, ihtiyaç, maslahat gibi temel ve soyut kavramlar üzerinden organ nakli gibi pratik ve somut bir konuyu temellendirme ve sonrasında pratik meseleleri sunarak çözüm yolunda fikir yürütme çabasıdır. İlgili araştırmanın, İslam tıp etiği literatürüne katkı sunmasını ümit ederek, ülkemizde henüz emekleme aşamasında olan bu alanda yapılacak pek çok kıymetli çalışmaya ufak bir katkı olmasını arzu ediyorum.

Tezimin tamamlanmasına pek çok kişi ve kurumun katkısı bulunmaktadır. Öncelikle kısıtlı vaktinden ayırarak çalışmamın her adımını büyük bir özveri ve titizlikle takip eden ve beni her daim cesaretlendiren kıymetli danışmanım Prof. Dr. H. Mehmet Günay Hocam'a ne kadar teşekkür etsem azdır. Kendi deyimiyle beni biyofikih alanıyla tanıştıran ve sonrasında da yönlendirmelerini eksik etmeyen kıymetli hocam Prof. Dr. Murteza Bedir'e de özel olarak teşekkürlerimi sunuyorum. Tezimi büyük bir titizlikle okuyarak kıymetli katkılarda bulunan Prof. Dr. Muammer İskenderoğlu Hocam'a ve biyofikih sevdamda hemrâhım olan değerli dostum Tuba Erkoç Baydar'a da teşekkür borçluyum. Yine Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı'nın, başta Doç. Dr. Osman Güman ve Doç. Dr. Süleyman Kaya olmak üzere, hem meslektaşım hem de hocalarım olan güzide mensuplarına, İstanbul Tıp Fakültesi Tıp Tarihi ve Etik Anabilim Dalı'ndaki başta Prof. Dr. Nuran Yıldırım, Prof. Dr. İlhan İlkılıç ve Doç. Dr. Hakan Ertin olmak üzere üzerimde emeği geçen tüm hocalarıma ve tıp etiği alanında beni yetiştiren İSAR TAÇ Grubu'na kalbi teşekkürlerimi sunarım. Bir yıl süreyle kütüphanesinden ve hocalarından yararlandığım The Kennedy Institute of Ethics'e, değerli danışmanlıkları için Prof. Robert M. Veatch ve Prof. Hans Martin Sass'a, yine Prof. Abdulaziz Sachedina'ya ve kendisiyle tanışmama vesile olduğu için International Institute of Islamic Thought'a özel teşekkürler... Ayrıca mekan ve kaynaklarından istifade ettiğim TDV İSAM Kütüphanesi'ni, doktora sırası yurtiçi ve yurtdışı desteklerinden ötürü TÜBİTAK'ı ve İslamî ilimlerde yetişmeme katkı sağlayan İSM ve EDEP'i de zikretmeliyim. İlim yolunda fedakarlıklarını her an hissettiğim, haklarını ödeyemeyeceğim sevgili aileme ve tezimin en kritik süreçlerinde teşvik, destek ve duaları ile yanımda olan kıymetli nişanlım Kayhan Özaykal'a ise en kalbi şükranlarımı sunarım.

Merve ÖZDEMİR

06.10.2017

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	v
ÖZET	vi
SUMMARY	vii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: ORGAN VE DOKU NAKLINE GİRİŞ	14
1.1. Organ ve Doku Nakli ile İlgili Terimler	14
1.2. Organ ve Doku Naklinin Sınıflandırılması	16
1.2.1. Verici-Alıcı Arasındaki İlişki Açısından	16
1.2.2. Verici Açısından.....	17
1.2.3. Naklin Yapıldığı Yer Açısından.....	17
1.3. Organ Naklinin Tarihçesi.....	17
1.3.1. Dünyada Organ Naklinin Tarihçesi	17
1.3.2. Türkiye’de Organ Naklinin Tarihçesi	23
1.4. Organ Nakline Dair Hukukî Düzenlemeler.....	26
1.4.1. Türkiye’de Organ Nakline Dair Hukukî Düzenlemeler.....	26
1.4.2. İslam Ülkelerinde Organ Nakline Dair Hukukî Düzenlemeler.....	30
1.4.2.1. İran	30
1.4.2.2. Mısır	33
1.4.2.3. Suudi Arabistan.....	34
1.4.2.4. Ürdün.....	35
1.4.2.5. Suriye	36
1.4.3. Batıda Organ Nakline Dair Hukukî Düzenlemeler	37
1.4.3.1. Avrupa.....	37
1.4.3.2. Amerika.....	43
1.5. Dinlerin Organ Nakline Bakışı.....	44
1.5.1. Yahudilikte Organ Nakli	45
1.5.2. Hıristiyanlıkta Organ Nakli.....	47
1.5.3. Uzakdoğu Dinlerinde Organ Nakli	49

İKİNCİ BÖLÜM: İSLAMÎ AÇIDAN ORGAN NAKLİNİN TEORİK ZEMİNİ:

İNSAN BEDENİ VE BEDEN PARÇALARI ÜZERİNDE TASARRUF HAKKI..51

2.1. İnsan Bedeni ve Beden Parçalarının Hukukî Niteliği	51
2.1.1. Modern Hukukta Beden ve Beden Parçalarının Hukukî Niteliği.....	53
2.1.2. İslam Hukukunda Beden ve Beden Parçalarının Hukukî Niteliği	56
2.1.2.1. Şahsiyet Hakları Açısından Beden ve Beden Parçaları.....	56
2.1.2.2. Allah Hakkı-Kul Hakkı Açısından Beden ve Beden Parçaları	58
2.1.2.3. Mülkiyet Hakkı Açısından Beden ve Beden Parçaları.....	72
2.2. İnsan Bedeni ve Beden Parçalarına Dair İlkeler	91
2.2.1. Canın Korunması İlkesi.....	92
2.2.2. Bedenin Saygınlığı ve Dokunulmazlığı İlkesi	94
2.3. Klasik Fıkıhta Beden Üzerinde Tasarruf Hakkına Dair Tartışma Noktaları.....	100

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: ORGAN NAKLİNİN MEŞRUIYET TEMELLERİ:

ZARURET VE İHTİYAÇ

3.1. Zaruret Teorisi Temelinde Organ Nakli.....	111
3.1.1. Zaruretin Mâhiyeti	114
3.1.2. Zaruret Bağlamında Organ Naklinin Hükümü.....	119
3.1.2.1. Alıcı Açısından Naklin Hükümü.....	121
3.1.2.2. Verici Açısından Bağışın Hükümü	124
3.1.3. Zaruretin Şartları Açısından Organ Nakli	135
3.1.3.1. Zararın Varlığında Kuvvetli Zan.....	136
3.1.3.2. Zararın Ağırılık ve Zorlayıcılığı.....	138
3.1.3.3. Zarardan Kurtaracak Meşru Alternatifsizlik	141
3.1.3.4. Zaruretin Aşılmaması.....	144
3.1.4. Zaruret Sebebiyle Bedenin Dokunulmazlığı İlkesinin İstisnaları	145
3.1.4.1. Canlı Bedenin ve Organların Dokunulmazlığının İstisnaları.....	147
3.1.4.2. Ölü Bedenin ve Organların Dokunulmazlığının İstisnaları	151
3.2. İhtiyaç Teorisi Açısından Organ Nakli	156
3.2.1. İhtiyacın Mâhiyeti	157
3.2.2. Zaruret-İhtiyaç Ayrımı	158

3.2.3. İhtiyaç Seviyesindeki Organ Nakillerinin Hükümünün Belirlenmesinde Maslahat İlkesinin Önemi	164
----------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: PRATİK TARTIŞMA ALANLARI AÇISINDAN

ORGAN NAKLİ.....	175
4.1. Hukukî Niteliği Açısından Organ Nakli	175
4.2. Alıcı Açısından Organ Nakli.....	177
4.2.1. Alıcının Dinî ve Hukukî Statüsü Açısından Nakil.....	177
4.2.2. Nakil Sonrası Alıcının Sağlık Durumu	181
4.3. Verici Açısından Organ Nakli.....	185
4.3.1. Canlı Vericiden Nakil	186
4.3.1.1. Nakil Sonrası Vericinin Sağlık Durumu	188
4.3.1.2. Vericinin Rızası.....	191
4.3.1.3. Vericinin Ehliyeti ve Eksik Ehliyetlilerden Nakil	198
4.3.1.4. Vericinin Dinî ve Hukukî Statüsü Açısından Nakil.....	203
4.3.1.5. Organ Karşılığı Maddî Bedel Alınması	206
4.3.2. Kadavradan Nakil.....	214
4.3.2.1. Beyin Ölümü Gerçekleşen Kişiden Nakil	215
4.3.2.2. Kalp Ölümü Gerçekleşen Kişiden Nakil.....	232
4.3.2.3. Ölü Beden Üzerinde Tasarrufa Dair Vasiyet Hakkı	233
4.3.2.4. Ölü Beden Üzerinde Akrabanın/Veresenin Hakkı.....	235
4.3.2.5. Kimliği Meçhul veya Kimsesiz Kişiden Organ Alımında Devletin Yetkisi	238
4.4. Bağışlanan Organ veya Doku Açısından Organ Nakli	239
4.4.1. Hayati Organ ve Dokuların Nakli	240
4.4.1.1. Kadavradan Temin Edilen Hayati Organlar.....	240
4.4.1.2. Kadavradan ve Canlıdan Temin Edilen Hayati Organlar	241
4.4.1.3. Kendiliğinden Yenilenebilen Beden Parçaları	242
4.4.2. Hayati Olmayan Organ, Doku ve Hücrelerin Nakli.....	244
4.4.2.1. Böbrek Nakli	245
4.4.2.2. Bazı Kompozit Dokuların Nakli	249
4.4.2.3. Kornea Nakli	255

4.4.2.4. Üreme Sistemi Organlarının Nakli.....	256
4.4.2.5. Beyin Hücrelerinin ve Sinir Sisteminin Nakli	263
SONUÇ.....	265
KAYNAKÇA	273
ÖZGEÇMİŞ.....	290

KISALTMALAR

BKM	: Organ ve Doku Nakli Bölge Koordinasyon Merkezi
bkz.	: bakınız
c.	: cilt
çev.	: çeviren
DİA	: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
dn.	: dipnot
ed.	: editör
EEG	: Elektroensefalografi
f.	: fıkra
haz.	: hazırlayan
Hz.	: hazreti
krş.	: karşılaştırınız
ktp.	: kütüphanesi
m.	: madde
Mecelle	: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye
M.Ö.	: milattan önce
m.y.	: matbaa yok
nr.	: kayıt numarası
ODNK	: Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun
ONKKD	: Organ Nakli Kuruluşları Koordinasyon Derneği
ö.	: ölümü
s.	: sayfa
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
şrh.	: şerh eden/şârih
t.y.	: tarih yok
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
thk.	: tahkik
TÜİK	: Türkiye İstatistik Kurumu
UKM	: Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Merkezi
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
v.dğr.	: ve diğerleri
vr.	: varak
y.y.	: basım yeri yok
yay. haz.	: yayına hazırlayan

Tezin Başlığı: İslam Hukukuna Göre Beden Üzerinde Tasarruf ve Organ Nakli	
Tezin Yazarı: Merve ÖZDEMİR	Danışman: Prof. Dr. H. Mehmet GÜNAY
Kabul Tarihi: 6 Ekim 2017	Sayfa Sayısı: vii + 290
Anabilimdalı: Temel İslam Bilimleri	Bilimdalı: İslam Hukuku
<p>Yirminci yüzyılın en kompleks tıp teknolojisi ürünlerinden transplantasyon tıbbının yaygınlaşmasıyla birlikte organ naklinin doğurduğu problemler etik ve dinî boyutlarıyla Batı ve İslamî biyoetik camiasının gündemini meşgul etmeye başlamıştır.</p> <p>İlgili literatüre İslamî perspektiften katkı sunmayı hedefleyen bu araştırma, insan bedeni üzerinde tasarrufa ve organ bağışına dair klasik ve modern İslamî bakış açılarını aktarmayı ve organ naklinin güncel problemlerini tartışmayı hedeflemektedir. Bu bağlamda ilgili çalışmada, şahsiyet ve mülkiyet haklarının yanı sıra İslam hukukuna has bir tasnif olan Allah hakkı-kul hakkı temelinde insan bedeni ve beden parçalarının hukukî statüsü, beden üzerinde tasarruf hakkının sınırları ve temel prensipler incelenmektedir.</p> <p>Bir sonraki adım olarak, esasında bedenin saygınlığı ve dokunulmazlığı gibi bazı ilkeleri ihlal anlamına gelen organ bağış ve naklinin zaruret ve ihtiyaç gibi meşruiyet temelleri maslahat ilkesi bağlamında ele alınmaktadır. Yine organ nakline ilişkin pratik meseleler etik, hukukî ve dinî boyutlarıyla tartışılmakta, özellikle de pek çok ihtilafa medar olan beyin ölümü ve anensefali durumunda nakil, hayat kurtarıcı olmayan yüz, alt-üst ekstremiteler, üreme organları gibi organ ve dokuların nakli konuları, nakilde yarar-zarar dengesi temelinde sorunsal olarak müzakere edilmektedir.</p>	
Anahtar Kelimeler: İnsan Bedeni, Organ Nakli, Fıkıh, Biyofıkıh, Biyoetik	

Thesis Title: Utilization of the Body and Organ Transplantation According to Islamic Law	
Author: Merve ÖZDEMİR	Supervisor: Professor Mehmet GÜNAY
Date of Acceptance: October 6, 2017	Total Pages: vii + 290
Department: The Basic Islamic Sciences	Subfield: Islamic Law
<p>With the widespread adoption of transplantation medicine in the twentieth century through the use of the most complex products of medical technology, ethical and religious problems surrounding organ transplants have begun to occupy the agenda of Western and Islamic bioethics communities.</p> <p>The goal of this study, which aims to contribute to the relevant literature from an Islamic perspective, is to convey the classical and modern Islamic viewpoints on the use of the human body and human organ donations and discuss current problems of organ transplantation. In this context, the legal status of the human body and its individual parts at the basis to the rights of God-rights of the human distinction, which is specific to Islamic law, will be examined in the relevant literature, along with personal and property rights, the limits of the right to utilization of the human body and basic principles.</p> <p>In the next stage of discussion, the necessity and need for organ donation and transplantation -practices that infringe at a basic level such principles as the honour and inviolability of the human body- are to be addressed as foundations for legitimacy within the context of the principle of maslahah (public good). Practical issues related to organ transplantation are also discussed in terms of their ethical, legal and religious dimensions, especially issues that are cause for great controversy, such as transplantation from brain dead and anencephalic patients, of non-life saving organs and tissues, such as the face, upper and lower extremities, and reproductive organs. The cases debated are treated fundamentally as benefit-cost balance problems.</p>	
Key Words: Human Body, Organ Transplantation, Islamic Law, Bio-fiqh, Bioethics	

GİRİŞ

1. Tezin Konusu

Günümüzde geniş bir araştırma sahası olan tıp etiği ve biyoetik alanlarında modern tıp teknolojilerinin doğurduğu aktüel etik sorunlar pek çok yönüyle tartışılmaktadır. Son on yıllarda tıp alanında meydana gelen baş döndürücü gelişmeler yoğun tartışmaları beraberinde getirmiştir. Organ nakli, genetik tedavi, tüp bebek, taşıyıcı annelik, üreme teknikleri, kök hücre çalışmaları gibi hızlı ve keskin gelişmeler tıp ahlakının artık Hipokrat Andı gibi klasik tıp yeminleri tarafından temsil edilemeyeceğini göstermiş ve yeni arayışlar başlamıştır. Yaşanan etik problemler hukuk, din, siyaset, felsefe gibi alanlardan pek çok kimsenin gündemine düşmüş, öyle ki tıp etiği alanında yapılan ve merkezinde insan bedeninin olduğu derin tartışmalar sayesinde 21. yüzyılda felsefenin adeta yeniden canlandığı dahi iddia edilmiştir.

Biyoetik ve tıp etiği kapsamında teorik anlamda en çok tartışılan konuların başında, yeni teknolojiler sayesinde uygulamada gittikçe genişleyen insanın kendi bedeni üzerindeki tasarruflarının sınırının ne olduğu sorusu gelmektedir. Artık kişinin organ, doku ve hücreleri yalnızca kendisine ait olmakla kalmamakta, bu maddeler belirli amaçlarla bir başkasının bedeninde de kullanılabilir. Klasik İslam geleneğinde bedenin bütünlüğü, dokunulmazlığı ve saygınlığının esas oluşu, insanın haysiyeti ve kutsiyeti, fitratın korunması, Allah'ın yaratışında bir değişiklik yapmama gibi ilkeler ön plana çıkmaktadır. Bunun karşısında yer alan seküler ve liberal etik anlayışı ise bu tür soyut ve manevi kavramlar üzerinde durmazken bireyin özerkliği (otonomi) ve kendi kaderini belirleme (self-determinasyon) hakkında bahsetmektedir. Peki ilerleyen teknoloji sonucunda klasik dönem fakihlerinin ve dahi felsefecilerin tahayyüllerini ciddi anlamda aşan gelişmelerin meydana gelmesiyle İslam dünyasında bugün aynı söylemleri devam ettirmek mümkün olabilecek midir? Tıp ilmi de tıpkı din gibi insanların maslahatı için vaz edilmiş bir ilim ise dinin koyduğu ilkeler ile çağdaş tıbbî uygulamalar arasında meydana gelen çatışma nasıl giderilecektir? Çağın şartlarını ve bilimsel gerçeklikleri dikkate alarak ama aynı zamanda İslamî cihetten konuya yaklaşmak mümkün olabilecek midir?

Teknoloji, bilim veya tıp gibi alanlardaki ilerlemeler sonucu insan adeta pek çok şeyi “mümkün” kılmış, ardından aynı tür bir akıl tarafından üretilen bu mümkünlerin

“etik/caiz” olup olmadığını da bilme ve keşfetme ihtiyacı duymuştur. Bu mümkünlerin zatını icra etmenin ahlakiliğini sorgulamanın yanı sıra, bunların icra keyfiyeti, işleyişi ve usulüne dair de sınırlar çizmek gerekmiştir. Zira gerçekten de bilim her zaman uygun olanı değil, aksine/genellikle mümkün olanı yapmaktadır. 20. yüzyılın ikinci yarısı itibariyle hız kazanan tıp teknolojilerindeki ilerlemeler Batı’daki kadar hızlı olmasa dahi, artık gelişmeleri Batı’nın hemen bir adım arkasından takip eden, nadir de olsa bazen önden giden Doğulu toplumlar ve her iki coğrafyada yaşamakta olan Müslümanlar da bu “imkanlar” karşısında her mümkünün caiz olmadığını farkında, ama hangilerinin caiz olduğunun farkında olamamanın sıkıntısı içindedir. Yaratıcısının çizdiği sınırlara riayet ederek yaşamını sürdürmek isteyen Müslümanlar, özellikle de dindar hekimler, bu gelişmeler karşısında nasıl bir metot izlemeleri gerektiği konusunda İslam alimlerinden çözüm beklentisi içindedirler. Bu meselelerin, itikadî, kelimî, felsefî vs. boyutlarının yanı sıra pratik hayat yönünden fikhî/hukukî açıdan ele alınması gerektiğinden, özellikle çağdaş fıkıhçılardan beklenti yüksek olmaktadır. Kanaatimizce tıp, hukuk, felsefe, sosyoloji gibi alanların yardımına başvurmaksızın yani disiplinlerarası ve kolektif zihinsel faaliyetlerin somut semereleri olmaksızın bu alanlarda doğru bir bakış açısı elde edilmesi güçtür.

Tıp teknolojilerinde ve cerrahideki gelişmelerin yanı sıra vücudu baskılayıcı ilaçların kullanılması sayesinde organ nakillerinin önü açılmış ve bugün kalp, böbrek, karaciğer, akciğer, pankreas, kornea, kemik iliği gibi pek çok organ ve doku nakledilir hale gelmiştir. Artık organ nakli pek çok kronik organ hastalığında sıklıkla uygulanan rutin bir tedavi yöntemi haline gelmiş olup alternatif arayışları olmakla birlikte bu tür hastalıklar için şimdilik en iyi hatta tek çözüm olarak görülmektedir. Organ nakli tıp dünyasında ciddi bir kırılma noktası olup insan yaşamını kurtarma, uzatma veya kalitesini arttırma hususlarında transplantasyon tıbbı kilit bir rol oynamaktadır. Ancak bu alandaki teknik başarılar ve yeterlilikler etik sorunları beraberinde getirmiştir.

Organ naklinin taraflarının insan olması, meselenin üzerinde titizlik ve hassasiyetle durulmasını gerekli kılan sebeplerin başındadır. Ayrıca diğer tıbbi müdahalelerden farklı olarak canlıdan organ naklinin bir ucunda hasta varken diğer ucunda ise sağlıklı kimse bulunmaktadır. Bu sebeple nakil konusunda pek çok tereddüt bulunmakta, yanı sıra naklin yol açtığı pek çok olumsuz durum da kafa karışıklığına sebebiyet vermektedir. Her şeyden önce, canlı verici açısından düşünüldüğünde organ nakli, tıp

etiğinin temel ilkesi sayılan “zarar vermeme” ilkesine aykırı görünmektedir. Organ naklinin objesinin de süjesinin de “insan” olması ve insanın ise doğumdan ölüme kadar hukukun, dinin, felsefenin, ahlakın, tıbbın konusu olması sebebiyle bu uygulamanın uzantısı olan problemler ve konunun açmazları tüm bu alanları ilgilendirmektedir. Tıp etiği açısından organ ve doku nakillerinde vericinin karşılaşıacağı riskler ile alıcının yararı arasındaki denge, vericinin rızasının alınması, organların adil şekilde dağıtılmasına dair ilkeler, bedel karşılığı organ ve doku alınıp verilmesi, organ ticareti, dinlerin organ nakline bakışı, hukukî açıdan organ nakli, beyin ölümü kavramı etrafındaki şüpheler gibi pek çok husus dikkate alınmalıdır.

Organ naklinin ortaya çıktığı ilk yıllarda İslam dünyasında bu hususta ciddi kaygılar uyanmıştır. Yaşayan bir insanın hayatını kurtarmak için yaşayan veya ölmüş bir kimsenin bedeninden bir organı almanın caiz olup olmadığı endişelerle birlikte sorgulanır olmuştur. Tıbbın sınırlarını zorlayan transplantasyon teknolojisi sadece biyomedikal bir uygulama olmayıp aynı zamanda sosyal, psikolojik, hukukî, iktisâdî hatta bazen siyasî yönleri dahi bulunan bir konudur. İnsanın saygın oluşu, insan bedeninin emanet oluşu, beden bütünlüğünün korunması ve insanın bedeni üzerinde tasarruf hakkının olmadığı gibi temellerini klasik İslamî eserlerde bulduğumuz ilkeler ise, organ nakillerindeki tartışmanın temelini oluşturmaktadır. Diğer yandan dinî açıdan insanın canını, bedenini ve sağlığını koruma sorumluluğu onu bir tedavi yöntemi olarak organ nakli uygulamasına da itmektedir. Dolayısıyla organ nakli konusunda hem dinî hem de etik ikilemlerin yaşandığı bir gerçektir.

İşte burada da çeşitli toplumların veya kültürlerin yapı ve kabulüne göre farklı derecede baskın olan, ancak bir şekilde resistant görevi gören etik, hukuk veya din alanları -tabiri caizse- bilimin arkasını toplamak zorunda kalmaktadır. Bu noktada insanlığa ümit vadeden tıp alanı ile güven vadeden hukuk alanının işbirliği yapması kaçınılmazdır. Organ nakli ve beyin ölümü gibi insanı doğrudan ilgilendiren bu tür meselelerde etik, hukuk veya fıkıh alanları imkanları gittikçe genişleyen tıp alanını yalnız bırakmamalı ve insan haklarının ve onurunun korunmasını sağlayacak şekilde gerektiğinde sınırlar koymalıdır. İslam dünyası özelinde düşündüğümüzde ise kendine has yapısı ve farklılıkları nedeniyle İslam hukuku, seküler biyoetiği aynen benimseyemeyecek ve kendi takipçileri için tıp alanının yanı sıra biyoetik alanını da gerektiğinde sınırlayacaktır. Pozitif hukuk nakil işlemlerinin uygulanmasına dair kurallar koyarken,

felsefe hukukun çizeceği sınırları belirlemeye yardımcı olacak, din ise inanan insanlar için bazen net kurallar koyarken bazen yol gösterici tavsiyelerde bulunacaktır.

2. Tezin Amacı

İnsan bedeni üzerinde tasarruf yetkisi ve organ nakli konusunun çeşitli uzantılarını İslam hukuku perspektifinden klasik ve güncel tartışmalar merkezinde incelemeyi hedefleyen bu çalışmada, gerek modern Arap dünyası ve gerekse Batı dünyasındaki organ nakline dair literatüre hakim olunup mevcut tıbbi, hukukî ve fikhî yaklaşımlar özümzendikten sonra klasik fıkıh eserlerinden desteklenerek kendi eğilimimizin ortaya konması amaçlanmıştır. Tıp ve genetik bilimlerindeki gelişmeler sonucunda insan bedenine bakışta meydana gelen değişimleri algılamanın kilit noktası “beden üzerinde tasarrufun sınırlarının ne olduğu” sorusunda düğümlemekte gibi görünmektedir. Biz bu araştırma ile söz konusu soruya cevap aramaya; etik, hukuk ve din çerçevesindeki tartışmaları da değerlendirerek İslam’ın bu konudaki tutumunu ve temel ilkelerini netleştirmeye çalışacağız.

Organ naklinin temelini oluşturan beden üzerinde tasarruf hakkı konusunun farklı görünümleri olarak, insan bedeninin akde konu yapılması, bedenden bir parçanın hibe edilmesi/satılması/tedavi amaçlı kullanılması, beden üzerinde estetik amaçlı değişiklikler yapılması, bedendeki bazı doğal süreçlerin engellenmesi, bedene tıbbî müdahalede bulunma, ölü bedenin tıbbî-adlî amaçlı incelenmesi gibi pratiğe dönük boyutu ağır basan uygulamaların her biri İslamî açıdan tartışma konusudur. Bu çalışma ile geniş anlamda insan bedeninin İslam nazarında ne ifade ettiği ve 21. yüzyıl şartlarında yaşayan bir insanın bedeni üzerinde ne gibi tıbbi haklarının olduğunun ortaya konması hedeflenmekte olup daha özelde ise organ nakilleri ve beyin ölümü konularına yoğunlaşarak bu örnekler üzerinden genel ilke niteliğinde sonuçlar elde edilmeye çalışılmaktadır. Diğer yandan, günümüz toplumunun ihtiyaçları, kamu yararı, zaruret gibi prensiplerin beden algısının şekillenmesi üzerinde herhangi bir etkisinin olup olamayacağını tartışmak ve Müslüman etikçi ve hukukçuların bu konulardaki görüşlerini bir arada sunup yorumlamak ve tıbbi fetvalarda meydana gelen dönüşümleri incelemek de çalışmanın hedefleri arasındadır.

Bu bağlamda çalışmamızda cevabını aradığımız bazı sorular şunlardır: İnsan bedeninin mâhiyeti ve kişinin kendi bedeni üzerindeki tasarruflarının sınırları konusunda geçmişteki ve günümüzdeki görüşler nelerdir? İslam’ın insan bedenine bakışı nasıldır

ve modern dönemde bu bakış açısında ne gibi dönüşümler meydana gelmiştir? Beden üzerindeki haklar hangi hak grubuna dahil olmaktadır ve bu konudaki tespit beden üzerinde tasarruf hususunda bizi nasıl bir sonuca ulaştıracaktır? Beden kişilerin mülkü müdür, yoksa üzerinde tasarruf hakkı bulunulmayan bir emanet midir? Bilimsel ve tıbbi ilerlemeler sonucunda bu anlayışta bugün değişim mümkün müdür? İslam hukuku beden üzerinde tasarrufa dair hangi temel ilkeleri benimsemektedir ve zaruret, ihtiyaç, maslahat, meşru sebep vs. ile bu ilkelerden istisna yoluna gidilebilir mi? İslam hukukuna göre ölü ve canlı beden üzerinde tasarrufta bulunmayla alakalı olan bazı meselelerin dinî hükümlerini verirken hangi kriterler dikkate alınmalıdır? Bu konularda hüküm verirken İslam hukuku tıp, genetik mühendisliği gibi disiplinlerden ne ölçüde ve nasıl istifade etmelidir? Modern tıp teknolojilerinin gelişmesiyle ortaya çıkan organ nakli gibi modern meseleler karşısında İslam alimlerinin tutumu ne olmalıdır? Bu meseleler hakkında günümüz alimlerince ve fetva kurumlarınca verilen fetvalar nelerdir ve bunlardan hangisi, hangi gerekçelerle tercihe değerlidir? İslam dünyasında gerek toplum gerekse ulema bazında organ nakline ilk tepkiler ile bugünkü bakış açısı nasıl bir kırılma veya dönüşüm yaşamıştır ve özellikle fetvalardaki değişimin arkasında yatan sebepler nelerdir? Organ naklinde yarar-zarar dengesi dikkate alındığında nakiller bugün hedeflenen noktada mıdır? Sağlık problemleri, organ ticareti, ölüm tanımı ve beyin ölümü tartışmalarındaki belirsizlik gibi sorunlar organ naklindeki zaruret ve nakle olan ihtiyaç sebebiyle görmezden gelinebilir mi? Beyin ölümü tanımı, kardiyak ölüm tanımının yerine geçebilir mi ve beyin ölümü hakiki ölüm kabul ediliyorsa bu durumdaki kişiden organ nakli caiz sayılacak mıdır? İnsandan organ nakline alternatif sayılabilecek sünî organların kullanımı, hayvanlardan nakil ve kök hücre uygulamaları yarar-zarar dengesi açısından incelendiğinde iyi birer alternatif midir?

3. Tezin Önemi

Bu çalışma, tüm insanlığın kayıtsız kalamayacağı ve felsefî, hukukî, teolojik vs. pek çok yönü bulunan bir problematik olarak organ nakli konusunu fikhî yöntemle ele almaktadır. Caiz olup olmadığı noktasında helal-haram sahasına giren, uygulama açısından ise pek çok etik ve hukukî pratik düzenlemeye ihtiyaç duyan bir alan olarak organ nakli konusu burada, nazarî ve amelî boyutlarıyla incelenmiştir. Bu inceleme, güncel olan ve tıp teknolojilerindeki ilerlemeler sonucu sürekli değişen bu konuyla ilgili

son sözü söylemekten ziyade, organ nakli meselesi üzerinden çağdaş tıbbî meselelere yaklaşımda bir yöntem arayışı olarak görülebilir.

Esasında organ nakli ve diğer güncel biyoetik meselelerde doğrudan doğruya Kur'ân-ı Kerîm ve Sünnet'ten bir delil bulunmayışı, çağdaş alimler için adeta sonuna kadar açık olan bir içtihat kapısıdır. Çağdaş meseleler sayesinde günümüz alimleri, dinî kaynakları ve klasik fıkıh eserlerinden bu meselelere temel olabilecek örnekleri yeniden değerlendirip yüzyılların mirası zengin fıkıh birikimini gözden geçirme fırsatını elde etmişlerdir. Günümüz fakihlerinden, İslam'ın temel itikâdî ve fikhî prensiplerinden ödün vermeden, değişen şartlara uygun pratik ve gerçekçi çözümler üretmeleri beklenmektedir. Zira yeni gelişmeler fikhî dinamik olmaya zorlamaktadır. Bu anlamda, çözüm bekleyen pek çok meselesiyle biyoetik alanı, Müslümanlara bu fırsatı sunmaktadır.

4. Tezin Yöntemi

Çalışmamızla aynı hedefleri taşıyan İslam dünyasındaki pek çok çalışmadan farklı olarak bu tezde, konunun yalnızca fıkıh merkezli değil, aynı zamanda tıp, hukuk ve etik merkezli kaynaklarına da müracaat edilmiştir. Zira konunun farklı boyutları ile “yaşayan” ve “güncel” boyutları anlaşılardan dinî boyutlarının ortaya konması mümkün olmadığı gibi böyle bir metot yeterli de değildir. Bu sebeple biz çalışmamızda merkeze İslam hukukunu sabitlemiş olsak da pergelin diğer ucu tıp, etik, hukuk gibi diğer alanlara da yeri geldikçe dokunmaktadır.

Diğer taraftan biyoetik alanındaki tartışmaların ve akademik literatürün Batı merkezli olması ve hem tıbbi hem etik açılardan İslam dünyasına sonradan intikal etmiş olması nedeniyle bu dünyadaki yoğun tartışmaları ve birikimi görmezden gelmek mümkün olmamaktadır. Bu sebeple henüz tezimize hazırlık aşamasında biyoetik literatürü hakkında genel okumalar yaparak bu alanı tanımaya çalıştığımızı, daha sonra organ nakline dair literatüre geçiş yaptığımızı belirtmeliyiz. Organ nakli konusunda yaptığımız Batı merkezli okumalar sayesinde ise zihnimizde konunun tartışma alanları netleşmiş, hatta bu okumalar zamanla tezimizin çerçevesini belirlemiştir. Bu çerçevenin içi ise ilgili literatürde genellikle hakim olan seküler tartışmaların yerine, İslam dünyasının kendine has yöntem, problem ve bakış açıları ile yeniden şekillendirilmeye çalışılmıştır. Bu açıdan tezimizin konu tasnifinin ilgili tüm konular ve farklı boyutları

içerecek şekilde tarafımızdan belirlenen orijinal fakat bu sebeple eleştiriye açık bir tasnif olduğunu ifade etmekte yarar görüyoruz.

Yöntem olarak ise, klasik fıkıh eserlerinde yer alan konumuza ışık tutabilecek mâhiyetteki genel kaideleri ve organ nakli konusuna kıyas temeli olabilecek bazı fûrû meselelere fakihlerin bulduğu çözümleri inceledik. Bu okumalar fıkıh merkezli bir çalışma yapmayı hedefleyen bizi, ayet ve hadislerden süzülerek oluşmuş konumuzla bağlantılı klasik eserlerdeki temel ve yerleşik ilke ve yöntemleri tespit edip bunları günümüze taşıma ve bunlar ışığında fûrû meselelere nasıl çözüm üretilebileceğinin bir denemesini yapmaya götürmüştür. Yine İslam dünyasındaki organ nakli konusunu ele alan modern çalışmalardan ve bireysel fetvalar ile fetva kurullarının kararlarından da yer yer istifade etmek ve tutarlı görüşlere atıflarda bulunmak suretiyle tartışmalı konulara dair kendi kanaatlerimizi sunduk. Ancak modern dönemde yapılan pek çok çalışmada olduğu gibi organ naklini kabul edenler ve etmeyenler şeklinde bir gruplandırmaya giderek bu iki grubun görüşlerini toptan bir şekilde sunmayı uygun görmedik. Zira çoğu zaman genelleyici, bağlamından kopuk ve akademik titizliğe aykırı bir şekilde sunulan bu görüşlerin bu şekilde sunulması görüş sahiplerine insafsızlık etmek anlamına gelmektedir.

Farklı dönem, kültür, dil ve alanlara ait kaynakların aynı anda kullanıldığı ve aynı anda çok farklı alanı ilgilendiren böyle bir çalışmada dil, üslup, yöntem veya içerikler noktasında bir birliğin sağlanması hususunda sorunlar yaşanması doğal karşılanmalıdır. Bu tür metodolojik problemlerin aşılması ise benzer yöntemlerle yapılacak daha mükemmel çalışmaların varlığına muhtaçtır. Akademik anlamda biyoetik ve İslam hukukunun bir arada düşünüldüğü bir alan olan ve “biyofıkıh” olarak adlandırılabilir bu çalışma alanının ülkemizde henüz başlangıç aşamasında olduğu hesaba katıldığında bize hak verileceği umudunu taşımaktayız.

5. Tezin İçeriği

Çalışmamız giriş ve sonuç kısımlarının haricinde dört ana bölümden oluşmaktadır. Tezimizin konuya giriş mâhiyetinde sayılabilecek ilk bölümü, organ ve doku nakline dair temel kavramlar, nakil çeşitlerinin sınıflandırılması, dünyada ve ülkemizde organ naklinin tarihçesi, organ nakline dair hukukî düzenlemeler ve son olarak diğer dinlerin organ nakline bakışı gibi konuları içermektedir. Organ nakli hakkında temel düzeyde

bilgi sahibi okuyucular tarafından ilgili kısmın okunmadan diğer bölümlere başlanması tercih edilebilir.

Organ nakli konusunun teorik arka planını oluşturması nedeniyle konu edinilen insan bedeni ve beden parçaları üzerinde tasarruf hakkı meselesi, çalışmamızın ikinci bölümünde klasik fıkıh eserleri esas alınarak incelenmektedir. İlgili bölümde, organ naklinin mahalli olan insan bedeni ve beden parçalarının İslam hukuku açısından mâhiyeti şahsiyet hakkı, mülkiyet hakkı ve Allah hakkı-kul hakkı ayrımı temelinde ortaya konmaya çalışılmaktadır. Ardından klasik fıkıh eserleri temelinde insan bedeni ve beden parçalarına dair canın korunması ve bedenin saygınlığı ve dokunulmazlığı prensipleri temelinde, klasik İslam hukukunun beden ve beden üzerinde tasarrufa dair bakış açıları sunulmaktadır. Bu anlamda tezimizin bu bölümü, beden üzerinde tasarruf noktasında konumuzla birleşen estetik müdahaleler, tedavi, kürtaj gibi bedene yönelik müdahalelere de ortak bir teorik zemin sunma fonksiyonu icra edebilecek niteliktedir.

Sıradaki bölümde ise, beden üzerinde tasarrufa dair katı ilkeler geliştiren klasik fıkıhta, yine klasik fıkıha ait iki temel kavram olan zaruret ve ihtiyaç kavramları üzerinden organ nakline meşruiyet temelleri aranmaktadır. Bu amaçla ilgili kısımda zaruret ve ihtiyaç teorileri sunulduktan sonra, her bir kavramın organ nakli ile bağlantısı kurularak bedenin saygınlığı ve dokunulmazlığı ilkelerinden istisnaya gidilmesinin imkanı ve bu istisnalardan biri olan organ naklinin zaruret ve ihtiyaç hallerinde alıcı ve verici açısından hükümlerinin ne olabileceği konusunda imâl-i fikirde bulunmaktadır.

Çalışmamızın organ naklinin pratik tartışma konularından müteşekkil son bölümünde ise naklin hukukî niteliği, alıcı, verici ve bağışlanan organ şeklindeki unsurlarına dayalı bir tasnifle bunların her birine ilişkin güncel problemler ele alınmıştır. Böylece bir bütün olarak bu araştırmada öncelikle organ naklinde en temel problem olan beden üzerinde tasarruf hususu teorik tartışma zemininde ele alınmakta, ardından bir üst ilke olarak aslının haramlık olduğunu anladığımız beden üzerinde tasarruf konusunda organ nakline yer açabileceğimiz bir alan olarak zaruret ve ihtiyaç kavramları ile bunların organ nakli ile bağlantısı maslahat ilkesi temelinde incelenmekte ve neticede organ naklinin güncel ve pratik tartışma konularına -neredeyse hiçbirisi dışarıda kalmayacak şekilde- sırasıyla değinilerek bu konular tartışılmaktadır.

6. Tezin Kaynakları ve Literatür Değerlendirmesi

Araştırmamızın temel kaynaklarını organ nakli konusunu müstakil olarak fikhî açıdan inceleyen eserler oluşturmaktadır. Organ nakli ve bağışi sahasında özellikle Arap dünyasında takibi zorlaştıracak kadar ciddi bir literatür oluştuğunu ifade edebiliriz. Ülkemizde ise konuyu İslam hukuku açısından ele alan en temel akademik kaynak olarak Abdulaziz Beki'nin *İslam Hukuku Prensipleri Işığında Organ Nakli* başlıklı titiz ve kapsamlı yüksek lisans tezi (EÜSBE, Kayseri 1991) dikkate değerdir. Bu çalışma, organ nakli konusunun klasik fıkıh eserleri üzerinden teorik olarak temellendirilmesine yoğunlaşması noktasında oldukça kaliteli ve ayrıntılı olup istifade ettiğimiz temel kaynaklardandır. Ancak gerek kaynakları gerekse içerik ve yöntemi açısından ülkemiz organ nakli literatüründe önemli bir yere sahip olan bu tez, organ naklinin pratik meselelerine ve beyin ölümü gibi organ naklinde çok temel olan konulara değinmemesi açısından eksik kalmaktadır. Yine Türkçe literatürde Muhammed Önder'in organ bağışının İslamî açıdan kabul edilemez olduğunu ispatlamayı hedefleyen *İslam Fıkıhında Organ Naklinin Hükmü* (İstanbul t.y.) adlı çalışması bazı açılardan bize yol göstermiş olsa da taraflı ve genelleyci tutumu nedeniyle kanaatimizce akademik ve objektif olmaktan biraz uzak kalmaktadır. Benzer bir kategoride görülebilecek Reşit Haylamaz'ın *İslâm Hukukuna Göre Organ ve Doku Nakli* adlı eseri (İzmir 1993) ise, akademik kalitesi tartışılabilirse de, organ naklini destekleyen ve reddeden görüşleri sunup bunlar arasında bir tercihte bulunması sebebiyle ön okumalarımızda istifade ettiğimiz çalışmalardan olmuştur. Bunların haricinde gördüğümüz kadarıyla Türkçe literatürde organ naklini doğrudan fikhî açıdan ele alan müstakil bir eser bulunmamaktadır. Konuyu kelimî ve fikhî açıdan ele alan kimi Türkçe makaleler bulunsa da bu çalışmalar –en azından bizim tespit ettiklerimiz- literatürde zikre değecek kalitede olmadığından çalışmamızda kaynak olarak kullanılmamıştır. 9 Mayıs 2014 tarihinde Hayat Sağlık ve Sosyal Hizmetler Vakfı Malatya Şubesi tarafından Malatya'da düzenlenen *Tıp, Etik, Din, Sosyoloji ve Hukuk Bağlamında Organ Nakli: Sorunlar ve Çözüm Önerileri* başlıklı sempozyumun tebliğ metinlerinden oluşan kitabı ise konuyu tıbbi, etik, fikhî ve hukukî açıdan ele alan çalışmalara yer vermesi açısından literatürde anılmaya değerdir. Yine İSAR Tıp ve Ahlak Çalışma Grubu'nun (TAÇ) bir ürünü olan *Hayatın Başlangıcı ve Sonu: Tıbbî, Dinî ve Etik Sorunlar* (ed. Hakan Ertin-Merve Özdemir, İSAR Yayınları/Ensar Neşriyat, İstanbul 2013) başlığını taşıyan

çalışma da özellikle organ nakli ile alakalı olarak beyin ölümü konusunda başvurduğumuz temel çalışmalardandır.

Arap İslam dünyasında organ nakli konusunu ele alan çalışmalar arasında ise tezimizde yöntemi, içeriği ve çoğu zaman da fikirleri itibariyle benimsediğimiz ve bu sebeple sıklıkla atıf yaptığımız kaynaklar olması sebebiyle meşhur alim Muhammed Saîd Ramazan el-Bûtî'nin *Kadâyâ fikhîyye muâsıra* (Dımaşk 1994) adlı eserinin ilgili bölümleri ile Ürdün Üniversitesi Şerîa Fakültesi öğretim üyesi Muhammed Naîm Yasin'in *Ebhâsun fikhîyye fî kadâyâ tıbbiyye muâsıra* (Amman 1999) adlı eserlerinin konuya dair bölümlerini özel olarak anmalıyız. Bunların haricinde Arap dünyasından istifade ettiğimiz bazı eserleri kronolojik olarak şu şekilde sunabiliriz: Abdüsselâm Abdurrahîm es-Sükkerî'nin, *Naklu ve zirâ'atü'l-a'dâi'l-âdemiyye min manzûrin İslâmîyyin* (y.y. 1988), Şinkîti'nin *Ahkâmu'l-cerâhati't-tıbbiyye ve'l-âsâru'l-müterettibe aleyhâ* isimli matbu doktora tezi (Cidde 1994), Abdülhasîb Abdüsselâm Yusuf Rıdvân'ın *el-Kavlü'l-vadâ fî hükmi nakli'd-dem ve'l-a'dâ* (Demenhur 1997), Ömer Süleyman el-Eşkar ve diğerleri tarafından hazırlanan iki ciltlik *Dirâsâton fikhîyye fî kadâyâ tıbbiyye muâsıra* adlı eser (Amman 2001), Kemâluddin Cum'a el-Bekru'nun *Hükümü'l-intifâ' bi'l-a'dâi'l-beşeriyye ve'l-hayvâniyye* (Dımaşk 2001), Ali Muhyiddin el-Karadâğî ve Ali Yusuf Muhammedî tarafından hazırlanan *Fikhü'l-kadâyâ't-tıbbiyyeti'l-muâsıra: dirâse fikhîyye tıbbiyye mukârana* (Beyrut 2005), Yûsuf b. Abdullah b. Ahmed'in doktora tezi olarak hazırladığı ve iki cilt olarak basılan çalışması *Ahkâmu nakli a'dâi'l-insân fî'l-fikhî'l-İslâmî* (Riyad 2006), İftikâr Mehyûb Debvân el-Mahlâfî'nin *Hudûdü't-tasarruf fî'l-a'dâi'l-beşeriyye fî'l-fikhî'l-İslâmî ve'l-kânûni'l-medenî: dirâse mukârene* (Kahire 2006), Abdullah b. Muhammed b. Ahmed et-Tarîkî'nin *Naklu'l-a'dâ mine'l-mahkûm aleyh bi'l-katl* (Riyad 2008), Muhammed Muhammed Ahmed es-Süveylim'in *Ahkâmu zirâati'l-kebed fî'l-kânûni'l-medenî ve'l-fikhî'l-İslâmî: dirâse mukârana* (İskenderiye 2009), Üsâme es-Seyyid Abdüssemi'nin *Naklu ve zirâatü'l-a'dâi'l-âdemiyye beyne's-şerîa ve'l-kânûn* (Kahire 2010), Abdülhalîm Muhammed Mansur Ali'nin *Naklu'l-a'dâ mine'l-meyyiti ile'l-hay beyne's-şerîati'l-İslâmîyye ve'l-kânûni'l-vaz'î: dirâse mukârane* (İskenderiye 2012), Ârif Ali Ârif el-Karadâğî'nin *Kadâyâ fikhîyye fî nakli'l-a'dâi'l-beşeriyye* (Beyrut 2012), Abdülğanî Yahyâvî'nin *el-Muvâzene beyne'l-mesâlih ve'l-mefâsid fî't-tedâvî bi-nakli'l-a'dâi'l-beşeriyye* (Londra 2016). Bunların haricinde Yûsûf el-Karadâvî, *Min Hedyi'l-*

İslâm Fetâvâ muâsıra'sı (Mansura 1993), Bekr b. Abdullah Ebû Zeyd'in *Fıkhü'n-nevâzil: Kadâyâ fikhîyye muâsıra'sı* (Beyrut 1996), Câdulhak Ali Câdulhak'ın *Buhûs ve fetâva İslâmiyye fi kadâyâ muâsıra'sı* (Kahire 2004) gibi bazı genel çağdaş fikhî meseleleri ele alan eserler içerisinde yer alan organ nakline dair bölümler de çalışmamıza kaynaklık etmiştir.

Bu eserlerden kimileri organ nakli ve bağışını destekler mâhiyette iken kimileri ise ilgili olguya şiddetle karşı çıkmaktadır. Özellikle literatürün ilk dönemlerinde organ nakline karşı İslam dünyasında olumsuz bir tavır söz konusuyken bu alanda tıbbi başarıların gerçekleşmesi ve kültürel olarak organ naklinin İslam dünyasında kabul edilir olmasının etkisiyle olsa gerek, bu katı tavrın gittikçe yumuşadığı görülmektedir. Burada zikretmemiz gereken bir diğer husus ise, özellikle eski tarihli bazı çalışmaların tıptaki hızlı gelişmeler nedeniyle güncellenmesi ihtiyacıdır. Ayrıca bu eserler organ nakli konusunu salt İslamî cihetten ele almış olup modern tıp etiği çevrelerince yapılan tartışma ve görüşlere yer vermemiş olmaları bir nakısadır. Arap dünyasında yapılan kimi çalışmalar ise mezhep birikimini tamamen göz ardı etmek ve herhangi bir akli yorum ve değerlendirmeye dahi yer vermemek suretiyle yalnızca âyet ve hadisleri sıralamakla yetinmesi itibariyle oldukça yetersizdir.

Organ nakli konusunun fikhî boyutunu sunarken kararlarından istifade ettiğimiz pek çok ulusal ve uluslararası fetva kurulu da bulunmaktadır. Bunların başında ülkemiz Diyanet İşleri Başkanlığı'na bağlı Din İşleri Yüksek Kurulu, İKÖ'ye bağlı Uluslararası İslam Fıkıh Akademisi Meclisi (*Mecmau'l-Fikhî'l-İslâmî ed-Düvelî*), Râbitatu'l-Âlemi'l-İslâmî'ye bağlı İslam Fıkıh Akademisi (*el-Mecmau'l-Fikhîyyi'l-İslâmî*), Suudi Arabistan'ın ilmi kuruluşlarından Büyük Alimler Kuruluşu (*Hey'etu Kibâri'l-Ulemâ*), Hindistan Fıkıh Akademisi (*Mecmau'l-Fikhî'l-İslâmî bi'l-Hind*) gibi İslam dünyasındaki önemli kurulların kararları gelmektedir. Bunların haricinde, klasik fıkıh eserlerini çalışmamızın tüm bölümlerinde sıklıkla temel kaynak olarak kullandığımız ve klasik görüşlere referanslarda bulunduğumuzu da ifade etmeliyiz. Çalışmamızda kullandığımız süreli ve online yayınlar ile tezler ise kaynakçada mevcut olup bu başlık altında bunlara yer verilmemektedir.

Batı'da organ nakli konusunu İslamî ve fikhî açıdan ele alan çalışmalar mevcutsa da bunların kalitesi konusunda Arap dünyasındaki çalışmaların tercihe değer olduğunu belirtmeliyiz. Batı literatüründe İslamî biyoetik alanında yapılan çalışmalarda temel

sorun olarak bilgi eksikliği, hatta bazen ciddi bilgi hataları ve konuya hakimiyetsizlik göze çarpmaktadır. Yeterli olmamakla birlikte, en azından bahsettiğimiz problemlerden uzak olan Batı temelli İslamî biyoetik konularını ele alan referans kaynaklarımız arasında Vardit Rispler-Chaim'in *Islamic Medical Ethics in the Twentieth Century* (Brill 1993) adlı eserini, Dariusch Atighetchi'nin *Islamic Bioethics: Problems and Perspectives* (Springer 2007) adlı çalışmasını, Abdulaziz Sachedina'nın *Islamic Biomedical Ethics* (Oxford 2009)'ini, Mohammed Ali Al-Bar ile Hassan Chamsi-Pasha tarafından kaleme alınan *Contemporary Bioethics: Islamic Perspective*'i (Springer 2015) istisna olarak zikretmeliyiz. Bunların haricinde genel olarak Batı temelli çalışmalar arasında konuyu İslamî perspektiften değil etik ve felsefi açıdan ele alan çalışmaları tezimizde kaynak olarak kullanmayı tercih ettik. Zira bugün tıp etiği ve biyoetik alanlarında yapılan çalışmaların ciddi bir oranı Batı dünyasında gerçekleştirilmektedir. Bu sebeple organ naklinin etik boyutlarını tartışan Batı temelli ve çoğu zaman seküler mâhiyetteki araştırmalar, organ nakli ve beden üzerinde tasarruf hakkı konularının temel teorik ve pratik tartışmalarını gördüğümüz ve çalışmamızın çerçevesini şekillendirmemize katkı sunan çalışmalar olmuştur. Batı'da organ nakli etiği konusunda en önemli isimlerden Robert M. Veatch'in *Transplantation Ethics* (Georgetown University 2000) adlı hacimli ve kapsamlı eserini bu kaynaklara örnek olarak verebiliriz. Yine John Harris'in editörlüğünü yaptığı *Bioethics* kitabı (Oxford 2001), tıp etiğinin temel ilkelerini zikrederek adeta alanında çığır açmış olan Tom L. Beauchamp ve James F. Childress tarafından yazılan *Principles of Biomedical Ethics* adlı eser (Oxford 2001), editörlüğünü Peter Singer ve Viens'in yaptığı *The Cambridge Textbook of Bioethics* (Cambridge 2008), Helga Kuhse ve Peter Singer'in derlediği *A Companion to Bioethics* (Wiley-Blackwell 2012) de doğrudan veya dolaylı olarak Batı tıp etiği ve biyoetik literatüründe istifade ettiğimiz kitaplar ve ansiklopedik eserler arasındadır. Stephen G. Post'un editörlüğünde hazırlanan ve beş ciltten oluşan bir biyoetik ansiklopedisi olan *Encyclopedia of Bioethics* ise alandaki ana kavramları tanımak ve ön okumalar yapmak için müracaat ettiğimiz en temel eserler arasındadır. Yine genel okumalar için istifade ettiğimiz Türkçe literatürdeki az sayıdaki eserler arasında editörlüğünü Ayşegül Demirhan Erdemir, Öztan Öncel ve Şahin Aksoy'un yaptığı ve Nobel Tıp Kitabevleri tarafından basılan *Çağdaş Tıp Etiği* (İstanbul 2003), Nesrin Çobanoğlu'nun hazırladığı *Kuramsal ve Uygulamalı Tıp Etiği* (Ankara 2009),

Sevtap Metin'in tıbbi problemleri daha ziyade hukukî açıdan ele alan *Biyotıp Etiği ve Hukuk* (İstanbul 2010) adlı eserleri sayabiliriz. Hukuk alanında ise genel anlamda yararlandığımız bir eser olması itibariyle Hakan Hakeri'nin *Tıp Hukuku* (İstanbul 2016) adlı çalışmasını ve tezimizin insan bedeni üzerinde tasarrufa dair ikinci bölümünde esas aldığımız temel bir çalışma olması nedeniyle Arif Barış Özbilen'in doktora tezi olup kitap olarak da basılan *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler* (İstanbul 2011) isimli kaliteli çalışmasını burada zikretmeliyiz. Yine *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları* adıyla basılmış olan I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi'nin oldukça hacimli bildiri kitabı (İstanbul 2007) da, ülkemizde organ nakline dair tıp etiği literatüründe önemli bir yer tutmakta olup başucu kitaplarımızdan olmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

ORGAN VE DOKU NAKLINE GİRİŞ

1.1. Organ ve Doku Nakli ile İlgili Terimler

Organ ve Doku Nakli (Transplantasyon): Organ veya dokuların bedenden çıkarılarak başka bir insan bedenine veya kişinin kendi bedenindeki başka bir yere yerleştirilmesi işlemine transplantasyon veya organ/doku nakli denilmektedir.¹ Başka bir tanımla organ nakli, insan organizmasını oluşturan parçalardan fonksiyonunu yerine getiremez hale gelmiş hücre, doku veya bir organın çıkartılarak yerine aynı canlının farklı bir bölümünden ya da başka bir canlıdan bu eksikliği giderecek yeni bir hücre, doku veya organın aktarılmasıdır.²

Organ ve Doku Bağışı: Organ bağışı, kişinin hayatta iken serbest iradesi ile, tıbben yaşamı sona erdikten sonra doku ve organlarının başka hastaların tedavisi için kullanılmasına izin vermesi veya beyin ölümü gerçekleşmiş, tıbben ölü kişilerin organlarının, organ yetmezliği olan hastalara nakline yakınları tarafından izin verilmesi³ şeklinde tanımlanmaktadır.

Organ, Doku ve Graft: Organ, vücudun belirli bir görev yapan ve sınırları kesin olarak belirlenmiş bölümü⁴ veya belli bir göreve sahip vücut parçası veya oluşum⁵ şeklinde tanımlanabilir.

Doku ise sözlüklerde aynı cins hücrelerin oluşturduğu küme⁶, bir vücudun veya bir organın yapı öğelerinden birini oluşturan hücreler bütünü⁷ olarak tanımlanmaktadır. Tıbbî açıdan doku olarak kabul edilen anatomik unsurların başında kornea, kemik iliği, deri, kıkırdak, sinir, kas dokusu, iç salgı dokuları, duyu dokuları, kirişlerdeki esnek dokular ve bağ dokuları gelmektedir.⁸

Tıbbî bir terim olarak graft, bir yerden alınıp başka bir yere eklenen canlı doku parçası

¹ Jr. Tubbs-B. James, *A Handbook of Bioethics Terms*, Georgetown University, Washington D.C. 2009, s. 170.

² Onur Gir, “Türk Ceza Yasası’nın (2004) Organ Aktarımı ile İlgili Maddelerinin Tıp Etiği Açısında Değerlendirilmesi” (yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006), s. 27.

³ Tekin Akpolat, *Organ Bağışı ve Medya*, Ceylan Ofset, Samsun 2007, s. 11.

⁴ www.tdk.gov.tr [Erişim tarihi: 5 Ağustos 2015]

⁵ Utkan Kocatürk, *Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü*, Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum 1981, s. 469.

⁶ Kocatürk, *Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü*, s. 704.

⁷ www.tdk.gov.tr [Erişim tarihi: 5 Ağustos 2015]

⁸ Emine Elif Vatanoglu, “Türkiye’de Yasal ve Etik Boyutuyla Organ Nakli Hakkında Anket Araştırması ve Sonuçları” (doktora tezi, İstanbul Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2007), s. 6-7.

anlamına gelmekte olup transplantasyonda nakledilen organı ifade etmektedir. Ayrıca bu kelime, bir yerden alınan canlı doku parçasını vücudun diğer bir kısmına ekleme işlemi manasında transplantasyonla eş anlamlı olarak da kullanılmaktadır.⁹

Organ ve Doku Vericisi: Organ naklinde asıl taraflar verici ve alıcıdır. Organ ve doku vericisi (donör), doku ve organ aktarımlarında kendisinden doku veya organ alınan kişiler olarak tanımlanmaktadır. Bunlar canlı akraba verici, akraba olmayan canlı verici veya ölü verici olabilirler.¹⁰

Organ ve Doku Alıcısı: Yaşamını veya yaşam kalitesini işlev görmeyen doku ve organların değiştirilmesi ile sürdürebilecek hastalar, organ ve doku alıcısı kapsamında görülmektedir.¹¹

Organ ve Doku Bankası: Organ ve doku bankası klinik veya araştırma amaçlı kullanımda doku ve organların toplandığı, depo edildiği ve dağıtımının yapıldığı birimlerdir.¹²

Beyin Ölümü: Beyin fonksiyonlarının durması ve beyin hücrelerinde geri dönüşümsüz yıkımın gerçekleşmesi şeklinde tanımlanan beyin ölümü (*brain death*) kavramı organ nakli ile yakından bağlantılıdır. Zira beyin ölümü gerçekleşmiş kişiler nakil için mükemmel birer kaynaktırlar. Bu sebeptir ki bu kavram organ nakilleriyle paralel olarak gündeme gelmiş ve böylece ölümün klasik tanımı değişmiştir. Artık tıp ve hukuk dünyasında beyin ölümü kavramı büyük oranda kabul görmektedir. Tüm beyin fonksiyonlarının geri dönüşümsüz olarak kaybı, ölüm için yeterli neden sayılmaktadır.¹³

Organ ve Doku Reddi (Rejeksiyon): Organ reddi transplantasyonda verici ile alıcı arasında doku uyumsuzluğu sebebiyle vericiden alınan organın alıcının organizması tarafından atılması¹⁴ şeklinde tanımlanabilirken doku reddi, farklı genetik yapıdaki bir insandan alınan dokunun nakledilmesi sonunda vücudun zamanla bu dokuyu yıkmaya yönelik olarak başlattığı tepkimelerin ortaya çıkardığı karmaşık olaylar dizisi¹⁵ şeklinde tanımlanabilir.

⁹ Kocatürk, *Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü*, s. 288.

¹⁰ Yasemin N. Oğuz v.dğr., *Biyoetik Terimleri Sözlüğü*, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2005, s. 71.

¹¹ Oğuz v.dğr., *Biyoetik Terimleri Sözlüğü*, s. 70.

¹² Oğuz v.dğr., *Biyoetik Terimleri Sözlüğü*, s. 71.

¹³ Oğuz v.dğr., *Biyoetik Terimleri Sözlüğü*, s. 28, 30.

¹⁴ Ahmet Taşkın, *Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu*, Adil Yayınevi, Ankara 1997, s. 2.

¹⁵ Taşkın, *Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu*, s. 2.

Organ ve Doku Uyuşmazlığı: Vücudun transplante edilen organ ve dokuları yabancı madde olarak kabul edip vücutta atmaya çalışmasına organ ve doku uyuşmazlığı denir.¹⁶

Etik Komite: Avrupa Komisyonu kararlarında akraba veya akraba dışı tüm canlıdan nakillerde vericinin özerkliğini değerlendirmek üzere bağımsız bir etik komitenin bulunması şart koşulmaktadır. Bu komite, vericinin psiko-sosyal açıdan ameliyata hazırlanmasını ve ameliyat sonrası takibinin yapılmasını da sağlamaktadır.¹⁷

1.2. Organ ve Doku Naklinin Sınıflandırılması

1.2.1. Verici-Alıcı Arasındaki İlişki Açısından

Verici ve alıcı arasındaki ilişki temel alındığında organ nakilleri ototransplantasyon (otograft), izotransplantasyon (izograft), allotransplantasyon (allograft) ve xenotransplantasyon (xenograft) olmak üzere dört grupta toplanabilir.

1. Ototransplantasyon (*autotransplantation*) organ veya dokunun aynı bireyin bedeninin bir bölgesinden başka bir bölgesine aktarılmasıdır.
2. İzotransplantasyon aynı genetik yapıya sahip bireyler arasında yapılan nakillerdir. Tek yumurta ikizleri arasında yapılan nakiller buna örnektir.
3. Allotransplantasyon (*allograft*), aynı türün iki farklı üyesi arasında gerçekleşen yani genetik olarak ikiz olmayan iki insan arasındaki organ veya doku transplantasyonudur.
4. Xenotransplantasyon (*xenotransplantation*) veya heterotransplantasyon (*heterotransplantation*) ise doku ve organların bir türden başka bir türe nakledilmesidir. Domuz kalp kapakçığının insana nakledilmesi buna örnektir.¹⁸

¹⁶ Taşkın, *Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu*, s. 3.

¹⁷ Altaca, G., "Akraba Olmayan Canlı Vericili Böbrek Nakli", *Diyaliz, Transplantasyon ve Yanık*, 15/1 (2004), s. 19.

¹⁸ Tubbs-James, *A Handbook of Bioethics Terms*, s. 170; Alfred Cuschieri v.dğr., *Clinical Surgery*, Blackwell Science, Oxford 2003, s. 759; Ömür Şaylıgil Elçioğlu, "Organ Aktarımı ve Etik", *Çağdaş Tıp Etiği*, ed. Ayşegül Demirhan Erdemir v.dğr., Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2003, s. 309. Ancak organ nakli denilince genellikle allotransplantasyon kastedilmektedir. Zira yaygın olarak gerçekleşen organ ve doku nakillerinin çoğu bu türdendir. Oto-transplantasyon ise organ veya doku naklinden ziyade hastanın kendi bedeni sınırlarında gerçekleşen bir tür operasyondur. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun (ODNK)'a göre de otogreftler, saç ve deri alınması, aşılama ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerinin dışında bırakılmıştır (<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2238.pdf> [Erişim tarihi: 8 Ağustos 2015]).

1.2.2. Verici Açısından

Organ nakli canlı vericiden veya kadavradan yapılabilir. Kadavra bütünüyle cansız hale gelmiş ve bir şekilde tıbbın hizmetine sunulan beden¹⁹ şeklinde tanımlanmakta, kadavradan yapılan nakle ise tıp dilinde kadaverik transplantasyon denilmektedir. Ancak her ne kadar kadavra kelimesi kullanılsa da ölüden nakil yapılabilmesi için kişinin beyin ölümünün gerçekleşmesi gerekmektedir. Zira vericiler hemen her zaman beyin ölümü gerçekleşmiş hastalardır. Bu sebeple kadavra verici yerine ölü verici denmesi daha uygun olacaktır.²⁰

1.2.3. Naklin Yapıldığı Yer Açısından

Nakilde vericiden alınan organ veya dokunun alıcının bedenine normal anatomik konumuna uygun olarak yerleştirilmesine ortotopik transplantasyon, tersi duruma ise heterotropik transplantasyon denilmektedir. Bir kimseden çıkarılan akciğerin yerine başka bir akciğer, kalbin yerine başka bir kalp takılması ortotopik transplantasyona örnek iken, klinik böbrek nakillerinde böbreğin doğal yerine değil de *iliac fosa* (kalça çukuru)'ya yerleştirilmesi heterotropik transplantasyona örnektir.²¹ Nakil esnasında değiştirilmesi planlanan organın yerinde bırakılıp vericiden alınan organın ek olarak yerleştirilmesine ise aksesuar aktarım denilmekte ve bu heterotopik bir nakil sayılmaktadır.²²

1.3. Organ Naklinin Tarihçesi

1.3.1. Dünyada Organ Naklinin Tarihçesi

Görevini yapamayan bir organın yenisiyle değiştirilmesi veya bir bedenden başka bir bedene şifa nakledilmesi fikri eski çağlardan itibaren gündeme gelmiştir. Bazı metinlerde ve pek çok kültürün mitolojisinde organ nakline referanslara ve ilkel transplantasyon örnekleri sayılabilecek çok sayıda anlatılara rastlanmaktadır. Örneğin 2. yüzyıla ait bir Hıristiyan anlatısına göre Aziz Cosmas ve Aziz Damian bir hastanın

¹⁹ Oğuz v.dğr., *Biyoetik Terimleri Sözlüğü*, s. 189.

²⁰ Oğuz v.dğr., *Biyoetik Terimleri Sözlüğü*, s. 189.

²¹ Cuschieri v.dğr., *Clinical Surgery*, s. 759.

²² Şaylıgil Elçioğlu, "Organ Aktarımı ve Etik", s. 310.

bacağını keserek yerine, yeni ölmüş başka bir kişinin bacağını yerleştirmişlerdir.²³ İlk deri nakli tasvirleri ise M.Ö. 450 yıllarına tekabül eden Sushruta metinlerinde görülmektedir.²⁴

M.Ö. 300 gibi erken dönemlerde dahi Hindistan'da yüz veya doku nakli sayılabilecek örneklerden söz edilmektedir. Buna göre Hindistanlı hekimler, hastanın yanak veya boyun bölgesinden aldıkları deri parçalarını zarar görmüş burun dokularını onarmak için kullanmışlardır. Avrupalı tüccar ve kaşiflerden duydukları bu hikayeleri gerçekleştirmek isteyen İtalyan hekimler de rinoplastinin ilk örnekleri sayılabilecek bu yöntemleri 16. yüzyıl itibarıyla kullanmaya başlamıştır. Ünlü İtalyan cerrah Gaspare Tagliacozzi (1545-1599) kitabında, hastasının kolundan burnuna nasıl doku nakli yaptığının tekniklerini açıklamıştır.²⁵ Bu gelişmelere rağmen o dönemlerde cerrahi operasyonların ve organ nakillerinin önünde ciddi engeller vardı. Henüz anestezinin bu vakitte bilinmiyor olmasından dolayı hastaların acı çekmesi ve ne bakterilerin ne de antibiyotiklerin keşfedilmiş olması nedeniyle ise enfeksiyonlar, dolayısıyla da ölümler kaçınılmazdı. Diğer yandan İtalya'da Roman Katolik Kilisesi'nin Tagliacozzi'nin eylemini Tanrı'nın iradesine ve fitrata müdahale olarak görmesiyle bu cerrah kötü şöhret sahibi olmuş ve çalışmaları duraklamıştır. 18. yüzyılda İngilizlerin Hindistan'a gelmesiyle nakil teknikleri İngiliz cerrahlar tarafından yeniden keşfedilmiştir. Bu cerrahlardan John Hunter (1728-1793), bir hastanın çıkmış dişini yerine nakletmiştir.²⁶ Ayrıca insandan insana naklin gerçekleştirilebilmesi için hekimler hayvanlar üzerinde nakil denemeleri de yapmışlardır. İtalyan Guiseppe Baronio (1759-1811) bir koyundan alınan geniş deri parçalarının aynı koyunun başka bir yerine nakledilebileceğini göstermiştir. İsviçreli Jaques Reverdin (1842-1928) ise hastanın sağlıklı bir bölgesinden alınan küçük bir deri parçasının ağır bir yaranın üzerine sıkıca bandajlanması sonucu, deri parçasının daha geniş bir şekilde büyüyerek yaranın iyileşmesini sağladığını

²³ Mary Kittredge, *Organ Transplants*, Chelsea House, New York/Philadelphia 1989, s. 17; Tod L. Demmy-George A. Magovern, "History of Transplantation and Future Trends", *New Harvest: Transplanting Body Parts and Reaping The Benefits* (ed. C. Don Keyes), New Jersey 1991, s. 79-80.

²⁴ John Dunning-Sir Roy Calne, "Historical Perspectives", *Organ Transplantation: A Clinical Guide*, ed. Andrew A. Clein v.dğr., Cambridge University, Cambridge 2011, s. 1.

²⁵ Kittredge, *Organ Transplants*, s. 18-9.

²⁶ Literatürde organ nakline öncülük edenlerin ilki sayılan İngiliz cerrah John Hunter (1728-1793), bir horozdan çıkarttığı salgı bezini bir tavuğa aktarmış ve bu salgı bezlerinin çalışmaya devam ettiğini gözlemlemiştir (Şehsuvaroğlu, Bedi N., *Tıbbi Deontoloji Dersleri*, Diyarbakır Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1975, s. 89).

bulmuştur.²⁷ Cerrah Emil Theodor Kocher (1841-1917)'in, tiroid bezlerini çıkardığı bir hastasına yeniden tiroid dokusu aktarması da (1883) ilk organ nakli örnekleri arasında sayılmaktadır.²⁸

19. yüzyıla gelindiğinde organ ve doku nakillerinin önündeki bazı teknik tıbbî problemler aşılmaya başlanmıştır. Özellikle de genel anestezi ve antiseptik cerrahinin bulunmasıyla transplantasyonun önü açılmıştır. Ancak nakilde başarı elde edilmesi için organ damarlarının yeterli kan akışını sağlayacak şekilde birleştirilebilmesi de gerekmektedir.²⁹ 1900'lü yılların başında Alexis Carrel (1873-1944)'in Lyon (Fransa)'da iki damarı birleştirmeyi başarmasıyla solid (katı) organ naklinin önündeki bu engel de aşılmış oldu. Daha sonra Chicago'ya giden Carrel, bulduğu vasküler anastomoz tekniklerini kullanarak Charles Guthrie ile birlikte böbrek, kalp ve diğer organların nakli üzerinde çalışmıştır. Carrel bu başarılarından ötürü 1912'de Nobel Ödülü'ne layık görülmüştür.³⁰

1902'de ise Macar cerrah Emerich Ullmann (1861-1937) bir köpeğin böbreğini başka bir köpeğin boynuna naklederek köpeğin idrar çıkardığını gözlemlemiştir. Daha sonra Ullmann ilk xenotransplantasyon örneklerinden sayılabilecek şekilde bir domuzun böbreğini genç bir bayana nakletmeyi denemişe de nakil başarısızlıkla sonuçlanmıştır.³¹

7 Aralık 1905'te Avusturyalı göz hekimi Eduard Zirm (1863-1944) ilk başarılı kornea naklini gerçekleştirmiştir.³² 1906'da ise Mathieu Jaboulay (1860-1913), böbrek yetmezliğinden ölmek üzere olan iki hastadan birine koyun, diğerine domuz böbreği nakletmiş, ancak sonuç başarısız olmuştur.³³ Kadavradan ilk böbrek nakli denemesi ise 1930 yılında Ukraynalı cerrah Yu Yu Voronoy tarafından gerçekleştirilmiş, ancak insan alıcılara nakledilen altı böbrek de çalışmamıştır.³⁴

²⁷ Kittredge, *Organ Transplants*, s. 19.

²⁸ Hakan Ertin, "Organ Bağıışı ve Transplantasyon Tıbbı: Etik Çerçeve ve Çözüm Tartışmaları", *İş Ahlakı Dergisi*, 7/2 (2014), s. 92.

²⁹ Henry W. Randle, "The History of Organ Transplantation", *Skin Disease in Organ Transplantation*, ed. Clark C. Otley v.dğr., Cambridge University, Cambridge 2008, s. 20-1.

³⁰ Randle, "The History of Organ Transplantation", s. 9.

³¹ Randle, "The History of Organ Transplantation", s. 9. Ullmann'ın organ naklinin öncülerinden oluşu ve nakil denemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Wilfred Druml-Christian Druml, "Emerich Ullmann (1861-1937): Not Only A Pioneer of Kidney Transplantation", *J Nephrol*, 17 (2004), s. 461-466.

³² Hal Marcovitz, *Organ and Body Donation*, ABDO, Minnesota 2011, s. 18-9.

³³ Dunning-Calne, "Historical Perspectives", s. 2.

³⁴ Randle, "The History of Organ Transplantation", s. 9.

1900’de Viyanalı bilim adamı Karl Landsteiner (1868-1943)’in kan gruplarını bulmasıyla insandan insana kan nakli mümkün hale gelmişti. 1950’lerin başlarında insanlar arası böbrek nakli yapılacağı zaman cerrahlar, aynı kan grubuna sahip kişiler arasında yapılacak nakilde, alıcının bağışıklık sistemi tarafından organın reddedilmesi ihtimalinin düşeceğini düşünmüşlerdir. Bu varsayım ile ilk böbrek nakli Boston’da Peter Brent Brigham Hastanesi’nde David Hume (1917-1973) tarafından gerçekleştirilmiştir. İlk etapta başarılı olan naklin alıcısı 175. günde hayatını kaybetmiştir. Benzer şartlarda gerçekleşen diğer nakil alıcıları da vefat edince aynı kan grubuna sahip kişiler arasındaki naklin rejeksiyonu (red) engellemediği anlaşılmıştır.³⁵ Bu süreçte, organlar cerrahi açıdan başarılı bir şekilde naklediliyor olmasına rağmen cerrahi sebeplerle değil biyolojik sebeplerle hastaların öldüğü anlaşılmaya başlanmıştır. Bu biyolojik sebep, alıcının immün (bağışıklık) sisteminin vücuda tamamen yabancı olan organ veya dokuya verdiği tepki olan “rejeksiyon” idi. Alıcının bağışıklık sistemi, çok yakın akrabadan gelmediği müddetçe organı yabancı bir madde olarak algılayıp onunla savaşıyordu.³⁶

İlk başarılı sayılabilecek böbrek nakli ise yine Peter Brent Brigham Hastanesi’nde 1954’te tek yumurta ikizleri arasında gerçekleştirilmiş ve alıcı 8 yıl yaşamıştır. Fakat bu nakilde, diğerlerinden farklı olarak hastanın ölüm nedeni böbreğin vücut tarafından reddi olmamıştır.³⁷ Joseph E. Murray (1919-2012) başkanlığında bir heyetçe gerçekleştirilen bu başarı, organ nakillerinde bir dönüm noktasıydı. Zira ilk defa bir organ, alıcısında bu kadar uzun süre yaşayabilmişti. Böylece immün sisteminden gelen bir engel olmadığı ve bağışıklıkla ilgili faktörler kontrol altına alındığı zaman organ naklinin başarılı olduğu kesinleşmiş ve insan alıcıya başarılı nakil hayali gerçeğe dönüşmüştür.³⁸

1960 yılına kadar hepsi tek yumurta ikizi kardeşler arasında 30 adet nakil gerçekleştirilmiş ve bu operasyonların tümü başarıyla sonuçlanmıştır. Böylece tek yumurta ikizlerinin kan gruplarının yanı sıra hücrelerindeki en küçük maddelerin dahi benzer olduğu, bu sebeple beden, ikiz bedenden gelen organı yabancı madde olarak

³⁵ Kittredge, *Organ Transplants*, s. 22-3.

³⁶ Randle, “The History of Organ Transplantation”, s. 9-10.

³⁷ Randle, “The History of Organ Transplantation”, s. 9.

³⁸ Demmy-Magovern, “History of Transplantation and Future Trends”, s. 82.

algılamadığı ve reddetmediği anlaşılmıştır. Bu başarı önemli olmakla birlikte tek yumurta ikizi bulunmayan hastalara bir çözüm sunmamaktaydı. Öyleyse naklin başarılı olması için bağışıklık (immün) sistemini baskılayıcı maddelere ihtiyaç olacaktı. Bu amaçla immün sistemi etkisiz hale getiren bir ışın cihazı tasarlanmışsa da bu uygulamanın ölüme kadar götüren yan etkileri söz konusu olmuştur. 1959'da Robert Schwarz ve William Dameshek bazı ilaçların bedeninin immün sistemini baskılayabileceğini keşfetmişlerdir.³⁹ Aynı yıl kimyasal bir immunosupresan (bağışıklık sistemini baskılayıcı ilaç) olan 6-mercaptopurine üretilmiştir. 1960'da ise azathioprine kullanılmaya başlanmıştır. Bu ilaçlarla birlikte artık organ naklinin önünde tıbben engel kalmamıştır.⁴⁰

1960'da Peter Medawar (1915-1987)'ın tıpkı kan grupları gibi doku tiplemesini bulması organ naklinde önemi bir dönüm noktası olmuştur. Böylece verici ve alıcı arasında doku uyumu sağlanacak ve rejeksiyon önlenecekti. 1962'de doku tiplemelerinin ve rejeksiyonu önleyici ilaçların aynı anda denendiği böbrek nakli başarıyla sonuçlanmıştır.⁴¹ Bir anneden oğluna yapılan bu nakil sonrasında baskılayıcı ilaçların kullanılmasıyla farmakolojik immunosupresan dönemi başlamıştır. Nakledilen bu böbrek ise 20 yıldan fazla işlev görmüştür.⁴² Bu tarihten sonra transplantasyon alanında hızlı gelişmeler yaşanmıştır. Çünkü artık insanlar arası başarılı nakil için ihtiyaç duyulan anestezi, enfeksiyonları önleyici antibiyotikler, gelişmiş cerrahi teknikler, kan ve doku grupları, bağışıklık sistemini baskılayıcı ilaçlar gibi tüm şartlar gerçekleştirilmiştir.⁴³ Böylece organ ve doku nakilleri böbrek, kalp, akciğer, karaciğer, pankreas, mide, ince bağırsak, dalak, gırtlak, yumurtalık, kemik, damar, sinir, paratiroid gibi iç salgı bezlerine; kulak, göz gibi duyu organlarına kadar genişlemiştir.⁴⁴

Sırasıyla 1963'te Fransız bir cerrah tarafından kemik iliği nakli, aynı yıl Pittsburgh Üniversitesi'nden Thomas Starzl (ö.1926) tarafından ilk başarılı karaciğer nakli, 1966'da ilk başarılı böbrek/pankreas nakli gerçekleştirilmiştir.⁴⁵ Starzl'ın 1963'te

³⁹ Kittredge, *Organ Transplants*, s. 23-5.

⁴⁰ Randle, "The History of Organ Transplantation", s. 9-10.

⁴¹ Kittredge, *Organ Transplants*, s. 25.

⁴² Frank P. Stuart, "Overview of Living and Deceased Organ Donors, Immunosuppression and Outcomes", *Organ Transplantation*, ed. Frank P. Stuart v.dğr., Landes Bioscience, Texas 2003, s. 44.

⁴³ Kittredge, *Organ Transplants*, s. 25.

⁴⁴ Şehsuvaroğlu, *Tıbbî Deontoloji Dersleri*, s. 89-90.

⁴⁵ Kittredge, *Organ Transplants*, s. 25.

gerçekleştirdiği karaciğer naklinin alıcısı 3 yaşındaki hasta nakil günü ölmüşken, 1967'deki nispeten başarılı naklin alıcısı 18 aylık karaciğer kanseri bebek 13 ay yaşayabilmiştir.⁴⁶ Cape Town'da (Güney Afrika) Groote Shure Hastanesi'nde çalışan Dr. Christiaan Barnard (1922-2001) ise ilk olarak 3 Aralık 1967'de ve ikinci olarak 2 Ocak 1968'de insandan insana başarılı kalp naklini yapmıştır. İlk naklin alıcısı Louis Washkansky yeni kalbiye kısa süre yaşamış olsa da (19 gün), diğer vaka Philip Blaiberg 594 gün yaşamıştır.⁴⁷

Barnard'ın ilk kalp naklinden üç gün sonra (1967) Adrian Kantrowitz (1918-2008) New York'ta Maimonides Tıp Merkezi'nde 17 günlük bir bebeğe kalp nakli yapmıştır. Ancak bebek bu kalple 6,5 saat yaşayabilmiştir. Dr. Kantrowitz 10 Ocak 1968'de ise ikinci kez kalp nakli yapmış ve hasta ancak 10 saat yaşayabilmiştir. Yine 6 Ocak 1968'de California Stanford Üniversitesi'nde Norman Shumway (1923-2006) nakil denemesi yapmış, fakat hasta sadece 15 gün yaşayabilmiştir.⁴⁸

1968'de Harvard Kriterleri ile beyin ölümü kavramının ortaya çıkmasına kadar ölüden yapılan böbrek nakilleri vericinin kalbinin durmasından sonra söz konusu olmaktadır. Harvard Kriterleri'nden önce kadavra vericiler genellikle beyin ölümü gerçekleşikten sonra yaşam desteklerinin çekilmesiyle kalp ölümü de gerçekleşmiş kişilerdi.⁴⁹

1970'ler boyunca doku tiplemesi teknikleri üzerine çalışmalar devam edilmiştir. 1972'de nakiller açısından önemli bir gelişme yaşanarak siklosporin (cyclosporine) keşfedilmiştir. Siklosporin daha önce kullanılan rejeksiyon önleyici ilaçlardan çok daha etkili bir ilaçtı. Yıllar süren deneylerden sonra bu ilaç ilk defa 1976'da nakil alan bir hastada kullanılmış ve başarılı sonuçlar elde edilmiştir.⁵⁰ Rejeksiyonu önleyen immunosupresanların nakil sonrası alıcılar tarafından kullanılmasıyla red sorunu neredeyse tamamen aşılmış ve çok sayıda başarılı nakil gerçekleşmiştir.

Çeşitli organ nakli denemelerini ve diğer gelişmeleri dışarıda bırakarak 1980 sonrasında dünyada gerçekleşen önemli ve başarılı nakil türlerinin ilklerini kronolojik olarak özetle şu şekilde sunabiliriz: -1981: Bruce Reitz tarafından ilk başarılı kalp/akciğer nakli

⁴⁶ Demmy-Magovern, "History of Transplantation and Future Trends", s. 84.

⁴⁷ Şehsuvaroğlu, *Tıbbî Deontoloji Dersleri*, s. 89. Washkansky'nin hikayesi için bkz. Marcovitz, *Organ and Body Donation*, s. 19-23.

⁴⁸ Şehsuvaroğlu, *Tıbbî Deontoloji Dersleri*, s. 89.

⁴⁹ Gauke Kootstra, "History of Non-heart Beating Donation", *Organ Donation and Transplantation After Cardiac Death*, ed. David Talbot-Anthony M.D' Alessandro, Oxford University, Oxford 2009, s. 1.

⁵⁰ Kittredge, *Organ Transplants*, s. 25-6.

(Stanford, ABD) -1983: Joel Cooper tarafından ilk başarılı akciğer lobu nakli (Toronto, Kanada) - 1984: Thomas Starzl ve Henry T. Bahnson tarafından ilk başarılı çift organ nakli (Pittsburgh, ABD) -1986: Joel Cooper tarafından ilk başarılı çift akciğer nakli (Toronto, Kanada) -1987: Cooper tarafından ilk başarılı tüm akciğer nakli (St. Louis) - 1995: Lloyd Ratner ve Louis Kavoussi tarafından ilk başarılı laparoskopik canlı donör nefrektomisi (Baltimore, ABD) -1997: Gunther O. Hofmann tarafından ilk başarılı diz eklemi nakli -1998: David Sutherland tarafından ilk başarılı canlı donörden kısmi pankreas nakli (Minnesota, ABD) -1998: Jean-Michel Dubernard tarafından ilk başarılı el nakli (Lyon, Fransa) -1999: Anthony Atala tarafından ilk başarılı yapay mesane nakli (Boston Çocuk Hastanesi, ABD) -2005: P. N. Mhatre tarafından ilk başarılı yumurtalık nakli (Mumbai, Hindistan); ilk başarılı kısmi yüz nakli (Fransa) -2006: Eric M. Genden tarafından ilk başarılı alt çene nakli (Mount Sinai Hastanesi, New York, ABD); ilk başarılı penis nakli (Guangzhou, Çin) -2008: Edgar Biemer, Christoph Höhnke ve Manfred Stangl tarafından ilk başarılı tam ve çift kol nakli (Münih Teknik Üniversitesi, Almanya) -2008: James Randerson tarafından nakledilen yumurtalıktan dünyaya ilk bebeğin gelmesi; Paolo Macchiarini tarafından bir hastanın kendi kök hücreleri kullanılarak soluk borusu nakledilmesi (Barselona, İspanya); Maria Siemionow tarafından ilk başarılı tama yakın (%80) yüz nakli (Cleveland, ABD) -2010: Joan Pere Barret ve ekibi tarafından ilk başarılı tam yüz nakli (Barselona, İspanya) -2011: Dr. Cadavas ve ekibi tarafından ilk çift bacak nakli (Valencia La Fe Hastanesi, İspanya) - 2013: Acil hayat kurtarıcı bir müdahale olarak ilk başarılı tüm yüz nakli (Polonya) - 2014: Doğumla sonuçlanan ilk başarılı rahim nakli (İsveç); ilk neonatal (yenidoğan) organ nakli (İngiltere).⁵¹

1.3.2. Türkiye’de Organ Naklinin Tarihçesi

Türkiye’de organ nakline dair faaliyetler 1960’ların sonunda başlamıştır. Ancak bu ilk nakil denemeleri çoğunlukla başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Ülkemizde canlıdan ilk

⁵¹ Bu özet Mohammed Ali Al-Bar-Hassan Chamsi-Pasha, *Contemporary Bioethics: Islamic Perspective*, Springer 2015, s. 210-211’den ve Amerika’nın Ulusal Böbrek Kurumu’nun sitesi olan <https://www.kidney.org/transplantation/transaction/Milestones-Organ-Transplantation> [Erişim tarihi: 5 Ağustos 2015]’den alınmıştır.

ve https://en.wikipedia.org/wiki/Organ_transplantation#Split_transplants [Erişim tarihi: 5 Ağustos 2015]’daki bilgilerden yararlanılarak hazırlanmıştır. Ayrıca dünyadaki nakillerin kronolojik bir tablosu için bkz. ed. Justin Healey, *Organ and Tissue Donation*, The Spinney, Australia 2011, s. 4-5.

böbrek nakli ameliyatı 28 Mart 1968’de Beyoğlu Belediye Hastanesi’nde üroloji şefi Dr. Atıf Taykurt tarafından gerçekleştirilmiştir. Transplantasyon teknik olarak başarılı olmasına rağmen alıcı Yusuf Özer yeni böbreği ile 19 gün 1 saat 45 dakika yaşayabilmiş, takılan böbrek doku uyumsuzluğu nedeniyle çıkarılmıştır. Türkiye’nin ikinci ve üçüncü böbrek nakilleri ise İstanbul Tıp Fakültesi’nde gerçekleştirilmiştir. Bu nakillerden ilki Haziran, ikincisi ise Ekim ayında yapılmış (1968) alıcılardan biri 6 saat, diğeri 27 gün yaşamıştır.⁵²

22 Kasım 1968’de ise Dr. Kemal Beyazıt tarafından Ankara Yüksek İhtisas Hastanesi’nde bir kalp nakli gerçekleştirilmiştir. Ancak hasta yeni kalbiyle yalnızca 18 saat yaşayabildiği için nakil başarılı sayılmamaktadır. Bu nakilden üç gün sonra Dr. Siyami Ersek, İstanbul Haydarpaşa Göğüs Cerrahisi Merkezi’nde ikinci bir kalp transplantasyonunu gerçekleştirmişse de alıcı sadece 39 saat yaşayabilmiştir.⁵³

1970’lerin başında ise Hacettepe Üniversitesi’nde organ nakli deney çalışmaları başlamıştır. İnsanlar arası ilk başarılı böbrek nakli ise 3 Kasım 1975’te Hacettepe Üniversitesi Hastanesi’nde Dr. Mehmet Haberal ve ekibince bir anneden oğluna yapılan nakil ile gerçekleştirilmiştir. Ardından 10 Ekim 1978’de yine Haberal ve ekibi Türkiye’de kadavradan ilk böbrek naklini yapmıştır. Bunun için Eurotransplant Derneği tarafından Türkiye’ye kadavradan böbrek temin edilmiştir. 3 Haziran 1979 tarihinde 2238 sayılı tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakil prosedürünü belirleyen ilk yasal düzenleme olan Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun (ODNK)’un yürürlüğe girmesiyle kadavradan nakil ülkemizde de resmi hale gelmiştir.⁵⁴ Bu gelişmenin hemen ardından Haberal ve ekibi 27 Temmuz 1979’da ilk yerel kadavradan böbrek naklini gerçekleştirmiştir. Ayrıca Haberal 4 Eylül 1980’de, Türkiye Organ Nakli ve Yanık Tedavi Vakfı Hastanesi’ni kurmuş, bu hastane pek çok nakil faaliyeti gerçekleştirmiştir. Klinik ve deneysel çalışmaların ardından aynı ekip tarafından 8 Aralık 1988’de kadavradan ilk başarılı karaciğer nakli, 15 Mart 1990’da Türkiye’de ve Avrupa’da ilk

⁵² Nuran Yıldırım, “Türkiye’de İlk Böbrek Nakilleri ve Organ Nakillerinde Etik Duyarlılığın Başlaması”, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları: I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, ed. Ayşegül Demirhan Erdemir v.dğr., Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2007, s. 711-9.

⁵³ Tahir Yağdı v.dğr., “Türkiye’de Kalp Transplantasyonunun Güncel Durumu”, *Türk Kardiyoloji Derneği Arşivi*, 42/8 (2014), s. 771.

⁵⁴ Güncel kanun metni için bkz.

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2238.pdf> [Erişim tarihi: 6 Aralık 2015]

kez çocuklarda canlıdan kısmi karaciğer nakli, 24 Nisan 1990 tarihinde ise dünyada ilk defa Türkiye’de canlıdan kısmi karaciğer nakli yapılmıştır. 16 Mayıs 1992’de ise ilk kez canlı vericiden eş zamanlı karaciğer-böbrek nakli gerçekleştirilmiştir.⁵⁵

1989 yılında Türkiye’de yerli kadavra sayısını artırmak amacıyla şehirlerarası organ temini programı başlatılmıştır.⁵⁶ 1994 yılında 16 transplantasyon merkezinin 14’ünden, 41 kurucu üyenin katılımı ile Organ Nakli Kuruluşları Koordinasyon Derneği (ONKKD) kurulmuştur. ONKKD merkezler arası ilişkinin geliştirilmesi için yoğun çaba harcamıştır. Böbrek, karaciğer, kalp, immünoloji danışma kurulları kurularak organ temin ve dağıtımındaki esaslar belirlenmiştir. Ulusal Bekleme Listesi hazırlanmış ve tüm merkezler arasında organ dağıtımı yapılmıştır. 2001 yılı itibariyle Sağlık Bakanlığı organ dağıtım sistemini kendi bünyesine almıştır.⁵⁷

2000 yılında ise Sağlık Bakanlığı tarafından organ ve doku nakli merkezleri ve doku tiplene laboratuvarlarının açılması, çalışması ve denetimi ile bunların bağlı olduğu kamu kurum ve kuruluşları ile özel kuruluşların uymak zorunda oldukları usul ve esasları belirlemek için Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği⁵⁸ yürürlüğe konmuştur. Yine Bakanlık bünyesinde Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Daire Başkanlığı kurulmuştur. Ardından Ulusal Koordinasyon Sistemi oluşturulmuş ve organ ve doku dağıtımına ilişkin usul ve esasları belirlemek, organ ve doku nakli hizmetlerini yürüten merkezlerin görev ve sorumluluklarını düzenlemek ve sağlanan hizmetlerin kalitesini artırmak amacıyla Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi⁵⁹ hazırlanmıştır. Bu sistemi yürütmesi için Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Merkezi (UKM) ve buna bağlı Organ ve Doku Nakli Bölge Koordinasyon Merkezleri (BKM) oluşturulmuştur.⁶⁰

⁵⁵ Mehmet Haberal, “Development of Transplantation in Turkey”, *Transplantation Proceedings*, 33/7-8 (2001), 3027-29; H. Karakayali- M., “The History and Activities of Transplantation in Turkey”, *Transplantation Proceedings*, 37/7 (2005): 2905-8; G. Moray v.dğr., “The History of Liver Transplantation in Turkey”, *Experimental and Clinical Transplantation*, 1 (2014), s. 20-3;

http://www.mehmethaberal.com.tr/basindan/Transplantation_in_Turkey.pdf [Erişim tarihi: 11 Ağustos 2015]

⁵⁶ Sezer Erer- Elif Atıcı, “Türkiye’de Organ ve Doku Nakli Merkezleri”, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları: I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, ed. Ayşegül Demirhan Erdemir v.dğr., Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2007, s. 972.

⁵⁷ <http://www.tonkkd.org/tr/content.asp?PID=%7B9DC0F17F-435A-4B5B-BD61-FD88836618B2%7D> [Erişim tarihi: 15 Ağustos 2015]

⁵⁸ 1.6.2000 tarih ve 24066 sayılı.

⁵⁹ 30.1.2001 tarih ve 950 sayılı.

⁶⁰ Erer-Atıcı “Türkiye’de Organ ve Doku Nakli Merkezleri”, s. 972.

Türkiye’de Ulusal Koordinasyon Merkezi’ne bağlı 9 adet Bölge Koordinasyon Merkezi bulunmaktadır. Bunlar İzmir, İstanbul, Antalya, Adana, Ankara, Erzurum, Diyarbakır, Samsun ve Bursa olup diğer iller bu merkezlere bağlıdır.⁶¹ Bunun yanı sıra, Sağlık Bakanlığı’na bağlı Organ, Doku Nakli ve Diyaliz Hizmetleri Daire Başkanlığı’nın verilerine göre, bugün Türkiye’de 94 adet organ nakli merkezi bulunmaktadır. Bunlardan 74’ünde böbrek, 46’sında karaciğer, 16’sında kalp, 12’sinde kalp kapağı, 5’inde akciğer, 10’unda pankreas, 5’inde ince bağırsak ve 39’unda kornea nakli yapılmaktadır.⁶²

Diğer yandan tüm düzenlemelere ve gelişmelere rağmen ülkemizde organ bekleyen çok sayıda insan bulunmaktadır. Sağlık Bakanlığı’nın 2017 Ağustos ayı verilerine göre Türkiye’de 24.758 kişi organ beklemektedir.⁶³

1.4. Organ Nakline Dair Hukukî Düzenlemeler

Organ nakli ile ilgili ilk kanuni düzenlemeleri Avusturya ve Lüksemburg 1982’de, Belçika 1986’da, Kanada’nın Manitoba Eyaleti 1987’de, İngiltere ve Yunanistan 1989’da, Rusya Federasyonu 1992’de, İtalya 1993’te yapmıştır.⁶⁴ Türkiye’de ise ilk yasal düzenlemenin bu ülkelerden çok önce, 1979’da yapılmış olması dikkat çekmektedir.

1.4.1. Türkiye’de Organ Nakline Dair Hukukî Düzenlemeler

Türkiye’de organ nakline dair ilk yasal düzenleme 3 Haziran 1979 tarihli 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun (ODNK)’dur. Kanunda bugüne kadar biri 27/1/1982 diğeri ise 18/1/2014 tarihlerinde olmak üzere iki kere değişikliğe gidilmiştir.⁶⁵ Yine 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda (TCK) ve Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği’nde organ nakline dair düzenlemeler yer almaktadır (Resmi Gazete: 01.02.2012-28191). Bunların haricinde zaman zaman Organ

⁶¹ <http://www.saglik.gov.tr/TR/belge/1-6882/ulusal-organ-ve-doku-nakli-koordinasyon-sistemi-yonerge-.html> [Erişim tarihi: 15 Ağustos 2015]

⁶² https://organ.saglik.gov.tr/web/Nakil_Merkezleri.aspx [Erişim tarihi: 4 Ocak 2016]

⁶³ <https://organkds.saglik.gov.tr/KamuyaAcikRapor.aspx?q=ORGANBEKLEME> [Erişim tarihi: 30 Ağustos 2017]

⁶⁴ Ahmet Gökcen, “Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Milenyum Armağanı*, 8/1-2 (2000), s. 63, dn. 2.

⁶⁵ İlgili değişiklikler ve kanun metni için bkz.

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2238.pdf> [Erişim tarihi: 6 Aralık 2015]

Nakli Merkezleri Yönergesi, Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi gibi yönergeler de yayınlanmıştır.

Yaşayan Kişilerden Organ ve Doku Alınmasına Dair Düzenlemeler: Ülkemizde Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanuna göre on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasak olup (m.5) on sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur (m.6). Ayrıca vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması yasaktır (m.8).⁶⁶

Hekimin bilgi verme ve araştırma yükümlülüğü ise kanunun 7. maddesinde belirlenmiştir. Buna göre organ ve doku alacak hekimler; vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbî, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek; organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak; aklî ve ruhi durumu itibariyle kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek; vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek; bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek; kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayrık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak zorundadırlar.⁶⁷

Ölüden Organ ve Doku Alınmasına Dair Düzenlemeler: 1979 tarihli Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 14. maddesine göre bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin, bunlar yoksa

⁶⁶ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2238.pdf> [Erişim tarihi: 6 Aralık 2015]

⁶⁷ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2238.pdf> [Erişim tarihi: 6 Aralık 2015]

yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir. Ayrıca kanuna göre aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe, kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir. Yine ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınmaz. Ancak 1982 yılında bu maddede güncellemeye gidilerek, kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimselerinin olmaması halinde, sağlam doku ve organlarının, tıbbî ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11'inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbî zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabileceği kararlaştırılmıştır.⁶⁸

Görüldüğü üzere kişi sağlığında muvafakat vermemiş olsa dahi kanunumuz organ nakline imkan tanımakta, bu anlamda rıza sistemini benimsemiş bulunmaktadır. Ancak olağanüstü durumlar ve ölünün dış görünüşüne zarar vermeyecek müdahaleler açısından, itiraz edilmediği müddetçe rızanın varsayıldığı itiraz modeline yakın bir düzenleme yapılmıştır.⁶⁹

Beyin Ölümüne Dair Düzenlemeler: Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği⁷⁰ Ek-1 kısmında beyin ölümünü, “tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kaybı” olarak tanımladıktan sonra beyin ölümü tanısında gereken ön koşulları altı madde halinde ayrıntılı bir şekilde belirlemiştir.⁷¹

1979 tarihli Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un ölüm halini biri kardiyolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile saptanacağını belirten 11. maddesi, 2014 yılındaki düzenleme ile biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından karar verileceği şeklinde değiştirilerek tıbbî ölümün

⁶⁸ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2238.pdf> [Erişim tarihi: 6 Aralık 2015]

⁶⁹ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2016, s. 101.

⁷⁰ Resmi Gazete: 01.02.2012-28191.

⁷¹ Yönetmelik Ek-1 için bkz.

http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=906:organ-ve-doku-nakl-hzmetler-yoenetmel&catid=2:ymelik&Itemid=49 [Erişim tarihi: 24 Aralık 2015]

belirlenmesi için gerekli görülen hekim sayısı 4'ten 2'ye düşürülmüştür.⁷² Ayrıca, alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler kurulunda yer almaları yasaktır (m.12).⁷³

Organ veya Doku Ticareti Suçuna Dair Düzenlemeler: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 91-93. maddeleri organ veya doku ticareti suçlarına dair cezaları düzenlemektedir. Buna göre hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın kişiden organ alan kimse beş yıldan dokuz yıla kadar; doku alan kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi ise yine beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.⁷⁴ Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanuna göre ise bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır (m.3) ve bu kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因 ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezası öngörülmektedir (m.15).⁷⁵

Türkiye'nin Taraf Olduğu Uluslararası Düzenlemeler: Sağlık alanındaki uluslararası pek çok sözleşme, organ ve doku nakline dair düzenlemeleri de içermektedir. Avrupa Konseyi çerçevesinde 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmış olan, Türkiye'nin de taraf olduğu Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi bunlardan biridir.⁷⁶ Sözleşmenin 19-22. maddeleri organ nakli ile ilgili düzenlemeleri

⁷² *Türk Nöroloji Derneği Beyin Ölümü Tanı Kılavuzu (15.10.2014 tarihli)*, <http://old.noroloji.org.tr/UserFiles/file/beyin/TND-KILAVUZ-rev5.pdf> [Erişim tarihi: 25 Aralık 2015]; <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> [Erişim tarihi: 6 Aralık 2015]

⁷³ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2238.pdf> [Erişim tarihi: 6 Aralık 2015]

⁷⁴ Organ veya doku ticaretine dair kanundaki ayrıntılı düzenlemeler için bkz. <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> [Erişim tarihi: 6 Aralık 2015]

⁷⁵ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2238.pdf> [Erişim tarihi: 6 Aralık 2015]

⁷⁶ Bu Sözleşme, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun adıyla ve 5013 Kanun numarası ve 03.12.2003 tarihinde kabul edilmiştir. Bu sözleşme, 20 Nisan 2004 tarih ve 25439 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html> [Erişim tarihi: 14 Aralık 2015]

içermektedir. 20. madde organ alınmasına muvafakat verme yeteneği olmayan kişilerin korunmasına ilişkin iken, 21. madde insan vücudu ve onun parçalarının ticarî kazanca konu olamayacağını belirtmektedir.

1.4.2. İslam Ülkelerinde Organ Nakline Dair Hukukî Düzenlemeler

1.4.2.1. İran

Ortadoğu'daki ilk böbrek nakli 1968 yılında İran'da yapılmıştır. Ancak 1980'lerin ortasına kadar İran'da yerel bir organ nakli programı yapılmamıştır. İlk kadavradan kalp ve akciğer nakli ise 1993 yılında gerçekleşmiştir.⁷⁷

İran'da organ nakliyle ilgili kanunların kabulünde fetvaların ve liderlerin etkisi açıkça görülmektedir. Verilen fetvalar sayesinde organ nakli programları yapılmış ve geliştirilmiştir.⁷⁸ 21 Mayıs 1989 tarihinde Âyetullah Humeyni, başka birisinin hayatını kurtarmak için ve sahibinin izni varsa, beyin ölümü gerçekleşen kişiden organ alınabileceğine dair beyanda bulunmuştur. Âyetullah Hamaney ise 1992 yılında kadavradan naklin cevazına dair fetva vermiştir.⁷⁹

İran'da böbrek naklinin üç aşamadan oluştuğu söylenebilir: 1967-1988 yılları arasında tüm böbrek nakilleri canlı akrabadan yapılmıştır. 1988'den itibaren canlı-akraba olmayan vericiden nakil başlamıştır. 2000 yılında ise beyin ölümü gerçekleşen vericilerden organ alınmasına dair yasa kabul edilmiştir.⁸⁰ Devlet kontrolünde canlı-akraba olmayandan böbrek nakli programının başlatıldığı 1988 yılına kadar İran'da tüm canlı vericiler alıcının akrabasıydı. 1999 yılına gelindiğinde ise İran'da böbrek nakli için bekleyen hasta kalmadığı, bunda ise 1997 yılında yasallaşan “ödüllendirilmiş bağış” sisteminin etkili olduğu ifade edilmektedir.⁸¹ 2 Şubat 1997'de Rafsancani Hükümeti tarafından hazırlanan ve İran Meclisi tarafından onaylanan bu yasaya göre böbrek vericileri işlemiden sonra, hükümet tarafından finanse edilen bir sivil toplum kuruluşu olan Özel Hastalıklar İçin Hayır Kurumu'ndan 10 milyon riyal alacaktır. İlgili yasanın kabulünden sonra, devlet bu resmi bedeli hediye olarak nitelese de verici ve alıcı arasında ister istemez para pazarlığı olmaktadır. Ayrıca vericiye yapılacak

⁷⁷ Vardit Rispler-Chaim, *Islamic Medical Ethics in the Twentieth Century*, Brill, Leiden 1993, s. 186.

⁷⁸ Larijani, B. v.dğr., “Ethical and Legal Aspects of Organ Transplantation in Iran”, s. 1241.

⁷⁹ Rispler-Chaim, *Islamic Medical Ethics in the Twentieth Century*, s. 187.

⁸⁰ Sherine Hamdy, “The Organ Transplant Debate in Egypt: a Social Anthropological Analysis”, *Actualités du Droit Musulman: Genre, Filiation et Bioéthique*, 59 (2010), s. 360, dn. 6.

⁸¹ Larijani, B. v.dğr., “Ethical and Legal Aspects of Organ Transplantation in Iran”, s. 1241.

operasyon öncesi testler de pazarlığa konu olmakta, operasyon öncesi aşamada nakil reddedilecek olursa bazen verici bu testlerin ücretlerini kendi ödemeyi üstlenirken, diğer durumlarda ücreti alıcı ödemektedir. Bazen ise verici devletten para almış olmasına rağmen, nakil öncesi testler için yaptığı ödemeyi alıcıdan isteyebilmektedir. İran’da akrabalar arası organ naklinde dahi ödemenin gündeme geldiği söylenmektedir. 32 organ vericisi ile yapılan bir mülakat sonucunda ise verilen organlardan biri hariç hepsinin ticari boyut içerdiği belirlenmiştir.⁸² İran riyalinin dolar karşısında değer kaybetmesi sebebiyle 2006 yılında resmi ödeme 50 milyon riyale çıkarılmıştır. Fakat vericilerin bu miktarın yanı sıra doğrudan alıcıdan da ücret aldığı, bu miktarların 100 milyon riyal ile 400 milyon riyal arasında değiştiği söylenmektedir.⁸³

İran’da beyin ölümü gerçekleşen kişiden organ alınmasına dair yasanın kabulü ise kolay olmamıştır. 1993’te İran Meclisi beyin ölümü gerçekleşen kişiden organ alınmasına dair yasa tasarısını geri çevirmiştir. Yine 23 Ekim 1995’te 4. Meclis tarafından organ nakli yasası reddedilmiştir. 9 Kasım 1999’da ise meclis Ölüden ya da Beyin Ölümü Kesinleşen Hastadan Organ Nakli Yasası isimli yasa tasarısına ön onay vermiştir. 5 Nisan 2000 tarihli Organ Nakli Yasası ile meclis beyin ölümünü ve kadaverik organ naklini kabul etmiş ve 2000 yılının Aralık ayında ise tasarı son onayı almıştır. Aynı yıl Beyin Ölümünün Teşhis ve Doğrulanması Protokolü onaylanmıştır. 15 Mayıs 2002’de ise Bakanlar Kurulu Ölüden ya da Beyin Ölümü Gerçekleşen Hastadan Organ Nakli Yasası’nın uygulanmasına ilişkin bir yönetmelik hazırlamıştır. 2008 yılında ise Canlı Vericiden Böbrek Bağışı ve Nakli Kılavuzu yayınlanmıştır.⁸⁴

2000 tarihli tek maddeden oluşan Ölüden ya da Beyin Ölümü Kesinleşen Hastadan Organ Nakli Yasası’na göre organ nakli için donanımlı hastaneler Sağlık, Tedavi ve Tıp Eğitimi Bakanlığı’nın yazılı onayını aldıktan sonra, hayatlarının devamı organ nakline bağlı hastalara nakilde kullanılması için hastanın vasiyetinin bulunması veya ölenin velisinin izninin alınması şartıyla, ölmüş kişilerin ya da uzman doktorlar tarafından beyin ölümünün gerçekleştiği doğrulanmış hastaların sağlam organlarını alabilirler

⁸² Rispler-Chaim, *Islamic Medical Ethics in the Twentieth Century*, s. 186-7.

⁸³ Nader Ghotbi, “The Ethics of Organ Transplantation in the Islamic Republic of Iran”, *Eubios Journal of Asian and International Bioethics*, 23 (2013), s. 192.

⁸⁴ Şehlâ Mo’zemî v.dğr., “Berresî-yu tehlîl-i kevânînu mukerrêrât-ı murtebit bâ peyvend-i a’zâ der İran”, *Mecelle-i İrânî Ehlâku Târih-i Pezeşkî*, 6/4 (2013), s. 1; Rispler-Chaim, *Islamic Medical Ethics in the Twentieth Century*, s. 187-8.

(m.1). Beyin ölümü teşhisi, devlet üniversitelerine bağlı donanımlı hastanelerde uzman doktorlar tarafından gerçekleştirilir (f.1). Beyin ölümü teşhis ekibi üyeleri organ naklini gerçekleştiren ekibin üyesi olmamalıdır (f.2). Nakli gerçekleştiren ekibin üyesi doktorlar, ölü beden üzerinde oluşan zarar ve tahribattan dolayı diyet ödemekle sorumlu tutulmazlar (f.3).⁸⁵

Bu kanunu değerlendiren İranlı hukukçular, başlığında da anlaşılacağı üzere kanunun yalnızca ölümlerden veya beyin ölümü gerçekleşen kişilerden nakille ilgili hükümleri içerdiğini, bu kanunda canlı vericiden nakille ilgili düzenlemelerin eksik olduğu ve organ alım-satımı konusunda ise sessiz kaldığını ifade etmektedirler.⁸⁶

Bu yasanın icrasına dair yönetmelikte ise beyin ölümü, beynin tüm kortikal (beyin kabuğu), subkortikal (korteks altı) ve beyin sapı fonksiyonlarının geri dönüşü olmayacak şekilde tamamen durması olarak tanımlanmıştır (m.1). Yine bu yönetmeliğe göre beyin ölümünün teşhisi ve doğrulanması bu yönetmelikteki kriterlere göre, bir nöroloji uzmanı, bir beyin ve sinir hastalıkları cerrahisi uzmanı, bir dahiliye uzmanı ve bir anestezi uzmanından oluşan 4 hekim tarafından gerçekleştirilir (m.2). Beyin ölümü teşhis ve doğrulama ekibi üyeleri organ naklini gerçekleştiren ekibin üyesi olmamalıdır (m.3). Ekip tarafından teşhisi konulan beyin ölümünün doğrulanması için ülkedeki tüm hastanelerin beyin ölümü vakalarını Sağlık, Tedavi ve Tıp Eğitimi Bakanlığı Organ Nakli ve Özel Hastalıklar Yönetim Merkezi'ne rapor etmeleri gerekir (m.4). Beyin ölümü teşhisinden sonraki adım, hastanın vasiyetinin veya ölenin velisinin muvafakatının aranmasıdır (m.5).⁸⁷

2008 yılında ise İran Tıp Bilimleri Akademisi bir Organ Nakli Meslek Tüzüğü hazırlamıştır. Buna göre, insan yaşamını kurtarmak için canlı akraba veya akraba dışından böbrek nakli yapılabilir. Yine şükran ifadesi olarak ödül niyetiyle veya telafi amaçlı hediye olarak para alışverişi yapılması gayri ahlâkî sayılmadığı gibi, bu durum organ nakli gibi kıymetli bir eylemin yapılmasının önünde engel teşkil etmemelidir. Ancak naklin yapılabilmesi için vericinin akli başında olarak ve baskı altında olmaksızın böbreğini bağışlıyor olması, vericinin tam tıbbî muayeneden ve psikolojik değerlendirmeden geçerek operasyon için uygun bulunması, operasyona engel tıbbî bir

⁸⁵ <http://rc.majlis.ir/fa/law/show/93297> [Erişim tarihi: 28 Aralık 2015]

⁸⁶ Mo'zemî v.dğr., "Berresî-yu tehlîl-i kevânînu mukerrerât-ı murtebit bâ peyvend-i â'zâ der İran", s. 7.

⁸⁷ <http://rc.majlis.ir/fa/law/show/121984> [Erişim tarihi: 28 Aralık 2015]

durum bulunmaması, vericinin bağıştan sonra uzun vadede tıbbî yardım alma imkanının olması, bağış sürecinde nakil ekibinin herhangi bir rolünün olmaması, verici ve alıcının aynı milletten olması, vericinin 18 yaşından küçük ve 45 yaşından büyük olmaması gerekmektedir. Ayrıca Sağlık ve Tıp Eğitimi Bakanlığı tarafından belirlenen milli bir komite, İran Organ Nakli Derneği işbirliği ile ülke çapındaki böbrek nakli merkezlerini düzenleyecek ve denetleyecektir.⁸⁸

1.4.2.2. Mısır

Mısır'da canlı vericiden ilk organ nakli 1976 yılında bir anneden kızına böbrek nakli ile başlamıştır. 1980'lerden itibaren ise kadavradan nakil yapılmaya başlanmış ve yapılan nakillerin %80 kadarı kadavradan gerçekleştirilmiştir.⁸⁹

Mısır'da Başbakanlığa bağlı İnsan Organlarının Nakli Yüksek Komisyonu (*el-Lecnetü'l-Ulyâ li-Zer'i'l-A'dâi'l-Beşeriyye*) bulunmaktadır. Mısır'ın 28 Şubat 2010 tarihli İnsan Organlarının Naklini Düzenlemeye Dair 5 Numaralı Kanuna göre, başka bir insan bedenine nakletmek amacıyla canlı bir insan bedeninden herhangi bir organ, parça veya doku alınması ancak alıcının hayatını koruma veya ciddi bir hastalığın tedavisi zaruretleri sebebiyle ve naklin bu zarureti gidermede tek çare olması ve naklin vericinin hayatını veya sağlığını ciddi tehlikeye sokmaması şartlarıyla serbesttir. Ayrıca neseplerin karışmasına yol açacağından ötürü cinsel organ, parça, doku ve hücrelerin nakli yasaktır (m.2). Mısırlılardan yabancılara organ nakli yasaktır. Ancak biri Mısırlı biri yabancı olan eşler arasında, en az 3 yıldan beri evli olmaları durumunda nakil yapılabilir (m.3). Başka bir insan bedenine nakledilmek üzere canlı bir insan bedeninden herhangi bir organ, parça veya doku alınması ancak akrabalar arasında bağış yoluyla serbesttir. Fakat hastanın acil ihtiyaç durumunda ise ve acilen nakil alması gerekiyorsa Sağlık Bakanlığı'nın kararıyla oluşturulacak bir özel komisyonun izin vermesi şartıyla akraba dışına bağış da serbest olur (m.4). Organ bağışının, rızayı engelleyen durumlardan uzak hür iradede çıkmış olması ve yazılı olarak sabit olması gerekir. Çocuktan bağış ise kabul edilmez. Ebeveyni, velisi veya vasîsinin onayı da itibara alınmaz. Yine hukukî ehliyeti olmayan veya eksik ehliyetli kişilerden bağış kabul edilmez ve bunların naib ve hukukî temsilcilerinin onayı da dikkate alınmaz.

⁸⁸ Ghotbi, "The Ethics of Organ Transplantation in the Islamic Republic of Iran", s. 191.

⁸⁹ Rispler-Chaim, *Islamic Medical Ethics in the Twentieth Century*, s. 189-90.

Başka bir verici bulunmadığı zaman çocuktan ve ehliyetsiz veya eksik ehliyetli kişilerden ebeveynlerine, çocuklarına ve kardeşlerine kök hücre nakli serbesttir. Bunun için her ikisi de yaşıyorsa çocuğun ebeveyninin veya birinin vefat etmiş olması durumunda birinin yahut veli ya da vasfın; ehliyetsiz veya eksik ehliyetliler için ise naib ya da hukukî temsilcinin yazılı onayı gerekir. Ayrıca verici veya bağışa onay veren kişi nakil işlemi başlamadan önce bağıştan vazgeçebilir (m.5). Yine bu yasaya göre insan bedeninin herhangi bir organı, parçası veya dokusu herhangi bir bedel karşılığında alış-verişe konu yapılamaz. Vericinin veya vârislerinin organ, parça veya doku nakli üzerinden, alıcı veya ailesinden herhangi bir şekilde maddî veya aynî çıkar elde etmesi yasaktır (m.6). Alıcı ve vericinin üç kişiden oluşan komisyon vasıtasıyla nakil işleminin mâhiyetini ve yakın ve uzak muhtemel risklerini bildiklerinden emin olunmadan ve alıcı ve vericinin rızaları alınmadan nakil işlemine başlamak serbest değildir. Alınan maddenin kök hücre olması durumunda ise eksik ehliyetli ya da ehliyetsiz kişinin naibinin ya da hukukî temsilcisinin onayı gerekir. Ayrıca vericinin ve şuuru kapalı olmadığı müddetçe alıcının veya naibi ya da hukukî temsilcisinin imzası alınır (m.7). Canlı bir insanın hayatını korumak, ciddi bir hastalığın tedavisi veya kişinin bedeninde hayati bir eksikliğin tamamlanması şeklindeki zaruretler sebebiyle ölüden organ, parça veya doku alınması serbesttir. Ancak bu tür bir nakil de sadece Mısırlıların kendi arasında olabilir. Kişi ölmeden önce belgelenmiş bir vasiyet bırakmış, resmi bir evrak hazırlamış veya kanuna uygun olarak ikrarda bulunmuşsa bu tür nakil yapılabilir (m.8). Ölmüş kişiden herhangi bir organ, parça veya doku naklinde, yaşama geri dönüşü imkansız olacak şekilde yakinen ölüm sabit olmadıkça nakil yapılamaz. Ölümün ispatı ise beyin ve sinir hastalıkları, kalp ve damar hastalıkları ve anestezi veya yoğun bakım uzmanı 3 hekimden oluşan komisyonun ortak kararı gereğince olur (m.14).⁹⁰

1.4.2.3. Suudi Arabistan

Suudi Arabistan'da organ nakli 25 Ağustos 1982 tarihinde 99 numaralı yasa tasarısıyla Yüksek Ulema Konseyi tarafından kabul edilmiştir. Buna göre yaşayan bir Müslüman

⁹⁰ <http://www.mfa.gov.eg/Arabic/Ministry/TraffickinginPersons/low/Pages/na2ela2282010.aspx> [Erişim tarihi: 15 Aralık 2015]

veya zimmiden alınan organ veya parça kendisine nakledilebilir. Ayrıca çoğunluk, Müslümanların faydası için, kadavradan veya yaşayan kimseden nakli onaylamıştır.⁹¹ Suudi Arabistan'daki ilk iki nakil, biri hastanın kızından diğeri ise erkek kardeşinden olmak üzere 1979 yılında gerçekleştirilmiştir. Kadavradan nakil ilk defa 1983'te Avrupa'dan gelen 60 kadavra böbreğinden yapılmışsa da Suudlu kadavralardan nakil ilk defa 1984'te gerçekleştirilmiştir. 1985'te ise İngiltere'nin Royal College'ı tarafından kabul edilen beyin ölümü kriterleri esas alınarak Suudlu bir kadavradan ilk böbrek nakli yapılmıştır. Bu ise EEG'ye başvurulmadığı anlamına gelmektedir. Fakat daha sonra beyin ölümü teşhisi için beyin hücreleri fonksiyonlarının yokluğunun EEG ve/ya da beyin anjiyografisi ile klinik olarak onaylanması kararlaştırılmıştır. Yine 1985'te Ulusal Böbrek Vakfı kurulmuş, 1993'te ise kuruluş, her türlü nakli koordine etmek üzere Suud Organ Nakli Merkezi adını almıştır.⁹²

Pek çok İslam ülkesinde olduğu gibi Suud'da da otoriteler, gerek canlıdan gerekse kadavradan organ bağışına karşı İslam'ın olumlu tutum sergilediği hakkında halkı bilgilendirme hususunda ciddi çabalar harcamışlardır. Ancak akrabaların ölmüş yakınlarının organlarını yabancılara bağışlamaya pek gönüllü olmamaları sebebiyle canlıdan bağışa oranla kadavradan bağış oranları düşük kalmıştır. Suud'da kadavradan nakil için varsayılmış rıza yeterli olmayıp kişinin açık izni aranmaktadır.⁹³

1.4.2.4. Ürdün

Ürdün'de organ nakli ile ilgili hususları içeren 23 Numaralı İnsan Bedeninin Organlarından Faydalanma Hakkında Yasa, ilk defa 1977 yılında çıkarılmış, 1980 ve 2000 yıllarında kanunda bazı değişikliklere gidilmiştir.⁹⁴ Yasaya göre, Ürdün Fetva Meclisi'nden çıkan konuyla ilgili fetvalara, özellikle de beyin ölümüne dair fetvalara bağlı kalınmalıdır (m.3-A1). İzni dahilinde olsa dahi, vericinin ölümüne sebebiyet verebilecek şekilde hayati bir organ nakledilemez (m.4-A1). Naklin yapılabilmesi için üç uzman doktordan oluşan komisyonun, bedeninden organ nakledilmesinin vericinin hayatı için bir risk teşkil etmediğine dair vericiyi muayene etmesi ve bunu

⁹¹ Rispler-Chaim, *Islamic Medical Ethics in the Twentieth Century*, s. 183-4.

⁹² Rispler-Chaim, *Islamic Medical Ethics in the Twentieth Century*, s. 184.

⁹³ Rispler-Chaim, *Islamic Medical Ethics in the Twentieth Century*, s. 184-5.

⁹⁴ Rispler-Chaim, *Islamic Medical Ethics in the Twentieth Century*, s. 196; Maâşu Lahdar, "en-Nizâmu'l-kânûnî li-nakli ve zer'i'l-â'dâi'l-beşeriyye: dirâse mukârana" (doktora tezi, Ebu Bekr Belkâyd Üniversitesi, 2014), s. 451. <http://organdonation-jo.org/LawORG.html> [Erişim tarihi: 20 Aralık 2015]

raporlandırması gerekir (m.4-A2). Ayrıca tam irade ve hukukî ehliyete sahip olan vericinin, bedeninden organ alınmasına nakilden önce yazılı olarak onay vermesi gerekir (m.4-A3). Adli tabip, ölüm sebebini öğrenmek veya bir suçun ortaya çıkması şeklindeki hukukî amaçlarla ölünün bedenine otopsi yapılabileceğine karar verdiğinde belli şartlarla ölen kişinin korneası çıkarılabilir (m.4-B1,2). Maddî bir bedel karşılığında veya kâr amacıyla organ vermek yasaktır (m.4-C). Kişi ölümünden önce kanuna uygun olarak imza ve tarih bulunan yazılı bir onay ile nakli vasiyet etmişse veya ölenin ebeveyninden birinin veya ebeveynin bulunmaması durumunda yasal vasînin onay vermesi halinde nakil işlemi gerçekleştirilir (m.5-A,B). Ölen kişinin kimliği meçhul ise ve ölümünden 24 saat sonrasına kadar bedenini kimse talep etmemişse bu durumda başsavcılığın onayıyla hekimler tarafından nakil işlemi gerçekleştirilir (m.5-C). Ölenin sağlığında hukuka uygun bir şekilde yazılı onayı olması veya yasal vasîsinin kişinin ölümünden sonra onay vermesi halinde ve buna bilimsel zorunluluk olduğu ortaya çıktığında, Sağlık Bakanlığı'nın izin verdiği hastanelerdeki uzman doktorlar ölünün bedenini açabilir ve herhangi bir organını çıkarabilirler (m.6). Organ naklinin, ölenin saygınlığını çiğneyecek şekilde, bedende açık bir deformasyona yol açmaması gerekir (m.7). Organ nakli amacıyla beyin ölümü incelemesi nakil işlemi gerçekleştirecek hekimlerin dışında, sinir ve beyin hastalıkları uzmanı, sinir cerrahisi uzmanı ve anestezi uzmanından oluşan en az üç kişilik bir komisyon tarafından gerçekleştirilir (m.9).⁹⁵

1.4.2.5. Suriye

Suriye 1972 yılında organ nakline dair 31 numaralı kanunu çıkartmış, 1986 yılında 43 numaralı kanunla bazı değişikliklere gidilmiş ve 2003 yılında ise organ nakline dair kanun (30 numaralı) yenilenmiştir.⁹⁶ Buna göre Sağlık Bakanlığı'nın kontrolündeki hastanelerdeki ve tıbbî kurumlardaki uzmanlar tarafından kornea veya böbrek gibi herhangi bir organ, iç organ ya da bunlardan bir parçanın nakli, korunması, aşılması ve üretilmesi serbesttir (m.1). Canlı bir kimseden başka bir kimseye organ veya doku nakledilebilmesi için şu şartlar aranır: 1. Vericinin izniyle dahi olsa hayati bir organın nakledilmemesi gerekir. 2. Üç uzman doktordan oluşan komisyonun, vericinin

⁹⁵ <http://www.moh.gov.jo/AR/Pages/HumanOrganDonationandUsageLaw.aspx> [Erişim tarihi: 20 Aralık 2015]

⁹⁶ Lahdar, “en-Nizâmu'l-kânûnî li-nakli ve zer'i'l-â'dâi'l-beşeriyye: dirâse mukârana”, s. 449; <http://www.swaidalawyer.org/modules.php?name=News&file=article&sid=154> [Erişim tarihi: 20 Aralık 2015]

bedeninden organ nakledilmesinin hayati tehlike oluşturup oluşturmadığını kararlaştırmak için vericiyi muayene etmesi ve alıcının nakle ihtiyacının derecesini belirlemesi gerekir. 3. Organ nakli ancak tam hukukî ehliyet sahibi vericiden yapılabilir ve nakil açık ve belgelenmiş yazılı onayı alındıktan sonra gerçekleştirilebilir. 4. Eksik ehliyetli vericiden nakil yapılmaz. Ancak alıcı ve vericinin ikiz kardeş olmaları durumunda ikisi de yaşıyorsa ebeveynin, yoksa birinin izninin ya da yasal vasfının onayının alınması şartıyla nakil yapılabilir. 5. Kendisinin yazılı açık onayı ya da yasal vasfının onayı bulunmaksızın veya ailesinden onay alınmadan alıcıya nakil yapılamaz. 6. Vericinin, organlarından birini veya organından bir parçayı maddî bir bedel, mâlî bir menfaat, devlet hastanelerinde tedavi hakkı elde etme veya nafakasının karşılanmasını sağlama gibi amaçlarla vermemesi gerekir (m.2). Organ, iç organ veya bunlardan bir parçanın; saklamak veya ihtiyacı olan bir hastaya aşılama niyetiyle ölüden nakli bunun yapılmasına ölenin yazılı vasiyetinin bulunması veya ölenin aile fertlerinden birinin yazılı onayının olması (birinci dereceden yakınları varsa onların onayı, yoksa ikinci dereceden yakınlarının onayı) durumlarında serbesttir (m.3). Organ naklinin, ölü bedeninin saygınlığını çiğneyen durumlara, bedeninin deformasyonuna veya özelliklerinin değişmesine yol açmaması gerekir (m.4). Ölüden organ nakli ancak Sağlık Bakanlığı'nın talimatına uygun şekilde ölümün kesinleştirilmesinden sonra ve üç doktordan oluşan tıbbî komisyonun hukuka uygun raporu gereğince serbesttir (m.5). Ölüme karar veren tıbbî ekibin nakil ve aşılama işlemini yapan tıbbî ekipten farklı olması gerekir (m.6).⁹⁷

1.4.3. Batıda Organ Nakline Dair Hukukî Düzenlemeler

1.4.3.1. Avrupa

Avrupa ülkelerinde organ nakli ile ilgili ilk hukukî düzenlemeler Birleşik Krallık'ta 1961, Danimarka'da 1967, Macaristan'da 1972, Norveç'te 1973, İtalya ve İsveç'te 1975, Fransa'da 1976⁹⁸, İspanya'da 1979, Avusturya ve Lüksemburg'da 1982, İsviçre'de 1984 ve Belçika'da 1986 yılında yapılmıştır.⁹⁹

⁹⁷ <http://www.swaidalawyer.org/modules.php?name=News&file=article&sid=154> [Erişim tarihi: 20 Aralık 2015]

⁹⁸ Bundan önce Fransa'da 1949 yılında kornea nakli ile ilgili hukukî düzenlemeler yapılmıştır.

⁹⁹ *Legislative Responses to Organ Transplantation*, Martinus Nijhoff Publishers, Hollanda 1994, s. 1-444'ten özetle.

Avrupa’da organ teminini kolaylaştırmak ve en uygun alıcıları tespit etmek amacıyla pek çok organizasyon kurulmuştur. Bunların başında çeşitli Avrupa ülkelerinin dahil olduğu *Eurotransplant* gelmektedir. Fransa, İsviçre ve İspanya’da *France-Transplant*; Danimarka, Finlandiya, Norveç ve İsveç’te ise *Scandiatransplant* adlı organizasyonlar oluşturulmuştur.¹⁰⁰ Avusturya, Belçika, Hırvatistan, Almanya, Macaristan, Lüksemburg, Hollanda ve Slovenya’da organ temin ve paylaşımından sorumlu uluslararası bir yapı olan *Eurotransplant*, kuruluş yılı olan 1967’den beri, bu ülkelerde bekleme listesindeki hastalar ile mevcut organ bağışçıları arasında etik ve tıbbî kriterlere göre en uygun eşleştirmeyi sağlamaktadır.¹⁰¹ Bu sisteme dahil olan ülkelerden Avusturya’da 30 bağış hastanesi ve 4 organ nakli merkezi, Belçika’da 88 bağış hastanesi ve 8 nakil merkezi, Hırvatistan’da 32 bağış hastanesi ve 5 nakil merkezi, Almanya’da 1336 bağış hastanesi ve 46 nakil merkezi, Macaristan’da 5 organ nakli merkezi, Lüksemburg’da 5 bağış hastanesi ve 1 nakil merkezi, Hollanda’da 100 bağış hastanesi ve 10 nakil merkezi, Slovenya’da ise 10 bağış hastanesi ve 1 nakil merkezi bulunmaktadır.¹⁰²

Avrupa’da düşük bağış oranlarını artırmak için, özellikle de ölüden organ alımı konusunda farklı modeller oluşturulması dikkat çekmektedir. Mevcut uygulamalara bakarak bu modelleri rıza modeli, varsayılan onam modeli ve aileyi ikna modeli şeklinde sınıflandırmamız mümkün olabilir. Avrupa’daki organ nakli uygulamalarını incelerken biz de bu ayrımı esas alarak, bazı Avrupa ülkelerindeki organ ve doku nakline dair hukukî mevzuatı inceleyeceğiz.

1.4.3.1.1. Rıza (Aydınlatılmış Onam) Modeli

Klasik model sayılan rıza modelinde, ölümünden sonra organ alınabilmesi için kişinin veya ailesinin izni gerekmektedir. Birleşik Krallık, Hollanda, Almanya gibi ülkelerde bu model geçerlidir.¹⁰³

Birleşik Krallık’ta organ nakli ile ilgili ilk düzenleme 1961 tarihli İnsan Dokuları Yasası’dır (*The Human Tissue Act*).¹⁰⁴ 2004 yılında ise Kraliyet, insan organ ve

¹⁰⁰ Ruhet Genç, “Türkiye’de ve Dünyada Organ Transplantasyon Cerrahisi: Transplantasyon Lojistiğinin Yönetimi”, *Ulusal Cerrahi Dergisi*, 25/1 (2009), s. 41.

¹⁰¹ https://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=about_brief [Erişim tarihi: 10 Mart 2016]

¹⁰² https://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=et_region [Erişim tarihi: 10 Mart 2016]

¹⁰³ https://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=et_region [Erişim tarihi: 10 Mart 2016]

dokuları hakkında yeni bir yasa çıkarmıştır. İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda'yı kapsamakta olan bu yasa, 1961 tarihli yasanın yanı sıra, İngiltere ve Galler'de geçerli olan 1984 tarihli Anatomi Yasası'nı (*The Anatomy Act*), 1989 tarihli İnsan Organlarının Nakli Yasası'nı (*The Human Organ Transplants Act*) ve Kuzey İrlanda'da geçerli olan 1962 tarihli İnsan Dokuları Yasası'nı (*The Human Tissue Act*), 1989 tarihli İnsan Organlarının Nakli Yasası'nı (*The Human Organ Transplants*) ve 1989 tarihli Anatomi Yasası'nı (*The Anatomy Act*) ilga etmiştir.¹⁰⁵

2004 tarihli yasa ile kendisinden organ alınacak kişinin izninin alınması hukuken temel bir ilke haline gelmiştir. Buna göre kan, kemik iliği, deri, dokular ve organlar gibi tüm bedensel materyallerin alınması için izin gereklidir. Yaşayan ehliyet sahibi yetişkinin veya kendisi karar vermek isteyen ehliyet sahibi çocuğun kendi izni, yaşayan ehliyet sahibi olmayan çocuğun veya ehliyet sahibi olup kararı kendisi vermek istemeyen çocuğun ebeveyninin gözetiminde izni aranmaktadır. Ölüden nakilde ise varsa kişinin ölmeden önceki izni, kendi izni yoksa belirlenmiş hukukî temsilcisinin izni, hukukî temsilci de yoksa ehil akrabasının izni istenmektedir. İzinsiz organ alınması veya iznin suistimali ise para cezası veya 3 yıla kadar hapis ile cezalandırılmaktadır. Ayrıca bu yasa, insan dokularının alınması, saklanması ve kullanılmasını da düzenlemektedir. DNA analizi amacıyla kişiden saç, tırnak, eşey hücreler gibi dokuların izinsiz alınması durumunda da ceza öngörülmektedir.¹⁰⁶

Bu modelin uygulandığı ülkelerden olan Hollanda'da ise hükümet, 1996 yılında organ nakli hakkında bir yasa hazırlamıştır. 1 Eylül 1998 tarihinde yürürlüğe giren bu yasa, daha ziyade organ bağıışı için kayıt prosedürünü ve organ ve doku alıcılarının seçiminin nasıl belirleneceğini düzenlemektedir. 1 Temmuz 2013 tarihinde ise Organ Bağıışı Yasası'nda birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Yasaya göre organ nakli için kişinin bağıış siciline kaydolarak rızasını belirtmesi gerekmektedir. Ayrıca 18 yaşını dolduran herkese bağıış yapmak isteyip istemediğini soran veya bu yetkiyi en yakın akrabasına veya başka birine devretmeyi içeren bir bağıış başvuru belgesi gönderilmektedir. 12 yaşın altındaki çocuklar ise hayattayken hiçbir şekilde bağıışçı olamazlar. Ancak ölüm

¹⁰⁴ Bkz. http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1961/54/pdfs/ukpga_19610054_en.pdf [Erişim tarihi: 19 Mart 2016].

¹⁰⁵ <http://www.onlinegcp.es/Lessons/GCP/Doc/Human%20Tissue%20Act%202004%20-%20Summary.pdf> [Erişim tarihi: 19 Mart 2016]

¹⁰⁶ <http://www.onlinegcp.es/Lessons/GCP/Doc/Human%20Tissue%20Act%202004%20-%20Summary.pdf> [Erişim tarihi: 19 Mart 2016]

gerçekleştikten sonra, velisinin izin vermesi halinde çocukların organ veya dokuları kullanılabilir. 12-15 yaş arasındaki çocuklar ise organ bağışçısı olabilirlerse de 16 yaşına basana kadar ebeveyn veya bakımından sorumlu olan kişilerin çocuğun bu isteğine hukuken engel olma hakları vardır. Hollanda'daki bu yasaya göre Organ Nakli Merkezi, organ alıcısını kan grubu, doku tipleri, hastanın boy ve kilosu gibi unsurları dikkate alarak belirlemektedir. Organ nakli ancak yetkili hastaneler (üniversite hastaneleri) tarafından gerçekleştirilebilir. Nakil için alınan organ veya dokunun nakle uygun olmadığı durumlarda ilgili organ veya doku, organ nakli araştırmaları için kullanılabilir. Ancak kişi bunu kabul etmiyorsa, sağlığında bunu belirtmelidir. Organ ticareti ise para cezası veya bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.¹⁰⁷

Almanya'da ise organ nakline dair yasa (*Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Gewebe*) 5 Kasım 1997 tarihinde Almanya Federal Meclisi'nden geçmiş ve 1 Aralık 1997'de yürürlüğe girmiştir. 4 Eylül 2007 ve 1 Ağustos 2012 tarihlerinde ise yasada değişikliğe gidilmiştir. İlgili yasaya göre, ölümünden sonra kişiden organ alınabilmesi için ya sağlığında kendisinin ya da ölümünden sonra ailesinin izni alınmış olmalıdır. Ölüden organ veya doku alınabilmesi için ölüm hali, organ alım veya nakil sürecine dahil olmayan bağımsız ve yetkin iki doktor tarafından tespit edilmelidir. Ölü embriyo veya fetüsten organ veya doku alınabilmesi için yetkili bir kimse tarafından ölümün gerçekleştiğinin kesin olarak bildirilmiş olması ve annenin bu bağışa izin vermiş olması gerekmektedir. 2012'de gelen düzenlemeye göre, sağlık sigortası olan 16 yaş ve üstündeki herkese, öldükten sonra organ bağışlamak isteyip istemedikleri belli aralıklarla sorulacaktır. 16 yaşından itibaren kişi, ailenin veya vasi'nin izni olmaksızın organ bağışı talebini belirtebilirken, 14 yaşından itibaren ise organ bağışına itirazını bildirebilir.¹⁰⁸

İlgili yasaya göre canlıdan organ nakli yapılabilmesi için, nakil hususunda ayrıntılı bir şekilde bilgilendirildikten sonra vericinin rızası alınmalı, tıbben uygun bir verici olduğu tespit edilmelidir. Kendiliğinden yenilenebilen organ veya dokular yabancılara bağışlanabilirken; böbrek, karaciğer gibi yenilenemeyen organlar sadece birinci veya

¹⁰⁷ <https://www.government.nl/topics/organ-tissue-donation/contents/rules-organ-tissue-donation> [Erişim tarihi: 14 Mart 2016];

<https://www.eurotransplant.org/cms/mediaobject.php?file=legislation.pdf> [Erişim tarihi: 14 Mart 2016]

¹⁰⁸ <http://www.drze.de/in-focus/organ-transplantation/legal-aspects> [Erişim tarihi: 19 Mart 2016]

ikinci dereceden akrabalara, eşe, tescil edilmiş hayat arkadaşına, nişanlıya veya vericinin çok yakın kişisel ilişkisi olan diğer kişilere bağışlanabilir. Ayrıca yapılan son düzenleme ile yaşayan verici organ alıcısının sağlık sigortasından tıbbî tedavi, rehabilitasyon, seyahat masrafları, hastalık ödeneği gibi taleplerde bulunabilmektedir. Yine organ bağıışı sürecinde aktif olarak çalışmaması halinde verici, maaşının tazminini isteyebilmektedir. Organ ticareti ve ticaret yoluyla nakil ise yasak olup bu suç için 5 yıla kadar hapis cezası öngörülmektedir.¹⁰⁹

1.4.3.1.2. Varsayılan Onam Modeli

Belçika, Avusturya, Hırvatistan, Macaristan, Lüksemburg, Slovenya gibi ülkelerde yürürlükte olan¹¹⁰ varsayılan onam/rıza (*presume consent*) uygulamasına göre, kişinin bağışa gönüllü olduğu varsayılarak ölümünden sonra ailenin izni aranmaksızın organları alınmaktadır.

Bu modelin uygulandığı Belçika’da, organ alımı ve nakline dair yasa 13 Haziran 1986’da yürürlüğe girmiştir. Bu yasaya göre organ alımı ve nakli yalnızca hekimler tarafından ve yetkili hastanelerde yapılabilir ve organ alımında kâr amacı güdülmesi yasaktır.¹¹¹ Belçika yasalarına göre kişi organ bağıışçısı olmak istemediğini dair itirazını bildirmediği müddetçe ölümünden sonra organ bağıışçısı olmaktadır.¹¹² Organ bağıışında öncelik isteklilere aittir ve ilgili merkezlere organ bağıışı için başvuran kişilerin bilgileri yalnızca organ nakli takımı elemanlarının ulaştığı ulusal kayıt merkezine gönderilmektedir. Bağıış formu dolduran kişinin organları -aile karşı çıkısa dahi- ölümünden sonra otomatik olarak alınabilmektedir. Organ bağıışı için başvurmayan kişilerin ise bağışa gönüllü olduğu kabul edilerek, ailelerinin izni ve haberi olmaksızın organ alımı yapılmaktadır. Ancak aile bağıışı reddederse organlar alınamamaktadır. Bağıışçıda rızanın aranmadığı ve etik çevrelerde çok tartışılan bu uygulama, organ bağıışının askerlik hizmeti gibi vatani bir görev olduğu iddiası ile temellendirilmektedir.

¹⁰⁹ <http://www.drze.de/in-focus/organ-transplantation/legal-aspects> [Erişim tarihi: 19 Mart 2016]

¹¹⁰ https://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=et_region [Erişim tarihi: 10 Mart 2016]

¹¹¹ B. Roels-Y. Vanrenterghem, “Legislative Aspects of Organ and Tissue Donation in Belgium”, *Ann Transplant*, 1/4 (1996), s. 39.

¹¹² <https://www.eurotransplant.org/cms/mediaobject.php?file=legislation.pdf> [Erişim tarihi: 14 Mart 2016]

Diğer yandan bu uygulama sayesinde Belçika nüfusunun %98'inin organ bağışçısı durumunda olduğu belirtilmektedir.¹¹³

Belçika vatandaşları veya 6 aydan uzun süredir Belçika'da yaşayan herkes, organ bağışçısı olmak istemediğine dair sağlığında bildirim yapmadıkça veya ölmüş kişinin ailesi (çocuklar, ebeveyn ya da eş) buna karşı çıkmadıkça, potansiyel organ bağışçısıdır. Ölümünden sonra organ bağışçısı olmak istemeyen kişinin, kendi yerel otoritesine bir belge doldurarak bunu göndermesi gerekmektedir. Yine yasaya göre canlı vericiden naklin gerçekleştirilebilmesi için ise en az 15 yaşında olan vericinin iznine, vericinin varsa eşi veya hayat arkadaşının iznine, reşit olmayan çocuk için ise ebeveynin veya hukukî temsilcisinin iznine ihtiyaç vardır. Ayrıca hekimin vericiye, kendisinden organ alınması halinde ortaya çıkabilecek muhtemel fiziksel, psikolojik ve sosyal sonuçlar hakkında net açıklama yapması gerekmektedir.¹¹⁴

Yine bu modelin uygulamada olduğu ülkelerden biri olan Avusturya'da organ nakline dair düzenlemeler, özel bir hukuk ile değil hastane ve kliniklere dair federal yasa altında yer almaktadır. 1982 tarihli yasaya göre, bu ülkede kişi hayattayken, ölümünden sonra organ veya dokularının alımı hususunda *Widerspruchregister gegen Organspende* adlı bilgi bankasına itirazını belirtmediği müddetçe herkes potansiyel bağışçıdır. Bunun haricinde, kişinin organ bağışçısı olmak istemediğine dair bir notu içeren yanında sürekli taşıdığı gayri resmi bir belge veya ailesi huzurunda buna dair sözlü açıklamaları da dikkate alınmaktadır. Vatandaş olmayıp Avusturya'da geçici bir süre kalacak kişilerin de bu yönteme başvurması gerekmektedir.¹¹⁵ Yasaya göre beyin ölümü teşhisi için herhangi bir tam tescilli tıp doktoru yeterliyse de pratikte iki nörolog teşhiste bulunmaktadır. Çıkar çatışmalarını engellemek adına, teşhis ekibi organ alan veya nakil yapan ekibin bir parçası olmamalıdır.¹¹⁶

1.4.3.1.3. Aileyi İkna Modeli

Bu modelde, kişinin vefatından sonra ailesiyle iletişime geçilerek ölüden organ alınması hususunda aileler ikna edilmeye çalışılmaktadır. Bu model İspanya'da uygulanmaktadır.

¹¹³ Ertin, "Organ Bağışçısı ve Transplantasyon Tıbbı", s. 101.

¹¹⁴ http://www.belgium.be/en/health/organ_donations [Erişim tarihi: 21 Mart 2016].

¹¹⁵ http://www.drze.de/in-focus/organ-transplantation/modules/rechtliche-regelung-in-oesterreich?set_language=en [Erişim tarihi: 22 Mart 2016]

¹¹⁶ W. Blaicher, v.dğr., "Organ Transplantation in Austria", *Ann Transplant*, 1/3 (1996), s. 41.

İspanya’da organ nakline dair hukuk 1979 yılında kabul edilmiş ve itiraz modeli benimsenmiştir. Fakat varsayılan onam politikası katı bir şekilde uygulanmamış, son söz ölenin yakınlarına bırakılmıştır. 1989 yılında ise düşük bağış oranını arttırmak için İspanya Ulusal Transplantasyon Kurumu (*Spanish National Transplant Organization*) oluşturulmuştur. Kurumun organ nakli koordinatörleri, ailelerden kaybettikleri yakınlarının organlarını bağışlamaları hususunda uygun bir yöntemle talepte bulunmaktadır. Bunun için yoğun bakımdaki potansiyel vericiler ve beyin ölümü vakaları takip edilmekte ve aileye bağış seçeneği sunulmaktadır. Bu çalışmalar sayesinde İspanya’da, eğitimsiz sağlık personeli, ailelerin organ bağışına isteksizliği gibi sorunlar aşılmış ve ailelerin ölmüş yakınlarının organlarını bağışlamayı reddetme oranının ciddi anlamda düştüğü gözlenmiştir. Böylece organ bağışındaki düşük oran nedeninin potansiyel verici eksikliği olmayıp daha ziyade potansiyel vericilerin gerçek ve aktif organ vericisi haline dönüştürülmesindeki başarısızlık olduğu anlaşılmıştır.¹¹⁷

1.4.3.2. Amerika

ABD’de organ nakline dair ilk yasal düzenleme 1968 yılında yürürlüğe giren Anatomik Bağış Genel Yasası’dır (*The Uniform Anatomical Gift Act*). 1978 yılında ise beynin tüm fonksiyonlarının geri dönüşümsüz bir şekilde durması halinde ölümün gerçekleştiğini kabul eden Beyin Ölümü Genel Yasası (*The Uniform Brain Death Act*) onaylanmış, 1980 yılında bu yasanın yerini Genel Ölümün Tespiti Yasası (*The Uniform Determination of Death Act*) almış ve bununla klasik tanım olan, dolaşım veya solunum fonksiyonlarının geri dönüşümsüz olarak durması da ölüm tanımına dahil edilmiştir. 19 Ekim 1984 tarihinde ise Ulusal Organ Nakli Yasası (*The National Organ Transplant Act/NOTA*) kabul edilmiş ve bu yasa kapsamında Organ Alımı ve Nakli Networkü (*Organ Procurement and Transplantation Network/OPTN*) oluşturulmuştur. Halen geçerli olan bu yasa 1988 ve 1990 yıllarında bazı değişikliklere gidilmiştir.¹¹⁸ Dört bölümden oluşan yasanın ilk bölümü organ nakli için bir çalışma ekibi oluşturmakla ilgili düzenlemelere yer vermekte iken, ikinci bölüm ölüden organ alımı ve organ bağışını arttırma hakkındadır. Organ satışını yasaklayan üçüncü bölüme göre bu suç

¹¹⁷ B. Miranda v.dğr., “Organ Donation in Spain”, *Nephrology Dialysis Transplantation*, 14 (1999), s. 20-1; Rafael Matesanz v.dğr., “Spanish Experience as a Leading Country: What Kind of Measures were Taken?”, *Transplant International*, 24 (2011), s. 333–43’ten özetle.

¹¹⁸ <http://www.organdonor.gov/legislation/legislationhistory.html> [Erişim tarihi: 22 Mart 2016]

işleyenler 50.000\$'a kadar para cezasıyla, 5 yıla kadar hapis cezasıyla veya her ikisiyle cezalandırılırlar. Yasa kemik iliği ve korneayı organ kapsamında görüp satışı yasaklarken, yumurta hücresi, sperm gibi insan parçalarının satışı hakkında bir düzenleme yapmamıştır. Çeşitli hükümleri kapsayan dördüncü kısımda ise kemik iliği bağıışı hakkında düzenlemeler yer almaktadır.¹¹⁹

Amerika'nın ulusal organ nakli sistemi ise 1984 yılında kurulmuş olan UNOS (*The United Network for Organ Sharing*) tarafından yönetilmektedir. UNOS bekleme listelerinin oluşturulması ve idaresi, alıcı ve vericilerin uygun şekilde eşleştirilmesi, organların adil bir şekilde dağıtımının sağlanması, ABD'de gerçekleşen tüm nakil vakalarına ait organ nakli bilgilerini içeren veri tabanının yönetilmesi, organ bağıışının önemi konusunda halkın eğitilmesi gibi görevleri icra etmektedir.¹²⁰

1.5. Dinlerin Organ Nakline Bakışı

Organ naklinin uygulanabilir hale gelmesiyle birlikte naklin dinler tarafından kabul edilebilir olup olmadığı, bir din mensubunun yaşarken veya öldükten sonra organını bağıışlamasının ya da ihtiyaç halinde organ almasının dine uygun olup olmadığı, uygunsa bunun hangi şartlarda mümkün olduğu gibi sorular gündeme gelmiştir.

Dinlerin organ nakli ve bağıışına yaklaşımını genellemek ve özetle aktarmak zor olsa da hemen tüm dinlerin organ bağıışını, bir zorunluluk olarak görmemekle birlikte ve bazı istisnai durumlar dışında, iyilik ve yardımseverlik gereği olarak teşvik ettiklerini ifade etmek mümkündür. Organ bağıışı konusunda dinlerin tutumları genellikle yaşamın kutsallığı, insanın kendine ve sosyal çevresine karşı sorumluluğu ve organlar üzerinde tasarruf hakkının kime ait olduğuna dair ilkeler çerçevesinde şekillenmektedir. İnsan yaşamı tüm dinlerde dokunulmaz ve saygın kabul edilirken, hiçbir inanç sisteminde yaşamı sonlandırmak meşru sayılmamaktadır. Benzer şekilde dinler insan bedenini emanet kabul etmekte ve kişiyi bedenine karşı sorumlu addetmektedir. Örneğin Yahudilik kişinin yaşarken bedeni üzerinde tasarruf ve mülkiyet hakkı olduğunu kabul etse de Tevrat kişinin bu haklarını belirli yasaklarla sınırlamıştır. Bu yüzden intihar, kendi kendini yaralama, kendini tehlikeye atma türünden davranışlar yasaktır.¹²¹

¹¹⁹ <https://history.nih.gov/research/downloads/PL98-507.pdf> [Erişim tarihi: 22 Mart 2016]

¹²⁰ <https://www.unos.org/about/> [Erişim tarihi: 12 Mart 2016]

¹²¹ Rabbi Saul Israeli, "Organ Transplants: Responsa", *Jewish Medical Ethics*, 3/1 (1997), s. 16.

Hıristiyanlığa göre ise beden insana ait olmayıp Tanrı'nın mabedi ve ruhun kalıbıdır, bu sebeple ona sıradan bir malzeme gibi davranılamaz.¹²²

Yukarıda bahsi geçen ve İslam da dahil hemen her dinde ittifakla kabul edilmiş olan bedenın saygınlığı ve dokunulmazlığı ilkeleri ilk planda organ bağışının caiz olmayacağını vehmettirmektedir. Nitekim organ bağışına karşı çıkan bazı otoriteler bu görüşlerini, organ naklinin insan yaşamının, beden bütünlüğünün ve saygınlığının korunması ilkelerine aykırı oluşuyla gerekçelendirirler. Ancak genel olarak dinler, başka bir yaşamı kurtarmak şeklindeki daha üst bir amaca hizmet ettiği düşüncesiyle organ bağışlamakta sakınca görmezler.

Bu bağlamda nakilde adalet, anensefalik yeni doğanlardan nakil, hayvandan insana nakil, organ satışı gibi diğer tartışmalı hususlara girmeksizin genel olarak bazı dinlerin organ bağışının kabulüne dair tutumlarından ve bu konuda benimsedikleri genel ilkelerden kısaca bahsedeceğiz.

1.5.1. Yahudilikte Organ Nakli

Yahudilikte organ nakli bağlamında ölü bedene saygı, tedavinin önemi, ihtiyaç halindekilere yardım sorumluluğu, yaşamı kurtarma, bedenın kişinin kendi mülkü olmaması, ölümden sonra bedensel diriliş, ölümün mâhiyeti gibi konular gündeme gelmekte, organ nakli tartışmaları bu meseleler çerçevesinde sürdürülmektedir.¹²³

Teoride Yahudi inancı organ nakline ve özalde kadavradan nakle şüpheyle yaklaşmıştır. Bunun arkasında Yahudilikteki ölümden sonra bedene gereksiz müdahalelerde bulunmaktan kaçınmanın ve bedenın tamamının kısa sürede gömülmesinin gerekli oluşuna dair ilkeler yatmaktadır.¹²⁴ Yahudilikte canlı bireye saygının bir gereği olarak ve tüm insanların tanrının suretinde yaratılmış olması sebebiyle ölü bedene saygı (*kavod ha-met*) prensibi esastır.¹²⁵ Halbuki kadavradan organ nakli durumunda bedenın saygınlığının çiğnenmesi, cesedin gömülmesinin geciktirilmesi ve cesetten bir çıkar

¹²² Şinasi Gündüz, "İslam Dışı Dini Geleneklerde Organ Nakli", *Tıp, Etik, Din, Sosyoloji ve Hukuk Bağlamında Organ Nakli: Sorunlar ve Çözüm Önerileri (09 Mayıs 2014)*, Hayat Vakfı Malatya Şubesi, Malatya 2014, s. 10-4.

¹²³ Aaron L. Mackler, "Respecting Bodies and Saving Lives: Jewish Perspectives on Organ Donation and Transplantation", *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 10 (2001), s. 420-1, 426.

¹²⁴ Michael Oliver v.dğr., "Organ Donation, Transplantation and Religion", *Nephrol Dial Transplant*, 2010, s. 3.

¹²⁵ Mackler, "Respecting Bodies and Saving Lives", s. 422.

elde edilmesi söz konusu olmaktadır. Zira Ortodoks Yahudilerden sayılan Haredi grubu bu sebeple organ bağışına karşı çıkmaktadır.¹²⁶

Genel olarak Yahudi din adamlarının çoğu, dinde en temel değerlerden sayılan “yaşamı kurtarma (*pikuah nefesh*)” ilkesini esas alarak organ bağışının meşru olduğu sonucuna varmışlardır.¹²⁷ Zira Talmud’da tehlike içindeki kişiyi kurtarmanın bir sorumluluk olduğundan, hemcinsinin kanının dökülmesine seyirci kalınamayacağından; boğulmakta olan, kendisine vahşi bir hayvanın veya soyguncuların saldırdığı bir kimseye elinden gelen tüm imkanları kullanarak yardım etmenin kişi üzerine bir yükümlülük olduğundan bahsedilir. Her ne kadar bunlar, kurtaran kişi açısından risk içerse de bu bir gerekliliktir.¹²⁸ Benzer şekilde, Yahudi Hukukuna (*Halakha*) göre bir yaşamı kurtarmak için kişi adam öldürme, putperestlik ve zina haricinde neredeyse tüm yasakları çiğneyebilir.¹²⁹ Diğer yandan Yahudilikte kişinin kendine kasten zarar vermesi yasaklanmıştır. Fakat bu ilkenin karşısına başka bir emir (*mitzva*) olan yaşamı uzatma ilkesi getirilerek bu sorun da aşılmaktadır. Yani bir başkasının yaşamını uzatacağı kesin ise kişinin az bir zarara katlanarak organını bağışlaması kabul edilebilir olmaktadır.¹³⁰ Bu gibi ilkelerden yola çıkan Yahudi din adamlarının çoğu belli şartlarla organ bağışına olumlu hüküm vermişlerdir. Ancak Yahudilik organ bağışını, bir zorunluluk değil gönüllü bir yardım olarak görmektedir.¹³¹

Yahudi Hukukuna göre kişinin bir başkasını kurtarmak için ölümünden sonra organlarını bağışlamasının caiz olduğu belirtilse de¹³² beyin ölümü durumunda organ nakli konusunda Yahudi otoriteleri arasında ihtilaflar ve bazı çekinceler olduğu görülmektedir. Tartışmanın bir tarafındaki din adamları beyin ölümünü gerçek ölüm kabul ederken diğerleri kardiyak ölümü esas alarak tam beyin ölümü gerçekleşen

¹²⁶ Oliver v.dğr., “Organ Donation, Transplantation and Religion”, s. 3.

¹²⁷ Oliver v.dğr., “Organ Donation, Transplantation and Religion”, s. 3; Israeli, “Organ Transplants: Responsa”, s. 14-5; Jordan Feld v.dğr., “Barriers to Organ Donation in the Jewish Community”, *Journal of Transplant Coordination*, 8/1 (1998), s. 21-2.

¹²⁸ Israeli, “Organ Transplants: Responsa”, s. 14-5.

¹²⁹ Oliver v.dğr., “Organ Donation, Transplantation and Religion”, s. 3; Feld v.dğr., “Barriers to Organ Donation in the Jewish Community”, s. 21-2.

¹³⁰ Feld v.dğr., “Barriers to Organ Donation in the Jewish Community”, s. 22. Radbaz (Rabbi David ben Zimra) genel olarak bir başkasının yaşamını kurtarma sorumluluğunu, kurtarıncının aldığı riskin %50’den az olduğu durumlarda sınırlar (Israeli, “Organ Transplants: Responsa”, s. 15).

¹³¹ Israeli, “Organ Transplants: Responsa”, s. 15.

¹³² Israeli, “Organ Transplants: Responsa”, s. 17.

kişiden organ alınamayacağını savunmuşlardır.¹³³ Ortodoks Yahudi din adamlarının genel tutumu, kalp gibi beyin ölümü halinde nakli gerçekleştirilen organların alınmasına karşı çıkmak şeklinde olmuştur. Bu görüşteki kişiler, tıbben beyin ölümü gerçek ölüm kabul edilse dahi nefes alıp verme ve kan dolaşımı devam ettiği müddetçe Yahudi şeriatına göre kişinin canlı olduğunu söylerler. Dolayısıyla beyin ölümü gerçekleşen kişiden organ almak, yaşayan hastayı öldürmek anlamına geleceğinden, hukukî ve etik değildir.¹³⁴

Bazı Ortodoks din adamlarının ise beyin ölümünü kabul ettikleri bilinmektedir. Örneğin Ortodoks Haham Veith beyin ölümü gerçekleştikten sonra perfüzyon söz konusu olmadığı için beynin fiziksel olarak bedenden ayrılmış gibi olacağını söyler. Yapay yaşam destekleriyle beden hareket etse dahi kişi artık ölü sayılır. Nitekim bir 12. yüzyıl Yahudi din adamı ve hekimi olan Maimonides (İbn Meymun) de başın gövdeden ayrılması durumunda beden hareket etmeye devam etse dahi organizmanın ölü sayılacağını çünkü kontrol merkezini kaybettiğini söylemişti. Bazı çağdaş Yahudi din adamlarının da beyin ölümü halinin gerçek ölüm olduğu yönündeki iddialarını, başı ile bedeni birbirinden ayrılan kişinin durumuna benzeterek temellendirdikleri görülmektedir.¹³⁵

1.5.2. Hıristiyanlıkta Organ Nakli

Mezhepler içerisinde birtakım farklılıklar olsa da Hıristiyanlığın genel olarak organ nakline sıcak baktığını söylemek mümkündür. Katolik Kilisesi'nin organ bağışına destek ve teşvikleri sayesinde Katoliklerin yoğun olarak yaşadığı Avrupa ülkelerinde bağış oranının yüksek olduğu belirtilmektedir.¹³⁶ Katolik Kilisesi İlmihali'nde (*Catechism of the Catholic Church*) organ nakillerinin ahlak yasalarına uygun olduğu belirtilmiştir. Ancak bunun için naklin donöre verdiği fiziksel ve psikolojik tehlike ve risklerin, alıcının elde edeceği fayda ile orantılı olması şart koşulmuştur. Öldükten sonra organ bağışlamak ise yüce ve övgüye değer bir davranış, asil bir dayanışma ifadesi

¹³³ Oliver v.dğr., "Organ Donation, Transplantation and Religion", s. 4. Bu sebeple Halakik Organ Bağış Derneği bağış kartında beyin ölümü ve kardiyak ölümün her ikisi için de seçenek sunmaktadır. Bu tartışmanın arkasında Yahudi inancında ölüm halinde olan kişiyi ifade eden *Goses* de yatmaktadır. Buna göre bu durumdaki insanın ölümü hiçbir şekilde hızlandırılmamalıdır (Oliver v.dğr., "Organ Donation, Transplantation and Religion", s. 4).

¹³⁴ Mackler, "Respecting Bodies and Saving Lives", s. 424-5.

¹³⁵ Feld v.dğr., "Barriers to Organ Donation in the Jewish Community", s. 22.

¹³⁶ *Report on the Ethics of Organ Transplantation: A Catholic Perspective* (The report of a working party), The Anscombe Bioethics Centre, Oxford 2014, s. 3.

olarak görülerek teşvik edilmiştir. Fakat donörün veya hukukî temsilcisinin açık rızası olmaksızın organ alınması etik olarak kabul edilebilir değildir. Ayrıca başka insanların ölümünü geciktirmek için dahi olsa, bir insanın sakatlanmasına veya ölümüne yol açmak etik açıdan uygun değildir.¹³⁷

Hıristiyan otoritelerin organ bağışını teşvik eden sözlü veya yazılı müdahaleleri göze çarpmaktadır. Papa XII. Pius, 1956 gibi erken bir tarihte, organ bağışlamanın önemine dair bir açıklama yapmış, organ naklinin beden bütünlüğüne yapılan bir müdahale olmasına rağmen başka bir insanın acılarını dindirmeyi amaçlaması sayesinde ölü bedene saygısızlık sayılamayacağını ifade ederek ölüm sonrası bağışın yaygınlaşması için halkın bilinçlendirilmesine ihtiyaç olduğunu belirtmiştir.¹³⁸ Papa II. John Paul de 1984'te kan ve organ bağışına dair yaptığı konuşmada organ bağışını Hıristiyanlığın bir gereği olarak ifade etmiş, 1991'de ise organ bağışının başka bir yaşamı kurtarmak için kişinin kendinden verdiği bir hediye olduğunu, ancak organ naklinde sevgi, dostluk, dayanışma ve insan onuruna saygı gibi ilkelerle ahlâkî ve manevî değerlere riayet edilmesi gerektiğini yazmıştır.¹³⁹ Yine Papa XVI. Benedict'in bağış kartı taşıdığını ilan etmesinden sonra halk arasında organ bağışı hızla yayılmıştır. 1990 yılında Almanya'daki Katolik ve Protestan Kiliseleri de organ naklini teşvik eden açıklamalarda bulunmuştur. Papa II. John Paul da yayınladığı *Evangelium Vitae* adlı genelgede (1995) organ bağışını övmüş ve teşvik etmişti. 2005'te Doğu Ortodoks Kilisesi de organ bağışını desteklediklerini açıklamıştır.¹⁴⁰

Anglikan ve Protestan otoritelerinin çoğu da organ bağışını diğergamlık olarak nitelemekte ve teşvik etmektedir. Genel olarak Pentakostal Kilisesi ve Presbiteryenler gibi Protestan mezheplerinin de organ nakline karşı çıktığına dair bir bilgi yoktur. Amişler, Plymouth Kardeşliği (Brethren) ve Mennonitler gibi Anabaptistlerin ise organ nakli hakkında olumlu veya olumsuz görüş bildirmediği ifade edilmektedir. Modern tıp uygulamalarının çoğuna karşı çıkmalarıyla bilinen Christian Science (Hıristiyan

¹³⁷ Catechism of the Catholic Church,

http://www.vatican.va/archive/ccc_css/archive/catechism/p3s2c2a5.htm

[Erişim tarihi: 2 Kasım 2015]

¹³⁸ *Report on the Ethics of Organ Transplantation*, s. 59.

¹³⁹ Ronald P. Hamel (updt. Kevin O'Rourke), "The Roman Catholic Tradition: Religious Beliefs and Healthcare Decisions", *Park Ridge Center for the Study of Health, Faith and Ethics*, Illinois 2002, s. 18.

¹⁴⁰ Oliver v.d.gr., "Organ Donation, Transplantation and Religion", s. 2-3.

Bilim) grubunun yönetim kurulu ise organ bağışını kişisel bir seçim olarak gördüğünü ilan etmiştir.¹⁴¹

Kan nakline karşı çıkmaları sebebiyle Yehova Şahitleri'nde organ nakli hususunda yaygın olarak olumsuz bir tutum söz konusu olmuştur. Bu grup tam kan, trombosit ve plazma nakillerini kabul etmezken; diyaliz, plazma değişimi, pıhtılaşma faktörlerini veya albümini yerine koyma ve eritropoetin tedavisine izin vermektedir. 1980'lere kadar mezhep içerisinde organ nakli kabul görmezken sonradan bu görüş revize edilmiş ve kan nakli söz konusu olmamak şartıyla organ bağışı kişisel tercihe bırakılmıştır.¹⁴²

Beyin ölümü durumunda organ nakli hususunda ise Hıristiyanlar arasında ihtilaf devam etmektedir. Örneğin Katoliklerin kendi içinde dahi tam beyin ölümü durumunda ruhun bedeni terk ettiğini iddia edenler bulunduğu gibi beyin ölümüne karşı katı tutum sergileyen ve beyin ölümü gerçekleşmiş ancak kalp atışı ve solunumu devam eden kişiden organ almanın bir tür ötanazi olduğunu savunanlar da bulunmaktadır.¹⁴³ Papa II. John Paul ise 2000 yılında ölüm için doktorların nörolojik kriterleri kullanmasını onaylamış yani beyin ölümünü gerçek ölüm kabul etmişti. Daha önce Alman Piskopos Konferansı'nda (1990) da bu doğrultuda bir sonuca ulaşılmıştı.¹⁴⁴

1.5.3. Uzakdoğu Dinlerinde Organ Nakli

Uzakdoğu dinlerinde organ bağışına karşı genel anlamda olumlu bir tavır sergilendiğini ifade edebiliriz. Budizm ölüye sevgi ve saygı ile muamele etmek şartıyla organ bağışını kabul ederek onu cömertçe bir eylem saymakta, ancak bunu bir zorunluluk değil bir vicdan meselesi olarak görmektedir. Hinduizm'de de organ bağışı, bir başkasının acısını dindirmek veya hayatını kurtarmak için yapılan erdemli bir davranış sayılmaktadır. Kuzey Amerika Hindu Tapınağı Cemiyeti'ne göre Hinduizm organ bağışına karşı olmayıp bağışı bireysel bir karar olarak görmektedir. Sih öğretilerinde de diğergamlığa ve kendini başkalarına adamaya yapılan vurgu ile öldükten sonraki yaşamda fiziksel bedene ihtiyaç olmadığı şeklindeki inançlar doğrultusunda organ bağışı önemli erdemlerden sayılmaktadır. Şintoizm ise diğer geleneklerden farklı olarak organ nakline

¹⁴¹ Oliver v.dğr., "Organ Donation, Transplantation and Religion", s. 2-3.

¹⁴² Oliver v.dğr., "Organ Donation, Transplantation and Religion", s. 3.

¹⁴³ Her iki tarafın iddia ve delillerini içeren bir makale için bkz Joseph L Verheijde-Michael Potts, "Commentary on the Concept of Brain Death within the Catholic Bioethical Framework", *Christian Bioethics*, 16/3 (2010), s. 246-56.

¹⁴⁴ *Report on the Ethics of Organ Transplantation*, s. 60.

şüphe ile yaklaşmaktadır. Bu inanç sisteminde ölümden sonra bedenin temiz olmaktan çıkarak kirlenmesi, ölü bedene zarar vermenin büyük bir suç olması ve hakiki ölümün hayat kaybından 49 gün sonrasında gerçekleştiğine dair inançlar, organ bağışına mesafeli durulmasına yol açmıştır.¹⁴⁵

¹⁴⁵ *Faith Perspectives on Organ and Tissue Donation and Transplantation*, The Canadian Council for Donation and Transplantation, Canada 2006, s. 4-6.

İKİNCİ BÖLÜM

İSLAMÎ AÇIDAN ORGAN NAKLİNİN TEORİK ZEMİNİ: İNSAN BEDENİ VE BEDEN PARÇALARI ÜZERİNDE TASARRUF HAKKI

Pratik bir mesele olan organ nakli konusu birtakım felsefî, kelimî ve fikhî teorik arka planlara dayanmaktadır. Organ naklinde uygulama alanının insan bedeni olması sebebiyle, İslam'ın ve daha özeldede klasik fikhin beden algısı bu hususta verilecek fikhî hükmü etkileyecektir. Bu sebeple çalışmamızın bu bölümünde, İslam hukuku açısından bireyin bedeni üzerindeki tasarruf hakkının sınırlarını inceleyeceğiz. İslam'ın organ nakline karşı tutumunun ve bu tutumun arkasındaki teorik zeminin bu şekilde daha iyi anlaşılabilmesi kanaatindeyiz. Bu amaçla öncelikle insan bedeni ve beden parçalarının hukukî niteliğinin ortaya konmasına ihtiyaç vardır. Zira temel konumuz olan organ nakline karşı çıkan modern dönem araştırmacılarının en temel argümanı organ nakli sebebiyle beden ve insan yaşamının kutsallığının çiğnenmesi, emanet olan beden üzerinde kişinin tasarruf hakkının bulunmadığı ve bedenin maddî bir araca indirildiği yönündedir.¹⁴⁶ Organ bağışının yetersizliğinin sebepleri üzerine yapılan araştırmalar da çeşitli toplum, kültür ve anlayışlarda beden ve beden parçalarına yüce manalar yüklenmesi ve beden organlarının yedek parça gibi görülmesinin yanlışlığını gerekçeler arasında sıklıkla sunarlar.¹⁴⁷

2.1. İnsan Bedeni ve Beden Parçalarının Hukukî Niteliği

Günümüzde tıp biliminin ve biyoteknolojinin gelişmesi sonucu insan bedeni ve bedenden ayrılan organ, doku ve hücreler üzerinde pek çok tıbbî uygulama gerçekleştirilebilmekte ve bu maddeler artık sıklıkla tedavi amacıyla kullanılmaktadır. Bu süreçte ilgili maddeler üzerinde deneyler yapılması, bunların başka bedenlere aktarılması, ham madde olarak kullanılması, imha edilmesi, satılması gibi uygulamada hukukî ve ahlâkî hassasiyet gerektiren pek çok husus gündeme gelmektedir. Bu maddelerden bazıları ise kişinin nakledilebilir genetik özelliklerini veya kişisel bilgilerini içermekte olduğundan konu daha da karmaşık bir hal alabilmektedir. Bu

¹⁴⁶ Dariusch Atighetchi, *Islamic Bioethics: Problems and Perspectives*, Springer, New York 2007, s.163.

¹⁴⁷ James F. Childress, "The Failure to Give: Reducing Barriers to Organ Donation", *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 11/1 (2001), s. 8.

nedenle bir bütün olarak insan bedeninin yanı sıra beden parçalarının da ahlâkî ve hukukî statüsünün araştırılması bir zorunluluk haline gelmiştir.

Temel çalışma alanımız olan organ nakli durumunda ise hayattaki veya hayatı sonlanmış bir kimsenin bedeninden organ alımının söz konusu olması sebebiyle kişinin beden bütünlüğüne yönelik bir tasarruf bulunmaktadır. Organ nakli bir başkasının hayatını kurtarma, acılarını dindirme, sağlığına kavuşturma veya yaşam kalitesini artırma gibi ulvî amaçlar içermekle birlikte, diğer yandan bu eylemde verici açısından beden bütünlüğünün ihlali söz konusu olmaktadır. Yaşamın ve sağlığın korunması üst değeri ile bedenin saygınlığı ve dokunulmazlığı değerlerinin çeliştiği görüntüsünü veren bu durumu açıklayabilmek için beden bütünlüğünden hangi hallerde vazgeçilebileceği, başka bir ifade ile bedene yönelik hangi müdahalelerin dine aykırı olmadığı hususunun araştırılması ve bu tür tasarrufları hukuka uygun hale getiren meşru zeminin netleştirilmesi gerekmektedir.

Ancak bundan önce, bu tür uygulamalarda istisnasına başvuru ana kaidelerin mâhiyetini ortaya koymak önem arz etmektedir. Bu amaçla, organ naklinin öznesi olan insan bedeni ve beden parçalarının hukukî değer ve statüsünü inceleyecek, insan bedeni ve bedene ait parçaların (teknik ifadesiyle insan kökenli biyolojik maddelerin) hangi hak grubu içerisinde değerlendirildiğini bunların ahlâkî statüsünü de dikkate alarak açıklamaya çalışacağız.¹⁴⁸

İnsan bedeninin ve bedene ait parçaların hukukî niteliğini incelerken öncelikle modern hukukların bedene dair hakları hangi grupta ele aldığını ortaya koyup ardından beden ve beden parçalarının hukukî niteliğini klasik İslam hukukunun kendine has hak tasnif sistemi içerisinde araştırıp sunmaya çalışacağız.

¹⁴⁸ Farklı biyolojik ve hukukî özelliklere sahip olmaları nedeniyle, bir bütün olarak insan bedeni ve bedene fiziksel olarak bitişik olan biyolojik maddeleri bir kategoride, bedenden ayrılmış olan biyolojik maddeleri ise ayrı bir kategoride incelememiz mümkün olabilirdi. Ancak konumuz olan organ nakli hususunda bedene bitişik organlar ve bir bütün olarak beden daha merkezi bir konum arz ettiği için beden parçalarından söz ederken daha ziyade beden ile organik bağı olan vücut parçalarını kastediyor olacağız.

2.1.1. Modern Hukukta Beden ve Beden Parçalarının Hukukî Niteliği

İnsan bedeni hukuken, hak süjesi olan gerçek kişiyi somutlaştıran, ona varlık kazandıran ve sosyal alanda bir dış görünümüne sahip olmasına hizmet eden bir cisim şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁴⁹

İnsan bedeni ve insan bedenine ait organ, doku, hücre gibi parçaların hukukî statüsü konusunda modern hukuk literatüründe, konuya en yakın iki kavram olan kişilik ve eşya kavramları gündeme gelmektedir. Bu husustaki tartışmalar, insan bedeni ve insan kökenli biyolojik madde¹⁵⁰ şeklinde adlandırılan beden parçalarının kişiliğin bir parçası mı yoksa bir eşya/mal hükmünde mi olduğu, bu maddelerle ilgili hakların şahsî hak veya aynî hak gruplarından hangisiyle irtibatlı olduğu ekseninde dönmektedir.¹⁵¹ Özellikle de insan bedeninden ayrılan biyolojik maddelerin hukukî statüsü hukuk çevrelerindeki ilgili tartışmanın eksenini oluşturmaktadır. Vücuttan ayrıldıktan sonra dahi bu maddeleri kişilik değerinin bir parçası olarak kabul eden görüşün yanı sıra, bunların vücuttan ayrılmaları ile eşya statüsüne girdiği şeklindeki görüş de öğretilerde yer almaktadır.¹⁵²

Modern hukuklarda kişinin bedeni üzerindeki hakkının türüne dair farklı görüşler bulunmakla birlikte, çoğu hukukçu bunu şahsiyete bitişik haklar grubunda saymıştır. Beden ile organik bağı devam eden organ, doku ve hücrelerin de şahsiyet hakkı bağlamında korunduğu hususunda hukuk çevrelerinde bir mutabakat gündeme gelmektedir. Bu bedenî unsurlar kişinin beden bütünlüğü değeri ile doğrudan bağlantılı

¹⁴⁹ Arif Barış Özbilen, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 15.

¹⁵⁰ Hukukumuzda, insan vücudu içerisinde bulunan organ, doku ve hücre gibi maddeler ile kendiliğinden veya cerrahi bir müdahale sonucu insan bedeninden ayrılan maddeler insan kökenli biyolojik madde olarak adlandırılmaktadır. İlgili kavram canlı organizmadaki her türlü organ, doku ve hücreler ile bu organizma tarafından üretilen salgı ve atıkları ifade etmektedir. Bu anlamda beyin, lenf dokusu, yumurta, ter, idrar ve saç gibi varlıklar biyolojik madde kapsamındadır. Yine ODNK hükümlerine tabi olan organ, doku ve bunların parçalarının yanı sıra, bu kanun hükümlerine tabi olmayan saç, tırnak, deri, kan ve üreme hücreleri ile insan DNA molekülü gibi vücuttan alınmaları halinde vücut tarafından yenilenebilen biyolojik maddeleri de kapsamaktadır. İnsan kökenli biyolojik madde kavramı, 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı kanunla Türk Medeni Kanunu'na ilave edilen üçüncü fıkra ile kanuna girmiştir. İlgili madde şöyledir: "Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz. 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." (MK m. 23) (Özbilen, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler*, s. 1, 7-9).

¹⁵¹ Konuyla ilgili kapsamlı bir doktora çalışması için bkz. Arif Barış Özbilen, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

¹⁵² Özbilen, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler*, s. 73.

sayılmakta, beden bütünlüğünün kişilik hakkı çerçevesinde korunması gibi bu bütünlüğün bir parçası olan organ, doku ve hücrelerin de aynı hukukî korumadan yararlanabileceği belirtilmektedir.¹⁵³

İnsanın yaşamına, sağlığına ve beden bütünlüğüne ilişkin varlıkları, modern hukukta kişisel varlıklar olarak nitelenen kategoride yer almaktadır.¹⁵⁴ Zira kişinin maddî bedensel değerlerini oluşturan bu unsurlar, insanın sağlıklı ve eksiksiz bir bedensel varlığa sahip olmasını ve bunu sürdürmesini sağlamaktadır. Kişi, maddî bedenini oluşturan organları, kemikleri, dokuları ve en küçük parçaları üzerinde bile şahsiyet hakkına sahiptir.¹⁵⁵ Kişinin fizik yapısına dahil olan iç ve dış organlar beden bütünlüğüne dahildir. Beden bütünlüğü daha genel anlamda hayat ve sıhhat kavramlarını da kapsamaktadır. Öyleyse hayatın, sağlığın, bedenin ve daha özelden organların korunmasına ilişkin çıkarlar kişilik haklarının bir parçasıdır.¹⁵⁶ Beden bütünlüğünün korunması ilkesi gereğince kişinin bedeninden küçük bir parçacığın yok edilmesi, kesilmesi, koparılması, zarara uğratılması gibi tasarruflar onaylanamaz. Böyle bir eylem, kişinin saçından bir parça kesmek örneğinde olduğu gibi, kişiye zarar verecek veya önemli sakıncalar doğuracak nitelikte olmasa dahi beden bütünlüğünü bozacak olması sebebiyle kabul edilemezdir. Zira beden tüm parçacıkları ile bir bütündür.¹⁵⁷

Yaşayan bir insanın bedeni ile ona bağlı organ ve dokuların eşya olarak nitelendirilmeyeceği modern hukuklarda baskın bir düşüncedir. Buna göre insan vücudu ve ona bağlı parçalar üzerinde aynî nitelikte bir hak kurulamaz. Ancak yaşayan insan bedeni ve beden parçalarının eşya hukuku kurallarıyla olmasa da bir hukukî korumadan yararlanması şarttır. Bu noktada “kişi” kavramı gündeme gelmekte ve beden ve kişinin

¹⁵³ Özbilen, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler*, s. 16-9, 134-5.

¹⁵⁴ Ergun Özsunay, *Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1974, s. 76-7; Selahattin Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 132, 140.

¹⁵⁵ Aydın Zevkliler, *Medeni Hukuk-Giriş ve Başlangıç Hükümleri: Kişiler Hukuku-Aile Hukuku*, Savaş Yayınları, Ankara 1992, s. 373, 380-1.

¹⁵⁶ Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 250.

¹⁵⁷ Zevkliler, *Medeni Hukuk*, s. 381.

aynı hukukî korumadan yararlanması gerektiği konusunda hukuk çevrelerinde bir mutabakat gündeme gelmektedir.¹⁵⁸

Türk hukukunda mal varlığı dışında kalan, başka bir deyişle değeri para ile ölçülemeyen, şahsın daha ziyade manevî dünyasına ilişkin olan ve mutlak hak niteliği taşıyan haklar şahıs varlığı hakları içinde görülmektedir. Şahsın hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, bilimsel ve mesleki kimliği, özgürlüğü, ismi, sırları, resmi gibi manevî varlıklarını kapsayan kişilik hakkı bunların başında gelmektedir.¹⁵⁹ Şahsiyet haklarının dahil olduğu mutlak haklar grubu, herkese karşı ileri sürülebilen ve sahiplerine belli bir konu üzerinde hakim olma gücü veren haklardır. Kişi böyle bir hakka herkesin saygı göstermesini isteyebilmekte ve bedeni ve manevî varlıkları üzerinde kendisine tanınmış bu hakkı ihlal edenlere karşı hukukun zor kullanma vasıtalarına müracaat edebilmektedir.¹⁶⁰

Herkesin eşit olarak sahip olduğu, herkese karşı ileri sürülebilen, yalnızca sahibi tarafından kullanılabilen, kişinin doğumuyla başlayıp vefatıyla sona eren kişilik hakları başkasına devredilemez, mirasçılara intikal edemez, zamanaşımına uğrayamaz ve icra takiplerinin konusu olamaz. Yine kişilik haktan vazgeçilemez ve bu hak yasaya ve genel ahlaka aykırı biçimde sınırlanamaz. Bu hakların maddî değeri olmayıp parayla ölçülemezler, ancak kişilik hakkına saldırı sebebiyle bazı maddî sonuçlar doğabilir.¹⁶¹ Bu açılardan şahsiyet hakkı kişiye kendi üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma yetkisi veren bir hak olmayıp daha ziyade kişi varlığının korunmasını ve kişiye sıkı sıkıya bağlı olan değerlerin başkaları tarafından tanınmasını sağlayan bir hak türüdür.

¹⁵⁸ Özbilen, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler*, s. 16-7. Gerçek kişinin, kendisine varlık kazandıran bedenden mi ibaret yani beden ile kişinin eşdeğer mi olduğu yoksa kişinin bu vücudun sahibi mi olduğu hususu da felsefî ve hukukî açıdan tartışılmıştır. Hukuken kişiliğin beden ile eşdeğer olduğunu savunanlara göre bir şey bir hakkın hem süjesi hem de objesi olamayacağından kişi bedeni üzerinde hak sahibi değildir ve ayrıca kişinin bedenine yapılan her türlü saldırı kişiye yapılmış sayılır. Kişilik ile bedenin ayrı varlıklarının olduğunu savunan yaygın olmayan görüşlere göre ise kişinin kendi bedeni üzerinde gerçek bir hakkı bulunmaktadır. Ancak bu görüş, insan vücudunun şeyleştirilmesi, eşya haline getirilmesi ve belki de ticari bir meta olarak görülmesi tehlikesini barındırdığı için eleştirilmiştir (Özbilen, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler*, s. 15-7).

¹⁵⁹ M. Kemal Oğuzman-Nami Barlas, *Medenî Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015, s. 156.

¹⁶⁰ Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, s. 132, 140.

¹⁶¹ Zevkliler, *Medeni Hukuk*, s. 377-8; İftikâr Mehyûb Debvân el-Mahlâfî, *Hudûdü't-tasarruf fi'l-a'dâi'l-beşeriyye fi'l-fikhi'l-İslâmî ve'l-kânûni'l-medenî: dirâse mukârane muâsıra* (matbu doktora tezi), Darü'n-Nehdati'l-Arabiyye, Kahire 2006, s. 15-6; Özbilen, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler*, s. 18, 127-34.

2.1.2. İslam Hukukunda Beden ve Beden Parçalarının Hukukî Niteliği

2.1.2.1. Şahsiyet Hakları Açısından Beden ve Beden Parçaları

Gerek İslam hukuku gerekse modern hukuklar insanın salt insan olmakla sahip olduğu yaşam ve beden bütünlüğü gibi temel hakların korunması noktasında ortak bir hedef taşırlar. Ancak modern hukuklarda şahsiyet hakları kapsamında görülen tüm haklar İslam hukukunda da aynı şekilde korunmuş ise de, bu koruma klasik fıkıh eserlerinde şahsiyet hakları çerçevesinde sunulmuş değildir. Zira klasik fıkıh eserlerinde modern hukuklardaki kullanımıyla kişilik veya şahsiyet hakları kavramı yer almamaktadır.

Klasik fıkıh metinlerinde hak kavramının analizini yaptığı doktora çalışmasında Hasan Hacak'ın da belirttiği üzere, klasik eserlerde şahsiyet hakkı kavramına en yakın bir kavram olarak, mâlî hakları dışarıda bırakan hakları ifade etmek üzere “el-hukûku'l-bedeniyye” veya “hukûku'l-ebdân” (bedenî haklar) kavramları geçmektedir. Esasında bu ayrımın Kara Avrupası hukuk çevrelerindeki mal varlığı-şahıs varlığı ayrımına benzer olduğu söylenebilirse de ilgili tasnif, Kara Avrupası'ndaki bu hak tasnifine tam denk gelmemektedir. Yine de Hacak, her iki tasnifin de hakkın temelde mallarla veya kişinin şahıs varlığıyla ilgili olması esasına göre yapıldığını ve mâlî değeri ön plana çıkmamış hakların kişinin hukukî şahsiyeti ile ilgili sayıldığını belirtmektedir. Ayrıca, İslam'da korunması hedeflenen can, nesil, din, akıl ve mal beşlisinden “mal” dışında kalan, kişinin bizzat ve doğrudan şahsiyetiyle, özellikle de nefsin ve neslin korunmasıyla ilgili hakların “bedenî haklar” çerçevesinde değerlendirilebileceğini dile getirmektedir.¹⁶²

Fakat gördüğümüz kadarıyla klasik fıkıh eserlerinde yer alan bedenî haklar tam olarak modern hukuklardaki şahsiyet haklarına tekabül etmemekte, İslam hukukundaki bu kavram mâlî olmayan tüm hakları ifade edecek kadar geniş bir anlama sahipken, modern hukuklardaki şahsiyet hakları kişinin mâlî olmayan ama aynı zamanda manevî ve soyut haklarını içerecek biçimde daha dar bir anlama sahip olmaktadır. Nitekim klasik eserlerde bedenî haklara nikah, talak, köle azadı, iddet, havâle, vakıf, sulh, vekâlet, vasiyet, hibe, ikrâr, ibrâ, nesep gibi hakların da örnek verilmesinden, bu kavramın modern hukuklardaki şahsiyet hakları kavramından daha geniş bir anlama

¹⁶² Hasan Hacak, “İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi” (doktora tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000), s. 120-2.

sahip olduğunu anlamaktayız.¹⁶³ Ancak inceleme konusu yaptığımız kişinin bedeni üzerindeki hakları anlamında bedenî haklar konusu yine de bu hak grubunda içkin bulunmaktadır. Diğer taraftan, İslam hukuku kaynaklarında yer alan “bedenî haklar” kavramı modern hukuktaki şahsî hakların tamamını ve daha fazlasını içerecek şekilde geniş bir kullanıma sahip olduğundan günümüz hukuklarında yer alan ve kişilik hakkı içerisinde incelenen “maddî bedenî haklar” kavramı ile karıştırılmamalıdır.

Mer’î hukuk sistemlerinde şahsiyet hakları kapsamında korunan hayat, beden bütünlüğü gibi değerler İslam hukukunda da aynı şekilde korunmaktadır. Klasik eserlerde şahsiyet hakları şeklinde bir kullanım bulunmasa da yaşam hakkı başta olmak üzere insan onuru, insanın saygınlığı, can ve bedenin dokunulmazlığı, sağlığın korunması gibi pek çok ilkenin yanı sıra insanın Allah’ın yeryüzündeki halifesi ve eşref-i mahlûkât olarak görülmesi İslam’da modern anlamdaki şahsiyet haklarının mevcudiyetini göstermektedir. Kanaatimizce modern hukuklarda şahsiyet hakkı ile ilişkilendirilen ve kişiye hak bahşetmenin yanında onu kendine karşı koruyup sınırlandıran bu durum, İslam hukukunda kişi üzerindeki Allah hakları ile irtibatlandırılabilir. Türk hukukunda da benzer şekilde yaşamı, aynı zamanda kamusal bir hak olarak gören görüşler de bulunmaktadır.¹⁶⁴

Türk ceza hukukunda kişinin beden bütünlüğü üzerinde tasarruf yetkisinin olup olmadığı tartışılmış olup doktrinde kişinin kendi organlarının sınırsız hakimi olmadığı görüşü ağır basmaktadır. Kişi bedeni üzerinde tasarruf etmek suretiyle kendisini, vatanına, topluma ve ailesine karşı ödevlerini yerine getiremez hale koyamaz ve dolayısıyla kişinin toplumsal faaliyetini gereği gibi yerine getirmesine engel olacak kadar beden bütünlüğüne zarar veren bir fiile rızası da geçerli olamaz. Aynı zamanda bu rıza, fiili hukuka uygun hale de getirmez.¹⁶⁵ Bu anlamda, İslam’da kamu hakları ile irtibatlı görülen Allah haklarının dokunulmaz ve devredilemez oluşu ile modern hukuklardaki bu algı arasında bir benzerlik kurmamız mümkündür. Ancak modern hukuklarda mâlî hakları dışarıda bırakan manevî ve soyut bu hakka “kişilik hakkı” denilerek özne olan birey ön plana çıkarılırken İslam hukukunda ilgili hakkın “Allah

¹⁶³ Kemâleudin Muhammed b. Abdülvâhid b. Abdülhamid b. Hümâm (861/1457), *Şerhu Fethü’l-kadır*, el-Matbaatü’l-Kübra’l-Emîriyye, Bulak 1315-1318, VI, 7.

¹⁶⁴ Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, Değişim Yayınları, İstanbul 2004, s. 290.

¹⁶⁵ Sulhi Dönmezer-Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1986, II, 83-4.

hakkı” şeklinde adlandırılması, bunun özneye ait bir hak olmaktan ziyade bir sorumluluk oluşuna vurgu yapmaktadır. Her iki hukuk sisteminde bu hakların manevî yönü ve kamusal oluşu ön plana çıkıyor gibi görünse de, insan bedeni ve beden parçalarının hukukî statüsünü, modern hukukun şahsiyet hakları tasnifinden ziyade İslam hukukuna ait bir hak tasnifi olan Allah hakkı-kul hakkı bağlamında tartışmanın bizi daha bütüncül bir bakış açısına ulaştıracağı kanaatindeyiz.

2.1.2.2. Allah Hakkı-Kul Hakkı Açısından Beden ve Beden Parçaları

Haklar açısından insanın bedeni ile olan ilişkisinin mâhiyeti, kişinin bedeni üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma veya varsa beden üzerindeki haklarını düşürme yetkisi olup olmadığı ya da beden üzerinde Allah hakkının mı yoksa kul hakkının mı ağırlıklı olarak bulunduğu gibi sorulara verilecek cevaplar, bir organın bir başkası için feda edilmesi ve yaratıldığı yerin dışına nakledilmesi anlamına gelen organ bağışına zemin teşkil etmesi açısından önem arz etmektedir. Zira insan bedeni veya organlar üzerindeki hakkın Allah hakkı ya da kul hakkından hangisine dahil olduğu hususu organ bağış ile ilgili modern çalışmaların temelini oluşturmaktadır. Bu bağlamda biz de insan bedeni üzerinde Allah hakkı-kul hakkı açısından hangi hak türünün bulunduğunu tartışacak ve ulaşılan sonucun kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisine etkilerini değerlendireceğiz. Her ne kadar bu konuda klasik eserlerde çok açık ve net ifadeler bulunmasa da, klasik hak tasnifleri içerisinde satır aralarında geçen bazı ifadelerden yola çıkarak ve fûru-i fıkha dair bazı meselelerin bu anlamda okunması yoluyla bazı neticelere ulaşmaya çalışacağız. Bu amaçla, öncelikle Allah hakkı ve kul hakkının mâhiyeti ve bir şeyin bu hak grubundan hangisine dahil oluşunun pratik sonuçlara etkisi hakkında kısa bir malumat vermemiz uygun olacaktır.

2.1.2.2.1. Klasik Fıkıhta Allah Hakkı-Kul Hakkı Tasnifi

Klasik fıkıh eserlerinde haklara konu olan fiillerin, Allah hakkı ve kul hakkı ile bağlantısı açısından farklı şekillerde tasnif edildiğini görmekteyiz. Örneğin İzzüddin b. Abdüsselâm (ö.660/1262) hakları Allah hakkı ve kul hakkı şeklinde taksim ettikten sonra Allah haklarını sırf Allah hakkı olanlar, hem Allah hem kul hakkı olanlar ve hem Allah ve Rasulü'nün ve hem de mükellefin ve diğer kulların hakkı olanlar şeklinde üçlü bir taksime tabi tutar. Yaratılanların haklarını ise mükellefin kendi üzerindeki hakları, kişinin başkaları üzerindeki hakları ve hayvanların insanlar üzerindeki hakları şeklinde

taksim eder.¹⁶⁶ Karâfi (ö.684/1285) ise Allah haklarının Allah'ın emir ve nehiyleri, kul haklarının ise kulların maslahatları olduğunu söyledikten sonra yükümlülüklerin Allah hakkı, kul hakkı ve ikisinin bir arada bulunduğu haklardan ibaret olduğunu belirtir. Karâfi kazif haddi örneğinde olduğu gibi Allah hakkı ile kul hakkının bir arada bulunduğu haklarda hangi hakkın ağır bastığının tartışmalı olduğunu vurgular.¹⁶⁷

Şâtübî (ö.790/1388) ise fiilleri Allah ve kul haklarına nispetle salt Allah hakkı olan fiiller, Allah hakkı ile kul hakkının birlikte bulunduğu fakat Allah hakkının ağır bastığı fiiller ve Allah hakkı ile kul hakkının birlikte bulunup kul hakkının ağır bastığı fiiller şeklinde sınıflandırmaktadır.¹⁶⁸ Ona göre alimler Allah hakkını “akılla kavranılabilsin ya da kavranılamasın, mükellefin tercih hakkının bulunmadığı şeyler” şeklinde, kul hakkını ise “kulun dünyevî maslahatlarıyla ilgili olan şeyler” şeklinde tanımlamışlardır. Kulun maslahatı dünyevî değil de ahirete dönük olursa o zaman Allah hakkı söz konusu olmaktadır. Allah hakkında aslolan taabbudî olmasıdır, taabbud ise hükmün illetinin aklen kavranılamamasıdır.”¹⁶⁹

Çağdaş araştırmacılardan Muhammed Naîm Yasin ise, alimlerin çoğuna göre hakkın düşürülmesi ve bir başkasına devredilmesi hususunda Allah hakkı ile kul hakkının farklılık arz ettiğini belirtmektedir. Buna göre, kul hakkında aslolan sahibine devretme veya düşürme imkanı veriyor olmasıdır. Allah hakkında ise aslolan -buna izin veren özel bir şer'î hüküm bulunmadıkça- kişinin hakkı nakletme veya düşürme imkanı olmamasıdır.¹⁷⁰ Zira “Şer'i bir ruhsat bulunmadığı müddetçe Allah haklarında tasarrufta aslolan haramlıktır.”¹⁷¹ Umerî ise Allah hakkının af ve sulh ile düşürülemeyeceğini ve bir ibadeti düşürme veya haram bir şeyi mübah kılma yoluyla değiştirilmesinin caiz olmadığını belirtir. Yine Allah hakları tek kişiye has kılınabilecek ve kimsenin mülkiyetine konu olabilecek bir hak türü değildir. Ayrıca Allah haklarını

¹⁶⁶ Ebû Muhammed İzzuddin Abdülazîz b. Abdüsselâm b. Ebü'l-Kâsım es-Sülemî b. Abdüsselâm (660/1262), *Kavâidü'l-ahkâm fi mesâlihi'l-enâm*, Dârü'l-Ma'rife, Beyrut [t.y.], I-II (1 c.'de 2 c), I, 129-41.

¹⁶⁷ Ebü'l-Abbâs Şihâbüddin Ahmed b. İdris b. Abdürrahîm el-Karâfi (684/1285), *el-Furûk: Envarü'l-burûk fi envâ'i'l-furûk*, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut [t.y.], I, 140-1.

¹⁶⁸ Ebü İshak İbrâhim b. Musa b. Muhammed el-Gırnatî eş-Şâtübî (790/1388), *el-Muvâfakât fi usûli's-şerîa* (şrh. Abdullah Dirâz), el-Mektebetü't-Ticâriyyetü'l-Kübrâ, Mısır (t.y.), II, 318-21.

¹⁶⁹ Şâtübî, *el-Muvâfakât*, II, 318.

¹⁷⁰ Muhammed Naîm Yasin, *Ebhâsun fikhîyye fi kadâyâ tıbbîyye muâsıra*, Dârü'n-Nefâis, Amman 1999, s. 155.

¹⁷¹ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 174.

talep hakkı, başta bu hakkı savunma ve koruma yetkisi olan kanun uygulayıcıları olmak üzere tüm insanlara aittir.¹⁷²

Bu hususla bağlantılı olarak Şâtıbî, “Allah haklarında mükellefin hiçbir şekilde tercih hakkı yoktur. Kulun kendi haklarında ise tercih hakkı vardır” şeklindeki kaideyi zikrettikten sonra Allah haklarının asla düşmeyeceğini, mükellefin bu konudaki talebinin etkili olmayacağını, kişinin Allah hakkı ve bir başkasına ait kul hakkı üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmadığını ifade eder. Hatta Şâtıbî, herhangi bir hükmün hem Allah hakkını hem de kul hakkını ilgilendiriyor olması durumunda, Allah hakkının düşmesine yol açması halinde kulun kendisiyle ilgili hakkını da düşüremeyeceğini belirtmektedir.¹⁷³

Haklara dair bu temel bilgilerden, Allah hakkı-kul hakkı ayrımının sonucunun, Allah hakları konusunda kulun bu hakkı düşürme veya bir başkasına devretme yetkisi olmaması, kul haklarında ise kişinin dilerse hakkını düşürebileceği veya devredebileceği şeklinde tezahür ettiği anlaşılmaktadır. Diğer yandan alimlerin Allah hakkını ön plana çıkardıklarını ve kul hakkı gibi görünen haklarda dahi Allah hakkının içkin bulunduğunu vurguladıklarını görmekteyiz. Salt kul hakkı diye bir kategoriden bahsediyor olsalar da bu tasnifi yapan hemen her alimin, esasında salt kul hakkı diye bir şeyden söz edilemeyeceğinin altını çizdiği dikkat çekmektedir. İbn Abdüsselâm gerek kulun düşürmesiyle düşebilen ve gerekse hiçbir şekilde düşmeyen hakların hepsinde mutlaka Allah hakkı bulunduğunu belirtmektedir. Allah’ın buradaki hakkı, emrine itaat edilmesidir. Bu sebeple kulun kendisine karşı suç işleyen kişiyi affederek kendi hakkını düşürmesine rağmen kişinin dokunulmazlığını çiğneyene ta’zîr cezası verilmesi gerektiğine dair görüşün arkasında yatan şey, suçlunun Allah’a itaatsizlik etmiş olmasıdır.¹⁷⁴

Karâfi’ye göre de esasında içinde Allah hakkı bulunmayan hiçbir hak yoktur. Zira kul hakkı gibi görünen şeylerde de hak edene hakkının ulaştırılmasını emretmiş olması itibarıyla Allah’ın hakkı bulunmaktadır. Bu sebeple salt Allah hakkı diye bir şeyden söz ederken, salt kul hakkından bahsedemeyiz. Ancak salt kul hakkı ifadesi kullanıldığında

¹⁷² İsmail el-Umerî, *el-Hak ve nazariyyetü't-teassüf fi isti'mali'l-hak fi ş-şerîa*, Matbaatü'z-Zehrâi'l-Hadîse, Musul 1984, s. 30.

¹⁷³ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 375-6.

¹⁷⁴ İbn Abdüsselâm, *Kavâidü'l-ahkâm*, I, 141.

bundan kasıt borç örneğinde olduğu gibi kişinin düşürmesiyle düşen haklardır. Öyleyse Karâfî kulun düşürme hakkının olduğu her şeyi kul hakkı şeklinde, düşürme hakkı olmayanları ise Allah hakkı şeklinde nitelemektedir.¹⁷⁵

Aynı minvalde olmak üzere Şâtıbî de alimlerin kul hakkı olan hususların da Allah hakkından ayrı olamayacağını belirttiklerini ifade etmektedir. Bu durumu adam öldüren kişinin affedilmesi halinde yine de yüz değnek ve hapis ile cezalandırılması gerektiği, hadlerin hak sahibi tarafından bağışlanması halinde dahi düşürülemeyeceği örnekleri ile açıklayarak affetme halinde dahi cezanın devam ediyor olmasının, eylemde içkin olan Allah hakkının çiğnenmemesi amacını taşıdığını belirtmektedir. Zira bir hükmün neden konulduğu aklen idrak edilebiliyor dahi olsa, o hükmün mutlaka taabbudî bir yönü de bulunmaktadır. Bu sebeple tüm yükümlülükler aynı zamanda birer Allah hakkıdır. Yani kul hakkı gibi görünen haklar esasında bir şekilde Allah hakkını da içermektedir ve her kul hakkı aynı zamanda Allah'ın hakkıdır. Şâtıbî bu yaklaşımını “*Hiçbir şer’î hüküm Allah hakkından hâli değildir*” sözüyle kaideleştirmiştir. Ona göre bir fiil ilk etapta salt kul hakkı gibi görünse de esasında onun içinde mutlaka Allah hakkı vardır, fakat dünyevî hükümler açısından kul hakkı ağır basmaktadır. Benzer şekilde esasında şeriat kulların maslahatı için vaz’ olduğundan, tüm şer’î hükümlerde kul hakkı da bulunmaktadır.¹⁷⁶

Buraya kadar aktardığımız bilgilerden yola çıkarak alimlerin Allah hakkı-kul hakkı ayrımının keskin sınırlarla çizilmiş bir ayrım olmadığını, salt kul hakkından söz edilse de esasında tüm haklarda mutlaka Allah hakkı bulunduğunu, alimlerin kul hakkıyla kişinin rızasıyla düşürebildiği veya devrettiği hakları kastettiklerini özetle ifade edebiliriz. Bu bilgileri temele alarak beden üzerindeki hakların dahil olduğu grup ve bunun organ bağıışı konusuna etkisi husularına geçiş yapabiliriz.

2.1.2.2.2. Allah Hakkı-Kul Hakkı Bağlamında Organ Bağıışı

Klasik fıkıh eserlerinde insan bedeni üzerinde tasarruf hakkının hangi hak türüne dahil olduğuna dair her zaman açık ifadelere rastlamak mümkün olmasa da, bazı klasik ve çağdaş dönem alimlerinin bu konuda doğrudan veya dolaylı olarak görüş serdettiklerini görmekteyiz. Bu hususta Şâtıbî, hiç kimsenin kendini öldürme ve herhangi bir organını

¹⁷⁵ Karâfî, *el-Furûk*, I, 140-1.

¹⁷⁶ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 315-8.

veya malını itlaf etme hakkı olmadığını ve canın, aklın ve bedeninin muhafaza edilmesinin kulların kendi haklarından olmayıp Allah'ın kullar üzerindeki haklarından olduğunu belirtmektedir. Zira hayat, beden ve akıl üzerindeki tasarruflar kulların tercihine bırakılmamıştır. Allah'ın, mükellef tuttuğu şeyleri yerine getirmesi için insana eksiksiz bir şekilde bağışladığı can, beden ve akıl üzerinde kulun tasarrufta bulunup bunları düşürmesi düşüncülemez.¹⁷⁷

Benzer şekilde Karâfi mal, akıl, namus, can ve organın her halükarda korunması gerektiğini, kişinin bunlara ilişkin haklarını kendi isteğiyle düşüremeyeceğini çünkü bu tür haklarda Allah haklarının da içkin olduğunu belirtir. Faizli akit yapma örneğinde olduğu gibi Allah bunu, kulun malını kendisine karşı korumak için yasaklamıştır. Özünde Allah kuluna olan rahmetinden dolayı onun dini ve dünyası için kendisine gerekli olan malını bu şekilde korumaktadır. Kulun bu konudaki hakkını düşürmeye razı olması bu eylemi meşru hale getirmemektedir. Yine yaratıcı, kulunun malını korumak için bir maslahat olmaksızın onu denize atarak zayi etmesini, aklını korumak için içki içmesini, neslini korumak için zinayı, namusunu korumak için zina iftirasını (kazif), canını ve organlarını korumak için öldürme ve yaralamayı yasaklamıştır. Kişi malının, aklının, neslinin, namusunun, canının veya organlarının zarar görmesine rıza gösterip bunlarla ilgili hakkından vazgeçmek istese bile bu rızasına itibar edilmez. Çünkü bu tür, kulların maslahatları ile birlikte Allah haklarının birlikte bulunduğu haklar, kulun düşürmesiyle düşmez. Halbuki bu haklar kulların maslahatlarını elde etme ve onlardan zararını gidermeyi içermektedir. Ancak buna rağmen içerisinde Allah hakkını da barındırdıkları için bu haklar kul tarafından düşürülemez.¹⁷⁸

Klasik dönemdekilerin yanı sıra modern çalışmalarda da beden üzerinde hem Allah hem de kul hakkının bir arada bulunduğu şeklindeki algının hakim olduğunu görmekteyiz. Organ nakli hakkında bir çalışması bulunan Umerî, beden üzerindeki hakların İslam'da genellikle müşterek haklar, yani Allah hakkı ve kul hakkının birleştiği haklar grubunda görüldüğünü ifade eder. İnsanın hayatını, aklını, bedenini ve malını korumasının gerekliliği, her iki hak türüyle de ilişkilidir. Bu tür haklar, Allah'ın kullara bahsettiği nimetleri koruma fonksiyonu görmesi, bu haklar sayesinde Allah'ın insana verdiği hayat sabit olabildiği ve yaşam bu haklarla sürdürülebildiği için Allah hakkı kapsamında

¹⁷⁷ Şâtübî, *el-Muvâfakât*, II, 376.

¹⁷⁸ Karâfi, *el-Furûk*, I, 141.

görülmüştür. İnsana bahşedilmiş olması ve bunların korunmasında insanlar için faydalar bulunması gibi nedenlerle ise bu haklar aynı zamanda kul hakkı olarak görülmüştür. Müşterek haklardan Allah hakkının ağır bastıklarında insanın tasarrufta bulunması veya o hakkı düşürmesi caiz değildir. Öyleyse insanın, kendi hayatını sonlandırma, bedenini güçsüz bırakma, malını telef etme gibi hakları olmamalıdır.¹⁷⁹ Yine çağdaş araştırmacılardan Bekru'ya göre insan bedeninde hem Allah hem de kul hakkı bir arada bulunmaktadır. İnsan bedeni üzerindeki Allah hakkı, kulun bedenini Allah'a kulluk ve ibadette kullanması, kulun kendi bedeni üzerindeki hakkı ise bedenini kullanması ve ona zarar vermeyecek şekilde ondan faydalanmasıdır.¹⁸⁰ Organ nakli konusunda kapsamlı bir çalışması bulunan Yûsuf Ahmed ise beden üzerindeki Allah hakkının bedeni korumak ve ona bir zarar gelmesini engellemek olduğunu belirtir.¹⁸¹ Ârif Ali Ârif el-Karadâğî ise insan bedeni üzerinde Allah'ın kendisine kulluk edilme hakkı ve insanın ise kendi bedeninden yararlanma hakkı olduğunu belirtir. Öyleyse kişinin bedeni üzerinde mülkiyet hakkı yoktur, ancak yalnızca ondan belli şartlarla faydalanma hakkı bulunmaktadır.¹⁸²

Çağdaş araştırmacılardan Bekr Ebû Zeyd'e göre ise insan, yaratılış amacı olan Allah'a kulluğu ve şer'î sorumluluklarını yerine getirmek zorunda olduğu için beden üzerinde Allah hakkı bulunmaktadır. Bu yüzden insan kendi istek ve iradesiyle kulluğunu zayıflatacak bir şeyi bir başkası için yapamaz ve dolayısıyla sağlığına zarar vermesi halinde organını bir başkasına bağışlayamaz.¹⁸³

Muhammed Naîm Yasin ise canlı insan bedeninin hem Allah hakkı hem de kul hakkı ile bağlantılı olduğunu, bu iki hakkın bedende iç içe ve birbirinden ayrılmaz olarak bulunduğunu belirtmektedir. Zira kişinin mutlak olarak bedeni üzerinde hakkı var gibi görünse de bedeninde aynı zamanda Allah hakkının da bulunduğunu gösteren hükümler çoktur. Örneğin intihar etmenin ve kişinin kendi bedenine ve organlarına zarar veya eziyet vermesinin haram oluşu, kişinin canının ve bedeninin dokunulmazlığının sadece

¹⁷⁹ Umerî, *el-Hak ve nazariyyetü't-teassüf*, s. 31-32.

¹⁸⁰ Kemâluddîn Cum'a el-Bekru, *Hükmü'l-intifâ' bi'l-a'dâi'l-beşeriyye ve'l-hayvâniyye*, Dâru'l-Hayr, Dimaşk 2001, s. 35-6.

¹⁸¹ Yûsuf b. Abdullah b. Ahmed Ahmed, *Ahkâmu nakli'l-a'dâi'l-insân fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Dâru Künûzi İşbilyâ, Riyad 2006, I, 147.

¹⁸² Ârif Ali Ârif el-Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye fi nakli'l-a'dâi'l-beşeriyye*, el-Câmiatu'l-İslâmiyye [HUM], Kuala Lumpur; Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2012, s. 10-2.

¹⁸³ Bekr b. Abdullah Ebû Zeyd, *Fikhu'n-nevâzil: Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1996, II, 54-5.

kendisine ait bir hak olmadığını göstermektedir. Yine -Mâlikî ve Şâfîlilerin tercih ettiği görüşe göre- adam öldürme durumunda veliyyü'd-dem (kısas hakkının sahibi) affetse dahi katilin ta'zîr cezasına çarptırılması, afla kul hakkının düşebileceğinin ancak kişinin bedenindeki Allah hakkının baki olduğunun göstergesidir. Şarap içen kimsenin bir başkasının hakkına tecavüz etmesi gibi bir durum söz konusu olmamasına ve kişinin yalnızca kendi aklına zarar veriyor olmasına rağmen bunun haram oluşu ve bu fiili yapan kişiye had cezası verilmesi, akıl sağlığının korunmasının Allah hakkı ile bağlantısını göstermektedir. Yasin'e göre fayda ve zararda müminlerin ortak olması gerektiği, İslam toplumunun birliği, müminlerin kardeşliği ve yardımlaşma konularında gelen nasların çokluğu da insan bedeninde toplumun hakkının bulunduğunu gösteren delillerdendir.¹⁸⁴ Öyleyse insan bedeni üzerinde yalnızca kişinin kendi hakları değil, bunun yanı sıra Allah hakları da bulunmaktadır.

Diğer yandan Yasin, organlarına tecavüzde bulunan kişinin kısas, diyet veya af hakkının bulunması ve cumhurun, öldürülen kişinin katle rızasının kısası düşüreceği veya bir kimsenin elini kesmesi için bir başkasına izin vermesi halinde bu eylemi yapan kişinin cezaya çarptırılmaması yönündeki görüşlerini ise beden ve organlar üzerinde Allah hakkının yanı sıra kul hakkının da bulunduğunun delilleri olarak sunmaktadır. Yine haksızlığa uğrayan kişiye veya veresesine kısas veya diyetten vazgeçip affetme hakkının verilmiş olması saldırının bu kişilere has bir hak üzerinde gerçekleştiğini göstermektedir. Aksi takdirde bu kişilerin affetme hakkı olmazdı. Çünkü Allah hakkı, insanların affetmesiyle düşmez. Ayrıca cumhurun, kişinin bir organının kesilmesine dair izninin failden dünyevî cezayı düşürmesine rağmen bu eylemin haramlığının devam ediyor olmasına dair görüşlerinin temelinde, insan bedeninin hem Allah hem kul hakkı ile bağlantılı olduğu düşüncesi yatmaktadır. Kulun izni kul hakkını düşürse de, geriye Allah hakkını ihlalden dolayı günah kalmaktadır.¹⁸⁵

İslam hukukçuları başkası üzerindeki kısas hakkını ifade etmek üzere *milkü'l-kisâs* kavramını kullanarak mağdurun ya da yakınlarının bir mülkiyet hakkından söz ederler. Böylece onlar kısas suçlarını kul hakkı kabul ederek mağdura veya velisine kısası uygulama yetkisi tanırlar. Başka bir deyişle, mağdur veya velisinin suçlu üzerinde bir hakkı doğduğu için suçun mağduru olan taraf, cezanın uygulanıp uygulanmamasına

¹⁸⁴ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 151-4, 181.

¹⁸⁵ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 153-4.

karar verebilmektedir. Kısas cezasını uygulama yetkisine sahip olan taraf, sanki suçlunun canına ya da kısas uygulanacak organına mâlik olmaktadır. Hatta kısas suçlusunun “kısasta memlûk” olduğu dahi söylenmiştir. Yine onlara göre, mağdurun, cezanın uygulanmasından bir bedel karşılığı vazgeçebilmesinin mümkün oluşu da kısas yetkisinin milk nitelikli bir hak olduğunu göstermektedir. Ancak bu milk sadece kısas cezasının uygulanması hakkında mağdur taraf için geçerlidir ve zaruret sebebiyle kabul edilmiştir.¹⁸⁶

Esasında İslam hukukuna göre bir kimsenin organlarına karşı işlenen bir suç mağdura, o kişiye aynı muameleyi uygulama hakkı tanımakta, yani bir bakıma kişiye bir başkasının bedeni ve organları üzerinde tasarruf yetkisi vermektedir. Ayrıca suçlu, bir başkasının beden bütünlüğüne zarar vermekle kendi beden bütünlüğünü ve dokunulmazlığını o kişiye karşı korumasız hale getirmiş olmaktadır. Bu bağlamda İslam hukukunun, suçlunun beden ve organlarının dokunulmazlığını mağdura has olarak yok sayması, bazı durumlarda beden ve organların dokunulmazlığına dair genel kaideden istisnaya gidilebileceğini göstermesi açısından önemlidir. Demek ki kısas cezası gerektiren müessir fiillerin işlenmesi mağdura misliyle muamele hakkı vermekte, bir bakıma failin beden bütünlüğünü, korunması gereken bir değer olmaktan çıkarmakta ve kişi hukukî dokunulmazlığını kaybetmektedir. Ancak kanaatimizce kısas hakkı olan kişinin diyet, sulh veya af yoluyla kisası düşürme hakkının bulunması insanın bedeninin mâliki olduğu ve dilediği gibi bedeni üzerinde tasarrufta bulunabileceği anlamına gelmemektedir. Zira organa yönelik bir suç gerçekleştikten sonra karşı taraftan kısası düşürmek ile kişinin en baştan canına veya organına karşı bir suç işlenmesine izin vermesi arasında fark bulunmaktadır.

Bu bilgiler ışığında bizde de oluşan kanaatin, insanın bedeni üzerindeki haklarda hem kul hakkı hem de Allah hakkı bulunduğu zira bu iki hakkın çoğu zaman iç içe geçmiş olduğu yönünde olduğunu ve çalışmamızda bu varsayım üzerinden ilerlediğimizi belirtmekte fayda görüyoruz. Öyleyse sıradaki adım, organ bağış bağlamında düşünüldüğünde, her iki hakkın da bulunduğu bedenimiz üzerinde bazı haklardan ferâgat etmenin hangi temele dayalı olarak mümkün olabileceği sorusunu cevaplamaya çalışmak olmalıdır. Kişinin kendi izni sayesinde kul hakkını düşürme yetkisi olduğunu

¹⁸⁶ Hacak, “İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi”, s. 223.

varsaysak dahi, kişinin izin ve talebiyle düşürme hakkı olmadığını bildiğimiz beden üzerindeki Allah hakkı ne olacaktır? Bunun için klasik dönem alimlerince taabbudî olduğu belirtilen ve somut ve aklî bir şekilde açıklanmayan “Allah’ın insan bedeni üzerindeki hakkı”nın mâhiyetini netleştirmek gerekmektedir. Bazı çağdaş araştırmacıların da belirttiği üzere kanaatimizce Allah’ın bu hakkı, kullarının sağlıklı bir bedenle kamil bir şekilde kendisine itaat, ibadet ve hizmet etmesinin sağlanmasıdır.

Kimi araştırmacılara göre ise Allah hakkından kasıt, kişinin içerisinde yaşadığı topluma bedeni ile sağladığı faydalardır. Çünkü toplumun maslahatının gerçekleşmesinde az çok o toplumu oluşturan bireylerin bedeninin de payı vardır. İnsan bedeninin sağlıklı olması Allah’ın kendisini mükellef tuttuğu şeyleri yerine getirmesine imkan vermektedir. Namaz, zekat, hac, cihad, emr-i bi’l-ma’rûf nehy-i ani’l-münker, akrabaya infak gibi şer’î yükümlülüklerin çoğundan kişi, içinde yaşadığı toplumun maslahatı için sorumlu tutulmuştur. Bu bağlamda toplumun hakkı, toplumu oluşturan her bir ferden bedeninin organlarıyla bağlantılı olmaktadır.¹⁸⁷ Öyleyse tersinden düşünüldüğünde kulun Allah’a karşı görevlerini ve onun emirlerini yerine getirmesini engelleyecek her türlü bedeni zarar, Allah’ın bu hakkını çiğnemek anlamına geleceğinden caiz olmayacaktır. O halde organ bağışu durumunda Allah hakkının ihlal edilip edilmeyeceğinin kriteri, kişinin bedeninden bir parçayı bağışlaması halinde canını veya sağlığını tehlikeye atıp atmadığı olacaktır.

Bu bağlamda Muhammed Naîm Yasin’in organ bağışını haklar açısından açıkladığı, bizim de makul bulduğumuz teorisini sunmak yerinde olacaktır. Yasin’e göre organ bağışu durumunda, ilgili organa bağlı Allah hakkı ve kul hakkı arasında bir başkasına devredilmektedir. Halbuki kul hakkında Allah hakkının içkin olduğu durumlarda, kişinin bu hak üzerinde tasarrufta bulunması veya bu hakkı devretmesi caiz değildir. Ancak ona göre hak sahibinin izni ile Allah hakkının devredilmesine izin veren şer’î bir ruhsat bir arada bulunursa kişi bu hak üzerinde tasarrufta bulunabilir. Bu şer’î ruhsat ise ilgili tasarrufun, devredildiği yerde daha büyük bir Allah hakkının meydana gelmesine vesile olmasıdır. Öyleyse organ bağışu ancak, alıcıdan giderilecek olan zararın vericide meydana gelecek zarardan daha fazla olduğunun kesin olduğu durumlarda caizdir. Çünkü hem alıcının hem de vericinin bedenine bağlı Allah hakları bulunmaktadır ve bu

¹⁸⁷ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 154-5.

aynı tür hakların karşılaştırılarak dengelenmesi ve her ikisinin de ihlal edilmemesi gerekmektedir. Örneğin alıcının canının korunması, bu canın sahibinin bedeniyle bağlantılı diğer tüm Allah haklarının korunması anlamına geldiğinden alıcıyı ölümden kurtarma durumunun bulunup vericinin ise hayatını kaybetmesinin veya ciddi anlamda zarar görmesinin söz konusu olmadığı durumlarda organ bağıışı caizdir. O halde taraflardan birine olumsuz etki etmezken diğerine fayda sağlayan bir bağıışın caiz olduğu söylenebilir. Yine Yasin daha büyük ve önemli başka bir Allah hakkını kurtarmak için daha zayıf olan bir Allah hakkından vazgeçebileceğini veya bu hakkın başkasına devredilebileceğini belirtmektedir. Bu sebeple Yasin, böbrek gibi alıcıyı ölümden kurtaracak, vericiye de kalıcı zararlar vermeyecek nakil türlerini caiz görmektedir. Çünkü hayatını kaybetmek üzere olan alıcıdaki Allah hakkı, vericinin iki böbreğinden birini bağıışlamasıyla kaybettiği Allah hakkından daha büyüktür.¹⁸⁸

Gerçekten de verici açısından bedende Allah hakkı söz konusu oluyorsa da, alıcı açısından düşünüldüğünde onun bedeninde de “canın korunması” şeklindeki Allah hakkı gerçekleşmektedir. Öyleyse maslahat-mefsedet dengesini sağlayacak şekilde hastanın bedenindeki Allah hakkını korumak için başka bir bedenden fedakarlık yapmak da Allah’ın razı olacağı ve izin verdiği bir eylem olarak görülebilecektir. Yani bir kimse kendi böbreğini bir başkasını kurtarmak amacıyla ona devrettiğinde, aslında kendi bedenindeki Allah hakkını başka bir kimsenin bedenine nakletmiş olmaktadır. Çünkü böyle bir durumda hastanın bedenindeki Allah hakkı vericinin bedenindeki Allah hakkından daha önem arz etmektedir. Bu sebeple verici bedendeki nispeten küçük zarara katlanılmaktadır.

Diğer taraftan Yasin, daha önce geniş bir şekilde ele aldığımız kul haklarının düşürülebileceği ve başkasına devredilebileceği, Allah haklarında ise bunların mümkün olmadığına dair ilkeyi kabul etmekle birlikte, istisnai olarak kul hakkı olup da o hakkı düşürmeyi ve başkasına devri kabul etmeyen veya Allah hakkı olup da bunları kabul eden hak türlerinin olduğunu belirtmekte ve organ bağıışını da bu temele oturtmaktadır. Birinci grubun varlığının dayanağı hakkın Allah tarafından insana bağıışlanmış bir hediye olması ve bu hakkın ancak Allah’ın var kılmasıyla var olabilmesidir. Allah Teâlâ hakları belirlemiş ve kulları bu hakları belirli yöntemle kullanma ve tasarrufta

¹⁸⁸ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 171-2.

bulunmakla sorumlu tutmuştur. Özel bir hak üzerinde, Allah tarafından belirlenen bu yönteme aykırı olarak tasarrufta bulunulursa bu tasarruf haram olur. Örneğin kişinin kendi haklarını, başkasına zarar vermek ve onların haklarını çiğnemek için kullanarak onlara zulmetmesine izin verilmemiştir. Bu kaideye dayalı olarak, hak sahibinin fert veya topluma zarar verecek şekilde haklarını düşürmesi veya başkasına nakletmesi caiz değildir. Örneğin kişinin komşusuna veya ortağına zarar verecek şekilde kendi mülkünde tasarrufta bulunması caiz değildir. Yine kocanın evli olduğu hanımından faydalanma hakkını başkasına devretmesi caiz değildir. Çünkü bunda neseplerin korunmasına dair toplumun hakkı çiğnenmektedir.”¹⁸⁹

Yasin’in belirttiği ikinci grup ise hakların tearuz ettiği ve maslahat ve mefsedetlerin bir arada bulunduğu hallerdir. Bunlardan bazılarını düşürmekten veya başkasına devretmekten başka çare yoktur. Bu durumlarda, alimlerin nass ve hükümlerden çıkardıkları kaidelere dayanarak hakkı düşürmek veya devretmek caiz olur ki “*İki fesad teâruz ettikde ehaffi irtikâb ile a’zaminin çaresine bakılır*”¹⁹⁰ kaidesi bunlardandır. Açlıktan ölecek durumdayken leş yemek, susuzluğu gidermek için şarap içmek, ikrah altındayken küfür ifadesini telaffuz etmek, bazı fakihlere göre açlıktan ölme tehlikesi ile karşı karşıya kalan kişinin ölü insan eti yemesi, kendilerini kuşatmış olmaları ve başka türlü kurtulmaları mümkün olmadığı zaman Müslümanların malını kafirlere vermek ya da Müslüman esirleri kurtarmak için kafirlere mal vermek, canı kurtarmak için çürümüş eli kesmek, Şâfiîlere göre açlıktan ölme tehlikesi ile karşı karşıya kalan kişinin kendi bedeninden bir parça keserek yemesi, bazı durumlarda yalan söylemek, yaşama ümidi olan bebeği ölmüş annenin karnından çıkarmak, kafirlerin önüne set çekilmiş masum Müslümanları öldürmek, toplumun faydası söz konusu olduğunda Müslümanların gıybetini yapmak (cerh ilmi gibi), sünnet, tedavi, şahitlik gibi amaçlarla avret mahallini açmak gibi durumlar hakkın düşürülmesinin caiz olduğu hallerdendir.¹⁹¹ Yasin Allah hakkı ve kul hakkının birlikte bulunduğu beden üzerindeki hakların da belli şartlarla düşürülebileceğini bu örneklere dayanarak gerekçelendirmiş olmaktadır.

¹⁸⁹ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 156-7.

¹⁹⁰ *Mecelle*, md. 28.

¹⁹¹ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 157. Genel kaidelerden istisna sayılan bu gibi durumları ileride özel olarak inceleyeceğimiz için şimdilik bu şekilde zikretmekle yetiniyoruz.

Haklar açısından organ bağışını temellendirirken Allah hakkı ile kul hakkının tercih sıralamasına dair ilkeleri de göz önünde bulundurabiliriz. Allah haklarının kul hakkından üstün konumda olduğu ve normal şartlarda Allah haklarının kul haklarının önüne geçirileceği ilkesi genel kabul görmüşse de Şâtıbî'nin belirttiği üzere bazen Allah hakkının öne geçirilmesinin Allah'ın başka bir hakkının çiğnenmesine yol açtığı durumlar vardır ve böyle hallerde kul hakkı Allah hakkına öncelenmelidir. Örneğin kişi hasta olmasına rağmen oruç tutacak olsa ve bu yüzden sağlığı bozulup namazını kamil bir şekilde eda etmekten geri kalsa, bir Allah hakkını yerine getirirken diğerini ihmal etmiş olacağından bu gibi durumlarda kul hakkı öne geçirilerek başka bir Allah hakkı kurtarılmalıdır. Yani böyle bir durumda kişi kulluk borcu olan orucu tutma sorumluluğunu yerine getirmeyebilir.¹⁹² Şâtıbî'nin bu görüşü, organ bağışı noktasında yaptığımız fikir jimnastiğine katkı sağlamaktadır. Zira bu ifadeler bir Allah hakkının korunması için başka bir Allah hakkının geri plana atılabileceğini belirtmesi açısından önemlidir. Bu ifadeleri konumuza taşıdığımızda, başka bir Allah hakkını ihlal etmemesi için Allah'ın vericinin bedeni üzerindeki hakkının geri plana atılıp karşı tarafın bedeninden bir parçanın alıcının Allah'a karşı sorumluluklarını yerine getirebilmesi için feda edilebileceğini söyleyebiliriz. Çünkü zaruret hallerinde kişinin organ almaması, sağlığının bozulmasına yol açarak belki ibadetlerini ve sosyal görevlerini hakkıyla yerine getirmekten onu alıkoyacak ve Allah hakkının ihlal edilmesine sebebiyet verecekti. Halbuki verici, ameliyat gibi risk ve komplikasyonları olabilecek bir müdahaleye tabi tutulsa da sağlığı ciddi anlamda tehlikeye girmeyeceği için daha alt düzeydeki bir Allah hakkı arka plana atılmış olacaktır.

İbn Abdüsselâm ise benzer şekilde, bazen insanlara dünyevî meselelerde kolaylık olması için bazı kul haklarının Allah hakkına tercih edileceğini belirtmekte ve bu bağlamda ikrah altındaki kişinin canını ve organlarını kaybetmemek ve daha sonrasında Allah'a kulluk ve ibadet görevlerini aksatmamak için Allah'ı inkar sözünü söylemesinin veya namaz ve oruç gibi Allah haklarını terk etmesinin caiz oluşuna dair örnekleri vermektedir.¹⁹³ Bu ifadelerden de kişinin kendisiyle Allah haklarının temin edildiği canın ve bedenin korunması için başka bir Allah hakkının ihmal edilebileceği anlaşılmaktadır. Yasin ise normal şartlarda Allah hakkının düşürülmesi mümkün

¹⁹² Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, III, 256-7.

¹⁹³ İbn Abdüsselâm, *Kavâidü'l-ahkâm*, I, 147-8.

olmamakla beraber topluma daha faydalı olması sebebiyle daha üstün sayılabilecek bir Allah hakkının gerçekleşmesi için diğer hakkın düşürülebileceğini belirtmektedir.¹⁹⁴

Rızanın, hakkın düşmesine etkisi açısından organ bağışı meselesine baktığımızda da benzer bir tablo ile karşılaşmaktayız. Bu bağlamda Şâtıbî, Allah hakkı ve kul hakkının birlikte bulunduğu fakat kul hakkının ağır bastığı fiilleri anlatırken, bir başkasının hakkının söz konusu olduğu akitlerin hak sahibinin hakkını düşürmesiyle sahih hale geleceğini belirtir. Çünkü o akdin yasak olması kul hakkı sebebiyledir ve hak sahibi hakkından vaz geçerse akdin yapılmasında sakınca kalmaz. Organ naklini bu tür bir hak grubuna dahil etmemizin mümkün olması halinde, alıcı ve verici arasında yapılan nakil işleminin vericinin rızası sayesinde caiz hale geleceği sonucuna varılabilecektir. Ancak diğer yandan Şâtıbî, Allah hakkı ve kul hakkının birlikte bulunduğu bir meselede, kulun hakkından vazgeçmesinin Allah hakkının da düşmesine sebebiyet vermesi halinde, kulun bu hakkından vazgeçemeyeceğini de belirtir.¹⁹⁵ Öyleyse beden üzerindeki haklarda Allah hakkı ve kul hakkının birlikte bulunduğunu kabul ettiğimizde, bu haktan vazgeçmenin, örneğin organını bir başkasına bağışlamanın herhangi bir Allah hakkını ortadan kaldırıp kaldırmadığına bakılması gerekecektir. Örnek olarak, kişinin organını bağışlaması onun sağlığını ciddi anlamda bozacak ve Allah hakkı olan ibadetlerini yerine getirmesine engel olacaksa, bu eylemin bir Allah hakkını düşürecek olması sebebiyle kişinin organını bağışlamanın caiz olmayacağını ifade edebiliriz. Ancak bu veya tahayyül edilebilecek diğer olumsuz sonuçlara yol açmayacağından emin olduğumuzda kişinin kendi hakkını düşürmesine izin verilebilecektir.

Diğer taraftan haklar noktasında dikkate değer önemli bir husus ise, bir başkasının kul hakkının, kişi için Allah hakkı mesabesinde oluşuna dair ilkedir. Buna göre aynı meselenin kişinin kendisine tatbiki ile bir başkası hakkında uygulanması arasında özneye bağlı bir farklılık bulunmaktadır. Bu bağlamda Şâtıbî, normal şartlarda Allah hakkının kul hakkının önüne geçirilmesi gerektiğini ancak bu durumun, mükellefin kendi hakları için geçerli olduğunu belirtir ve “*Bir başkasının kul hakkı, kişiye nispetle Allah hakkı hükmündedir*” diyerek kişinin kendi hakkı ile başka bir kulun hakkı arasında fark olduğunu izah eder.¹⁹⁶ Öyleyse bir başkasının hakkı, kişi için Allah hakkı

¹⁹⁴ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 184.

¹⁹⁵ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 320, 376.

¹⁹⁶ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, III, 257.

gibi olacağından kişinin kendi hakkına öncelenecektir. Klasik fıkıh eserlerinde bahsedilen, ölüm tehdidi altındayken kişinin kendi elini kesmesine rıza göstermesinin mümkün oluşuna dair örnek¹⁹⁷ üzerinden düşünecek olursak aynı rızanın bir başkasının bedeni üzerinde söz konusu olamayacağını bu ilke ile açıklayabiliriz. Organ bağışında da başka bir beden üzerinde tasarrufun bulunduğunu dikkate aldığımızda, kişinin kendi canını kurtarmak için kendi bedeninden bir parçayı feda etmesi ile kişinin kendi canını kurtarmak için bir başkasının bedeninden fedakarlık yapmasını beklemesi arasında fark olduğu açıktır. Bu farkı kapatacak, yani bir başkasının bedeninden bir parçayı kendi bedenine yerleştirilmek üzere kabul etmeyi caiz hale getirecek şey ise vericinin bu husustaki rızası gibi görünmektedir.

Netice olarak insan bedeni üzerinde kul hakkının yanı sıra Allah hakkının da bulunduğunu, bu hakkın kişinin sağlığını tehlikeye atmaması gerektiği şeklinde tezahür ettiğini, canın veya sağlığın tehlikeye atılmasının veya bunlara açıkça bir zarar verilmesinin söz konusu olmadığı ve alıcının gerçek anlamda fikhî bir zaruret içinde bulunduğu hallerde karşı tarafın bedenindeki Allah hakkını gerçekleştirmek için organ bağışlamakta sakınca olmadığını ifade edebiliriz. Bu bağlamda, insan bedeninde Allah hakkının bulunması gerekçesiyle organ bağışlamanın hiçbir şekilde caiz olmayacağını söylemek, elde edilecek diğer maslahatları ve alıcının bedeninde gerçekleşen Allah hakkını ihmal etmek anlamına geleceğinden kabul edilmesi güç bir iddiadır. Ancak organ bağışının, nakledilen organ, alıcı ve vericinin şartları gibi özel durumlar dikkate alınmaksızın mutlak anlamda caiz olduğunu da söylemek mümkün değildir. Öyleyse canın ve bedenin korunması veya neslin korunması gibi İslam'ın temel ilkeleri ile çatışmadığı müddetçe ve ileride bahsedeceğimiz şartlar sağlandığı takdirde beden üzerinde tasarrufta bulunulabilir. Çünkü insan bedeninde Allah hakkı ya da kul hakkından hangisinin ağırlıklı olarak bulunduğu konusunda alimler arasında ihtilaf bulunsa da, her iki hakkın da bulunduğu hususundaki ortak kanaat, beden üzerindeki tasarruflarda Allah haklarının gözetilmesini gerekli kılmaktadır. Bu da hak sahibinin koyduğu sınırlar ve dinin temel maksatlarının dikkate alınması ile gerçekleşebilir.

¹⁹⁷ Ebû Bekr Alaeddin Ebû Bekr b. Mes'ud b. Ahmed el-Hanefî el- Kâsânî (587/1191), *Bedâiü's-sanâi' fi tertîbi's-şerâi'*, Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1982-6, VII, 180; Fahrüddin Usman b. Ali b. Mihcen ez-Zeylaî (743/1342), *Tebyînü'l-hakâik fi şerhi Kenzi'd-dekâik*, el-Matbaatü'l-Kübra'l-Emîriyye, Bulak 1313-1315, V, 190.

Öyleyse kişinin beden üzerindeki tasarruf hakkının makâsıd-ı şerîa ile sınırlı olduğunu söylememiz yanlış olmayacaktır.

2.1.2.3. Mülkiyet Hakkı Açısından Beden ve Beden Parçaları

Organ nakli bağlamında kişinin bedenine veya organlarına mâlik olup olmadığı, başka bir deyişle kişi ile bedeni/organları arasında bir mülkiyet ilişkisinin bulunup bulunmadığı sorusu akla gelmektedir. Esasında soru, kişinin mâlik olduğu herhangi bir mal üzerinde olduğu gibi organları üzerinde de satış, hibe vs. türünden bir tasarruf yetkisinin olup olmadığı, varsa bu yetkinin sınırlarının ne olduğudur.

İnsan bedeni ve beden parçaları üzerinde kişinin mülkiyet hakkına dair tartışmalar, organ bağıışı konusundaki incelememize temel teşkil etmesi açısından önemlidir. Bunun için ise klasik fıkhıta mülkiyetin konusu kabul edilen mal kavramının ve insan bedeninin mal/eşya statüsünde kabul edilip edilmeyeceği ve kişinin kendi bedeni ve bedeninden parçalar üzerindeki haklarının sınırı hususlarının netleştirilmesi gerekecektir. Zira insanın bedeni üzerinde tam bir mülkiyet hakkının olduğu inancı, kişiye bedeni üzerinde mutlak bir tasarruf ve özerklik hakkı sunacaktır. Kişinin bedeninden bir parça üzerinde tasarrufta bulunarak onu bir başkasına bağışlamasının veya onu bedelli akitlere konu yapmasının caiz olup olamayacağı hususları, esasında kişinin bedeni üzerinde tasarruf ve mülkiyet hakkı olup olmadığı şeklindeki teorik zemine dayanmaktadır.

Organ nakline dair modern çalışmalarda bedenin Allah'ın mülkü oluşu şeklinde mutlak ve kat'î ibareler kullanılmakta¹⁹⁸ ve özellikle organ nakline karşı çıkanlar bu argümanı sıklıkla tekrarlamaktadırlar. Bu fikre göre, insan kendi bedeninin mâliki değildir, bedenin hakiki mâliki Allah'tır. İnsan sadece bedeninin nezaretçisidir. Onun üzerinde tasarruf ya da bir başkası için ondan ferâgat etme hakkı bulunmamaktadır.¹⁹⁹ İnsan diğer yaratılmışların en şerefliisi olmakla beraber bedeninin ve ruhunun mâliki değildir. İnsan malının ve bedeninin emanetçisi olduğu için gerçek mâlik olan Allah'ın izni olmaksızın

¹⁹⁸ Bkz. Abdüsselâm Abdurrahîm es-Sükkerî, *Naklu ve zirâ'atü'l-a'dâi'l-âdemîyye min manzûrin İslamîyyin*, Dârü'l-Menâr, [y.y.] 1988; Muhammed Saîd Ramazan el-Bûtî, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, Mektebetü'l-Fârâbî, Dimaşk 1994, s. 383; Nedâ Abdulvedûd Muhammed Umer, "et-Tasarrufâtü'l-vâride alâ amelîyyeti nakli'l-a'dâi'l-beşerîyye ve zirâatiha" (yüksek lisans tezi, Câmîatu Aden Kulliyetu'l-Hukûk, 2007), s. 122-4; Emced Murâkîb Dâvud Ubeyd, "el-Akvâlu'l-fikhîyye fî nakli ve zer'i'l-â'dâi'l-beşerîyye", *Mecelletü Külliyyeti'l-Ulûmi'l-İslâmîyye*, 2009, s. 61; s. 107; Atighetchi, *Islamic Bioethics: Problems and Perspectives*, s.163.

¹⁹⁹ Umer, "et-Tasarrufâtü'l-vâride", s. 81.

bunlar üzerinde tasarruf etmesi emanete hıyanet sayılır.²⁰⁰ Bu sebeple bu görüşteki araştırmacılar kişinin organlarını bağışlama hakkına sahip olmadığını, zira insanın bir şeyi bağışlayabilmesi için bağışladığı şeyin ya mâliki olması veya mâliki tarafından buna yetkili kılınmış olması gerektiğini belirtirler. Halbuki insan kendi bedeninin mâliki olmadığı gibi bu hususta yetkili kılınmış da değildir.²⁰¹

Çağdaş dönemde bu tür bir manzara söz konusuysen, incelediğimiz klasik fıkıh eserlerinde bedeninin emanet oluşuna dair net bir ibareye rastlamadık. Kişinin genel olarak canı üzerinde tasarruf hakkının olmadığı açık şekilde ifade edilirken, aynı kesinliği beden veya organlar hakkında görememekteyiz. Tüm fakihler bedeninin saygın ve korunmuş olduğunu kabul etmelerine rağmen özellikle ceza hukuku alanında verilen hükümlerde organların mâhiyeti hakkında farklı görüşler yer almaktadır. Hatta Hanefîlerin organların bazı durumlarda mal hükmünde değerlendirileceğine dair görüşleri dahi bulunmaktadır. Bu bölümde, klasik fıkıh eserlerindeki, bedeninin ve organların mal kabul edilip edilmeyeceğine dair görüşleri inceleyerek buna dair genel ilkelere ulaşip ulaşamayacağımızı görmek istiyoruz.²⁰²

Klasik dönem fakihlerinin malın aidiyetine dair düşünceleri, bedeninin aidiyetine dair modern görüşler ile örtüşmektedir. Bu düşünce alemdeki her şeyin asıl mâlikinin onların yaratıcısı Allah Teala olduğu fikrine dayanmaktadır. Ancak kanaatimize göre, gerek mal teorisi gerekse bedeninin aidiyeti hususlarında bu algı oldukça teorik ve teolojik kalmaktadır. Bu anlamda olaya daha fikhî-amelî boyuttan yaklaşmak gerektiği düşüncesindeyiz. Zira bedeninin mülkiyetinin Allah'a ait olduğu düşüncesi her şeyin asıl mâlikinin Allah olması sebebiyle doğru olmakla birlikte, bedeni üzerinde az veya çok

²⁰⁰ Muhammed Burhânuddîn es-Senbehlî, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra* (matbu doktora tezi), Dârü'l-Kalem, Dımaşk 1988, s. 62; Üsâme es-Seyyid Abdüssemi', *Naklu ve zirâatü'l-a'dâi'l-âdemiyye beyne's-şerîa ve'l-kânûn*, Dârü'l-Kütübi'l-Kânûniyye; Dâru Şetât, Kahire 2010, s. 18.

²⁰¹ Sükkerî, *Naklu ve zirâ'atü'l-a'dâi'l-âdemiyye*, s. 107; Muhammed el-Emîn b. Muhammed el-Muhtâr el-Cekenî eş-Şinkîti, *Ahkâmu'l-cerâhati't-tbbiyye ve'l-âsâru'l-müterettibe aleyhâ* (matbu doktora tezi), Mektebetü's-Sahâbe, Cidde 1994, s. 364-5.

²⁰² İlginç bir şekilde klasik eserlerde beden üzerinde Allah'ın mâlik olup insanın bedeni üzerinde ancak bir emanetçi oluşuna dair herhangi bir ibareye rastlanmazken, modern eserlerde sıklıkla karşılaştığımız bu anlayışın klasik eserlerin eşya üzerinde mülkiyete dair teorilerle bağlantılı olarak yer aldığı görülmektedir. Zira İslam hukukunda mülkiyet konusunda genel olarak malın asıl mâlikinin Allah olup insanların mal üzerinde ancak bir vekil olarak tasarrufta bulunduğu ve malın insanın elinde ödünç olduğu anlayışı yaygındır. Buna göre mallar üzerinde tam ve mutlak tasarruf kudreti Allah'a aittir. Bu anlamda kulların eşya üzerindeki yetkisine ancak mecazen milk veya mülkiyet denmektedir. Bazı alimler kulların eşyanın bizzat aynına değil menfaatine mâlik olduğu kanaatindeyken, bir kısmı ise kulların eşyanın menfaatine de mâlik olmayıp yalnızca intifâsına mâlik olduğu kanaatinde idirler (Hasan Hacak, "Mülkiyet", *TDV İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, XXXI, s. 543-4).

tasarruf hakkına sahip olan insanın bu tasarruflarının sınırlarını belirlemede yetersiz ve hatta bazen ütöpik kalmaktadır.²⁰³

Bu kısımda öncelikle bir bütün olarak insan bedeninin akde konu olup olamayacağını tartışacak ve ilgili hükmün gerekçelerini ele alacağız. Ardından insan bedeninden ayrılan parçalar üzerinde akit kurulup kurulamayacağını inceleyeceğiz. Bu bağlamda kısaca ve teorik olarak mezheplerin mal algısını incelemek suretiyle insan bedeninden ayrılan parçaların mal kabul edilip edilemeyeceğini; ardından da kan, süt, kemik, saç, diş gibi klasik fıkıh eserlerinde kendisinden istifade edilmesinin ve satış gibi akitlere konu edilmesinin tartışıldığı bazı beden parçalarına dair hükümleri sunup yorumlayacağız.

2.1.2.3.1. Bedenin Mülke Konu Olması

Mülkiyet hakkı mâlike eşya üzerinde düşünölebilecek en güçlü ve kapsamlı tasarruf yetkileri sağlayan haktır. Mülkiyet hakkının konusu mallardır ve hukuken mal niteliğinde görölmeyen şeyler mülkiyet hakkına konu olamaz. Mâlik mülkü üzerinde, dilediği gibi kullanma, tabii ve hukukî semerelerinden yararlanma, tüketme, tahrip ve taşıyir etme, zilyedliğinde bulundurma gibi fiillerle mülkiyetini başkasına geçirme ve üzerinde hak tesis etme vs. anlamında tasarrufta bulunma hakkına sahiptir.²⁰⁴ Ancak bunlar tam mülkiyet hali için geçerlidir. Mülkiyetin nakıs olduğu durumlarda ise kişi malın ya yalnızca aynına veya yalnızca menfaatine mâlik olmaktadır ki bu ikincisine intifâ hakkı denilir.²⁰⁵

Bir bütün olarak insan bedeninin mal hükmünde değerlendirilmesi hususu araştırıldığında bedenin mal kabul edilmesi, mülkiyete konu olması ve dolayısıyla da

²⁰³ The Federation of Islamic Medical Association (FIMA), The Indonesian Council of Ulama (MUI) ve The Indonesian Forum for Islamic Medical Studies (FOKKI) tarafından düzenlenen toplantıda İslam'a göre insan bedeninin ve organlarının aidiyeti tartışılmıştır (30 Temmuz 1996, Jakarta). Toplantı sonucunda İslam alimlerinin insan bedeninin mülkiyeti konusunda klasik fıkıhtaki mülkiyet anlayışına göre bir sınıflama yapmak gerekirse, insan bedeni ve mülkiyet arasındaki ilişkisi konusunda şu üç görüşten birini tercih ettikleri belirtilmiştir: Birinci görüşe göre insanın bedeni onun milk-i rakabesidir. Buna göre kesin olarak insan kendi bedeni ve organlarının mâlikidir, organlarını bir başkasına verebilir ve dilerse satabilir. İkinci ise milku'l-menfaa görüşü olup bu görüşe göre ise kişi organlarını kendisi kullanabilir ve bir başkasına verme hakkı da vardır, fakat satma hakkı yoktur. Milku'l-intifâ görüşüne göre ise insan kendi organlarını yalnızca kendisi kullanabilir ve bir başkasına ne verebilir ne de satabilir. Toplantıdaki alimler ise ittifaken insanın bedeni üzerindeki tasarruf hakkının milku'l-intifâ olduğu sonucuna varmışlardır. Buna göre insan bedeni Allah'a aittir, ancak insanlar organlarının yalnızca kullanım hakkına sahiptir (Bkz. <http://www.members.tripod.com/ppim/resolusi.htm> [Erişim tarihi: 12 Şubat 2014]).

²⁰⁴ Hacak, "Mülkiyet", s. 543, 545.

²⁰⁵ Vehbe Zuhaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, Dârü'l-Fikr, Dımaşk 1997, IV, 2895.

beden üzerinde mâlî özellik taşıyan akitler kurulması fikhen mümkün görünmemektedir. Klasik eserlerin bâtil satış başlığı altında, mal kapsamında görülemeyeceği için hür insanın satımının caiz olmadığı açıkça belirtilmektedir. Fukaha, hür insanın satışının haramlığında ve böyle bir satışın bâtil olacağı hususunda ittifak etmiştir.²⁰⁶ Zira hür insan mal olmadığı için satım akdinin rüknü bulunmamaktadır. Ayrıca kişinin mâlik olmadığı şeyi satması geçersizdir.²⁰⁷ Malda temiz olma şartı arayan Şâfiî fakihler, temiz olmasına ve kendisinde menfaat bulunmasına rağmen satılması caiz olmayan şeyler arasında hür insanı zikrederler.²⁰⁸

“Üç kimse kıyamet gününde beni karşısında bulacaktır: Adımı kullanarak aldatan, hür bir insanı satıp parasını yiyen, bir işçiyi çalıştırıp da ücretini vermeyen”²⁰⁹ şeklindeki, kimi kaynaklarda kutsî olarak zikredilen hadiste de hür insanın satışa konu edilmesinin yasaklığı açıkça belirtilmiştir.²¹⁰ Bu açıdan insan bedeninin eşya kapsamında görülerek akde konu edilmesi fikhen mümkün değildir. Serahsî (ö.483/1090)’nin de ifade ettiği üzere Allah katında şerefli olan insanın satışa konu edilmesi onun onurunu çiğnemek, onu küçük düşürmek ve ona zulmetmek anlamına gelecektir.²¹¹

Klasik fıkıh eserlerindeki mal tanımlarına baktığımızda “insan”ın bu tanımın dışında kaldığının özel olarak vurgulandığı dikkat çekmektedir. Bu anlamda fukaha insan ve insan bedeninin bir mal olmadığına ittifak etmiştir. Örneğin Hanefîlerin “mal” tanımları “insanın maslahatı için yaratılmış ‘insan dışındaki şeylerin’ adı olup biriktirilmesi ve üzerinde istendiği gibi tasarrufla bulunulması mümkün olan şey”

²⁰⁶ Kâsânî, *Bedâi*, V, 305; Ebû'l-Hasan Burhânuddîn Ali b. Ebî Bekr el-Mergînânî (593/1197), *el-Hidâye şerhu Bidâyetü'l-mübtedî*, Kahraman Yayınları, İstanbul 1986, III, 42; Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Cemmâilî el-Makdisî b. Kudâme (620/1223), *el-Muğni* (thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Abdülfettah Muhammed el-Hulvî), Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 1999, VI, 364, 359; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 186; Zeynüddin b. İbrâhim b. Muhammed el-Mısri el-Hanefî b. Nuceym (970/1563), *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik* (thr. Zekeriyâ Umeyrât), Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1997, VI, 117; Mansûr b. Yunus b. Salâhuddin el-Buhûtî (1051/1641), *Keşşâfu'l-kınâ' an metni'l-İknâ'*, thk. İbrâhim Ahmed Abdülhamid, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 2003, IV, 1387; Zuhaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, V, 3514.

²⁰⁷ Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 42.

²⁰⁸ Ebû İshak Cemaleddin İbrâhim b. Ali b. Yusuf eş-Şîrâzî (476/1083), *el-Mühezzeb fi fikhi'l-İmâm eş-Şâfiî* (thk. Muhammed ez-Zuhayli), Dâru'l-Kalem, Dimaşk 1996, III, 26-7; Ebû Zekeriyâ Muhyiddin Yahyâ b. Şeref en-Nevevî (676/1277), *el-Mecmû' şerhü'l-Mühezzeb*, Dâru'l-Fikr, Beyrut [t.y.], IX, 242.

²⁰⁹ Buhârî, “İcâre”, 12, 15; “Buyû”, 106; İbn Mâce, “Rühun”, 4; Buhûtî, *Keşşâfu'l-kınâ'*, IV, 1387.

²¹⁰ İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 359; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 242. Serahsî ise hadisi Rasûlullah'a atfeder (kutsî olduğunu düşünmez) ve Rasûlullah'ın böyle bir kimsenin karşısında şiddetle yer alacağını belirtir (Ebû Bekr Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl es-Serahsî (483/1090), *el-Mebsût*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut [t.y.], XV, 82-3).

²¹¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 82-3.

şeklinde. Bir şey üzerinde akit yapılabilmesi için ise o şeyin mal olması gerekir.²¹² Serahsî malı, “fayda elde etmemiz için yaratılmış olan bizim dışımızdaki şeyler” olarak tanımlar ve insanın malın mâliki olarak yaratıldığını, insanın aynı anda hem mal hem de malın mâliki olmasının ise aklen çelişkili olduğunu söyler. Zira “Allah yerde olan her şeyi insan için yaratmıştır.”²¹³ Bu durumda, hakkın öznesi olan insanın hakkın subjesi olan eşya konumuna indirilmesi aynı zamanda bir çelişki oluşturmaktadır. Neseffî (ö.710/1310) ise malı, “insanın maslahatı için yaratılmış insan dışındaki şeyler” olarak tanımlar.²¹⁴

Modern hukuklarda da eşya/mal için, üzerinde bireysel hakimiyet sağlanabilen, sınırlanabilen, ekonomik bir değer taşıyan, *kişi dışı maddî varlıklar*; üzerinde hakimiyet kurulmasına elverişli ve genellikle iktisâdî bir ihtiyaca cevap verebilen *insan dışı cisimsel varlıklar* gibi tanımlar yapılmakta²¹⁵ ve böylece insanın bu tanımın dışında kaldığı özellikle vurgulanmaktadır.

Esasında İslam’ın da kurallarını düzenlediği İslam öncesi bir uygulama olan kölelik müessesesi, başka bir deyişle kölenin mülkiyete konu olabilmesi, genel anlamda insan bedeninin veya organlarının temellük edilip edilemeyeceği sorusunu akla getirebilecektir. Kölelik konusunun ayrıntılarına girmeden ifade etmek gerekirse, arızî bir durum olarak İslam’dan önceki bir uygulamanın düzenlenmesinden ibaret olan bu kurumdan yola çıkılarak insan bedeninin mülkiyete ve dolayısıyla beden parçalarının akde konu olabileceğini söylemek mümkün değildir. Zira klasik fıkha göre efendi de kölenin bedeni üzerinde mâlik değil, yalnızca onun bedeninin menfaati üzerinde tasarruf sahibidir. Çünkü kişi, kölesini bir bütün olarak satma ve ücretini kullanma hakkına sahipken normal şartlarda ona zarar verecek şekilde bir organını başkasına verme veya bedeninden herhangi bir parçayı satma hakkına sahip değildir. Bu sebeple örneğin, kölenin sahibinin ölümle tehdit edilerek kölesini kılıçla öldürmeye veya onun elini kesmeye zorlanması halinde bunu yapmaya hakkı yoktur. Bu hususta köle ile hür

²¹² İbn Nüceym, *el-Bahru’r-râik*, V, 431; Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülazîz ed-Dımaşkî b. Âbidîn (1252/1836), *Reddû’l-muhtâr ale’-d-Dürri’l-muhtâr: şerh-i Tenvîri’l-ebâr: Hâşiyetu İbn Âbidin* (thk. ve tlk. Âdil Ahmed Abdülmevcûd, Ali Muhammed Muavviz), Dâru Âlemi’l-Kütüb, Riyad 2003, I-XII (*Hâşiyetu kurretu uyûni’l-ahyâr tekmileti Reddû’l-muhtâr ale’-d-Dürri’l-muhtâr ile birlikte*), VII, 10.

²¹³ el-Bakara, 2/29; Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 125.

²¹⁴ Ebu’l-Berekât Hâfızuddin Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd en-Neseffî (710/1310), *Keşfü’l-esrâr Şerhü’l-Musannif ale’l-Menâr*, Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut 1986, I, 87.

²¹⁵ Özbilen, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler*, s. 40-1.

arasında bir fark bulunmamaktadır.²¹⁶ Yine hiç kimse kendi kölesinin organlarını satmaya yetkili değildir. Kölede mal olma manası bulunsa da esasında köle mal değildir. Diğer mülkiyetlerden farklı olarak kölenin mülkiyeti tam bir aynî hak doğurmamaktadır. Kölenin dilediği gibi helak edilememesi de bunu göstermektedir.²¹⁷ Kölenin canı ve organları hukukî açıdan koruma altındadır. Nitekim klasik eserlerde efendinin cariyesinin sütünü dahi satmasının caiz olmayacağına dair ağırlıklı görüşler de bunu göstermektedir.²¹⁸ Öyleyse kölelik müessesesinden yola çıkılarak, kişinin bir başkasının bedeni üzerinde sınırsız tasarruf yetkisine sahip olduğunun veya bedenin mülk sayılmasının imkanının iddia edilmesi düşünülemez.

2.1.2.3.2. Beden Parçalarının Mülke Konu Olması

2.1.2.3.2.1. Mal Teorisi Açısından Beden Parçaları

Klasik fıkhıta mal kavramının “insan dışındaki” şeyleri ifade etmek için kullanılmasından ve insan onuru ve saygınlığına aykırı kabul edilmesinden ötürü insan bedeninin “mal” kapsamında görülmediği anlaşılmaktadır. Ancak insandan ayrılan ve başka bir insanın faydası için kullanılabilir saç, kemik, süt, kan, iç organlar gibi beden parçaları için de aynı şeyi söylemek mümkün olabilecek midir?

Bir şeyin mal olması onun aynî haklara konu olabileceği ve o şey üzerinde her tür hukukî işlemin gerçekleştirilebileceği anlamına gelmektedir.²¹⁹ Bu bağlamda beden veya beden parçalarını mal kabul etmek onu aynî hakların konusu yapacak ve bu da kişiye beden üzerinde hukukî anlamda bir tasarruf hakkı verecektir. Günümüzde gündeme gelen ve kimi ülkelerde yasal kabul edilen organ karşılığında bedel alınması ve beden parçalarının akde konu edilmesi hususu açısından bu konu önem arz etmektedir. Bu noktada İslam hukukunda farklı mezhepler tarafından malda aranan genel özellikleri inceleyerek vücuttan ayrılan maddelerin teoride aynî haklara konu olup olamayacağını ve dolayısıyla mal kapsamında görülmesinin imkanını tartışacağız. Ancak tüm mezheplerin mal teorisini tek tek incelememiz imkan dahilinde olmadığı için öncelikle fukahanın mal için asgari müşterek olarak öngördüğü şartları dikkate

²¹⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 69-70.

²¹⁷ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, V, 431; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 10.

²¹⁸ İbn Âbidîn, *zâhirü'r-rivâyeye göre kişinin cariyesinin sütünü satma hakkına sahip olmadığını belirtir* (İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 245).

²¹⁹ Hasan Hacak, “Mal”, *TDV İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, XXVII, s. 461-2.

alacağız. Kanaatimizce bedenden ayrılan insan parçalarının mal kabul edilebilmesi için üzerinde ittifak edilen asgari şartlar sağlanmadığından mezhepler arasındaki farklılıklara gitmemize ihtiyaç bulunmayacaktır.

Gördüğümüz kadarıyla farklı kriterler öne sürmelerine rağmen tüm mezhepler bir şeyin mal kabul edilebilmesi için onun kendisinden faydalanılabilir bir şey olması (*müntefe 'un bih*)²²⁰ ve ondan istifade edilmesine şer'an izin verilmiş olması²²¹ şartlarını katı bir şekilde aramaktadırlar.²²² O halde bu iki temel şartı, bedenden ayrılarak bağımsız hale gelmiş beden parçaları hakkında inceleyerek bunların mal kapsamında görülüp görülemeyeceğini tartışabiliriz.

Fakihler temelde malı, kulların maslahatı için yaratılmış şeyler olarak görmekte ve Hanefîlerin dışındaki fukahaya göre kendisinden istifade edilen şeyler menfaat de olsa mal sayılmaktadır.²²³ Bu anlamda fukaha mal tanımında “fayda”yı ön plana çıkarmaktadır. Nitekim kendisinde fayda bulunmayan şeyin satımı sahih değildir ve faydasız şey mal sayılamaz.²²⁴ Hatta Hanefîler “*Şer'an helal bir menfaati bulunan her şeyin satışı caizdir*” şeklinde bir kaide geliştirmişlerdir. Çünkü aynlar (eşyalar) insanın menfaati için yaratılmıştır.²²⁵ Yine satılan şey karşılığında alınan ücretin sahih olması

²²⁰ İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 359; Karâfi, *el-Furûk*, III, 238; Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb el-Kâhîrî eş-Şîrbînî (977/1570), *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meâni elfâzi'l-Minhâc*, Dârü'l-Fîkr, [y.y.] [t.y.], II, 11-2; Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed b. Hamza el-Ensârî er-Remlî (1004/1596), *Nihâyetü'l-muhtâc ilâ şerhi'l-minhâc*, Dârü'l-Fîkr, Beyrut 1984, III, 395; Buhûtî, *Keşşâfu'l-kınâ'*, IV, 1382; Ebu'l-Berekât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed Adevî ed- Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr alâ Muhtasari Halîl* (göz. geç. Kemaleddin Abdurrahman Kâri), el-Mektebetü'l-Asriyye, Beyrut 2006, II, 873; Abdülkerim Zeydân, *el-Medhal li-dirâseti's-şer'ati'l-İslâmiyye*, Mektebetü'l-Kuds, Bağdat 1982, s. 217.

²²¹ Kâsânî, *Bedâi*, V, 142; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 359; Karâfi, *el-Furûk*, III, 238; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, V, 430; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, II, 873; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 235; VII, 10; Zeydân, *el-Medhal*, s. 220-1.

²²² Hanefîler ise malın örfen iktisâdî bir değer taşıması ve müstakîl bir fizikî varlığının bulunması şartlarını da aramaktadırlar (Hacak, “Mal”, s. 462). Mecelle'de de mal “*Tab'-ı insanî mâil olup da vakt-i hâcet için iddihâr olunabilen şey*” (Mecelle, md.126) şeklinde tanımlanmaktadır. Bu anlamda şarap mal iken mütekavvim değildir, kan ise mal değildir. Bir şeyin mal olup olmadığı tüm insanların veya bazı insanların o şeyi mal olarak kabul etmesi (temevvül) ile olurken, mütekavvim olması şer'î izinle olur (İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, V, 430; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 10). Dolayısıyla kendisinden istifade edilmesi hususunda hukukî izin bulunmayan şeyler mal tanımının dışında kalmaktadır ve mütekavvim olmayan malın satışı bâtıldır (İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 235). Mütekavvim mal üzerinde satış, kira, hibe, ödünç, rehin, vasiyet, şirket gibi akitler gerçekleştirilebilirken, gayrı mütekavvim mallar üzerinde bu akitlerin kurulması bâtıldır (Zuhaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, IV, 2880; Zeydân, *el-Medhal*, s. 221-2). Hanefîler dışındaki fakihler ise ayrıca bir şeyin dinen mal sayılabilmesi için temiz olması (necis olmaması) şartını da özellikle vurgularlar (Ebû Zekeriyâ Muhyiddin Yahyâ b. Şeref en-Nevevî (676/1277), *Minhâcu't-Tâlibîn*, Dârü'l-Fîkr, [y.y.] [t.y.], I-IV (*Muğni'l-muhtâc* içinde), II, 11; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 225; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, III, 392; Derdîr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, II, 873; Hacak, “Mal”, s. 462).

²²³ Zeydân, *el-Medhal*, s. 217.

²²⁴ Şîrbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 11-2.

²²⁵ Zuhaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, V, 3431.

için hemen veya ileride şer'an kendisinden istifade edilebilir olması gerekir. Bazı şeylerin satışı ise derhal faydalanılabilir olmamasından ötürü caiz görülmemektedir.²²⁶ Fakihlerin bir şeyin mal kabul edilebilmesi için "o şeyden faydalanılabilir olmayı" ortak nokta olarak esas aldıklarını düşündüğümüzde insan organları ve beden parçalarının neredeyse tamamından tedavi veya başka amaçlarla fiilen faydalanılmasının mümkün olduğu ve bunlar sayesinde insanlar için maslahatların elde edildiği günümüz şartlarında bu kriter bunları mal kabul etmek için tek başına yeterli olabilecek midir?

Bu noktada fakihlere göre malda aranan yararın zaruret halinin dışında gerçekleşmesi kriteri de önem arz etmektedir. Nitekim fakihler zaruret halinde yararlanmayı gerçek bir yarar kabul etmemektedirler. Mesela açlıktan ölme tehlikesi gibi zaruret hallerinde murdar hayvan eti yemek bir fayda temin etse de, bu durum istisnai bir hal olduğu için murdar et mal kapsamında görülemez.²²⁷ Hanefilere göre yalnızca zaruret ve mecburiyet durumu olmaksızın normal şartlarda kendisinden istifade edilebilir şeyler mütekavvim mal (hukukî mal) olabilir. Benzer şekilde, susuzluktan ölmek üzere olan kişinin şarap içmesinin caiz olması örneğinde olduğu gibi yalnızca zaruret sebebiyle kullanılması caiz hale gelen şeyler mütekavvim mal sayılmazlar.²²⁸

Hanbelîlerin mal tanımlarında da doğrudan bu hususa dikkat çekilmekte ve mal "zaruret ve ihtiyaç durumları söz konusu olmaksızın kendisinde mübah bir fayda bulunan şey" olarak görülmektedirler. Onlara göre de haşerat gibi faydasız şeyler, şarap gibi faydası bulunmasına rağmen haram olan şeyler, yalnızca ihtiyaç sebebiyle kendisinden istifade edilebilen köpek ve ancak zaruret sebebiyle istifadesi mübah hale gelen leş gibi şeyler mal kapsamında değildir. Hatta bazı alimler muztar kişiye dahi leşin satılmasını caiz saymamışlardır.²²⁹ O halde bir şeyin mal sayılabilmesi için zaruret durumu söz konusu olmaksızın yani normal şartlarda da kendisinden istifade edilebilir olması esastır. Kanaatimiz insan organ ve parçalarının normal şartlarda kendisinden faydalanılabilir maddeler olmadığı ve bu sebeple bunların mal tanımı içinde değerlendirilmesinin mümkün olmadığı yönündedir. Öyleyse organların, tıbbî ve fikhî açıdan ancak tedavi gibi zaruret hallerinde kendisinden istifade edilebilir görülmeleri sebebiyle, Hanefilerin

²²⁶ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 242; Karâfî, *el-Furûk*, III, 238.

²²⁷ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, IV, 2876.

²²⁸ Zeydân, *el-Medhal*, s. 220-1.

²²⁹ Buhûtî, *Keşşâfu'l-kınâ'*, IV, 1382, 1386.

hukuken akde konu olabilen mal anlamında kullandıkları mütekavvim mal, diğerlerinin ise mal olarak ifade ettikleri hukukî mal kavramının kapsamına girmediği anlaşılmaktadır. Zaruret sebebiyle bunlardan yararlanılabilmesi de organları mal haline getirmemektedir. Ayrıca bedenden ayrılan parçalar, diğer din mensupları tarafından kıymet ifade eden içki ve domuz kapsamında değerlendirilip gayri mütekavvim mal olarak da görülemez. Çünkü insan bedeninden ayrılan parçalar hiçbir din mensubuna göre “normal şartlarda” kendisinden istifade edilebilir bir mal değildir.

Bu noktada fakihlere göre malda aranan yararın âdeten olması şartı da önem arz etmektedir. Örneğin Hanefiler yarar kavramını örflerle ilişkilendirerek âdeten fayda olarak görülmeyen şeyleri dışarıda tutmaktadırlar. Âdeten ve normal bir şekilde faydalanmaktan kasıt insanların genellikle istifade ettikleri şekilde ve o şeyin tabiatına uygun olan ve ayrıca yaratılışındaki fayda ortaya çıkacak şekilde yararlanılmasıdır. Bu sebeple, bir buğday tanesi veya bir avuç topraktan yararlanılıyor olsa da bunlar örfen tam bir yarar kabul edilmemektedir.²³⁰ Bu açıdan organların örfen kendisinden yararlanılan bir mal sayılması imkansız değildir. Çünkü bir şeyin faydalanılması ve bu anlamda toplumda iktisâdî bir değerinin olması mekan ve zamana göre değişkenlik göstermektedir. Herhangi bir zamanda veya mekanda ekonomik yararı olmayan veya rağbet görmeyen bir madde, başka bir yer ve zamanda ekonomik fayda sağlayabilir. Hatta farklı hukuk sistemlerinde bir madde eşya kabul edilebildiği gibi aynı hukuk sistemi içinde dahi bir varlık kimi zaman eşya sayılırken bazı zamanlarda ise eşya olarak görülmeyebilir. Örneğin bazı ülkelerde sperm, kan, yumurta gibi insan kökenli hücrelerde ivazsız devir şartı varken kimi ülkelerde ise satış serbesttir.²³¹ Ayrıca “fayda”yı tek başına bir kriter olarak aldığımızda klasik eserlerin kaleme alındığı, tıp teknolojilerinin günümüzdeki seviyesinde olmadığı devirlerde kendisinden belki bugünkü anlamda istifadenin mümkün olmadığı insan bedeninin parçaları mal statüsünde görülmezken günümüzde sperm, böbrek, kan, ilik gibi maddelerin piyasada rağbet görmesi sebebiyle bunların yeniden değerlendirilmesi gerekebilecektir. Bu sebeple kanaatimizce insan bedeninin parçaları olan biyolojik maddelerin hukuken mal hükmünde kabul edilip edilmemesi daha objektif ve genel geçer başka bir kritere bağlı olmalıdır ki bu da kanun koyucunun bu konudaki tavrı olmalıdır.

²³⁰ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, IV, 2876; Zeydân, *el-Medhal*, s. 217.

²³¹ Özbilen, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler*, s. 51-5.

Nitekim aralarında nüans olmasına rağmen klasik eserler bir bütün olarak değerlendirildiğinde fakihlerin mal hakkında benimsediği “kendisinden faydalanılmasının dinen caiz olması” şeklindeki kriter²³² bizi, insanın tüm cüzleriyle bir bütün olarak saygın olması gerekçesiyle insan bedeninin veya beden parçalarının mal hükmünde sayılamayacağı ve zaruret olmadığı müddetçe kendisinden istifade edilemeyip üzerinde satış gibi akitlerin kurulamayacağı sonucuna götürmektedir. Zira kendisinden faydalanılabilir olsa dahi şâri’in istifadesini yasakladığı şeyler mal sayılmamaktadır. Bu açıdan, fakihlerin bahsettiği “fayda”nın dinen geçerli bir fayda olması gerekmektedir. Fakihlerin çoğuna göre ise insandan ayrılmış beden parçalarından normal şartlarda istifade edilmesi caiz görülmemektedir. Kimi fakihlere göre ise faydadan kasıt zaten dinen o şeyden yararlanmanın mümkün olmasıdır.²³³ O halde fakihlerin malda aradığı bu temel şartlar dikkate alındığında kanaatimizce beden parçaları mal hükmünde değerlendirilemez.

Ancak organlara karşı işlenen müessir fiiller karşılığında maddî tazmin cezası olan diyetin gündeme gelmesi şeklindeki bazı fikhî düzenlemeler, bir bütün olarak insana veya beden parçalarına mâlî bedel biçilebilmesi düşüncesini akla getirebilmektedir. Fakat klasik fıkıh metinlerinde de açık bir şekilde ifade edildiği üzere diyet bedenin veya organların bir bedeli veya ücreti değildir. Diyet insanın doğrudan kıymeti değil, kendisine karşı suç işlenen kişinin hayatına saldırının cezası²³⁴ ve kul hakkının ihlal edilmesinin bir sonucudur.²³⁵ Klasik fıkıh eserlerinde diyet malın tazmini olarak değil kanın tazmini olarak görülmektedir.²³⁶ Yine diyet öldürülenin veresinesini teselli etmek için meşru kılınmış bir uygulama olup mağdurun canına veya bedenine ait maslahatların yok edilmesinin ve bedene verilen zararın telafisidir.²³⁷ Serahsî açık bir şekilde insan organlarına zarar verildiğinde bunların tazmin edilmesinin, organların mütekavvim bir mal olduğu anlamına gelmediğini belirtir. Böyle bir durumda tazmin ettirilen yalnızca

²³² Kâsânî, *Bedâi*, V, 142; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 359; Karâfi, *el-Furûk*, III, 238; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, V, 430; Şîrbîni, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 11; Dirdâr, *eş-Şerhu'l-kebîr*, II, 873; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 235; VII, 10; Zeydân, *el-Medhal*, s. 220-1, 217.

²³³ Şîrbîni, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 11-2.

²³⁴ Muhammed Ali el-Bâr, *el-Mevkıfû'l-fikhî ve'l-ahlâkî min kadıyyeti zer'i'l-a'dâ*, Dârü'l-Kalem, Dimâşk; ed-Dârü's-Şâmiyye, Beyrut 1994, s. 188.

²³⁵ İbn Abdüsselâm, *Kavâidü'l-ahkâm*, I, 165.

²³⁶ Kâsânî, *Bedâi*, X, 318.

²³⁷ Şâtübî, *el-Muvâfakât*, II, 377; Bekru, *Hükmü'l-intifâ*, s. 36-7.

insanın özünde meydana gelen eksikliklerdir.²³⁸ Yine organlara bir zarar verildiğinde malların tazmininde olduğu gibi onların kıymetinin verilmiyor ve onlara sahibi tarafından bir fiyat biçilmiyor olması da organların mal sayılamayacağını destekler niteliktedir.²³⁹

Bedenden ayrılan biyolojik parçaları fikhen mal kapsamında görmek mümkün değilse, zarar görmeleri halinde bunlar hangi hukukî korumadan yararlanacaktır ve sahibinin bunlar üzerinde bir hakkı olacak mıdır? Mal kabul edilmeyen bir şey hukuken korunmadığı için itlafı halinde tazmin sorumluluğu doğmadığından²⁴⁰ bir insanın bedeninden ayrılmış organlarından birine zarar veren kişinin bu fiili tazmin edilmeyecek midir? Yoksa bu hak şahsiyet hakkı içinde korunacak ve ceza hukuku kapsamında mı değerlendirilecektir? Örneğin bir başkasının saçını, kişinin izni olmaksızın almanın ve peruk yapmanın cezası olacak mıdır? Özellikle de saç, kan, deri gibi insanın genetik bilgilerini taşıyan DNA molekülleri içeren vücut parçalarının izinsiz kullanımı kişisel bilgilerin korunması ve mahremiyet açısından sorun teşkil etmekte olup bu durum kişilik değerlerini ihlal etmektedir. Yine sperm veya yumurta gibi üreme hücrelerine yönelik saldırılar da kişinin üreme hakkına ve dolayısıyla kişilik değerine bir tecavüz olarak değerlendirilebilir.²⁴¹

²³⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 126.

²³⁹ Ahmed, *Ahkâmu nakli'l-a'dâi'l-insân*, I, 153.

²⁴⁰ Hacak, "Mal", s. 462; Zeydân, *el-Medhal*, s. 221.

²⁴¹ Özbilen, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler*, s. 75-7. Modern hukuklarda ise bedenden ayrılmış biyolojik maddeler çoğunlukla eşya statüsünde görülmekteyse de bu maddeler üzerinde farklı hukukî yorumlar da bulunmaktadır. Örneğin bu maddelerin insan vücudunun bütünleyici parçası, doğal ürünleri veya eklentisi olup olmadığı da tartışılmıştır. Hem eşya statüsünde değerlendirmek hem de satış gibi bazı hukukî işlemlere konu edilemeyeceğini göz ardı etmemek için kimilerince ise bu maddelerin "ticarete konu edilemeyen eşya (*res extra commercium*)" olduğu fikri ortaya atılmıştır. Ticarete konu edilemeyen eşya ise, uyuşturucu madde örneğinde olduğu gibi, eşya statüsünde olmasına rağmen devir ve temlik hukuk düzenince tamamen yasaklanmış ya da sınırlandırılmış şeylerdir. Bu maddelerin ticarete konu edilemeyen eşya kabul edilmesinin temel nedeni bunların kendi doğasından kaynaklanmaktan ziyade nihayetinde kanun koyucunun bu husustaki iradesi yani yasal engel gibi görünmektedir. Kimileri ise bu kavramın insan kökenli biyolojik maddeleri açıklamak için yetersiz ve müphem kaldığı kanaatinde dirler (Özbilen, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler*, s. 48-71). Ticarete konu olamayan eşya kavramı Hanefî mezhebindeki gayr-ı mütekavvim mal kavramı ile ilk etapta benzerlik gösterse de bu kavramın yalnızca diğer din sahipleri için kıymet ifade eden malları ifade etmek için üretildiği düşünüldüğünde aralarındaki fark belirginleşecektir.

Sonuç olarak, klasik fıkihta insanın saygınlığı ve dokunulmazlığı nedeniyle normal şartlarda beden parçalarından istifade edilmesinin dahi haram olduğu belirtilmektedir.²⁴² O halde zaruret olmaksızın kendisinden yararlanılması dinen caiz görülmeyen bu maddelerin satışa konu edilmesi ve mal hükmünde görülmesi de mümkün değildir. Zira satım akdinin konusunun, üzerinde sözleşme yapılabilecek türden bir mal olması gerekmektedir.²⁴³ Bu anlamda saç, kemik, kan, süt, diş gibi insan parçalarından istifade etmenin caiz olup olmadığına dair klasik görüşler de satışının hükmü açısından önem taşımakta olup şimdi bunları inceleyeceğiz.

2.1.2.3.2.2. Bedenden Ayrılan Parçaların Mal Sayılmasının İmkânı

Klasik Hanefî eserlerin fâsit bey' ile ilgili bölümlerinde beden parçalarının satışa konu edilmesi konusu ele alınmakta ve bunun caiz olmadığı belirtilmektedir.²⁴⁴ Hanefî eserler dışındaki fıkih eserlerinde -süt haricinde- insan bedenine ait parçaların satımının cevazını tartışan ibarelere rastlamadık. Bu sebeple insan sütü dışındaki beden maddelerinin satışını Hanefî görüşler üzerinden inceleyecek, insan sütünün satışı konusunu ise karşılaştırmalı olarak değerlendireceğiz.

İlgili dönemde esasında insandan ayrılan organlardan bugünkü anlamda yararlanma söz konusu olmadığı için klasik fıkih metinlerindeki tartışmalar yalnızca saç, kan, kemik, diş, süt gibi kendisinden faydalanılması mümkün olan beden parçaları üzerinden dönmektedir. Genellikle buralarda bedenden ayrılan maddelerin bir başkası tarafından kullanılmasının ve satışının caiz olup olmadığı hususları tartışılmıştır.

Hanefîler organların satım akdine konu edilmesi konusunda oldukça katı bir tavır sergilemişlerdir. Anne sütü de dahil olmak üzere bedenden ayrılan hiçbir parçanın akde konu olamayacağını düşünen Hanefîler, bunu insanın ve organlarının “saygınlığı ve dokunulmazlığı” ilkeleri ile gerekçelendirirler. Onlar insan bedeninden ayrılan parçaları

²⁴² Bkz. Ebû Bekr Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl es-Serahsî (483/1090), *el-Usûl* (thk. Ebü'l-Vefâ el-Efgânî), Dârü'l-Kitâbi'l-Arabî, Kahire 1954, I, 203; Burhânüddin Mahmûd b. Ahmed b. Abdilaziz b. Ömer el-Mergînânî el-Buhârî, (616/1219), *el-Muhîtü'l-Burhânî fî'l-fikhi'n-Nu'mânî* (thk. ve tlk. Ahmed İzzu İnâye ed-Dimaşki), Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut 2003, II, 28. Krş. Kâsânî, *Bedâi*, V, 142; Mergînânî, *el-Hidâye*, I, 20; Ekmeluddîn Muhammed b. Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed el-Bâbertî (786/1384), *el-İnâye fî şerhi'l-hidâye*, el-Matbaatü'l-Kübra'l-Emîriyye, Bulak 1315-1318, I-VIII (*Fethü'l-kadîr* içinde), I, 65; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, I, 65, 67; *Fetâva'l-Alemgîriyye: el-Fetâva'l-Hindiyye* (haz. Burhanpurlu Şeyh Nizam), Matbaatü'l-Kübra'l-Emîriyye, Bulak 1310, V, 354.

²⁴³ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 10.

²⁴⁴ Bkz. Kâsânî, *Bedâi*, V, 142 vd; Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 42 vd; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 184 vd.

necis saymamakta, ancak buna rağmen satılmasını ve hatta -daha önce belirttiğimiz üzere- onlardan istifade edilmesini caiz görmemektedirler.²⁴⁵ Zira onlara göre insanın saygınlığı sebebiyle onun beden parçalarını satmak onu değersizleştirmek anlamına gelir ve onlardan faydalanmak ise ona hakaret ve aşağılama sayılır.²⁴⁶ Onlar hür insanın satışının yasaklığına referansla tamamını satmanın caiz olmadığı şeylerin bir kısmını satmanın da caiz olmadığını belirterek kafir dahi olsa insanoğlunun saygın olduğunu, insanın akde konu edilmesinin, diğer cansız varlıklar gibi mal kabul edilmesinin ve bu şekilde aşağılanıp değersizleştirilmesinin onun zillete düşürülüp hor görülmesi anlamına geleceğini ve bunun caiz olmadığını belirtirler. Zira bedeninin parçaları da beden hükmündedir ve bu sebeple üzerindeki akitler bâtıdır.²⁴⁷

Esasında bir şeyin satılabilir olması ve akde konu edilmesi her zaman o şeyin değersizleştirilmesi anlamına gelmemekte, tam tersine bazı şeylerin satılabilir olduğunu söylemek onu değerli kabul etmeyi ifade etmektedir. Hanefîler bu sebeple domuz kılınının satılmasının caiz olmamasını, para gibi bir kıymet karşılığında satılmasının ona değer atfetmek anlamına geleceği ile gerekçelendirirler. Fakat tam aksine, insan saç ve kıllarının satışa konu olamamasını ise insanın saygın ve değerli oluşuyla açıklarlar.²⁴⁸ Bu durumda kendisi şer'an özel bir saygınlık ve değeri olan bir şeyi satıma konu edinmek onu değersizleştirirken, şer'an değersiz kabul edilmiş bir şeyi satmak ise onu değerli görmek anlamına gelmektedir. Nitekim aynı eylem farklı yerlere nispetle bazen yüceltme bazen ise alçaltma anlamı taşıyabilmektedir.²⁴⁹

Klasik Hanefî eserlerde insan saçından hem istifade edilmesi hem de satışı konusunda haramlık yönünde katı bir tutum göze çarpmaktadır.²⁵⁰ O dönem için de saç kendisinden faydalanılması fiilen mümkün bir madde olmasına rağmen kullanılması ve satım akdine konu edilmesi neden uygun görülmemiş olabilir? Fakihler insan kemiğinin ve saçının, necis olmaları sebebiyle değil, insanın saygınlığına aykırı olduğu için satışının caiz olmayacağını söylerler. Çünkü satışa konu edilerek aşağılanması, bunların hor ve hakir

²⁴⁵ Ebû Bekr Alâuddin Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed es-Semerkindî (539/1144), *Tuhfetü'l-fukahâ*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1984, I, 52.

²⁴⁶ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 203; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, VI, 133.

²⁴⁷ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 202; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 245.

²⁴⁸ Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 45-6; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 202.

²⁴⁹ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 202; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, VI, 132.

²⁵⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 125; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, IV, 51; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, VI, 133.

görüldüğünü ve değersizleştirildiğini göstermektedir.²⁵¹ Yine klasik eserler bu soruyu saça saç ekletmeyi yasaklayan hadise atfen cevaplamaktadırlar. Zira saçın kullanımı hususunda bu kadar katı olunmasının ve bu konunun klasik fıkıh eserlerinde seçilerek tartışılmasının nedenlerinden biri saça saç ekletmenin yasaklığına dair hadisler olmalıdır.²⁵² Bu hadislerdeki lanetin sebebi kendisinden istifade edilmesi helal olmayan şeyden istifade edilmesidir. Sebep az görünen saçları çoğaltmak değildir, çünkü genel olarak zinet helal olduğu için, insan saçı haricindeki bazı şeylerle bunun yapılmasına izin verilmiştir.²⁵³ Kimi çağdaş araştırmacılar ilgili rivayete dayanarak, bir hastalık sebebiyle herhangi bir organını veya bedeninden bir parçayı kaybeden kişinin bu eksikliği başka bir şahsa ait bir organ veya bedenden bir parça ile tamamlayamayacağı, böyle bir tedavinin caiz olmadığı sonucunu çıkarırlar.²⁵⁴ Saçı veren kişi hiçbir şekilde zarar görmemekte olmasına rağmen bu saçı alıp kullanmak caiz olmadığına göre, organ naklinde de verici hiçbir zarar görmese bile saygınlığı (mükerrem oluşu) sebebiyle bedeninden herhangi bir organı veremeyeceği belirtilmiştir.²⁵⁵

Yine klasik fıkıh eserlerinde, insan bedenine ait yenilenebilen bir sıvı olan kanın satışına dair hükümler de bulunmaktadır. Necâseti sebebiyle kandan yeme-içme yoluyla istifade edilmesinin ve satılmasının caiz olmadığı hususunda klasik dönem fakihleri arasında ittifak bulunmaktadır.²⁵⁶ Zira şarap, domuz, leş, kan gibi nass ile yasaklanan maddelerin²⁵⁷ satışının haramlığı ve hukuken geçersiz olacağı hususunda fakihler arasında ittifak vardır.²⁵⁸ İbn Âbidîn (ö.1252/1836) ise kanın mal kabul edilememesini ve satışının bâtil oluşunu insan nefsinin arzu ettiği ve rağbet edilir bir şey olmaması ile gerekçelendirir.²⁵⁹ Neticede necis olması sebebiyle kanın satılamayacağı hususunda bir ittifak gündeme gelmişse de kanın o dönemki satış ve kullanım amacıyla bugün ona

²⁵¹ Kâsânî, *Bedâi*, V, 142.

²⁵² Kâsânî, *Bedâi*, V, 142; Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 46; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 203.

²⁵³ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 203.

²⁵⁴ Ubeyd, "el-Akvâlu'l-fikhiyye fî nakli ve zer'i'l-â'dâi'l-beşeriyye", s. 359.

²⁵⁵ Senbehli, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, s. 61-2.

²⁵⁶ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, V, 3499.

²⁵⁷ el-Bakara, 2/173; el-Mâide, 5/3; el-En'âm, 6/145.

²⁵⁸ Kâsânî, *Bedâi*, V, 305; Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 42; İbn Kudâme, *el-Muğni*, VI, 358; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 186; Buhûtî, *Keşşâfu'l-kınâ'*, IV, 1386.

²⁵⁹ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 12, 235. Ancak Hanefilere göre insan veya hayvanların akıcı kanları mal kapsamında değildir. Hayvanların akıcı kanı olmayan karaciğer, dalak gibi organları satılabilir (İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 235; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, VI, 116). Yine Hanefiler Rasûlullah'ın hacamat yaptırdıktan sonra işlemi yapana ücretini ödediğine dair ve benzer hadislerden yola çıkarak haccâmın yaptığı iş mükabilinde aldığı ücretin caiz olduğunu düşünmüşlerdir (Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 84).

duyulan ihtiyaç arasında fark olduğu düşünülürse bugünkü şartlarda zaruret bulunması halinde fakihlerin kanın satımı konusunu daha farklı ele almaları gerekebilecektir.

Yine Hanefî alimler bedenden ayrılan insan dişini²⁶⁰ ve bazı alimler tabaklandıktan sonra insan derisini²⁶¹ fikhen temiz saymalarına rağmen bunlardan istifadenin ve satılmasının caiz olmayışını insanın şerefli oluşu ve dokunulmazlığı ile açıklarlar.

Kendisinden istifade edilebilen, fayda içeren ve temiz bir madde olması itibariyle insan sütü ile nakle konu olacak organların satımı arasında bir benzerlik kurulabilir. Yenilenebilir bir biyolojik kökenli sıvı olan sütün satım akdine konu olup olamayacağını ele alarak iki konu arasında bir kıyasa gidilip gidilemeyeceğini değerlendireceğiz. İnsan sütünden istifade edilmesi ve satışı konusu klasik fıkıh eserlerinde tartışılmış olan ve konumuza ışık tutabilecek temel meselelerden biridir. İnsanın saygınlığı ilkesi çerçevesinde insan sütünün akde konu olup olamayacağı hususunda iki temel görüş söz konusu olmaktadır. Süt anneye belli bir ücret ödenmesinin cevazı noktasında alimler arasında ittifak bulunmakla birlikte, bu ücretin neyin karşılığı olduğu konusunda ihtilaf görülmektedir. Bu ücretin annenin sütünün değil de emeğinin karşılığı olduğuna dair görüş konumuzun dışında kalmaktadır. Ancak bunun karşısında yer alan ve ücretin bizzat sütün bedeli olduğu iddiasındaki görüş sahipleri, saygın olan bir varlığın sütünün satılmasının imkanı sorusuna cevap aramak durumunda kalmışlardır. Belki de bu fakihler insan sütünün satılmasını insanın saygınlığı ilkesine aykırı görmemişlerdir. Peki insan bedeninin ve beden parçalarının saygınlığına bu kadar vurgu yapan bu fakihleri, insan sütünün satılabileceği düşüncesine götüren ve daha güçlü olması beklenen temel ilke ve sâik neydi?

Temiz olması ve kendisine ihtiyaç duyulan bir madde olmasına rağmen insan bedeninin bir parçası olması sebebiyle insan sütünden istifade ve bunun satışı hususunda Hanefîlerin oldukça katı bir tutum sergilediklerini açıkça görmekteyiz. Hanefîler insan sütünü mal olarak görmedikleri için satılmasını mutlak olarak caiz saymamışlardır.²⁶² Zira onlara göre insan sütü bedenden çıkan tükürük ve ter hükmünde olup temiz olmakla birlikte mütekavvim (hukuken değerli) bir mal değildir. İnsan aslen mal

²⁶⁰ İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, I, 191. Krş. Serahsî, *el-Uşûl*, I, 203; Kâsânî, *Bedâi*, I, 63.

²⁶¹ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, I, 356-7.

²⁶² Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 119, 125-6; Kâsânî, *Bedâi*, V, 145; Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 45; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 201; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, VI, 132; *el-Fetâva'l-Hindîyye*, III, 116. Ebû Hanîfe'nin de insan sütünü satımını caiz görmediği görüşünde olduğu rivâyet edilmektedir (Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 254).

olmadığından ondan meydana gelen süt de mal değildir ve bu sebeple satılamaz.²⁶³ Ayrıca örfen de insanların insan sütünü mal hükmünde görmemeleri onu mal kabul etmemek için bir sebeptir.²⁶⁴

Diğer taraftan insanın bir parçası olan sütün alışverişe konu edilmesi halinde, insanın tüm parçaları ve cüzleriyle dokunulmaz ve saygın olması nedeniyle, insan aşağılık, bayağı ve hakir bir konuma düşürülmüş olur.²⁶⁵ İbnü'l-Hümâm (ö.861/1457) ise insan sütünün satımına cevaz vermenin insanın mal oluşu ihtimalini gündeme getireceği için kabul edilemez olduğunu belirtir.²⁶⁶ Ayrıca akrabalık oluşturduğu için (hürmet-i musâhara) anne sütünün satımının yaygınlaşması nesillerin karışmasına kapı aralar. Çünkü alıcı ve satıcının kayıt altında tutulması neredeyse imkansızdır.²⁶⁷

Yine Hanefilerin bu husustaki temel gerekçelerinden biri de sütün mutlak olarak gıda sayılmadığı, dinin ancak bebeklerin beslenmesi için zaruret sebebiyle anne sütünü gıda kabul ettiği ve bu amaçla ondan istifade edilmesine izin verildiği yönündedir. Şarap ve domuz gibi, sadece zaruret sebebiyle kendisinden istifade edilmesine izin verilen şeyler ise dinen mal hükmünde sayılmaz.²⁶⁸ Bu sebeple süt içmesi zaruri olmayan kişinin bunu içmesi caiz değildir ve normal şartlarda süttten faydalanmak da haramdır.²⁶⁹ Hatta bu gerekçeden dolayı, bülüğa ermiş bir kadının sütünden çeşitli şekillerde istifade etmenin cevazı konusunda Hanefî fakihleri arasında ihtilaf vardır. İnsan sütünün tedavi amacıyla göz veya kulağa damlatılmasının caiz olup olmadığı dahi alimlerce tartışılmış, kimisi bunu caiz görmezken kimileri ise bunda bir şifa olup hastalığa iyi geldiğinin bilinmesi

²⁶³ Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 119, 125-7. Kimileri ise süt anne kiralamanın caiz oluşunun, insan sütünün satılmasının caiz olmadığı delili olduğu görüşündedirler. Halbuki sadece süttünden istifade etmek için bir ineğin kirallanması caiz değilken kadının bu amaçla kiralmasına cevaz verilmiştir. Süt anne kiralamak caiz sayıldığına göre bu, anne sütünün mal olmadığı anlamına gelir (İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 202). Ancak kanaatimizce bu kıyas zayıftır.

²⁶⁴ Kâsânî, *Bedâi*, V, 145.

²⁶⁵ Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 45. Krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 125; Kâsânî, *Bedâi*, V, 145; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 201; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, VI, 132.

²⁶⁶ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 201. Diğer yandan Hanefilere göre insan sütünün satışı caiz olmadığı ve süt mütekavvim bir mal sayılmadığı için telef edilmesi halinde kişiye tazmin de gerekmez. Yine sütün telef edilmesi halinde insanın bedeninde bir eksilme meydana gelmediği için telef halinde sütün tazmini gerekli değildir. Sökülen dışın yerine yenisinin çıkması, yaranın iyileşerek kabuk bağlaması hallerinde olduğu gibi bedeninin özünde bir eksilme oluşmadığı için zarar veren kişi tazminle sorumlu tutulmaz (Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 125-7; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 201-2).

²⁶⁷ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 202.

²⁶⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 119, 125-6; Kâsânî, *Bedâi*, V, 145.

²⁶⁹ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 201.

halinde yani zaruret sebebiyle ve tedavi alternatifi bulunmadığı için kullanılabilceği kanaatine ulaşmışlardır.²⁷⁰

Görüldüğü üzere Hanefiler insanın saygınlığını koruma, beden parçalarını akde konu ederek insanın mal sayılmasının gündeme gelmesini engelleme, süt akrabalığı yoluyla nesillerin karışması ihtimaline set çekme gibi gerekçelerle insan sütünün satışını caiz saymamışlardır. Ancak Şâfiîler, Mâlikîlerin cumhuru ve Hanbelîlerden bir gruba göre ise insan sütü mal hükmündedir ve satılması caizdir. Bu görüşteki ulemanın temel delilleri ise sütün temiz ve kendisinden faydalanılan bir madde olması ve zaruret olmaksızın sütün içilmesinin mübah kılınmasıdır.

Şâfiîler ise içilebilir, kendisinden faydalanılabilir ve temiz bir madde olması gerekçeleriyle diğer hayvanların sütüne kıyas yapmak suretiyle kadının sütünü satmanın caiz olduğu kanaatine varmışlardır.²⁷¹ Şîrbînî (ö.977/1570) insan sütünün satışının caiz olduğu konusunda mezhep içinde ihtilaf olmadığını belirtir. Zira insanın kendisiyle beslenip büyüdüğü bir şeyin temiz olmadığını söylemek insanın saygınlığına aykırı olacağından süt temiz bir maddedir ve hatta erkekten gelen süt de temiz olduğu için satılabilir.²⁷² Hanefîlerden farklı olarak Şâfiîlere göre insan sütü hukuken mütekevvim bir maldır ve telef eden kişi tazminle sorumlu tutulur. Sütün ekonomik bir değeri olan ve hukuken değerli bir mal sayılması dinen ve örfen sütün bizzat aynından faydalanılabiliyor olmasından kaynaklanmaktadır. Nitekim insan sütü hayvan sütü gibi temiz bir içecektir ve tüm insanlar için bir gıda maddesidir. Öyleyse diğer gıda maddelerini satmanın caiz oluşu gibi insan sütünü satmak da caizdir. Hatta insan sütü, süt anne kiralama şeklinde kira akdine konu olabiliyorsa, satış akdine evleviyetle konu olabilmelidir.²⁷³ Görüldüğü üzere Şâfiîlere göre -Hanefîlerden farklı olarak- sütün insan bedeninden ayrılmış bir madde olması onun satılmasına engel teşkil etmemektedir.

²⁷⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 126; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 201; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, VI, 132; *el-Fetâva'l-Hindiyye*, V, 355. Sütün satımı konusunda Hanefî fakihlere göre süt sahibi kadının hür veya cariye olması arasında bir fark yoktur. Ebû Yusuf ise cariyenin sütünü satmanın caiz olduğunu belirtmiştir. Çünkü cariyenin kendisi üzerine akit yapılabiliyorsa, bir parçası olan süt üzerine de akit yapılabilmelidir. Ancak Mergînânî, köleliğin bizzat helal olduğunu ve canlı kişi üzerinde söz konusu olacağını, sütte ise hayatiyet olmadığı için köleliğin süte sirayet etmeyeceğini belirterek Ebû Yusuf'un görüşünü eleştirmektedir (Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 45. Krş. Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 125; Kâsânî, *Bedâi*, V, 145; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 201; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, VI, 132; *el-Fetâva'l-Hindiyye*, III, 116).

²⁷¹ Kâsânî, *Bedâi*, V, 145; Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 45; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 254; Şîrbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 12.

²⁷² Şîrbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, II, 12, 80.

²⁷³ Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 125.

Ahmed b. Hanbel (ö.241/855)'in görüşünün ise kadının sütünün satılamayacağı ve dolayısıyla telef edildiği zaman tazmin edilemeyeceği²⁷⁴ veya anne sütünün satımını kerih gördüğü yönünde olduğuna dair rivâyetler bulunmaktadır. Ancak bu husus Hanbelîler arasında ihtilâflıdır. İbn Kudâme (ö.620/1223), satışı caiz olan şeylerden bahsederken Hırakî'nin kullandığı “kendisinde fayda bulunan her şey” ifadesinden anne sütünün satımının caiz olduğu sonucunu çıkarır. Kimi Hanbelîler ise anne sütünün satımının caiz olmadığı görüşünü benimsemişlerdir.²⁷⁵ Buhûtî (ö.1051/1641) ve İbn Kudâme gibi kimi Hanbelîler ise koyun sütü gibi kendisinden faydalanılan temiz bir süt olduğu gerekçesiyle anne sütünün satışını caiz görürler. Ayrıca süt anne kiralamada ücret alınması caiz olduğuna göre menfaat açısından aralarında benzerlik bulunduğundan dolayı sütün satışı da caiz olmalıdır.²⁷⁶ İbn Kudâme'ye göre insan sütünü insan terine benzeterek satışının caiz olmadığını söylemek doğru bir yaklaşım değildir. Çünkü terin faydası yoktur, bu yüzden koyunun teri de satılmaz ancak sütü satılır. Benzer şekilde ona göre insanın diğer parçalarının da satımı caizdir. Ancak kesilerek bedenden ayrılmış bir organın satılması haramdır, çünkü bunda bir menfaat yoktur.²⁷⁷

Bu ifadelerden ve şerîat tarafından istisna edilmediği müddetçe, temiz olsun necis olsun kendisinden istifade edilmesi mübah olan her şeyin satışının da caiz olduğuna dair görüşlerden²⁷⁸ anlaşıldığı kadarıyla bazı Hanbelîler faydalanılabilen şeylerin satılabileceğini belirtmekte ve bu hususta menfaati esas almaktadırlar. Öyleyse bu fikirdeki alimlere göre insanın süt ve diğer beden parçaları satılabilir. Ancak ilginç bir şekilde, kesilmiş bir insan organının satılmasının haram oluşu karşı tarafa fayda sağlamaması ile gerekçelendirilmiştir. Kanaatimize göre, bu bakış açısı insanın saygınlığını dikkate almaması ve yalnızca fayda odaklı olması sebebiyle tartışmaya açıktır. Zira bu görüş günümüz şartlarına güncellendiğinde, karşı tarafın bedeninde fayda sağlayan nakil durumunda organların satışa konu olabileceği ve organ karşılığında bedel alınabileceği sonucu çıkmaktadır.

²⁷⁴ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 201.

²⁷⁵ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 363.

²⁷⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 364; Buhûtî, *Keşşâfu'l-kınâ'*, IV, 1384.

²⁷⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 364.

²⁷⁸ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 359.

Görüldüğü üzere Hanefi fikhı, insan onuruna ve saygınlığına aykırı olduğu için beden parçalarının satımına izin vermemektedir. Bu alimlere göre insan cüzlerinin satışının haramlığının illeti ise Allah'ın insana has kıldığı saygınlıktır ve bu sebeple bunların satışı haram ve bâtıldır. Ancak bazı alimlerin ise fayda içermesi ve süt annelik karşılığında ücret alınmasının cevazı sebebiyle insan sütünü bu yasaklıktan istisna ettiklerini görmekteyiz. Ancak kanaatimizce süt annenin aldığı ücret sütün ücreti değil, kadının bebek için ayırdığı vaktin ve emeğın karşılığı olmalıdır.

Kimi çağdaş araştırmacılar süt annenin bebeği emzirmesi karşılığında ona verilen ücretin sütün bedeli olmayıp onu onurlandırma amaçlı veya sütün oluşması için gerekli beslenme masrafları, kadının emzirdiği bebeğın bakımına verdiği emekler ve emzirmek için harcadığı vakit gibi şeylerin karşılığı olduğu fikrindedirler. Zira kullanılan sütün miktarının belirsiz olması, akit esnasında sütün henüz mevcut olmaması ihtimali gibi nedenlerle üzerinde akit yapılan şey (*ma'kûdun aleyh*) süt olamaz. Bu şartlardan birinin bulunması, yapılan akdin bâtıl olması için yeterlidir. Ayrıca icâre akdinde akde konu olan şey ya bir ayn (eşya) ya da o aynın menfaatidir ve icârede kiralayan kişi kira müddetince kiralanan eşyanın menfaatine mâlik olurken, eşyanın çıplak mülkiyeti (aynın rakabesi) ise sahibinin mülkü olarak kalmaya devam eder. Kiralanan eşya kira akdi sonucunda yok olmaz. Halbuki sütte menfaatle birlikte eşyanın da yok olduğunu görüyoruz. Dolayısıyla süt annenin aldığı ücret sütün ücreti değildir. Ayrıca âyette “*Sizin için çocuğu emzirirlerse o kadınların ücretlerini de verin*”²⁷⁹ buyrulmasından ücretin sütün değil emziren kadının emeğinin karşılığı olduğu anlaşılmaktadır. Esasında fakihlerin “sütün kiralınması akdi” değil de “süt annenin kiralınması akdi” şeklinde bir ibare kullanmaları da bunu göstermektedir. Kaldı ki sütün kiralandığını düşünsek bile sütte diğer organlardan farklı olarak zaruret sebebiyle farklı bir durum vardır. Zira süt, bebeğın hayatının korunması ve beslenmesi için gerekli olduğu gibi annenin de biriken bu sütü vermeye ihtiyacı vardır. Ayrıca süt yenilenebilen sıvı bir maddedir. O halde diğer organlar süte kıyaslanamaz. Yine sütün temiz ve kullanılabilir olması nedeniyle

²⁷⁹ et-Talâk, 65/6.

onun koyun veya inek sütü gibi şişelenerek satılmasına cevaz vermek insanın saygınlığını zedeleyici bir durumdur.²⁸⁰

2.2. İnsan Bedeni ve Beden Parçalarına Dair İlkeler

İslam'da insan, yaratılışı gereği diğer varlıklar arasında özel bir konuma sahiptir. İnsan yalnızca hakları ve sorumlulukları olan hukukî bir şahıs değil, aynı zamanda hayatının, sağlığının ve bedeninin kutsiyeti ve dokunulmazlığı bulunan bir varlıktır. Bu nedenle İslam'da kişinin canı ve bedeni dokunulmaz olup kişi kendi canına, bedenine veya organlarına zararlı bir müdahalede bulunma veya bulunulmasına izin verme hakkına sahip değildir.²⁸¹

Yaratıcının yaratılmışların en şereflişi şeklinde nitelediği insanın bu sifata uygun bir hayat sürmesi İslam'ın temel gayelerinden biri olmuş, insan bizatihi saygıdeğer kabul edilmiş ve bunun uzantısı olarak canın ve bedenin saygın ve dokunulmaz oluşu ilkeleri hukukun temel taşlarından sayılmıştır. Zira insan kendisine yaratıcının ruhunun üflendiği tek varlık olduğu gibi²⁸² aynı zamanda yeryüzünde Allah'ın halifesi²⁸³ ve en saygın varlık²⁸⁴ kabul edilmektedir. Ayrıca yerlere ve göklere teklif edilen emaneti taşıma görevini insanın üstlenmiş olması da²⁸⁵ insanın sorumluluk sahibi ve bunun bir uzantısı olarak saygın bir varlık olduğunu göstermektedir. Ancak insanın, canının ve bedeninin saygın ve dokunulmaz oluşu algısı, İslam'da kişiden kaynaklanan bir değer olmanın ötesinde yaratıcının onu bu şekilde tavsif etmesinden kaynağını almaktadır.

Organ naklinin meşruiyeti bağlamında akla gelebilecek soyut kavram ve ilkeler canın, bedenin ve organların saygın ve dokunulmaz oluşu şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Organ nakilleri de kişinin beden bütünlüğüne yönelik tıbbî bir müdahale sayıldığı için²⁸⁶ beden bütünlüğünün korunması ilkesi çerçevesinde bu tür müdahalelerin

²⁸⁰ Bekru, *Hükümü'l-intifâ'*, s. 58-60. Yine Bekru'ya göre klasik eserlerdeki insan sütünün satışı konusundaki temel ihtilaf noktası sütanne kiralınması akdinin mahalli ile ilişkilidir. Akdin mahallinin annenin sütü olduğunu söyleyenler sütün satılabileceğini düşünürken, akdin mahallinin sütannenin emeği olduğunu, sütün ona tabi olduğunu söyleyenler ise sütün satılamayacağı kanaatindedirler (Bekru, *Hükümü'l-intifâ'*, s. 58).

²⁸¹ Kemal Yıldız, *İslam Sorumluluk Hukuku: Akit Dışı Sorumluluk*, Haccagan Akademi Kitaplığı, İstanbul 2005, s. 111-2.

²⁸² el-Hicr, 15/28-29.

²⁸³ el-Bakara, 2/30.

²⁸⁴ “Andolsun, biz insanoğlunu şerefli kıldık. Onları karada ve denizde taşıdık. Kendilerini en güzel ve temiz şeylerden rızıklandırdık ve onları yarattıklarımızın bir çoğundan üstün kıldık.” el-İsrâ, 17/70.

²⁸⁵ el-Ahzâb, 33/72.

²⁸⁶ Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1991, s. 16.

meşruiyetinin temellendirilmesi gerekecektir. Konumuz ile yakın alakası nedeniyle üzerinde duracağımız temel ilkeler olan beden saygınlığı ve beden bütünlüğünün dokunulmazlığı ilkeleri İslam hukukundaki “canın korunması” prensibinin bir uzantısı olduğu ve bedene verilecek zarar dolaylı olarak cana da zarar verme ihtimalini barındırdığı için canın korunması ilkesinden de kısaca söz etmekte fayda görmekteyiz.

2.2.1. Canın Korunması İlkesi

İslam hukukundaki en temel ilkelerden olan canın korunması (*hıfzu'n-nefs*) ilkesi çerçevesinde her şahıs, hayatını devam ettirme konusunda bir yandan hak sahibi olup bir yandan da bu hususta şer'î bir vecibe ile mükelleftir. Bu nedenle meşru sebepler dışında hiç kimse bir başkasının hayatına son verme hakkına sahip olmadığı gibi, şahıs kendi hayat hakkından da vazgeçemez.²⁸⁷ Masum bir insanı öldürmenin sonucunda kısas, diyet, büyük günah gibi caydırıcı unsurların gündeme gelmesi, intihar etmenin hatta ölümü temenni etmenin dahi yasak oluşu, canını tehlikeye atmanın yasaklığı ve canı tehlikeden kurtarmanın teşvik edilmiş olması, insan yaşamının doğumundan önce dahi koruma altında olması ve cenine karşı işlenen saldırılar için günahın yanı sıra diyet cezasının söz konusu olması gibi örnekler canın korunması ilkesinin şer'îyatın en önemli zaruri maksatlarından olduğunu göstermektedir.²⁸⁸ Yine cana yönelik her türlü saldırının ve can kaybına sebebiyet verebilecek vesilelerin yasaklanması, cana kıyılmasının mutlaka bir bedelinin olması, kısas hakkından ferâgat edilebilmesi, zaruri durumlarda yasakların kaldırılması gibi tedbirler de canın korunmasına yöneliktir.²⁸⁹ İslam alimleri açık bir şekilde, kişinin şer'î zaruretler dışında canından vaz geçerek öldürülmesine izin verme seçeneği olmadığını, kendini öldüren kişinin Allah hakkını ihlal ettiğini ve intiharın da bu sebeple haram olduğunu belirtirler.²⁹⁰ İslam dini can güvenliğine önem vermiş ve “masumiyet” kavramıyla insanların canlarının dokunulmaz oluşunu ifade etmiştir. Gerçekten de haksız yere masum bir insanın hayatına son vermenin cezasını kişinin kendi hayatıyla ödeyecek olması anlamına gelen kısas gibi

²⁸⁷ Hüseyin Tekin Gökmenoğlu, “İslam Hukukunda Şahsiyet Hakları” (doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1991), s. 85.

²⁸⁸ Ebû Zeyd, *Fıkhu'n-nevâzil*, II, 30-5.

²⁸⁹ Ahmet Ünsal, *İslam Hukukunda Fayda İlkesi*, Nüans Yayınevi, İstanbul 2006, s. 79-80.

²⁹⁰ Şâtübî, *el-Muvâfakât*, II, 319, 376.

ağır bir yaptırımın varlığı dahi İslam'da hayat hakkının ne kadar etkili ve kesin bir şekilde korunduğunu göstermesi açısından önemlidir.²⁹¹

İslam'da değer olarak varlık ve yaşamın bizzat kendisi ibadet sayılmakta, yaratılmış olmak ibadet ve kulluk sorumluluğu için yeter sebep olmaktadır. Dolayısıyla esasında yaşam hakkı olarak ifade edilen şey kişinin bir hakkı olmaktan ziyade, yaratıcının kendisine ibadet edilme hakkı olmaktadır.²⁹² İslam'da yaşam ve can, bu sebeple kutsal sayılmakta ve söz edilen kutsallık onun korunmasını gerektirmektedir. Ayrıca yaşam hakkı, kişinin canını bir başkasına karşı koruduğu gibi kişinin kendisine karşı korunması anlamında sorumluluğu da içeren çift yönlü bir haktır. Zira İslam'da hak kavramı sadece hak serbestisinden ibaret olmayıp Allah'a karşı yükümlülüğün gereğini diğer kişilere karşı iddia yetkisi olarak görülmelidir. Bu sebeple yaşama yükümlülüğüne aykırı olduğu için ve bu temel sorumluluk ile atışacağından ötürü ölme hakkı gibi bir kavram söz konusu olamamaktadır. Zira lme hakkı iddiasında İslam hukuku açısından hakkın temel unsuru bulunmamaktadır.²⁹³ Bu anlamda Allah Teâlâ kullarına bizzat hayatları üzerinde tasarruf hakkı vermemiştir. Bu nedenle kişi dilediği zaman hayatını sona erdiremez. Allah insana hayatını olduğu gibi korumasını ve ona karşı gelebilecek her türlü tehlikeye karşı onu muhafaza etmesini emretmiş ve bunu kesin bir şekilde istemiştir. Bu yüzden bu en bariz Allah haklarındanır.²⁹⁴ Hanefi fakih Debûsî (.430/1039) Allah'ın emaneti taşıması için yarattığı insana, hak ve sorumluluklara ehil olabilmesi için akıl ve zimmet verdiğini ve bu yüzden her insanın dokunulmazlık (ismet), hürriyet ve mlikiyet haklarıyla donatıldığını ve Allah'ın "emanet" olarak adlandırdığı bir sorumluluk olan Allah hakları ile yaratıldığını söyler.²⁹⁵

İslam hukukunun temelini oluşturması ve dinin amaçları (*makâsidi's-şerîa*) içerisinde st sıralarda gelmesi nedeniyle, insan bedeni ve beden parçaları üzerinde yapılacak her türlü tasarrufta gözetilecek en önemli unsur canın korunması ilkesi yani ilgili tasarrufun insanın canına doğrudan zarar vermemesi veya hayatını tehlikeye atmamasıdır.

²⁹¹ Gökmenoğlu, "İslam Hukukunda şahsiyet Hakları", s. 85-6.

²⁹² Samagan Myrzaibraimov, "İslam Hukukunda Kişilik Hakkının Temellendirilmesi (Hanefi ve şafii Mezhepleri Bağlamında)" (doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008), s. 63.

²⁹³ Myrzaibraimov, "İslam Hukukunda Kişilik Hakkının Temellendirilmesi", s. 136-7.

²⁹⁴ Bûtî, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, s. 122.

²⁹⁵ Eb Zeyd Ubeydullah b. Ömer b. İş ed-Debûsî (430/1039), *Takvim 'l-edille fi usûli'l-fikh* (thk. Halil el-Meys), Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2001, s. 417.

2.2.2. Bedenin Saygınlığı ve Dokunulmazlığı İlkesi

İslam'ın temel maksatlarından olan canın korunması ilkesi beden bütünlüğünün korunması ve bedenin saygınlığı ilkelerinden ayrı düşünülemez. İslam'da insan bedeninin dokunulmaz kabul edilmesi, bedende Allah haklarının içkin olması anlayışının yanı sıra, insanın onur sahibi ve saygın bir varlık olması sebebiyle bedeninin de saygıdeğer oluşu ilkesinin bir uzantısıdır. Hayat hakkının ihlal edilmesi durumunda olduğu gibi kişinin beden bütünlüğüne karşı işlenen suçlara da ağır cezâî müeyyideler uygulanması bunun bir göstergesi olmaktadır. Ayrıca dünyevî cezanın yanı sıra uhrevî bir müeyyide olan günah faktörü de kişi açısından caydırıcı olmaktadır. İslam'ın temel ilkeleri vesilesiyle malum olan bu durumu ifade eden “*Mümin erkeklere ve mümin kadınlara, yapmadıkları bir şeyden dolayı eziyet edenler, şüphesiz bir iftira ve apaçık bir günah yüklenmişlerdir*”²⁹⁶ âyetinin kapsamı da, kişilerin fiziksel varlığına zarar verilmemesi gerektiği şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Bu sebeple, dinen korunması gereken beş şeyden biri olan canın korunması prensibinin bir uzantısı olarak bedenin korunması ilkesinin de şerâatin maksatlarından olduğu açıktır. Canın korunması saygın ve değerli olan insan hayatının korunmasını ifade ettiği gibi aynı zamanda organlarının kesilmesi ve yaralanması gibi fizikî saldırılardan ve insanın saygınlığını zedeleyen her türlü muameleden korunmasını da ifade etmektedir.²⁹⁷

Kişinin beden bütünlüğünün ve fiziksel varlığının ihlali yaralama, bir organını koparma, organın bedende kalmasına rağmen fonksiyonlarını yerine getiremez hale getirilmesi gibi şekillerde cereyan edebilir. Türk hukukunda şahıslara karşı müessir fiiller şeklinde yer alan beden bütünlüğüne karşı yapılan bu tür tecavüzler, İslam hukukunda “*el-cinâye alâ mâ dûne'n-nefs*” yani “ölümle neticelenmeyen saldırılar” veya “*el-cinâye fi'l-etrâf*” yani “organlara yapılan saldırılar” şeklinde ifade edilmektedir.²⁹⁸ Bu tür ihlaller kişiye dışarıdan gelebileceği gibi kendisinden de gelebilmektedir. Ancak fakihlerin de belirttiği üzere hiç kimsenin herhangi bir organını itlaf etme hakkı bulunmamaktadır.²⁹⁹ İslam'da beden bütünlüğünün dokunulmazlığı, kişinin kendisine bahşedilen bedenini korumakla yükümlü olması düşüncesi ve yaratıcıya karşı yükümlülüklerini eda

²⁹⁶ el-Ahzâb, 33/58.

²⁹⁷ Muhammed b. Ahmed b. Mustafa Muhammed Ebû Zehra, *Usûlu'l-fikh*, Tebliğ Yayınları, İstanbul [t.y.], s. 367.

²⁹⁸ Gökmenoğlu, “İslam Hukukunda Şahsiyet Hakları”, s. 105.

²⁹⁹ Şâtübî, *el-Muvâfakât*, II, 319, 376.

edebilmesi için ona ihtiyaç duyması sebebiyle temel bir hak ve değerdir. Bu sebeple kişi, hukukun izin verdiği durumlar hariç, beden bütünlüğünü ihlal edemez ve ettiremez. İslam hukukunda insanın tüm uzuvlarının dokunulmaz kabul edilmesi, şerâtin insan bedenine saldırıyı önlemek için kısas, diyet, kefâret, günah gibi caydırıcı cezâî tedbirler koymuş olması, yaralama, hadım etme, gereksiz yere vücudu dağlama, dövme yapma gibi zararlı olan veya faydası bulunmayan uygulamalarla beden üzerinde tasarrufla bulunmanın caiz olmaması, intikam ve öç alma, küçük düşürme, eziyet etme, insanın saygınlığını ve dokunulmazlığını çiğneme, insan bedenine müslâ yapmanın haram oluşu, insan bedeni üzerinde abes yere tasarrufla bulunulmasının yasak oluşu ve bu sebeple cahil hekimin meslekten men edilmesi ve hastasının bedeni üzerindeki kusurunun tazmin ettirilmesi, kişinin bir organına gereksiz yere zarar vermesinin veya bir başkasına bu hususlarda izin vermesinin haram oluşu gibi ilkeler dinen bedenin korunmuşluğunu ve dokunulmazlığını gösteren örneklerdir.³⁰⁰ Bu anlamda insan bedeninde aslolan dokunulmazlıktır ve dinen geçerli daha önemli bir maslahat söz konusu olmadıkça bedenden ferâgatte bulunulamaz. Ancak dinin korunması yüce maslahatını gerçekleştirmek için insan canının tehlikeye atıldığı savaş hali örneğinde olduğu gibi bazı özel hallerde beden ikinci plana atılabilir.³⁰¹

İslam'da insanın beden bütünlüğünün korunması çoğu zaman hayat hakkının korunması hükmünde değerlendirilmiştir. Bu sebeple örneğin ikrâh-ı mülcî hususunda ölümle tehdit edilmekle, organlarından birisinin kesilmesi ile tehdit edilmek birbirine denk sayılmıştır. Meşru bir sebep bulunmaksızın başkasının canına kıymayı mübah kılacak hiçbir gerekçeden söz edilemeyeceği gibi, organlarından birini koparmayı/kesmeyi ya da fonksiyon icra edemez hale getirmeyi yani sakat bırakmayı mübah kılacak bir sebepten de söz edilemez.³⁰²

İslam'da bedenin fıkıh kitaplarına “*kerâmet* (saygınlık)” ve “*hürmet* (dokunulmazlık)” şeklinde yansıyan ahlâkî ve hukukî bir statüsü bulunmaktadır. Her ne kadar klasik

³⁰⁰ Ebû Zeyd, *Fıkhu'n-nevâzil*, II, 30-5

³⁰¹ Bekru, *Hükmü'l-intifâ'*, s. 51.

³⁰² Halit Çalış, *İslam'da Kolaylaştırma İlkesi: Azimet Ruhsat İlişkisi*, Yediveren Kitap, Konya 2004, s. 193-4. Biyoetikte de klasik fıkihtakine benzer bir yaklaşım Kant ahlakında görölmektedir. Kant'a göre kimse kendi beden parçalarından vazgeçemez ve bu sebeple her bireyin kendi bedenine zarar vermeme ve onu koruma ödevi bulunmaktadır. Zira insan onurlu bir varlıktır ve kişiyi meydana getiren bedeni ve organları da bu onura sahiptir. Bu sebeple kimi modern biyoetik araştırmacıları Kant etiğinin organ nakline ve kesinlikle organ satışına izin vermeyeceğini iddia ederken kimileri ise bazı sınırlı nakillerin Kant ahlakına uygun olduğunu savunmuşlardır (Metin, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk*, s. 64-6).

fıkıhta bu kavramlar sıklıkla iç içe ve bazen de birbirlerinin yerine kullanılıyorsa da bedenün saygınlığı etik ve soyut bir kavram iken bedenün dokunulmazlığı onun saygınlığının bir sonucu olan hukukî bir durumu ifade etmektedir.³⁰³

İnsan beden ve organlarının saygın ve dokunulmaz oluşu prensipleri klasik fıkıh metinlerinde genellikle insan bedeninin saç, tırnak, kemik, deri, süt, kan gibi parçalarından faydalanılması tartışmaları bağlamında yer almaktadır. Fakihlerin bu husustaki eğilimi çoğu zaman bedenden ayrılmış bu maddelerden faydalanmanın insanın saygınlığına ve/veya dokunulmazlığına aykırı oluşu nedeniyle caiz olmayacağı yönünde olmuştur. Farklı mezheplere ait fıkıh metinlerinde benzer şekilde ve sürekli tekrür eden bu vurgu, İslam hukukunca insan onurunun ve bununla bağlantılı olarak insan bedeninin korunması hususundaki titizliği göstermesi açısından önemlidir. Zira bu eserlerde beden ve beden parçaları için “*mükerrem*” tabiri kullanılarak bunların saygıdeğer oluşu her fırsatta vurgulanmaktadır. Saygınlığın karşısında ise “aşağılama, bayağılaştırma, küçük düşürme” gibi ifadeler yer verilmekte, bazı müdahaleler bedenün saygınlığını çiğneyici olarak görülmekte ve böylece esasında bedene saygınlık ve hatta kutsiyet şeklinde soyut manevî anlamlar yüklenmektedir.³⁰⁴ Fıkıhta bedenün hukuken dokunulmaz oluşu ise “*hürmet*” kelimesi ile ifade edilmiş ve beden ve en ufak parçaları da dahil olmak üzere onun her cüzü “*muhterem*” kabul edilmiştir.³⁰⁵ Bu anlamda fıkıh geleneğinde, bedene maddî değer verilmesine şiddetle karşı çıkılırken ona manevî ve üst bir değer biçildiği açıkça görülmektedir.

Fakihlerin, ölü veya diri insan organlarını ya da muhtelif beden parçalarını farklı amaçlarla kullanma veya bunlardan bir şekilde faydalanma noktasındaki genel kanaatleri son derece olumsuzdur. Örneğin Hanefiler bedenden ayrılan saç, kemik, diş gibi insan parçalarından istifade etmenin haram olduğunu belirtir ve bunu, akla ilk gelebilecek ihtimallerden biri olan bu maddelerin fikhen necis oluşuyla değil, soyut bir

³⁰³ Nurten Zeliha Şahin, “İslam Hukuku ve Biyoetik (Sorumluluk ve Özerklik Ekseninde Biyoetik Tartışmalar)” (doktora tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013), s. 63.

³⁰⁴ Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 46; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 202-3; *el-Fetâva'l-Hindiyye*, III, 115-6.

³⁰⁵ “*Haklı bir sebep bulunmaksızın, Allah'ın dokunulmaz kıldığı cana kıymayın*” (el-İsrâ, 17/33) mealindeki âyette de canın dokunulmaz kılınışı “*harrame*” fiili ile ifade edilmiştir.

açıklama olan, insanın ve dolayısıyla bedeninin saygınlığıyla gerekçelendirirler.³⁰⁶ Zira insan hem şeklen hem de yaratılışı itibariyle saygın kılınmış bir varlıktır.³⁰⁷

Klasik fıkha göre insanın sahip olduğu saygınlık benzer şekilde bedeni ve beden parçaları için de geçerlidir. Bu durumu “*İnsanın organları bizzat kendisinin hükümindedir*” şeklinde ifade eden Serahsî, insanın saygınlığı nedeniyle saçından faydalanılamayacağını belirtir. Halbuki böyle bir saygınlığı olmadığı için hayvanların kıllarından ve dışkılarından faydalanılabilir.³⁰⁸ Zeylaî (ö.743/1342) ise saç da dahil insanın hiçbir parçasının değersiz hale getirilmesinin caiz olmadığını söyleyerek, Rasûlullah’ın saç ekletmeyi haram saymasının nedenini saygın olan bir şeyi aşağılamanın söz konusu olması ile açıklar.³⁰⁹

Fakihler genellikle insan bedeninin saygınlığına vurgu yaparken, beden parçalarından istifade etme ile bunların satışını birlikte değerlendirmiş ve her ikisine de cevaz vermemişlerdir. Örneğin Serahsî ve İbn Nuceym (ö.970/1563) gibi Hanefî alimler insan dışından istifade edilmesinin ve dışın satılmasının caiz olmayışını insanın şerefli oluşu ve dokunulmazlığı ile açıklayıp bunun necâset konusuyla bir ilgisi olmadığını özellikle belirtirler. İnsan dişi veya kemiğinin buğdayla birlikte öğütülmesi durumunda bu undan yapılan ekmeği yemenin caiz olmaması şeklindeki örneği veren bu alimler gerekçe olarak unun necis hale gelmesini değil, insanın parçalarından yapılmış bir şeyi yiyerek insanın saygınlığını çiğnememek gerektiğini belirtirler.³¹⁰

Hanefî mezhebinde sahih olan görüşe göre insan bedeninin parçaları fıkhen temiz olmasına rağmen satılması caiz değildir.³¹¹ Zira insanoğlu kafir olsa dahi şer’an saygındır ve bu sebeple hiçbir insanın cansız varlıklar gibi akde konu edilmesi ve aşağılanması caiz değildir. Bu açıdan insan bedeninin parçaları da insanla aynı hükümde ve aynı gerekçeyle beden parçalarının satışı da bâtıldır.³¹² Daha önce ifade

³⁰⁶ Serahsî, *el-Usûl*, I, 203; Buhârî, *el-Muhîtü’l-Burhâni*, II, 28. Krş. Kâsânî, *Bedâi*, V, 142; Mergînânî, *el-Hidâye*, I, 20; Bâbertî, *el-Înâye*, I, 65; İbnü’l-Hümâm, *Fethü’l-Kadîr*, I, 65, 67; *el-Fetâva’l-Hindiyye*, V, 354.

³⁰⁷ İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, VII, 245-6.

³⁰⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 125.

³⁰⁹ Zeylaî, *Tebyînü’l-hakâik*, IV, 51. İmam Muhammed (ö.189/805) ise saçtan istifade edilebileceği görüşündedir (Zeylaî, *Tebyînü’l-hakâik*, IV, 51).

³¹⁰ İbn Nuceym, *el-Bahru’r-râik*, I, 191. Krş. Kâsânî, *Bedâi*, I, 63. Hanefîlerde ağırlıklı görüşe göre insan derisi tabaklanmakla temiz hale gelmemektedir. Ancak bazı fakihler insan derisinin tabaklanmakla temizleneceğini fakat diğer beden parçalarından olduğu gibi derisinden de insana saygı göstermenin gerekli oluşu gerekçesiyle faydalanılamayacağı görüşündedirler (İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, I, 356-7).

³¹¹ Semerkânî, *Tuhfetü’l-fukahâ*, I, 52.

³¹² İbn Âbidîn, *Reddü’l-muhtâr*, VII, 245.

ettiğimiz üzere Hanefiler diğer mezheplerde istifade edilmesi ve hatta satışı caiz görülen insan sütünden istifadenin de insanın saygınlığından dolayı haram olduğunu belirtirler.³¹³

Fıkıhta söz edilen bedenin dokunulmazlığı ilkesi sayesinde kişinin bedeni ve ona ait en küçük beden parçaları dahi her türlü saldırı ve haksız fiile karşı hukuken korunmaktadır. Ancak esasında aktardığımız görüşlerde, bedenin dokunulmazlığından ziyade gerçekten soyut bir kavram olan saygınlığına vurgu ağır basmaktadır. Yine de fukaha insan organlarından istifade etmenin ve bunları satmanın caiz olmadığını beyan ederken bedenin dokunulmazlığı ilkesini de gözetmişlerdir. Çünkü böyle bir hukukî izin insan bedenini dışarıdan gelecek saldırılara karşı açık hale getirmek anlamına gelebilecek veya kişinin rızası olmaksızın onun bazı beden parçalarından istifade edilmesine kapı aralayabilecekti. Öyle ki fakihler, insandan ayrılmakla ona zarar vermeyen veya kendiliğinden yenilenebilen bazı beden parçalarından istifade edilmesini dahi belki de bu ihtiyatı gözeterek uygun görmemişlerdir. Bahsettiğimiz sıfatları taşıyan bir beden parçası olan saç ile ilgili hükümlerin bedenin saygınlığının yanı sıra dokunulmazlığı ilkesi ile açıklanması da bu sebeple olmalıdır. İnsan saçından yararlanılması sonucu insanın saygınlığının zedeleneceği düşünülmüş, beden ve beden parçalarından istifade edilmesi engellenerek bedenin dokunulmazlığının çiğnenmesi ihtimalinin önü kapatılmak istenmiştir.

Buna ilaveten, fukaha tarafından da vurgulandığı üzere bedenin saygınlığı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir değerdir. Nitekim kişi beden dokunulmazlığını kendi rızasıyla kaldırabilirken insanın ve dolayısıyla bedenin saygınlığı ilkesi, insan olması sebebiyle kişiden ayrılmayan bir üst değerdir.³¹⁴ Yine klasik metinlerde saygınlık ve dokunulmazlık birbirinden bağımsız gibi zikredilmişse de aslında bazen bedenin dokunulmazlığı ihlal edilerek kişiye saygınlık kazandırılabilir. Örneğin bir kimse kangren olan elinin kesilmesine izin verdiğinde bedenin dokunulmazlığı ilkesi çiğnenmiş olmakla beraber bu izin kişinin sağlığına kavuşması şeklindeki bir üst

³¹³ Bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 119, 125-6; Kâsânî, *Bedâi*, V, 65; Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 45; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 201; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, VI, 132; *el-Fetâva'l-Hindîyye*, III, 116.

³¹⁴ Diğer yandan her ne kadar insan bedeni gibi somut bir varlık üzerinde bu değerler ortaya çıkıyorsa da esasında bedenin bizzat kendisi onun kişilik değerini oluşturuyor değildir. Beden, kişinin beden bütünlüğü ve dokunulmazlığı hakkındaki menfaatinin açığa çıktığı bir vasıta (Özbilen, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler*, s. 79).

maslahatı içerdiği için saygınlığına aykırı olmamakta, tam tersine ona saygınlık kazandıracak bir eylem sayılmaktadır. Burada kişi, canın korunması gibi daha üstün bir değeri elde etmek için organlarından fedakarlık yapmaktadır.

İslam'daki bedenın saygın oluşu ilkesi sadece ruh sahibi bedenler için değil hayatiyetini kaybetmiş bedenler için de geçerlidir. İnsanın saygınlığı nedeniyle kafir dahi olsa ölünün kemiğini kırmak caiz sayılmamıştır.³¹⁵ Hz. Peygamber'in "Ölünün kemiğini kırmak, dirinin kemiğini kırmak gibidir"³¹⁶ buyruğu bu saygınlığa işaret etmektedir. Bu sebeple ölünün dokunulmazlığı yaşayan bir insanın dokunulmazlığı gibi kabul edilmekte ve insanın ölümünden sonra da beden bütünlüğü ve bedeninin saygınlığı korunmakta, buna bağlı olarak bazı hakları sonlanmamaktadır. Ölünün yıkanması, kefenlenmesi, defnedilmesi, kibleye doğru yatırılması gibi muamelelerle saygı görme hakkı devam etmektedir. Bu haklar, içerisinde Allah hakkını da barındırdığı için kişinin isteğiyle dahi düşmemektedir.³¹⁷ Bu anlamda ölü bedenın de hukuken bir statüsü ve saygınlığı bulunmaktadır.

Klasik fıkıh eserlerinde, Rasûlullah'ın uygulamaları etrafında şekillenen ölü bedenın saygınlığına dair pek çok prensip ile karşılaşmaktayız. Cesedin ortalıkta bırakılması insanın saygınlığını çiğnemek anlamına geleceğinden ölüyü defnetmenin farz-ı kifâye oluşu,³¹⁸ ölüm gerçekleşikten sonra teçhiz-tekfîn işlemlerinin mümkün olan en kısa sürede yapılması ve geciktirilmemesinin gerekliliği, insanın saygınlığına aykırı olduğu için cenazenin binek hayvanı üzerinde değil de insanların omuzlarında taşınması, ölen kişinin cenaze namazının kılınmasının farz oluşu,³¹⁹ cenazeye saygı gösterilerek mezara konulana kadar ayakta durmak gerektiği,³²⁰ zaruret hali bulunmadıkça aynı mezara birden fazla kişinin konmasının caiz olmayışı,³²¹ kabirlerin üzerine basmanın, oturmanın, bina inşa etmenin caiz olmayışı, şer'î bir zaruret olmadıkça ölünün kabrinin açılmaması veya yerinin değiştirilmemesi gerektiği,³²² düşmana ait olsa dahi cesede zarar verilmesinin (müslâ) kesin ve katı bir şekilde yasaklanması, ölünün tırnak, saç gibi

³¹⁵ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, VII, 245-6.

³¹⁶ İbn Mâce, "Cenâiz", 63; Ebû Dâvûd, "Cenâiz", 64.

³¹⁷317 Mahlâfî, *Hudûdü't-tasarruf*, s. 12.

³¹⁸ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, V, 281-2.

³¹⁹ Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, I, 239, 244, 247.

³²⁰ Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, I, 245; Nevevî, *el-Mecmû'*, V, 280.

³²¹ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, V, 283-4.

³²² Nevevî, *el-Mecmû'*, V, 303-4, 312-7.

en ufak parçalarının dahi gömülmesinin müstehap sayılması gibi kaideler insan cesedine insanın saygınlığına yakışır bir muamelede bulunulması gerektiğini gösteren uygulamalardandır.³²³

Görüldüğü üzere İslam alimleri gerek canlı gerekse ölü beden ve beden parçalarında saygınlık ve dokunulmazlık kaidelerini katı bir şekilde vurgulayarak esas olanın beden bütünlüğünün korunması ve bedenden ayrılan parçaların kullanmaması olduğunu belirtmişlerdir.

2.3. Klasik Fıkıhta Beden Üzerinde Tasarruf Hakkına Dair Tartışma Noktaları

Klasik fıkıh eserlerinde, üzerinde tasarrufta bulunma hakkı açısından bazı noktalarda can ile beden (organlar) arasında ayrıma gidildiği ve bedenın kategorik olarak candan daha aşağı bir mertebeye yerleştirildiği dikkat çekmektedir. Hatta Hanefî eserlerin özellikle ceza hukuku ile ilgili bölümlerinde farklı bağlamlarda olmak üzere “insan organlarının mal hükmünde değerlendirileceği” şeklinde bir ibare geçmektedir. Bu ibareden yola çıkarak Hanefîlerin insan organlarını mal kabul ettiklerini mutlak olarak söylemek doğru olmayacaktır. Fakat bunun ne anlama geldiğini anlamak için ibarenin bağlamında incelenmesi ve bunun organların mâhiyetine ilişkin genel geçer bir kaide olup olamayacağını araştırılması gerektiği kanaatindeyiz.

Klasik fıkıh metinlerinde geçen bu ifadenin farklı bağlamlarda kullanıldığını görmekteyiz. Bunlardan biri, erkek-kadın, hür-köle çiftleri ve iki köle arasında müessir fiil (organa yönelik suç) cereyan ettiğinde organda kısas uygulanıp uygulanmayacağı hususundadır. Cumhuriyet aksine görüş beyan eden Hanefîler, bu ikili gruplar arasında organda kısasın uygulanamayacağını gerekçelendirirken, bunların organları arasında eşitlik olmadığı, zira organlarının diyetleri ve kıymetlerinin farklı olduğunu söylerler.

³²³ Türk hukukuna göre ise ceset ölenin kişiliğinin bir uzantısı olarak görülmez. Zira ölümle birlikte kişilik de sona erer. Cesedin hukuk düzeni tarafından korunmasının nedeni, kamu düzeni ve ölenin yakınlarının ölene duyduğu sevgi ve saygı duyguları çerçevesinde onların kişilik haklarıdır. Nitekim cesede yönelik saldırıların önlenmesi için farklı yasal ve cezâî düzenlemeler bulunmaktadır. Ayrıca ölümle birlikte kişi hak ehliyetini yitirdiği için kendi bedeni ve organları üzerinde bir mülkiyetten bahsedilememektedir. İnsan cesedinin hukukî niteliği ise tartışmalıdır. Kamu düzenine ve genel ahlaka aykırı olmamak şartıyla her insanın ölümünden sonra cesedinin akıbeti hakkında karar verme yetkisine dayanarak cesedin, üzerinde tasarrufta bulunulabilen bir eşya niteliğinde olduğunu savunan bir grup bulunmaktadır. Bu görüşe karşı çıkan diğer bir grup ise, cesedin dini ve ahlâkî kurallar gereği bir kutsiyeti olduğunu ve bu sebeple ceset üzerinde eşya hukuku kurallarının uygulanmasını doğru bulmayarak buna dair özel bir hukukî korumanın gerekli olduğunu iddia etmektedirler (Özbilen, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler*, s. 5, 38-9).

Bu açıdan organlar (hüküm açısından) mallar gibidir.³²⁴ Onlar bu konuda insan organlarının cana kıyaslanamayacağını, aksine mala kıyaslanması gerektiğini ifade ederler. Zira bu durum canda kısasa kıyaslansaydı bunlar arasındaki müessir fiillerde de organın kısas edilmesi gerekecekti. Halbuki bu kişilerin organlarının kıymetleri arasında farklılık olduğu için birbirleri yerine kısas edilmeye uygun değildir.³²⁵

Buradan yola çıkarak, Hanefilerin ceza hukuku açısından can ile beden organları arasında bir mâhiyet ayırımına gittiklerini söylemek mümkündür. Zira aralarında cinsiyet ve hürriyet birliği olmasa da Hanefiler, adam öldürme söz konusu olduğunda taraflar arasında kısas uygulanması gerektiğini söylerken, organlara yönelik suçlar için böyle bir hüküm vermezler. Onlar, adam öldürme söz konusu olduğunda, çocuk karşısında yetişkinin, kadın karşısında erkeğin kısas edilebileceği şeklindeki görüşlerini de, bunların arasında canlılık açısından eşitlik olması ile temellendirmektedirler.³²⁶ Öyleyse Hanefiler tüm insanların canını eşit gördükleri için farklı statüdeki insanlar arasında canda kısas yapılacağını düşünürken, organları candan farklı düşünerek organda kısasta böyle bir yol izlememektedirler. Hanefiler organları can hükmünde değerlendiriyor olsalardı, örneğin adam öldürmede kadın ve erkek arasında nasıl kısas uygulanırsa cinsiyet farkına rağmen beden organları arasında da kısas uygulanırdı. Ancak kısasta eşitlik esastır ve onlar bu kişiler arasında canda eşitlik olmasına rağmen farklı cinsiyetteki insanların ve hürriyet açısından aynı kategoride olmayan kişilerin tek tek organlarının değerinin farklılık arz edeceğini düşündükleri için organlarının birbiri karşısında kısas edilemeyeceğini söylemişlerdir. Bu anlamda Hanefilerin bir bakıma organlara değer biçtiklerini söyleyebiliriz. Fakat bu değer ölçülemeyen bir değerdir. İki köle arasında organda kısas uygulanamamasının nedeni de tek tek organlarının değerlerini tespitinin mümkün olmaması olmalıdır. Ancak bu ulaştığımız sonuç

³²⁴ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, X, 202.

³²⁵ Abdulğani el-Ğanî ed-Dimeşkî el-Meydânî (1298/1881), *el-Lübâb fî şerhi'l-Kitâb*, el-Mektebetü'l-İlmiyye, Beyrut [t.y.], III, 147. İbn Abdüsselâm ise can ve organlara zarar verme noktasında şartlara göre suçun ağırlığında farklılıklar olacağını belirtir. Buan göre bir organı kesmek, adam öldürmek ve bir organın fonksiyonunu yok etmek suçları arasında menfaat sıralamasına göre günah da farklılık vardır. Zira ilgili fiilin günahı, kaybedilen fayda ve ortaya çıkan zarara göre değişir. Ayak parmaklarını kesmenin günahı ile el parmaklarını kesmenin günahı bunların ve dünyevî faydalarının farklı olması sebebiyle farklıdır. Yine bir alimin, hakimin, müftünün, imamın kendi dilini kesmesi ile konuşamayan bir kimsenin kendi dilini kesmesinin günahı bir değildir. Benzer şekilde iyi savaşan bir mücahidin kendi elini veya ayağını kesmesiyle, savaşmayan zayıf birinin elini veya ayağını kesmesinin günahı farklılık arz eder. Menfaati tam olan organlara karşı suç işlemenin günahı ise daha fazladır. Örneğin akla ve dile karşı işlenen suç kulağa karşı işlenenle bir değildir (İbn Abdüsselâm, *Kavâidü'l-ahkâm*, I, 110-1).

³²⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 131.

Hanefîlerin organları mal hükmünde gördükleri veya onların satış gibi akitlere konu edilmesine izin verdikleri anlamına gelmez. Zira ileride açıklayacağımız üzere onlar, beden parçalarının saygın ve dokunulmaz olması sebebiyle akde konu olamayacağını ifade etmişlerdir.

Ayrıca Hanefîler her ne kadar organların mal hükmünde olduğunu söylemişlerse de hür insanın organlarına bedel biçmemişlerdir. Öyle olsaydı kadının canının diyeti erkeğinkinin yarısı olduğu için kadının iki elinin erkeğin tek eline bedel olacağı gibi bir kıyasa gidebilirlerdi. Yine buradan yola çıkarak onların organları cana tabi tutmadıkları sonucunu da çıkarabiliriz.

Mergînânî (ö.593/1197) ise kadın-erkek, hür-köle ve iki köle arasında müessir fiillerde kısas olmayacağını ifade ettikten sonra, İmam Şâfiî (ö.204/820)'nin bunlar arasında kısas olacağı, ancak hür ile köle arasında müessir fiil cereyan ettiğinde tek taraflı olarak hür karşısında köleye kısas yapılacağı, görüşünde olduğunu belirtir. Şâfiî'nin bu ikili gruplar arasında kısas yapılması gerektiği görüşünün arkasında yatan ilke "organların cana tabi olması sebebiyle can hükmünde sayılacağı" şeklindedir. Buna karşın Hanefîlerin bu husustaki genel ilkesi "organların mal hükmünde olduğu" şeklindedir. Dolayısıyla bahsi geçen kişilerin organlarının kıymeti arasında eşitlik olmadığı için malda aranan kıymetiyle tazmin şartı burada gerçekleşmemektedir. Cana karşı işlenen suçlar ise böyle değildir. Çünkü öldürmede ruhun (canın) yok edilmesi söz konusudur ve bunda eşitsizlikten söz edilemez.³²⁷ Yine Hanefîler, organlara mal hükmü vermenin gerekçesi olarak "organlar tıpkı mallar gibi canı korumak için vardır" derler.³²⁸

Hanefîlerin genel olarak kısas algısına baktığımızda da benzer bir tutum görmekteyiz. Onlara göre adam öldürmede cinsiyet, hürriyet vs. ayrımı yapmadan kısasın gerekliliğinin nedeni, canların eşit şekilde canlı oluşudur. Bu hususta mesela köle ile hür arasında fark yoktur. Fakat organlar hususunda aynı eşitlikten söz edilemez. Hanefîler bu noktada, can ile organ arasında ayırım yaparak canın organlara kıyaslanamayacağını belirtirler. Beden parçalarında kısas yapılırken eşitlik gözetilmelidir. Nasıl ki aralarında eşitlik olmadığı için çolak bir el karşısında sağlam bir el kısas edilemezse, aynı sebeple bir kölenin organları karşısında da özgür bir kimsenin organları kısas edilemez. Zira Hanefîlere göre kölelik, kölenin bütün organlarında

³²⁷ Mergînânî, *el-Hidâye*, IV, 166.

³²⁸ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, X, 202.

bulunmaktadır ve kölenin organları da mal hükmündedir. Bu yüzden, eylemi gerçekleştiren ister hür ister köle olsun, kölenin organlarını kesen kişiye kısas uygulanmaz.³²⁹ Zira iki kölenin organları arasında da bedel bakımından farklılık vardır.³³⁰

Organların mal hükmünde kabul edileceğine dair ifadenin klasik fıkıh eserlerinde geçtiği tartışma alanlarından bir diğeri ise Hanefîlerin -özellikle de Ebû Hanîfe (ö.150/767)'nin- organların mâhiyetine ve can ile organ arasındaki ontolojik farka dair tutumlarını net bir biçimde göstermesi açısından önemlidir. Kısas davasına dair bir meselede geçen bu görüşlere göre, bir kimse bir başkası hakkında kısas davası açtığında, davalı bunu inkar etse kendisine yemin etmesi teklif edilir. Kişi yeminden kaçınırsa Ebû Hanîfe'ye göre dava müessir fiil ile alakalı ise bu kişiye kısas uygulanır. Ancak öldürme ile ilgili bir dava ise kişi yemin veya ikrar edinceye kadar hapsedilir. Ebû Hanîfe, bu iki durum arasındaki farkı şu şekilde gerekçelendirir: Organlar mal hükmünde olduğu için kişi yeminden kaçınmak suretiyle organından kendi isteğiyle ferâgat edip onu gözden çıkarabilirken (*bezl*), kişinin canı üzerinde böyle bir tasarrufta bulunma hakkı yoktur. Zira bir kimsenin bir başkasına elini kesmesini söylemesi ve o kişinin de bu eylemi gerçekleştirmesi halinde failin onu tazmin etmesi gerekmez ve kişinin bu şekilde organından vazgeçiş geçerklidir. Her ne kadar eli kesen kişiye tazmin gerekme de kişinin, faydasız olması sebebiyle böyle bir şey yapması mübah değildir. Fakat bu örnekte kişi davayı düşürmek için yemin etmeyerek organını feda etmekte ve kendince davadan kurtularak bir fayda elde etmektedir. Nasıl ki bir kimse kangren olan elini kesme, ağrıyan dişini çıkartma hususlarında bir fayda elde etmek amacıyla organlarından fedakarlıkta bulunabiliyorsa bu durumda da organından feragat edebilir.³³¹

Buna göre Ebû Hanîfe malla ilgili davalarda kişinin yeminden kaçınarak malını feda edebilmesi hususunda olduğu gibi, organları da mallara tabi tutarak, kişinin organlarından da kendi isteğiyle ferâgat edebileceğini ifade etmiş olmaktadır. Yine Ebû Hanîfe'ye göre vasî, mallar hususunda yeminden kaçınabildiği gibi organlarda kısas

³²⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 130-1.

³³⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 137.

³³¹ Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 158. Krş. İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, XI, 605-6.

hakkında da yeminden kaçınabilir. Fakat can hususunda yeminden kaçınamaz.³³² Serahsî ise şöyle bir ibare kullanmaktadır: Mallarda olduğu gibi organlar hususunda da ferâgat (*bezl*) geçerlidir. Eğer yeminden kaçınmak faydalı ise bu mübah sayılır. Faydasız olması halinde ise tazmin düşürülür.³³³

Ebû Hanîfe'nin bu görüşünden yola çıkarak, öncelikle onun ceza hukuku noktasında canın dokunulmazlığı ve organın dokunulmazlığı arasında bir ayrıma gittiğini söyleyebiliriz. Buna göre kişi canı hususunda fedakarlıkta bulunamazken organı hakkında kendi istek ve iradesi ile ve bir fayda temin etmek için fedakarlıkta bulunabilir. Onun bu görüşü, konumuz olan organ bağıışı açısından günümüz şartlarında değerlendirildiğinde, Ebû Hanîfe'nin prensipte böyle bir bağıışı kabul edeceğini düşünmenin yanlış bir kıyas olmayacağı kanaatindeyiz. Zira organ bağıışında da kişi bir faydayı temin etmek amacıyla kendi organından fedakarlıkta bulunarak onu bağıışlamaktadır.

Buradaki faydanın mâhiyeti elbette tartışılabilir. İmam'ın bu ilkeyi uyguladığı yerde kişinin davayı düşürmesi dahi makul bir gerekçe olarak görülürken, başka bir hayatı kurtarma faydası da onun düşünce sistemi içerisinde geçerli bir gerekçe olmalıdır. Şahsın, kangren olan organını kesmesine izin vermesi örneğinde olduğu gibi, onun faydayı yalnızca kişinin kendisine dönük faydalar ile kısıtlayıp kısıtlamadığını ise bu ibarelerden anlayamıyoruz. Ancak bir kimsenin bir başkasına elini kesmesini söylemesi ve o kişinin bu eylemi yapması halinde karşı tarafa bir tazmin gerekmeyecek olmasına dair yaygın görüşlerden, günümüz şartlarında düşündüğümüzde, rıza bulunduğu organ naklinin en azından alıcı veya nakli gerçekleştiren hekim açısından suç teşkil etmediği sonucunu çıkarabiliriz. Ayrıca cerrahinin bugünkü kadar gelişmediği, antiseptik ilaçların olmadığı ve kanamayı durdurma imkanlarının kısıtlı olduğu bir dönem için düşünüldüğünde, bir organın vücuttan ayrılması, kişinin hayatına mal olabilecek kadar tehlikelidir. Ancak buna rağmen Ebû Hanîfe böyle bir eylemi geçerli saymışsa, aynı mantığın, günümüz tıbbî imkanlarında organ vericisinin hayati tehlikeye maruz kalma ihtimalinin çok düşük olduğu bir nakle de cevaz vereceğini düşünebiliriz. Yine kişinin, elini kesmesini bir başkasına emretmesi hususuyla alakalı olarak Kâsânî (ö.587/1191), böyle bir emrin geçerli olma ihtimali olduğunu söyler. Çünkü “genel

³³² Kâsânî, *Bedâi*, VI, 42.

³³³ Serahsî, *el-Mebsût*, XVI, 117.

anlamda organların dokunulmazlığı izinle düşürülebilir.” Bu yüzden kişi bir kimseye “elimi kes” dese ve o da kesse bu kişiye ceza gerekmez. Çünkü organlar mal hükmündedir. Malın korunmuşluğu ise kişiye hak sağlasa da bu hakkın izin vermekle düşmesi mümkündür. Nasıl ki kişi “malımı telef et” dediğinde karşıdaki kişiye tazmin gerekmezse, burada da böyle olur.³³⁴ Ancak Hanefilere göre kişinin bir başkasına kendisini öldürmesini emretmesi, canın korunmuşluğunu ortadan kaldıramaz. Çünkü kural olarak “canın korunmuşluğu ilkesi hiçbir şekilde çiğnenemez.” Bu sebeple kişinin “beni öldür” şeklindeki emri hukuken yok hükmündedir ve kişi bu sözü sarf etmekle günahkar olur.³³⁵ Görüldüğü üzere Hanefiler, canın dokunulmazlığı ile organın dokunulmazlığı arasında ayrıma giderek birincisinin hiçbir şekilde ihlal edilemeyeceğini söylemişler, fakat ikincisi hususunda bu kadar kesin sınırlar çizmemişlerdir.

Benzer şekilde, Hanefilere göre bazı durumlarda organlar mal hükmünde değerlendirildiği için, bir kimse birini ölümle tehdit ederek elini kesmesini söylese bu kişi kendi elini kesebilir. Ancak Hanefiler ikrah altında dahi kişinin kendini öldürme hakkına sahip olmadığını özellikle belirtirler. Bu örnekte de organları mala benzeten Hanefilere göre nasıl ki kişinin bir başkasına, kendi malını telef etmeye izin vermesi bu telefî mübah hale getirirse, mal hükmünde olan organları telef etmeye izni de ibaha şüphesi doğurmaktadır ve bu yüzden tazmin gerekmez. Ancak can ile ilgili meseleler böyle değildir. Kimse canını telefe izin veremez.³³⁶

Zeylaî (ö.743/1342) ise insan organlarının başkası açısından değil “sahibi açısından” mal hükmünde değerlendirildiğini vurgulayarak, örneğin bu sebeple kişinin isterse kangren olan organını kesebileceğini belirtir. Ancak insan organlarının kutsallığı

³³⁴ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 236. Hatta buna göre bir kimse “kölemi öldür” veya “kölemin elini kes” dese bu emri yerine getiren kişiye tazmin gerekmez. Çünkü kişinin kölesi malı hükmündedir ve malının korunmuşluğu kişiye onun üzerinde tasarruf hakkı verdiği için diğer malları üzerindeki haklarını düşürebildiği gibi isterse bu hakkını da kendi izniyle düşürebilir (Kâsânî, *Bedâi*, VII, 236). Ancak bu ibarelerden yola çıkılarak Hanefilerin efendinin bedeni üzerinde ona zarar verecek tasarruflarda bulunmasının caiz olduğu sonucuna ulaşılmamalıdır. Burada kastedilen husus, kişinin bir başkasına kendi elini kesmesine izin vermesi halinde olduğu gibi kölesinin elini kesmesini söylemesi durumunda karşı tarafa tazmin yükümlülüğü doğmamasıdır. Yoksa kişinin gerek kendisinin gerekse kölesinin bedenine zarar vermesi kabul edilemezdir ve caiz değildir. Zira Hanefiler bir kimsenin, ölümle tehdit edilerek kölesini kılıçla öldürmeye veya kölesinin elini kesmeye zorlanması halinde bunu yapmaya hakkı olmadığını belirtirler. Kişinin böyle bir şeyi hür kimseye yapması nasıl caiz değilse köleye yapması da caiz değildir (Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 69-70).

³³⁵ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 236.

³³⁶ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 180.

canının kutsallığı gibi olduğu için bir kişi bir başkasının elini kesmeye zorlansa dahi bunu yapmasına ruhsat yoktur. Kişi nasıl ki ikrah altında kendini öldüremese bir başkasının elini de kesemez. Fakat ikrah altındaki kişi malı itlaf edebilir ve kendi elini kesebilir. İkrah altında başkasının elini kesen kişi ise günahkar olur ve adam öldürme konusunda olduğu gibi mükrihe kısas gerekir.³³⁷

Zeylaî'nin bu açıklamalarından onun organların genel olarak dokunulmazlığını kabul etmekle birlikte, bu dokunulmazlığın kişinin kendi organı ile başkasının organı açısından farklılık arz ettiğini düşündüğünü anlayabilmekteyiz. Zira kişi kendi canını kurtarmak için ikrah altında kendi organını telef edebilirken, yine kendi canını kurtarmak için bir başkasının organına zarar veremez. Bu anlamda kişi açısından bir başkasının organının dokunulmazlığı, kişinin kendi canının dokunulmazlığı ile eşit iken, kendi organının dokunulmazlığı daha büyük bir fayda olan canın kurtulması için feda edilebilir bir dokunulmazlık olarak görülmektedir. Ayrıca kendi hayatını kurtarmak için bir başkasının malını telef etmesi caiz görülürken bir başkasının organını telef etmesinin caiz olmaması, ama diğer yandan böyle bir durumda kendi organını telef etmesinin caiz olması da kişinin organlarının kendisi açısından mal hükmünde olduğu sonucuna bizi ulaştırmaktadır. Bir başkasının organı ise kişi açısından mal hükmünde olmamaktadır. Öyleyse Hanefîlerin bazı durumlarda “organların mal hükmünde kabul edileceği”ne dair görüşlerinin Zeylaî'nin belirttiği “sahibi açısından” kaydı ile birlikte anlaşılması daha isabetli olacaktır.

Kişinin kendi canını kurtarmak için bir başkasının organına zarar vermesinin caiz olmayacağına dair yukarıdaki görüşü organ nakli bağlamında düşündüğümüzde, bu ifadenin karşı tarafın izninin olmadığı durumları belirttiği gözden kaçırılmamalıdır. Kişinin kendi canını kurtarmak veya yaşam kalitesini arttırmak için izni olmaksızın bir kimsenin organından istifade etmesinin caiz olmayacağı açıktır. Bu sebeple ilgili açıklamaların, organ sahibinin izninin hesaba katılması halinde farklılık arz edeceğini düşünmekteyiz.

Serahsî ise kendi elini kesmekle öldürülme tehdidi arasında kalan kişinin bunu yapabileceğini bazı ilkelerle temellendirir. Buna göre kişi iki kötü durumdan daha hafif olanını seçmektedir. Ayrıca “organın dokunulmazlığı canın dokunulmazlığına tâbidir.

³³⁷ Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik* V, 190.

Tâbi olan ise asıl olana aykırı olamaz ve ikisi çatıştığında asıl tercih edilir.” Kişi elini kesme riskini göze alarak canının dokunulmazlığını sağlamış olmaktadır. Bunu yapmaması durumunda ise canını tehlikeye atmış olur. Canın telef olması durumunda kaçınılmaz olarak organlar da telef olacaktır. Zira “Bir şeyin tamamını kurtarmak için bir kısmını yok etmek, tamamını yok etmekten daha iyidir.” Nitekim eli kangren olan kimsenin, ölmekten kurtulmak için elini kesmesi bu sebeple mübahtır. Ölümle tehdit edilen kişinin elini kesmesi de bir açıdan buna benzemektedir. Çünkü o da organını keserek canını kurtarmaktadır. Fakat Serahsî böyle bir kimsenin elini kesmesinin caiz olduğunu söylerken “inşaallah” ibaresini kullanarak kesin bir dil kullanmaktan kaçınmaktadır. Bu çekincenin nedeni ise öncelikle bu durumun, ona benzese de tam anlamıyla kangren durumu ile aynı olmamasıdır. Ayrıca “organların dokunulmazlığı bir bakıma canın dokunulmazlığı gibidir.”³³⁸

Klasik fıkıh metinlerinde organların mal hükmünde değerlendirileceğinin belirtildiği bir başka yer ise vasînin organlarda kısası uygulamasına dair tartışmadır. Konuyla ilgili olarak Hanefiler, organların da mallar gibi canı korumak için yaratılmasından ötürü mal hükmünde olduğunu belirtmişlerdir. Buna göre vasî, mal üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğu gibi mal hükmünde olan organlarda kısas konusunda da yetkilidir. Ancak bu görüş istihsânen böyledir. Zira kıyasa göre vasînin can üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi olmadığı gibi organlar üzerinde de tasarruf yetkisi olmamalıydı.³³⁹ Kâsânî ise aynı hususu, organların mallara benzemesi sebebiyle mal hükmünde değerlendirileceği şeklinde gerekçelendirir. Bu sebeple vasî, mâlî hakları yerine getirme hususunda yetkili olduğu gibi müessir fiillerde kısası icra ettirme hakkına da sahiptir. Halbuki vasînin canda kısası uygulama hakkı yoktur.³⁴⁰

Konumuza temel olabilecek bir diğer tartışma noktası ise Harem-i Şerif dışında organlara yönelik suç işleyen ve sonra Harem’e sığınan kişiye kısas uygulanıp uygulanmayacağı meselesidir. Hanefiler Harem dışında adam öldürme, dinden dönme, zina etme, içki içme gibi bir suç işledikten sonra Harem’e sığınan kişiye ölüm kısası veya had cezası uygulanmayacağını söylerler. Zira Harem’de hadler ikame edilmez. Ancak organa yönelik bir suç işleyen böyle bir kişiye organda kısas uygulanır. İbn

³³⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 66-7.

³³⁹ Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 162.

³⁴⁰ Kâsânî, *Bedâi*, VI, 42.

Âbidîn bu ikisi arasındaki farkın sebebini, organların mal mesabesinde kabul edilmesi ile açıklar. Nasıl ki mala karşı suç işleyip Harem'e sığınan kişiden -kul hakkı olması sebebiyle- mal alınıyorsa, organa karşı suç işleyen kişiye de organda kısas uygulanır. Had gerektiren bir suç işleyen kişiye had cezası uygulanmamasının nedeni bunun kul hakkı değil, Allah hakkı olmasıdır. Adam öldüren kişiye canda kısas uygulanmamasının nedeni ise canın mal hükmünde olmamasıdır.³⁴¹ Öyleyse Hanefîlerin bu meseleyi çözümlene şekillerinden anlaşılan onların, organlar üzerinde oluşan hakkın kul hakkı olduğu ve bu gibi yerlerde organların hukuken can hükmünde değil mal hükmünde değerlendirilmesi gerektiği kanaatinde olduklarıdır.

Şâfîîler de organların dokunulmazlığı ile canın dokunulmazlığının aynı derecede olmadığını ifade ederler. Onlar, köle karşısında hürün kısas edilerek öldürülemeyeceğini gerekçelendirirken, müessir fiillerde köle için hür kısas edilmiyorsa adam öldürmede evleviyetle kısas edilmemesi gerektiğini söylemektedirler. Çünkü onlara göre “*Organların dokunulmazlığı canın dokunulmazlığından aşağıdır.*” Zira “*Organlar cana tabidir.*”³⁴² Organları cana kıyaslamaları ve ona tabi görmeleri sebebiyle Şâfîîler, kadın ve erkek arasında canda kısas olduğuna göre organda kısasın da olacağını belirtmektedirler.³⁴³

Hanefî ve Şâfîîlerin kölenin bedeni ve canına bakışı da konumuza ışık tutabilecek türdendir. Şâfîîler köleliğin can üzerinde de tesiri olduğunu söylerler. Buna göre köle, gerek can gerekse organlar açısından hür insana eşit olamaz. Çünkü köle mülke konu iken hür insan mâliktir. Öldürme diyetinde hür ile kölenin bedelleri bu sebeple eşit değildir.³⁴⁴ Hanefîler ise köleliğin kan hususunda bir etkisi olmadığı görüşündedirler. Çünkü kölelik sadece üzerinde üstünlük kurulabilen şeylerde etkilidir ki o da beden parçalarıdır. Hayat üzerinde ise üstünlük kurulamaz. Başka bir deyişle, kölenin hayatı ile hürün hayatı arasında üstünlük açısından fark yoktur. İnsanda aslolan hürriyettir ve köle canı konusunda hürdür. Bu yüzden efendisi kölenin canı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunamaz.³⁴⁵

³⁴¹ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, IV, 51-2.

³⁴² Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 129.

³⁴³ Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 136.

³⁴⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 129.

³⁴⁵ Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI, 130.

Sonuç olarak Hanefîler benimsedikleri bu ilkeye dayanarak bazı konularda ruhsatlar vermişler veya kıyası terk ederek istihsâna gitmişlerdir. Yukarıda sunduğumuz kişinin ikrah altındayken organını telef edebilmesi, bir başkasına organını telef etme izni verebilmesi ve telef eden kişiye kısas uygulanmaması, kişinin kendi hayatını kurtarmak için organlarından vazgeçebileceği, bir davayı düşürmek için organından fedakarlık yapabileceği, vasînin organda kısası uygulatma hakkına sahip olması gibi örnekler, Hanefîlerin kabul ettikleri bu ilkenin uzantılarıdır.

Bu örneklerden yola çıkarak gerek Hanefîlerin gerekse Şâfiîlerin can ile organlar arasında mâhiyet açısından ayrıma gittiklerini söyleyebiliriz. Hanefîler organları cana kıyaslamak yerine, organların canı korumak için yaratılmış olduğunu söyleyerek organı mala benzetir ve bir bakıma ona mal hükmü verirler. Onlara göre organlara zarar gelmesi canın yok olmasına sebebiyet vermemekte, canın gitmesi ise beden de yok olmasına yol açmaktadır. Bu sebeple can bedenden daha üst bir konuma sahiptir ve canın dokunulmazlığı ilkesi hiçbir zaman çiğnenemezken kişinin kendisi açısından kendi bedeninin dokunulmazlığı ilkesinin istisnaları bulunmaktadır. Kanaatimizce bu anlayış onların organları hükmen, can ile mal arasında fakat mala yakın bir kategoriye yerleştirdiklerini göstermektedir. Ancak bu durum, Hanefîlerin organları mal kabul ettikleri, insanın bedenine veya organlarına mâlik olduğunu söyledikleri veya insan beden ve organını değersiz gördükleri anlamına gelmemektedir. Daha önce ayrıntılı bir şekilde sunduğumuz üzere Hanefîler, insan bedeninin ve organlarının kutsallığının canının kutsallığı gibi olduğunu, beden ve organların asla üzerinde tasarrufta bulunma anlamında mal hükmünde kabul edilemeyeceğini ve dolayısıyla satış gibi akitlere konu olmasının caiz olmadığını açıkça belirtmişlerdir. Şâfiîler ise organları cana tabi sayarak pek çok meselede buna göre hüküm vermektedirler. Onlar organları mal hükmünde görmeseler de can mertebesinde de görmeyerek, organların cana tabi olduğunu ve organın dokunulmazlığının canın dokunulmazlığından daha aşağıda olduğunu kabul ederler.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ORGAN NAKLİNİN MEŞRUIYET TEMELLERİ:

ZARURET VE İHTİYAÇ

Klasik dönem fakihlerinin insan bedeni üzerinde tasarruf konusunda oldukça katı ilkeler geliştirdiğini ve her fırsatta insan bedeninin ve organlarının dokunulmazlık ve saygınlığını vurguladıklarını belirtmiştik. Buna göre genel ilke olarak bedenin kutsallığını çiğneyecek her türlü müdahale yasak sayılmıştır. Fakat bu hususta ilkelere ne kadar bağlı olsalar da fakihlerin zaruret gibi bazı özel durumları dikkate alarak kimi müdahaleleri helal saydıklarını görmekteyiz. Zira bazı durumlarda kişinin gerek kendisinin gerekse bir başkasının bedeni üzerinde tasarruf hakkı doğmakta ve bedenin dokunulmazlığı ilkesinden bazı sebeplerle istisnaya gidilebilmektedir. Öyleyse organ naklinin cevazını zorlaştıran ve belki de İslam dünyasında konunun bu kadar tartışılmasına sebebiyet veren “beden bütünlüğünün korunması” ve “bedenin saygınlığı ve dokunulmazlığı” ilkelerinden vazgeçilmesini sağlayan daha güçlü bir delile ihtiyaç vardır. Modern dönemde fıkıh temelli çalışmaların organ naklinin meşru dayanağının ne olabileceği sorununu genellikle zaruret ve maslahat zeminine dayandırarak çözümlediklerini görmekteyiz.³⁴⁶

Organ naklinin gündeme geldiği ilk yıllarda modern hukuklarda da ilgili uygulamanın hukukî zemini sıkça tartışılmış ve organ ve doku nakli hukuka uygunluk nedeni olarak görülmüştür. Buna dayanak olarak ise ahlaka uygunluk, örf ve adet tarafından benimsenme, mağdurun rızası, hakkın kullanılması gibi sebepler gösterilmiştir. Ancak hukuk sistemlerinin buna açıkça izin vermesinden sonra bu tartışmalar sona ermiştir.³⁴⁷ Kişiyeye bir yarar sağlamadığı için esasında kendi organ veya dokularını rızasıyla dahi olsa bir başkasına vermesi, genel anlamda kişilik haklarına aykırıdır. Dolayısıyla genel hükümlere göre organ ve doku nakli mümkün değildir. Zira organı veren kişi açısından endikasyon (tıbbî gereklilik)³⁴⁸ bulunmamaktadır ve tek başına rıza da nakil eylemini hukuka uygun hale getirmek için yeterli değildir. Türk hukukunda da birtakım özel düzenlemelerle bu tür tıbbî müdahaleler hukuka uygun hale getirilmiştir. Esasında tıbbî

³⁴⁶ Bkz. Bûtî, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, s. 127.

³⁴⁷ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 93.

³⁴⁸ Tıbbî müdahalenin tıp bilimine göre zorunlu olmasına endikasyon adı verilmektedir (Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 93).

zorunluluklar dışında kişinin beden bütünlüğüne dokunulamaz. Bu sebeple hekimin tıbbî müdahalesini hukuka uygun kılan unsurlardan biri de endikasyondur. Kan ve organ bağıışı gibi üçüncü kişiler yararına yapılan müdahalelerde tedavi amacı bulunmadığından, bu müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için ilgilinin rızasına ihtiyaç bulunmaktadır.³⁴⁹

Organ nakli durumunda esasında İslam'ın iki temel değeri çatışmaktadır. Bunlardan biri alıcının bedenine taalluk eden “canın/organların korunması” ilkesi iken diğeri ise vericinin bedeniyle alakalı olarak “bedenin saygınlığı ve dokunulmazlığı” ilkesidir. Yani burada bir prensip bir insanın bedeninde gerçekleşirken, diğeri prensip başka bir insanın bedeninde çiğnenmektedir. İki temel prensibin çatıştığı bir durum bulunduğu hukuk içinden çözüm üretmeye çalışma hali söz konusuysa, ortada iki temel değerden birinin çiğnenmesini gerektiren bir zaruret durumu var demektir. Peki bu durumda bu ilkelerden hangisi ve hangi gerekçe ile ön plana çıkarılacaktır? Bedenin saygınlığı ve dokunulmazlığı ilkesi mi, yoksa canın, organların ve dolayısıyla sağlığın korunması ilkesi mi? Bizim kanaatimiz bu noktada organa veya dokuya duyulan ihtiyacın derecesinin belirlenerek bunun gerçekten zaruret seviyesinde bir ihtiyaç olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği yönündedir. Gerçek bir zaruret bulunması halinde ise canın ve organların korunması ilkesinin, bedenin saygınlığı ve dokunulmazlığı ilkesine neden tercih edilebilir olduğunun açıklanabilir olması gerekmektedir. Fakat böbrek ve kalp gibi organların nakli şeklindeki bir zarurettten değil de yüz, kol, rahim nakli gibi kanaatimizce hâcet seviyesinde bir gereksinimden söz ediliyorsa o zaman ihtiyaçla ilgili teoriler gündeme gelecektir. Ayrıca her iki durumda da naklin sonuçları maslahat-mefsedet açısından değerlendirilmelidir. Bu sebeple bu bölümde klasik zaruret ve ihtiyaç teorileri çerçevesinde modern bir konu olan organ naklini konumlandırmaya ve meşruiyet temellerini ortaya koymaya çalışacağız. Bunu yaparken ise klasik maslahat teorilerini göz önünde bulunduracağız.

3.1. Zaruret Teorisi Temelinde Organ Nakli

Fıkıhta belli bir meselenin hükmü verilirken zaruret ve ihtiyaç, zorluğun ve meşakkatin giderilmesi gibi prensipler ulema tarafından her zaman dikkate alınmış olup fikhin esnek ve evrensel boyutu bu şekilde temin edilmiştir. Bu anlamda içtihat faaliyetinde

³⁴⁹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 92, 276, 283.

bulunarak nevâzil meselelere çözüm üretmeye çalışan fukaha, maslahat nazariyesi çerçevesinde esasında Şârî'nin hüküm koymadaki yöntemini anlamaya ve uygulamaya çalışmaktadırlar.

Zaruret prensibi İslam hukukunun güncel meselelere çözüm üretmesinde ve fikhın temel esasları ile pratik arasında köprü kurma noktasında önem arz etmektedir. Hanefîlerin istihsân, Mâlikîlerin mesâlih-i mürsele olarak adlandırdıkları kaynaklar da büyük ölçüde zaruret ve ihtiyaç temeline dayanmaktadır. Yine örf de bazı sosyal zaruretler sebebiyle İslam hukukunda delil olarak dikkate alınmıştır.³⁵⁰ Batı hukuklarında da zaruret “*Necessitas non habet legem*”, yani “*Zaruretin kanunu yoktur*” ifadesiyle hukukî bir ilke olarak kabul görmüştür.³⁵¹ Cermen hukuku da “*Zaruret kanun tanımaz*” kaidesini kabul etmektedir.³⁵²

Organ nakli ihtiyacı içindeki kişi organını kaybetmemek için bazı çözümlere başvurmak durumundadır. Böbrek fonksiyonunu yitiren bir kişi temelinde düşündüğümüzde bunlar diyaliz tedavisi alma veya böbrek nakli alternatifleridir. Veyahut da hasta herhangi bir mevcut tedavi yöntemine başvurmamayı tercih edebilecek ya da kök hücre, yapay iç organlar, başka bir canlı türünden nakil gibi henüz uygulaması yerleşmemiş tedaviler için bekleyecektir. Peki fikhen bu durumdaki kişinin yapması en uygun eylem hangisidir? Öncelikle bu kişinin böbreğini kurtarmak için tedavi alması gerekecek (vâcip) midir? Yoksa tedavi almamayı tercih etme şansı var (mübah) mıdır? Bir tedaviye başvurması gerektiği zaman ise en kesin veya en helal tedavi yollarından hangisini tercih etmelidir? Organ nakli bir tedavi midir ve eğer tedavi ise bir böbrek hastasının bu nakli almasının hükmü nedir? Caizse bu hükmü vermemizi sağlayacak delilimiz nedir? Olayın bir de verici boyutu bulunmaktadır ki esasında alıcı ve verici tek bir vücut gibi düşünüldüğünde bu konuda hüküm vermek daha pratik hale gelmektedir. Ayrıca burada hekim gibi üçüncü bir fail de bulunmaktadır. Peki organ alıcısı, organ vericisi ve nakil işlemini icra eden hekim açısından organ naklini caiz hale getiren şey nedir?

Fikhî açıdan konu ele alındığında alternatifini bulunmadığında hayati organlar için nakli meşru kılan unsur “zaruret” gibi görünmektedir. Organ naklinin cevazını zaruret

³⁵⁰ Mustafa Baktır, *İslam Hukukunda Zaruret Hali*, Akçağ Yayınları, [t.y.] Ankara, s. 6-7.

³⁵¹ Nevzat Toroslu, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, s. 1; nakleden: Baktır, *İslam Hukukunda Zaruret Hali*, s. 1.

³⁵² Dönmezer-Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, II, 133.

durumu ile temellendirmek ise hukuken yasak olan bir ilkenin zaruret sebebiyle çiğnendiğinin kabulü anlamına gelmektedir. Bu durumda daha önce bir temel olarak sunduğumuz bedenın saygınlığı ve dokunulmazlığı ilkesi ile canın ve organların korunması ilkeleri çatışmakta ve zaruret sebebiyle bedenın saygınlığı ve dokunulmazlığı ilkesi çiğnenmiş olmaktadır.

Esasında organ naklinin, naslardan çıkarılmış bir hüküm ve fıkhıta yerleşmiş genel bir kaide anlamındaki “kıyas”a muhalif bir hüküm olarak görülmesi mümkündür. Bu istisnanın gerekçesi zaruret olarak kabul edildiğinde organ naklinin cevazının delili özellikle Hanefî fıkıh literatüründeki “zaruret sebebiyle istihsân” olarak temellendirilebilir ki bunun arkasında zor olan hükmü bırakıp kolay olanı tercih etme mantığı bulunmaktadır. Hanefîlerin zorluğu terk ederek kolay olanı, müsamahaya ve ruhsata uygun olanı tercih etmek şeklindeki istihsân tanımlarını da dikkate aldığımızda³⁵³ istihsânda zaruret veya maslahat gibi sebeplerle ana kaidenin terk edildiği anlaşılmaktadır. Organ naklinin caizlik hükmünde de zaruret esasına dayalı olarak istihsânen bir karar verildiği söylenebilir. Böylece ilk etapta fıkhın temel bir ilkesi olan bedenın saygınlığı ve dokunulmazlığı ilkesine muhalefet edilmiş gibi görünse de, zaruret temeline dayalı olarak istihsân delili sayesinde organ nakli hukukî bir zemine oturmuş olmaktadır.

Ancak istihsâna gidilmesini sağlayacak olan zaruretin varlığı tek başına yeterli olmayıp zaruret teorisi bir bütün olarak anlaşılmalı ve zaruretin şartları ve sonuçları da dikkate alınarak konu, ilgili bağlamda incelenmelidir. Yine böyle bir zaruret bulunmasına rağmen, ilgili zaruret uygulandığında ortaya çıkan sonuçların maslahat-mefsedet denkleminde maslahat aleyhine olması halinde zaruret prensibine başvurulamayacaktır. Bu nedenle bu bölümde klasik eserlere göre zaruretin mâhiyetini ortaya koyduktan sonra, zarureti gerçekleştirmek için gerekli şartları sunup organ naklini bu kriterlere göre inceleyeceğiz. Bu teorik temel bize, bir sonraki bölümde organ naklini türleriyle birlikte ele alarak ilgili naklin zaruret olup olmadığını, zaruret ise yapılması halinde tıbbî, sosyal, psikolojik, hukukî vb. kriterler esas alınarak maslahat-mefsedet dengesi ölçümünün olumlu mu yoksa olumsuz mu çıktığını inceleyip buna göre ilgili nakli değerlendirme zeminini sağlamış olacaktır.

³⁵³ Serahsî, *el-Mebsût*, X, 145.

3.1.1. Zaruretın Mâhiyeti

Zaruret sözlükte şiddetli durum anlamına gelmekte olup “ıztırâr” mastarının ismidir. İztırâr ise bir şeye muhtaç olmak demektir.³⁵⁴ Klasik fıkıh eserlerinde zaruret ve ıztırâr kelimeleri birbirinin yerine kullanılmaktaysa da zaruret kelimesinin ıztırârdan daha geniş bir anlam havzasına sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bizim burada kastettiğimiz zaruret ise “ıztırâr” manasında olup canına veya organlarına karşı bir tehditle karşı karşıya kalan kişinin hukuken suç sayılan birtakım fiilleri işleyerek hayatını kurtarması anlamında daha dar bir anlama sahiptir.

Klasik fıkıh eserlerinde yer alan, canı konusunda tehlikeye düşen çaresiz kişi anlamındaki “muztar” kavramı organa muhtaç kişinin durumuna ciddi bir benzerlik gösterdiği için bize yardımcı olabilecek niteliktedir. Nakil ise klasik zaruret tartışmaları ile açıklanabilecektir. Çünkü günümüzde nakli mümkün olan organlardan bir kısmı açısından düşündüğümüzde, organ alıcısı bir organını ve dolaylı olarak canını kaybetme tehlikesi içinde sayılmaktadır. Bu sebeple klasik eserlerdeki ıztırâr ve muztar tanımları üzerinden, kastettiğimiz dar anlamlı zaruret teorisini geniş bir şekilde sunarak organ naklini ıztırâr çerçevesine yerleştirmeye çalışacağız. Benzer şekilde ikrâh-ı mülcî (zorlayıcı cebir) ile canı veya organları konusunda tehdit edilen kişi anlamındaki “mükreh” hakkındaki tartışmalar da zaruret bağlamında konumuza ışık tutabilecek türdendir. Zira zaruret ve ikrah mefhumları iç içe girmiş durumdadır. İkrâh halinde haram bir fiilin yapılması için kişi canı veya organlarıyla tehdit edilirken, zaruret halinde dışarıdan bir zorlama olmaksızın kişi can veya organ kaybı tehlikesiyle karşı karşıya kalarak haram bir fiili işlemeye mecbur olmaktadır. İkrâh-ı mülcî veya tam ikrah, rıza ve seçme özgürlüğünün bulunmadığı, öldürmek, bir organı kesmek, öldürecek veya bir organı yok edecek şekilde dövmekle yapılan tehdittir ve kişinin canına veya bir organına zarar vereceği anlaşıldığı anda ise zaruret tahakkuk etmiş sayılır. Öyleyse fakihlerin ikrahta aradığı cana veya organa yönelik tehlikenin ağır olması, tehlikenin o anda mevcut olması, mükrihin tehdidini yerine getirmeye güç yetirebilmesi, mükrehin istenileni yapmadığında tehdit edildiği şeyin başına geleceğine

³⁵⁴ Abdülkerim Zeydân, *Hâletü 'z-zarûra fi 'ş-şerâti 'l-İslâmiyye*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1988, s. 10.

kesin olarak inanması veya zann-ı gâlibinin bulunması şartlarının benzerini zaruret hali için de düşünebiliriz.³⁵⁵

Fıkıh eserlerindeki zaruret tanımları genellikle hayatı tehdit eden açlık zarureti üzerinden yapılmıştır. Bu bağlamda en temel örnek, açlık zarureti ile karşı karşıya kalan kişinin (muztar) canını helak olmaktan korumak için haram bir madde yemesi örneğidir. Fıkıh literatüründe bu örneğin neredeyse zaruret teorisinin temelini oluşturduğunu belirtebiliriz. Bunun nedeni ise konu hakkında Kur'ân nasslarının bulunması olmalıdır.³⁵⁶

Gerçekten de pek çok alimin zarureti, açlıktan ölme tehlikesi içindeki kişinin haram bir madde yemesinin mübah hale gelmesi bağlamında tanımladıklarını görmekteyiz. Şâfiî'nin, yanında açlığının şiddetini hemen giderecek süt ve benzeri bir yiyecek bulunmayan kişinin açlık sebebiyle ölmesinden veya hastalanmasından korkulması,³⁵⁷ Cessâs (ö.370/981)'in, kişinin yemeyi terk etmesi halinde canına veya bir organına zarar gelmesinden korkması,³⁵⁸ İbn Hazm (ö.456/1064)'ın, kişinin bir gün bir gece yiyecek ve içecek bir şey bulamadan kalması,³⁵⁹ İbn Kudâme'nin, yemeyi terk ettiğinde kişinin hayatını kaybetmekten korkması,³⁶⁰ Suyûtî (ö.911/1505)'nin, şer'an yasak olan şey yenmediğinde, kişinin ölmesi veya ölüm tehlikesi seviyesine gelmesidir ki bu durum haram bir yiyeceği yemeyi mübah hale getirir³⁶¹ şeklindeki tanımları hep bu minval üzeredir.

Diğer yandan kimi tanımlar ise gayeye yönelik bir tutum sergilemiş ve zaruret ve ıztırârın anlamını “hayatı tehdit eden açlık” halinden “hayatı tehdit eden sıkıntı”ya genişletmişlerdir. Örneğin bir yerde zarureti dar anlamıyla tanımlayan Cessâs, başka bir yerde ise ıztırârı insana açlık veya başka bir şey sebebiyle isabet eden ve kaçınılması mümkün olmayan zarar³⁶² şeklinde sunar. Görüldüğü üzere bu ikinci tanım açlık

³⁵⁵ Baktır, *İslam Hukukunda Zaruret Hali*, s. 165-8.

³⁵⁶ İlgili âyetler için bkz. el-Bakara, 2/173; el-En'âm, 6/145; el-Mâide, 5/3; en-Nahl, 16/115.

³⁵⁷ Şâfiî, *el-Ümm*, II, 225.

³⁵⁸ Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî el-Cessâs (370/981), *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Matbaatü'l-Evkâfi'l-İslâmiyye, 1335, I, 130.

³⁵⁹ Ebû Muhammed b. Ali b. Ahmed b. Saîd b. Hazm (456/1064), *el-Muhallâ*, İdâretü't-Tıbâati'l-Müniriyye, Kahire 1347-1352, VII, 426.

³⁶⁰ İbn Kudâme, *el-Muğni*, XIII, 331.

³⁶¹ Ebû'l-Fazl Celâluddîn Abdurrahman b. Ebî Bekr es-Suyûtî (911/1505), *el-Eşbâh ve'n-nezâir fi kavâidi ve fîrû'i fîkhi's-Şâfi'iyye*, Mustafa el-Bâbî el-Halebî, Kahire 1959, s. 85.

³⁶² Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, II, 311.

haricindeki diğer hayati tehlikeleri de içine almaktadır. Benzer şekilde Ali Haydar Efendi (1354/1935) de zarureti bir yerde haramı yememesi/almaması halinde kişinin hayatını kaybetmesine sebebiyet verecek hal (*bir kimse memnûu tenâvül etmediği takdirde helâkı müstelzim olan hal*)³⁶³ şeklinde tanımlarken başka bir yerde haramın işlenmesini caiz hale getiren özür (*memnû olan şeyin işlenmesini tecviz eden özür*) şeklinde geniş anlamıyla tarif eder.³⁶⁴ Şâtübî de ıztırâr halini geniş manasıyla yani kişinin ölmekten veya bir organını kaybetmekten korktuğu hal olarak görür. Ona göre bu, kişinin ibadetlerini ve günlük eylemlerini yerine getirmekten aciz kaldığı zaman söz konusu olur.³⁶⁵ Ahmed b. Hanbel de haramı helal hale getiren zarureti yalnız açlık durumuyla kayıtlamaz ve ister açlık ister başka bir sebepten dolayı kişinin canını kaybetmekten korkması veya o şeyi yemeyi terk etmesi halinde yürümekten ve bineğine binmekten aciz kalacağından veya yol arkadaşlarından geri kalacağı için ölmekten korkması olarak görür.³⁶⁶ Zerkeşî (794/1392) ise zarureti sadece yemek ile sınırlamayıp giyinmeyi de buna ekleyerek kişinin haram bir şeyi yememesi veya giyinmemesi halinde hayatını veya bir uzvunu kaybetmesi şeklinde açıklar.³⁶⁷

Her ne kadar zarureti geniş anlamıyla gören bu ikinci grup klasik tanımlar bulunmaktaysa da çağdaş araştırmacılardan Vehbe Zuhaylî klasik tanımları gıda zarureti açıklamaya yönelik olması açısından eleştirir. O bunların zaruretin gerçek manasını kapsayamayacak eksik birer tanım olduklarını belirtmekte ve zarureti haramı mübah hale getiren ya da vâcibi terk etmeyi mübah kılan bir ilke ya da teori olarak görmektedir. Ona göre zaruret insanın canına, bir organına, namusuna, aklına, malına veya bunlarla bağlantılı diğer maslahatlarına herhangi bir zarar veya sıkıntı gelmesinden endişe ettiği bir tehlikeye veya şiddetli bir sıkıntı haline maruz kalmasıdır.³⁶⁸ Benzer şekilde Zeydân da zaruret halini canın korunması ile sınırlı tutmamakta ve malın ve ırzın korunmasını da tanıma dahil etmektedir.³⁶⁹ Gerek klasik gerek modern tanımlara

³⁶³ Eminefendizade (Küçük) Ali Haydar Efendi (1354/1935), *Dürerü'l-hükkâm şerhi Mecelleti'l-ahkâm*, Matbaa-i Tevsî-i Tıbbât, İstanbul 1330, I, 79.

³⁶⁴ Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 76.

³⁶⁵ Şâtübî, *el-Muvâfakât*, I, 329.

³⁶⁶ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIII, 331.

³⁶⁷ Ebû Abdullah Bedruddin Muhammed b. Bahâdır ez-Zerkeşî (794/1392), *el-Mensûr fi'l-kavâ'id* (thk. Teysîr Fâik Ahmed Mahmûd; göz. geç. Abdüssettâr Ebû Gudde), *Vizâratü'l-Evkâf ve's-Şuûni'l-İslâmiyye*, Kuveyt 1982, II, 319.

³⁶⁸ Vehbe Zuhaylî, *Nazariyyetü'z-zarûreti's-şer'iyye mukârenen maa'l-kânûni'l-vaz'i*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1982, s. 67-8.

³⁶⁹ Zeydân, *Hâletü'z-zarûra*, s. 10.

bakıldığında neticede zaruret halinde, bir haktan veya korunan bir değere kıymetçe eşit veya ondan daha az kıymetli olan başka bir değerden fedakarlıkta bulunmak manası bulunduğu göze çarpmaktadır.³⁷⁰

Klasik fıkhındaki ruhsat teorisi de canın ve organların korunması noktasında zaruret konusu ile doğrudan bağlantılıdır. Zira bazı ruhsat çeşitlerinde de haramlar mübah hale gelmekte, bazen ise bir zaruret bir ruhsatın dayanağı olmaktadır. Bu anlamda ruhsat zarureti de içine alacak şekilde daha geniş bir kapsama sahiptir. Ruhsat meşakkat konusuyla doğrudan bağlantılı olup şeriatteki yolculuk, hastalık, ikrah, unutmama, cehalet, güçlük ve umûmu'l-belvâ, bazı eksiklikler sebebiyle teklifin kaldırılması gibi pek çok ruhsat da meşakkatten dolayı konulmuştur.³⁷¹

Kimi Hanefî alimlerin ruhsat, haram kılan sebep mevcut olmasına rağmen bir özürden dolayı kullara mübah kılınan şey olarak tanımlanmıştır.³⁷² Ali Haydar Efendi ise zaruretlerin haramları mübah hale getirmesini tam olarak ruhsat olarak adlandırır ve ruhsatın, özürler sebebiyle sonradan meşru kılınan şey (*a'zar üzerine sâniyen meşrû' olan şey*) şeklindeki tanımını verir. Örneğin bir başkasının malını telef etmek başlangıçta haramken ikrâh-ı mülcî ve zaruret sebebiyle ikinci derecede mübah kılınmıştır. Ruhsatta haram kılan şey ve haramlık var olmaya devam etmesine rağmen o şey mübah sayılır. Bu sebeple bu fiili işleyen kişi mübah bir fiili işlemiş gibi olur ve eyleminden sorumlu tutulmaz.³⁷³ Ruhsat teorisi kişinin yaptığı eylemi şer'î sınırlar içerisinde sürdürdüğünü, geçici ve istisnai olarak ilgili hükmün caiz olduğunu bilmesi ve böylece hassasiyet duygusunu kaybetmemesi açısından önemlidir.

Günümüzde hemen hemen tüm çağdaş kanunlar da ıztırâr halinden bahsetmekte ve bu hal ilgili sistemlerde hukuka uygunluk sebebi olarak görülmektedir. Türk hukukunda da zaruret teorisi klasik fıkıh eserlerinde olduğu gibi “ıztırâr” kelimesi ile ifade edilmektedir. Buna göre ıztırâr hali, “bir kimsenin bilerek sebebiyet vermediği bir tehlikeden kendisini veya başkasını kurtarma zorunluluğu karşısında, suç teşkil eden ve

³⁷⁰ Umer, “et-Tasarrufâtü'l-vâride”, s. 86.

³⁷¹ Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 77-80; Zeynüddin b. İbrâhim b. Muhammed el-Mısırî el-Hanefî b. Nuceym (970/1563), *el-Eşbâh ve'n-nezâir* (thk. Muhammed Mutî' el-Hâfiz), Dârü'l-Fikr, Dımaşk 1983, s. 84-90.

³⁷² Serahsî, *el-Usûl*, I, 117; Ebü'l-Hasen Ebü'l-Usr Fahrü'l-İslâm Alî b. Muhammed b. el-Hüseyn b. Abdilkerîm el-Pezdevî (482/1089), *Keşfü'l-esrâr alâ Usûli'l-Pezdevî* içinde (göz.geç. Hasan Hilmi Rizevî), Mekteb-i Sanayi Matbaası, İstanbul 1890/1307, II, 619.

³⁷³ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 76-7.

tehlikeyi uzaklaştırmaya yetecek ölçüde olan bir fiili işlemesi mecburiyetini doğuran bir durumdur.”³⁷⁴ Başka bir ifade ile zaruret hali, “tehlikeye katlanmak hususunda hukukî mükellefiyeti olmayan bir kimsenin bilerek sebebiyet vermediği ve kendisinin şahsına müteveccih ağır ve muhakkak bir tehlikeyi, ancak kanunun suç olarak öngördüğü ve tehlike ile mütenasib bir fiil ile bertaraf etmesi halidir.”³⁷⁵ Bu anlamda ıztırâr, başka türlü davranma imkanı olmadığı ve daha yüksek bir değeri korumak için hukuka aykırı bir eylem işlemek zorunda kalan kişinin hukuken sorumlu tutulmasını önleyen bir müessesedir.³⁷⁶

İztırâr haline dağda aç kalan dağcıların rastladıkları bir kulübenin kapısını kırarak sahibinden zorla yiyecek almaları, dağa tırmanan iki dağcıdan birinin ipin iki kişinin ağırlığını çekmemesi nedeniyle ipin kopması tehlikesi karşısında hayatını kurtarmak için ipi kesip diğerini boşluğa terk etmesi gibi durumlar örnek verilebilir. Hayata, vücut bütünlüğüne, sağlığa, cinsî tamlığa, kişi hürriyetine, hatta iffet ve şerefe yönelik her tehlike ıztırâr halini yaratabilir.³⁷⁷ Yine kanunen kendisine tıp mesleğini icra hakkı tanınmamış kişilerin tıbbî müdahalesi hukuka aykırı olmasına rağmen, kendisi sağlık personeli olmayıp zorunluluk halinde tıbbî müdahalede bulunan kişi cezalandırılmamaktadır. Benzer şekilde boğazına bir şey takılan kişinin nefes almasını sağlamak için boğazına delik açan kişi zorunluluk halinden dolayı bu eylemi sebebiyle ceza almayacaktır.³⁷⁸ Annenin sağlığının tehlikeye düşmesi nedeniyle ceninin alınması, yapışık ikizlerden sadece birini kurtarmak mümkün olduğunda birinin hayatının diğerine tercih edilmesi de tıp hukukunda ıztırâr halinin örneklerindedir.³⁷⁹ Ancak modern hukuklarda genellikle, ıztırâr durumundaki kişinin bir başkasına zarar vermesi bağlamında kanuna aykırı bir fiilden söz edilmektedir. İslam hukukunda ise üçüncü bir şahıs söz konusu olmaksızın herhangi bir haram fiilin işlenmesi de bu kapsamda görülmekte ve konu ceza hukuku içinde ele alınmaktadır.

³⁷⁴ Dönmezer-Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, II, 132, 134.

³⁷⁵ Toroslu, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, s. 6-7; nakleden: Baktır, *İslam Hukukunda Zaruret Hali*, s. 1.

³⁷⁶ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 167.

³⁷⁷ Dönmezer-Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, II, 132, 142.

³⁷⁸ Murat Aydın, “Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu” (yüksek lisans tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008), s. 80.

³⁷⁹ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 167.

Hayat kurtarıcı organların nakledilmesi açısından duruma baktığımızda organ alma ihtiyacı içinde bulunan kişiyi -şartlar oluştuğunda- muztar kategorisinde görmemizin ve ona zaruret ve dolayısıyla ruhsat hükümlerini uygulamanın mümkün olduğunu söyleyebiliriz. Organ naklinin alıcı, verici ve hekim açısından cevazı noktasında ileride inceleyeceğimiz farklı dayanaklar devreye girecek olsa da, caiz kabul ettiğimiz nakil türlerinin temel cevazlık delilinin zaruret olduğu anlaşılmaktadır. Fakat bunun için ileride söz edeceğimiz, zarurette aranan bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

3.1.2. Zaruret Bağlamında Organ Naklinin Hükümü

Organ naklinin bazı türlerini zaruret kapsamında görebiliyorsak bu tür nakillerin hükümünü zaruret durumunda işlenen fiilin hükmüne kıyaslayabilir miyiz? Zaruret bulunduğu, dinin o konudaki esas hükmü (azîmet) uygulanması halinde, daha önce de belirttiğimiz üzere, kişinin şer'an korunması gereken başka bir maslahatının zarar görmesi gerekmektedir ki organ naklinin verici tarafında bu maslahat canın/organın/sağlığın korunmasıdır. Organ naklinde vericinin beden dokunulmazlığı çiğnenirken aynı zamanda alıcının hayatı veya sağlığı kurtarılmaktadır.

Organ naklinin özü olan canlı veya diri bir bedenden bir parça almanın mutlak olarak hükmü, daha önce belirttiğimiz üzere klasik fıkıh eserlerinde haramlık olarak zikredilmektedir. Fakat zaruret sebebiyle bu hükümden istisnalara gidilmekte ve hüküm değişebilmektedir. Serahsî zarureti de kapsayacak şekilde ruhsatı “haram kılan sebep ve haramlık hükmü baki olmasına rağmen bir özür sebebiyle mübah kılınan şey” olarak tanımladıktan sonra ikrah özü sebebiyle dil ile şirk ifadesini söylemeyi buna örnek verir. Allah'a iman konusunda Allah hakkının vâcip oluşu zarureti nedeniyle şirkin haramlığı devam etmektedir. Bununla birlikte ikrah anında canının telef olmasından korkan kişi için şirk ifadesini söylemek ruhsat olarak ona mübah kılınmaktadır. Çünkü kişi şirk ifadesini söylemekten kaçınarak hem sûreten hem manen canından olmaktadır. Şirk lafzını söyleyerek ise kalbinde iman olduğu için vâcip olandan sûreten kaçmış olsa da vâcibi manen terk etmiş olmaz. Ancak şirk ifadesinin söylenmesi ile Allah hakkı sûreten çiğnenmiş olur. Bu sebeple şirk ifadesini söylemekten kaçınma durumunda ise hem sûreten hem manen Allah hakkını gözetmek söz konusu olup bu sebeple söylememek azîmettir ve kişi söylemeyip öldürülse sevap kazanır. Ancak canını korumak için bunu yapma ruhsatı da bulunmaktadır. Bu örnekte haram kılan sebep olan

Allah hakkını gözetmenin vâcip oluşu ve haramlık hükmü bulunmaktadır. Ancak aynı zamanda ölüm korkusu ve ona karşı duracak gücü olmaması sebebiyle şirk kelimesini söylemesine ruhsat vardır.³⁸⁰

Serahsî özelinde sunduğumuz ancak fakihlerin konsensüse vardıkları bir hüküm olan, kişinin canını kurtarmak için Allah'ı inkar lafzını söyleyebilmesi bile mümkünse, yine canını kurtarmak için bir başkasının rızası alınarak beden bütünlüğünün bozulması caiz olamaz mı? Burada görüldüğü üzere canın korunması söz konusu olduğunda kişi en temel Allah hakkı olarak kabul edilen Allah'ı inkar lafzını söylememe sorumluluğunu terk edebilmektedir. Öyleyse organ nakli durumunda da, her ne kadar beden üzerinde Allah hakkı bulunduğunu kabul etsek de, canın korunması söz konusu olduğunda Allah hakkının ihmal edilebileceği bu ve benzeri örneklerden anlaşılabilir. Zira Serahsî'nin bu açıklamaları ilk bölümde ifade ettiğimiz üzere bir başkasının bedeni ve organları üzerinde tasarruf hakkı bulunmaması anlamında organ naklinin azîmet hükmünün haramlık olmasına rağmen kişinin canını veya sağlığını kurtarmak için ruhsatla amel edebileceğini göstermesi açısından önemlidir.

Zaruret hali bulunduğu haram olan şey helal hale gelir veya vâcibin terki mübah olur. Başka bir deyişle böyle bir durumda kişinin zararı gidermek için haramı işlemesi, vâcibi terk etmesi veya erteleme mübah hale gelir.³⁸¹ Organ naklinde bir vâcibin terki değil de bir haramın mübah hale gelmesi şeklinde bir zarurete çözüm üretilmiş olmaktadır. Esasında “*Zarûretler memnû olan şeyleri mübah kılar*”³⁸² Mecelle maddesi de zaruretin hükmünün bir boyutunu açıkça ifade etmektedir. Ancak ilgili maddenin tüm haramları helal hale getirdiği düşünülmemelidir. Zira günahsız bir kimsenin öldürülmesi gibi bazı haramların haramlık vasıfları hiçbir şekilde düşmez ve bunların işlenmesi mübah hale gelmez.³⁸³ Ayrıca zaruret hükmünden söz edebilmek için zaruret anında işlenen fiilin asıl hükmünün haramlık olması gerekmektedir. Organ nakli durumunda da, bedenin saygınlığının ve dokunulmazlığının çiğnenmesi şeklindeki aslı haram olan bir eylemin zaruret sebebiyle mübah hale geldiği varsayımı üzerinden hareket ediyoruz.

³⁸⁰ Serahsî, *el-Usûl*, I, 117-8.

³⁸¹ Zuhaylî, *Nazariyyetü 'z-zarûreti 'ş-şer' iyye*, s. 68, 74.

³⁸² *Mecelle*, md. 21.

³⁸³ Zeydân, *Hâletü 'z-zarûra*, s. 10-3.

Canın ve organların tehlikeye girmesi durumunda zararı engellemek için haram fiili işlemeyi fıkhen caiz hale getiren şey, kişinin bir bakıma seçme hürriyetinin kalmamasıdır. Muztar ve mükrehin durumlarında olduğu gibi bu eylemi helal hale getiren şey mecburiyettir. Serahsî bu bağlamda haram maddeleri yemenin haram oluşunun seçme hürriyeti durumunun varlığı ile sınırlı olduğunu, ikrah gibi nedenlerle haram maddeleri yemenin ise haram olmayacağını belirtir.³⁸⁴

Yine zaruret ve ihtiyaç karşı karşıya geldiğinde zaruretin tercih edileceğine dair ilkedden³⁸⁵ yola çıkılarak da bir karşılaştırma yapılabilir. Kişinin hayatını kurtarmak için organ nakli olması zarureti karşısında helal yollarla tedavi olması ihtiyaç seviyesinde kalmaktadır. Bu durumda zaruret ihtiyaca öncelenecektir. Fakat organ naklinin hükmünü zaruret çerçevesinde incelerken naklin tarafları olan alıcı ve verici açısından durumu ayrı ayrı değerlendirmemiz gerekecektir. Zira alıcının durumunu muztar kişinin durumunda olduğu gibi canını veya bir organını kurtarma zarureti ile görece daha kolay bir şekilde temellendirebilecekken, verici açısından karşı tarafın zaruret içinde olması tek başına geçerli bir gerekçe olabilecek midir? Yine haram olan eylem vericinin bedeninde gerçekleştirilirken helallik hükmü alıcının bedenine ilişkin olmaktadır. Bu sebeple naklin her iki tarafının eylemlerinin -organ alma ve verme- hükmünü ele almak icap etmektedir.

Diğer taraftan, zaruretin organ naklini helal hale getiren bir delil olduğunu kabul etmekle birlikte, zaruretin bulunduğu her durumda naklin caiz olduğunu söylememiz de mümkün değildir. Zira zaruret olmasına rağmen alıcıya, vericiye, hekime, naklin sonuçlarına, naklin gerçekleştiği mekana-zamana vs. ilişkin pek çok şart da ilgili naklin hükmünde etkili olmaktadır.

3.1.2.1. Alıcı Açısından Naklin Hükmü

Organa ihtiyacı olan bir kimsenin canı veya organı tehdit altında olduğunda ve organ temin imkanı bulunduğu zaman bu nakli almasının hükmü ne olacaktır? Zaruret teorisinden yola çıkarak bu soruya cevap arayabiliriz. Zira muztar kişinin haram yiyecek ve içeceğe ulaşma imkanı varken bunu yemek zorunda olup olmadığı tartışılmış

³⁸⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 48.

³⁸⁵ Ahmed b. Abdurrahman b. Nâsır er-Reşîd, *el-Hâce ve eseruhâ fi'l-ahkâm: dirâse nazariyye tatbikiyye*, Dâru Künûzi İşbilyâ, Riyad 2008, I, 90.

ve kimilerince bu vâcip (farz) görülürken kimilerince yalnızca mübah görülmüştür. Organ alıcısının durumunu muztar kişinin durumuna benzetmek suretiyle -zira her ikisinde de haram işlenmediğinde organ veya can kaybı söz konusudur- hayat veya organ kurtarıcı bir organı almanın hükmü üzerinde fikir yürütebiliriz.

Hanefîlerden zâhiru'r-rivâye, Şâfiîlerin esahh olan görüşleri, Mâlikîler ve Hanbelîlerden muhtâr olan görüşlere göre muztar veya mükrehin, canını ya da uzvunu kurtarmak için haram bir maddeden ölmeyecek miktarda yemesi caiz olmanın ötesinde vâciptir.³⁸⁶ Zira normalde haram olan bir şeyi zaruret halinde yemeyi reddetmek bir tür intihar sayılacağından haramdır.³⁸⁷ “*Kendinizi tehlikeye atmayın*”³⁸⁸ âyeti gereğince muztarın haram şeyleri yemeyi ve içmeyi terk etmesi durumunda günahkar olacağı söylenmiştir. Çünkü Allah muztara haramdan yemeyi helal kılmıştır. Dolayısıyla helal yiyecek ve içeceği terk edip hayatını kaybedenin durumu gibi bu kişi de Allah’ın helal kıldığını terk ederek ölümüne sebebiyet verdiği için dolayı günahkar olur. Kimilerine göre ise aslen helal olan ile aslı haram olan arasında ayrıma gidilmelidir. Bu sebeple kişi haramı yeme ruhsatını kullanmak zorunda değildir.³⁸⁹

Hanefîlerin çoğuna göre muztar kişi bu durumda sabredip ölse günahkar olur. Ebû Yûsuf (ö.182/798) ve Şâfiî’den bir rivâyete göre ise bu kişi günahkar olmaz.³⁹⁰ Ebû Yûsuf’a göre bu maddelerin haramlığı ortadan kalkmayıp yalnızca bunları tüketmenin haramlığı ortadan kalkar. Dolayısıyla kişi yemeyi reddederse haram bir maddeyi tüketmekten kaçınmış olur. Hanefîlerin çoğu ise zarurettten dolayı helal kılınan şeyi yememeyi normal zamanda helal olan bir şeyi yemekten kaçınmaya ve bu sebeple zarar görmeye benzetirler ve kişi günahkar olur.³⁹¹ Şâfiîler arasında güçlü olan görüşe göre de ölmekten veya tehlikeli bir hastalığa yakalanmaktan korkan kişinin haram bir şeyi

³⁸⁶ Ebû'l-Hasan Seyfuddin Ali b. Muhammed b. Sâlim el-Âmidî (631/1233), *el-İhkâm fî usûli'l-ahkâm*, [y.y.] [t.y.], I, 122-3; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIII, 331-2; Serahsî, *el-Usûl*, I, 121-2; Alâüddîn b. Ahmed b. Muhammed Abdülazîz el-Buhârî (730/1330), *Keşfü'l-esrâr alâ Usûli'l-Pezdevî* (göz.geç. Hasan Hilmi Rizevî), Mekteb-i Sanayi Matbaası, İstanbul 1890/1307, II, 642-3; Zuhaylî, *Nazarîyyetü'z-zarûretü's-şer'îyye*, s. 286; Zeydân, *Hâletü'z-zarûra*, s. 10.

³⁸⁷ Zeydân, *Hâletü'z-zarûra*, s. 25-7.

³⁸⁸ el-Bakara, 2/195.

³⁸⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIII, 331-2.

³⁹⁰ Serahsî, *el-Usûl*, I, 121-2; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr alâ Usûli'l-Pezdevî*, II, 642-3; Zeydân, *Hâletü'z-zarûra*, s. 10.

³⁹¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 48.

yemesi vâciptir. Ancak Şâfîler arasında bunun vâcip olmayıp caiz olduğu görüşünde olanlar da vardır.³⁹²

Yine muztar bir kimsenin kendisini doyuran biri bulunduğu onun verdiği şeyleri yiyip içmesi gerektiği hususu da belirtilmiştir. Ancak kişi bunları veren kişinin kendisini zehirleyip öldürmesinden kuşkulanan halinde yemekten kaçınabilir. Yine hasta bir kimse muztar haldeyken kendisine verilen bir yiyeceğin hastalığından ötürü kendisine zarar vereceğini veya hastalığını artıracakını biliyorsa onu yemekten kaçınıp örneğin leş yemeyi tercih edebilir.³⁹³ Ayrıca kimi alimler muztar kişinin bulduğu yiyecek için ödeme yapması gerekirse bu ödemeyi bir şekilde yaparak hayatını koruması gerektiğini de belirtmişlerdir.

Cana veya organa yönelik dışarıdan gelen bir tehdide karşılık verme anlamında meşru müdafaa hali de organ nakli açısından düşünülebilir. Meşru müdafaa halinde kişi canına, malına veya namusuna saldıran kişiye karşı kendini savunma ve gerekirse onu öldürme hakkına sahiptir. Ancak bunun için bu saldırıyı önleyecek başka çarenin bulunmaması şarttır.³⁹⁴ Bu anlamda zaruret hali meşru müdafaadan farklıdır. Meşru müdafaada kendisine zarar verilen kişi zaten suçludur. İztırâr halinde kendisine zarar verilen kişi ise, suçsuz bir kimsedir. Yani kişiyi hukuka aykırı davranmak zorunda bırakan şey/kişi o kişi değildir. Bu anlamda organ nakli meşru müdafaa halinden çok ıztırâr haline benzemektedir. İztırâr halinde ise ulema, haram yemenin farz oluşunun ihtimal dahilinde olduğunu, ancak meşru müdafaanın farz olmadığını belirterek bunun nedenini meşru müdafaada kişinin kendini yaşatmak için üçüncü bir şahsın ölümüne sebebiyet veriyor olması ile açıklarlar.³⁹⁵

Canını veya organını kaybetme tehlikesi içindeki kişinin sorumluluğuna dair klasik literatürdeki bu ifadeleri değerlendirdiğimizde bir başkasının bedeni de işin içine dahil olduğu için canlı vericiden organ nakli almanın farz olduğunu iddia etmek zor görünmektedir. Çünkü normalde kişinin tedavi araması ona vâcip sayılabilecekken, organ naklinde üçüncü bir kişi gündeme gelmekte ve onun bedeninden bir parça tedavi

³⁹² Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 306-7. Allah'ı inkar lafzını söylemekte olduğu gibi dinin asıllarıyla alakalı hususlarda veya malını telef etme, öldürme, bedenine zarar verme, zina etme türünden başkasının hakkını çiğneme durumu söz konusu olduğunda zaruretle amel etmenin vâcip olmadığı hususunda alimler arasında ittifak bulunmaktadır. Bunun mübah olup olmadığı ise tartışılmıştır (Zuhaylî, *Nazariyyetü 'z-zarûreti 'ş-şer' iyye*, s. 287).

³⁹³ Şâfîî, *el-Ümm*, II, 226; İbn Kudâme, *el-Muğni*, XIII, 337.

³⁹⁴ Zeydân, *Hâletü 'z-zarûra*, s. 50-1.

³⁹⁵ Zuhaylî, *Nazariyyetü 'z-zarûreti 'ş-şer' iyye*, s. 147; Zeydân, *Hâletü 'z-zarûra*, s. 54-5.

amacıyla kullanılmakta olduğu için kişi belki de bu tür bir tedaviyi almama hakkına sahip olabilecektir. Ancak bu görüşümüz canlı ve sağlıklı bir vericiden ve sıfırdan nakil hususundadır. Kişi için temin edilmiş elde hazır bir organ varsa veya ölü vericiden nakil söz konusuysa bu durumda kişi tedaviyi reddetmiş konumunda sayılacaktır. Bu gibi durumlar tartışmaya açık olmakla birlikte, kişinin organ alma imkanı varken ve organ temininde herhangi bir sıkıntı söz konusu değilken, nakil sonucunda hiçbir şekilde zarar söz konusu değilken kişinin hayati tehlike içinde bulunduğu anda doğrudan hayat kurtarıcı olan bir organı almayı reddetme hakkı olmaması gerektiği kanaatini taşımaktayız. Ancak bu noktada hangi nakil türlerinin gerçekten hayati olduğuna, naklin sonucunun zannî olarak değil kesin bir şekilde olumlu olacağına ve naklin alternatifi bulunmadığına dair uzman hekimlerin kanaatinin bulunması önemlidir. Hayati olmayan nakillerde ise maslahat-mefsedet ölçümünün sonucunun pozitif çıkması halinde kişinin tercih hakkı olabilecektir ki bu konuyu ilerleyen bölümlerde ayrıntılı bir şekilde ele alacağız.

Çağdaş dönemde organ naklini zaruret çerçevesinde gören görüşler olmakla birlikte, klasik eserlere göre tedavinin bazen haram, mübah, müstehap, mendup, vâcip gibi farklı kategorilerde görülmesi temelinde, organ naklinin zorunlu bir tedavi türü olmadığını düşünenler de vardır.³⁹⁶ Kanaatimizce de kişi için organ almanın günümüz şartlarında vâcip olduğunu mutlak olarak söylemek mümkün görünmemektedir. Zira bu konu bireysel bir karar olmaktan öte pek çok harici şartın da oluşmasını gerektirmektedir. Örneğin kişinin yıllarca bağış listesinde beklemek zorunda kalması, hastane masraflarını karşılayamayacak durumda olması, yaşadığı ülkede tıbbî imkanların gelişmemiş olması veya tıbbî güvenin bulunmaması ve bunlar türünden akla gelmeyen pek çok etken de göz önünde bulundurulmalıdır.

3.1.2.2. Verici Açısından Bağışın Hükümü

Canlıdan nakildeki temel çekince, tamamen sağlıklı bir bireyin bir başkasının faydası için fiziksel bir zarara uğruyor olmasıdır. Ancak bu durum, bir başkasının hayatını kurtarmak için diğerinde meydana gelen kabul edilebilir bir yan etki olarak görülebilir. Yani bir kişinin ölüp diğerinin yaşamasındansa, ikisinin de hafif fiziksel bozukluklarla

³⁹⁶ Abdülğani Yahyâvî, *el-Muvâzene beyne'l-mesâlih ve'l-mefâsid fi't-tedâvi bi-nakli'l-a'dâi'l-beşeriyye*, Müessesetü'l-Furkân li't-Türâsi'l-İslâmî, Londra 2016, s. 166.

yaşaması tercih edilmiş olmaktadır.³⁹⁷ Bazı modern fıkıh araştırmacıları ise verici açısından hiçbir tıbbî zaruret bulunmadığı, hatta vericinin bedeninin zarara uğruyor olması nedeniyle sağlıklı bireyden organ alınmasını caiz görmezler. Çünkü Allah bedenin onu helak eden veya onu kötüleştiren her şeyden korunmasını emretmiştir. Bu görüştekilere göre normal şartlarda insan bedeninden bir organın çıkarılması caiz değildir. Ancak o organın kişinin bedeninde kalması kesin bir zarara sebebiyet veriyorsa çıkarılabilir. Yani organın çıkarılması, kendisinden organın çıkarılacağı kişi için acil sayılabilecek durumlar ile kısıtlanmalıdır.³⁹⁸

Esasında verici açısından herhangi bir zaruret veya ihtiyaç bulunmamasına rağmen zaruret veya ihtiyaç içindeki kişinin bir sorununun çözüme kavuşması için doğrudan ve açık bir vesile olması sebebiyle verici de dolaylı olarak bu zincirin bir parçası haline gelmektedir. Bu açıdan aslında zorunlu olan şey “organ nakli” olmasına rağmen dolaylı olarak “organ bağıışı” da zorunlu olmaktadır. Bu sebeple bağıışın da fikhî hükmü temel bir mesele olarak gündeme gelmektedir.

Alıcı açısından organ naklini zaruret ile temellendirmek makul olsa da verici açısından düşünüldüğünde kişinin kendi canını veya organlarını kurtarma gibi herhangi bir zaruret veya tehlike içinde olmadığı açıktır. Öyleyse bir kimsenin bedeninde yaratılan bir organı onun sağlığını veya hayatını kurtarmak amacıyla bir başkasına vermesinin ve organın bedeni ile olan bütünlüğünü bozmasının hükmü nedir? Bu, insan fitratına bir müdahale midir ve böyle bir eylem İslamî açıdan nasıl temellendirilecektir? Organ nakli ile ilgili tartışmalar genellikle bağıış işlemi üzerinden dönmekte yani organ bağıışının caiz olup olmaması hususu ele alınmaktadır. Halbuki bir kimsenin bedeninden sağlıklı olmayan bir parçanın alınıp yerine başkasına ait sağlıklı bir parçanın yerleştirilmesi veya bedende eksik veya deforme olan bir parçanın başkasına ait sağlıklı bir parça ile değiştirilmesi işlemi de ciddi anlamda üzerinde düşünülmei hak etmektedir. Kanaatimize göre, hem bizzat işlemin fitrata müdahale olup olmadığına hem de yapılan bu eylemin sonuçlarına bakılarak eylemin kendisine bir değer biçilmesi icap etmektedir. Nisâ Sûresi 119. âyetten yola çıkan kimi araştırmacılar organ alıp vermeyi de âyette zemmedilen Allah’ın yarattığı fitratı bozmak kapsamında görürler. Ancak buna karşı

³⁹⁷ M. Mostafa Kamal, “Ethical Issues of Organ Transplantation in Islam”, *The Journal of Teachers Association*, 21/1 (2008), s.99.

³⁹⁸ Umer, “et-Tasarrufâtu’l-vâride”, s. 62, 81.

çıkanlar ise fitrata müdahalenin olumsuz tasarrufları kapsadığını, dinin sünnet, sakal bırakmak ve kısaltmak, saç kesmek, çürüten dişi çıkarmak, tırnak kesmek gibi bedene müdahalelere izin verdiğini ve organ almanın ve vermenin de “en güzel surette yaratılmış” insanın bu yaratılışını korumak anlamına geldiğini belirtirler.³⁹⁹ Kimilerine göre ise organ bağışlama işlemi kişinin organını telef olmaktan kurtarmakta, Allah’ın yarattığı şekilde organın fonksiyonunu icra etmeye devam etmesini sağlamakta ve bu sebeple “*O (Allah) ölüden diriye çıkarır*”⁴⁰⁰ âyeti kapsamına girmekte olup fitrata olumsuz bir müdahale kapsamında görülemez.

Diğer yandan böbrek gibi çift bir organ olsa dahi kişinin vücuduna yaratıcı tarafından yerleştirilmiş herhangi bir parçayı bir başkası ile paylaşmak Allah’ın yarattığı insan fitratını bozmak olarak görülebilecek midir? “*Hakka yönelen bir kimse olarak yüzünü dine çevir. Allah’ın insanları üzerinde yarattığı fitrata sınımsız tutun. Allah’ın yaratmasında hiçbir değiştirme yoktur. İşte bu dosdoğru dindir. Fakat insanların çoğu bilmezler*”⁴⁰¹ âyetindeki fitratı bu kapsamda anlamamız mümkün müdür? Yine âyette aktarılan, şeytanın “*...Onlara emredeceğim de Allah’ın yarattığını değiştirecekler*”⁴⁰² sözünün kapsamındaki değiştirme ve bunu yapanlara yönelik “*Kim Allah’ı bırakıp da şeytani dost edinirse şüphesiz o apaçık bir hüsrana düşmüştür*”⁴⁰³ tehdidi bu bağlam ile ilgili olarak da düşünülebilir mi? Kimi alimler âyetin sebebinin hususiliğini dikkate almaksızın organ nakli eylemini buradaki ifade kapsamında görürler. Bu tutuma karşı çıkan kimi araştırmacılar ise insanın beden üzerinde saç ve tırnak kesme, sünnet olma gibi tasarruflarda bulunarak Allah’ın yaratmasını değiştirdiğini ancak bunların haram sayılmadığını söyleyerek itiraz ederler. Zaruret ve hâcet bulunmamasına rağmen beden üzerinde yapılan tasarrufların bu âyet kapsamında görülmesi gerektiğini belirtirler.⁴⁰⁴ Fakat görüşümüz zaruret sebebiyle yapılan nakillerin bu kapsamda görülmemesi gerektiği yönündedir. Zira âyet gereksiz yere yapılan ve fesada yol açan değişiklikleri kastetmektedir.

Organ vericisinin kendi bedeninde yaratılmış bir organın başka bedende yaşamasına

³⁹⁹ Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 94-5; Yahyâvî, *el-Muvâzene*, s. 282 vd.

⁴⁰⁰ er-Rûm, 30/19.

⁴⁰¹ er-Rûm, 30/30.

⁴⁰² en-Nisâ, 4/119.

⁴⁰³ en-Nisâ, 4/119.

⁴⁰⁴ Abdülhalîm Muhammed Mansûr Ali, *Naklu'l-a'dâ mine'l-meyyiti ile'l-hay beyne's-şerîati'l-İslâmiyye ve'l-kânûni'l-vaz'î: dirâse mukârane*, el-Mektebu'l-Câmiyyi'l-Hadîs, İskenderiye 2012, s. 88-9.

müsaade etmesinin hükmüne ulaşmaya çalışırken ise zaruret içinde bulunan yani canı veya organı tehdit altında olan bir kimseyi kurtarma şansı bulunan bir kimsenin bu durum karşısında nasıl bir eylemde bulunmasının ahlaka ve hukuka uygun olacağı açısından olaya yaklaşmamız gerekmektedir. Örneğin böbreğe ihtiyacı olan annesine uygun organa sahip tek çocuk olan A şahsının fikhen durumu ne olacaktır? Yine organ almayı bekleyen milyonlarca insan olduğunun bilincinde olan bir kimse, vefatından sonra kullanılması için organlarını bağışlamak zorunda mıdır ya da bağışlayabilir mi? Yoksa cesedin dokunulmazlığı ilkesinden dolayı bu eylem yasak mı sayılacaktır? Konuya, klasik fıkhi temele alarak, biri hayati tehlike içinde bulunan kişinin hayatını kurtarma sorumluluğu ve diğeri İslam'ın temel bir prensibi olan îsâr olmak üzere iki farklı açıdan yaklaşabiliriz.

Fıkıh literatüründe yer alan, muztar kişiye yanındaki yiyeceği vermesi halinde onu ölmekten kurtarabilecek ve bu durumda kendisi zarar görmeyecek kişinin sorumluluğuna dair tartışmalar üzerinden hayati tehlike içindeki kişiyi kurtarma yükümlülüğünü ele alabiliriz. Özellikle kendisi bu yiyeceğe muhtaç olmadığı ve bir başkasına verdiğinde herhangi bir zarar görmeyecekse kişinin bunu vermesi gerekip gerekmediği ve karşı tarafın bunu zorla alma hakkı olup olmadığı tartışılmıştır. Burada zikredilen örnek -tamamen karşılığı olmasa da, aralarındaki benzerlikler nedeniyle- organ bağıışı konusuna ışık tutabilecek niteliktedir.

Fıkıh literatüründe, kendisi o anda ihtiyaç sahibi olmayan mal veya yiyecek sahibinin, aç kişinin açlığını dindirmek veya ondaki bir zararı gidermek için zorda kalmış kişiye elindekinden vermesi gerektiği hususunda fakihler arasında ihtilaf görünmemektedir. Zira bu kişinin zaruret içindeki kişiye o malı vermektan kaçınması, ölmesine yardımcı veya vesile olmak anlamına gelmektedir.⁴⁰⁵ Bir Müslümanın gidermeye gücünün yettiği bir zararı görüp de onu gidermemesi veya gidermek için gücü nispetinde onu gidermeye çalışmaması caiz değildir. Zira zarar imkan nispetinde giderilir.⁴⁰⁶ Bu sebeple bir başkasının zaruret içinde olduğundan haberdar olan kişinin elinden geleni yapma hususunda dinen ve ahlaken sorumlu olduğu anlaşılmaktadır.

⁴⁰⁵ Zuhaylî, *Nazariyyetü 'z-zarûreti 'ş-şer 'iyye*, s. 289-90.

⁴⁰⁶ Umer, "et-Tasarrufâtu 'l-vâride", s. 88.

Şâfiî fakih Şirbînî, muhtaç kişiye su vermenin ve muztarı doyurmanın vâcip olduğunu belirtir. Muztar kişi kendisine yiyeceği vermekten kaçınan kişiden onu zorla alma hakkına sahiptir. Yiyeceğini vermekten kaçınan kişi buna ileride muhtaç olacak olsa dahi böyledir. Ücretini vermesine rağmen vermiyorsa, muztar kişi muztar olmayan ile savaşıarak açlıktan ölmeyecek miktarda o yiyecekte zorla alabilir. O esnada muztar olmayan kişinin ileride muztar olma ihtimali olsa dahi böyledir. Muztar kişi yiyeceği almak için onu öldürürse kısas veya diyet gibi herhangi bir ceza verilmez. Ancak yiyeceğin sahibi muztar ile savaşırken onu öldürürse kısas cezası uygulanır. Muztar kişinin yiyeceği alamaması sebebiyle açlıktan ölmesi durumunda ise yiyecek sahibi günahkar olsa da ona bir ceza uygulanmaz.⁴⁰⁷ Nevevî de yiyecek sahibinin o anda açlıktan ölme zarureti içinde bulunmaması halinde, yanındaki zaruret içindeki kişiye yiyeceğinden vermesinin bir zorunluluk olduğunu belirtir. Bu durumda, zaruret içindeki kişi Müslüman olsun kafir olsun, yiyeceğin verilmesi gerekir. Hatta yiyeceğin sahibi yiyecekte vermezse, açlık zaruretindeki kişi onu zorla almaya çalışabilir ve onunla mücadele edebilir.⁴⁰⁸ İbn Kudâme de kişi muztar olmadığında muztar kişiye kendi yiyeceğini vermesi gerektiğini belirtir. Çünkü başka masum bir insanın hayatının kurtarılması söz konusudur. Nasıl ki kişinin, boğulmaktan veya yanmaktan bir başkasını kurtarmak için elinden geleni yapması gerekirse burada da malını onun için harcaması gerekir. Eğer kişi kendisi vermezse muztar kişi ondan alma hakkına sahiptir.⁴⁰⁹ İmam Şâfiî de, kendisi leşten yedikten sonra ondan yanına azık olarak alan muztarın başka bir muztar ile karşılaşması halinde bunu ona satmasının caiz olmadığını, karşı tarafın bedenindeki açık zararı bir an önce gidermesinin gerekli olduğunu söyler.⁴¹⁰ İbn Hazm da, yanında ihtiyaç fazlası yiyeceği bulunan kişinin bunu ihtiyacı olan kişiye vermek zorunda olduğunu belirtir.⁴¹¹ Bu hususta Hanefî fakihler de müttelik olup benzer bir tutum sergilemektedirler.⁴¹² Zaruret halindeki kişinin zorla alabileceği veya yiyecek sahibinin vermesi gereken miktar ve bunun karşılığında ücret alınıp alınmayacağı ise tartışılmıştır.

⁴⁰⁷ Şirbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 308-9.

⁴⁰⁸ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 45.

⁴⁰⁹ İbn Kudâme, *el-Muğni*, XIII, 339.

⁴¹⁰ Şâfiî, *el-Ümm*, II, 225.

⁴¹¹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 426.

⁴¹² *el-Fetâva'l-Hindiyeye*, V, 337-8.

Kendisi bu yardımı yaptığında ciddi anlamda bir zarar görmeyecek olan kişi hakkında bu şekilde yorumlar bulunmaktayken, yardım yaptığında kendisi de zor durumda kalacak kişi hakkında farklı yaklaşımlar vardır. Öyleyse aynı zor şartlar içindeki iki kişiden birinin diğerini kendisine tercih etmesi yani îsârda bulunması fikhen ne ifade etmektedir? Organ bağıışı da, kişinin bir başkasını kendisine tercih ederek bedeninden bir parçayı başka bir kimseye verme fedakarlığı temeline dayanır. Bu anlamda İslam geleneğinde “*îsâr ale'n-nefs*” kavramıyla ifade edilen ve kişinin Allah'ın sevgisini kazanmak amacıyla kardeşine yardım için bir zorluğa katlanarak kendi hakkından ve çıkarlarından vazgeçmesi şeklinde tanımlanan⁴¹³ bu durumu organ bağıışı bağlamında değerlendireceğiz.

Kişinin başka bir insanın sağlığını veya hayatını kurtarmak için bedenine risk ve komplikasyonları olan tıbbî bir müdahalede bulunulmasına izin vermesi “...*Onlara verilenlerden dolayı içlerinde bir rahatsızlık duymazlar. Kendileri son derece ihtiyaç içinde bulunsalar bile onları kendilerine tercih ederler. Kim nefsinin cimriliğinden, hırsından korunursa, işte onlar kurtuluşa erenlerin ta kendileridir*”⁴¹⁴ âyetinde söz edilen îsâr kavramı ile özdeşleştirilebilir mi? Yine bir başkasının hayatı veya sağlığı için kendinden yapılan bir fedakarlık “*İyilik ve takva üzere yardımlaşın...*”⁴¹⁵ âyeti kapsamında görülebilir mi? Yoksa kişinin bir başkası için kendi sağlığından az veya çok fedakarlıkta bulunması îsârın sınırlarını aşmakta olduğundan kabul edilemez midir? Klasik fıkıh eserlerine zihnimizdeki bu soru ile yaklaştığımızda îsârın sınırlarının oldukça geniş tutulduğu bazı örnekler üzerinden organ bağıışının meşruiyetini teorik olarak temellendirmek mümkün görünmektedir.

Genel olarak îsâr konusunda Şâtıbî, bir Müslümanın tüm Müslümanları tek bir vücut gibi görmesinin, onlar için fedakarlıkta bulunmasının esas olup bunun üstün bir ahlak göstergesi olduğunu belirtmektedir. Bu durumu ifade etmek üzere Şâtıbî “*Müminin mümine karşı durumu, birbirini destekleyerek ayakta duran iki bina gibidir*”⁴¹⁶, “*Müminler tek vücut gibidirler. Vücudun bir organı hasta olduğu zaman diğer organlar da uykusuzluğa ve hummaya tutulurlar*”⁴¹⁷ ve “*Sizden biriniz kendisi için istediğini*

⁴¹³ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 355.

⁴¹⁴ el-Haşr, 59/9.

⁴¹⁵ el-Mâide, 5/2.

⁴¹⁶ Müslim, “Birr”, 65.

⁴¹⁷ Buhârî, “Edep”, 27; Müslim, “Birr”, 66.

Müslüman kardeşi için de istemedikçe (kâmil manada) iman etmiş olamaz”⁴¹⁸ hadislerini aktarır. Ancak kişinin yaptığı bu fedakarlık kendini açık bir zarara sokma neticesini doğurmamalı, doğacak zarar kabul edilebilir bir zarar olmalı veya bir başkasının zararını gidermek için katlanabileceği bir zarar olmalıdır. Ayrıca kişi îsârda bulunarak doğabilecek zararlara katlanmayı göze almaktaysa da şer’î bir maksadın ihmal edilmesi söz konusu olduğunda îsâr caiz değildir ve böyle bir eylem övgüye layık değildir. Öyleyse îsârın çerçevesi şer’îatın razı olmadığı eylemlerle sınırlıdır.⁴¹⁹ Bu bağlamda örneğin hayati organların verilmesi, böbreklerinden biri iflas eden kişinin diğerini başkasına bağışlaması gibi kişiyi ölüme götüreceği açık olan tasarruflar intihar hükmünde sayılır ve böyle bir durumda îsâr ilkesi tatbik edilemez.⁴²⁰

İbn Kudâme’ye göre, kıtlık senesinde açlık iyice arttığında, pek çok kişi zaruret durumunda kaldığı zaman bazı kişilerin elinde ancak kendilerine ve ailelerine yetecek kadar yiyecek varsa, diğer muhtar kişilere elindekileri vermek zorunda değillerdir. Muhtar kişilerin bunlardan o yiyecekleri zorla alma hakları da yoktur. Çünkü bu durumda yiyecek sahibi kişiler de muhtar hale düşeceklerdir. Yine bir kimse yolculuktayken ancak kendisine yetecek kadar yiyeceği bulunduğu muhtar kişilere bunları vermek zorunda değildir. Çünkü bu durumda bizzat kişi ve ailesi de muhtar hale düşerler. Nasıl ki kişi, kendisinin boğulmasına sebebiyet vererek bir başkasını boğulmaktan kurtarmak zorunda değilse bu durumda da böyledir.⁴²¹

Kimi alimlerce, karşıdaki kişiye elindeki imkanları sunarak onu zarureten kurtaracak kişinin bunu yaptığı zaman kendisinin de aynı duruma düşmemesi yani hayatını veya organını tehlikeye atmaması gerektiği belirtilmiştir. İbn Kudâme’ye göre ortada tek bir yiyecek ve iki muhtar olması halinde yiyecek, sahibinin hakkıdır ve onu vermesi gerekmediği gibi kimsenin bunu ondan almaya hakkı da yoktur. Her ne kadar zaruret açısından bu ikisi birbirine eşit olsa da diğeri mülkiyet hakkıyla ayrıcalık kazanmaktadır. Bu durumda bir kimse bu yiyecek sahibinin yiyeceğini alacak olsa ve o kişi ölse tazmin gerekir. Çünkü onu haksız yere öldürmüştür.⁴²² Zira zaruret halinde

⁴¹⁸ Buhârî, “İmân”, 7; Müslim, “İmân”, 71, 72.

⁴¹⁹ Şâtübî, *el-Muvâfakât*, II, 353-6.

⁴²⁰ Umer, “et-Tasarrufâtu’l-vâride”, s. 89.

⁴²¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIII, 340.

⁴²² İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIII, 339.

işlenen fiil sebebiyle meydana gelen zararlar tazmin edilir. “*Iztirâr gayrın hakkını iptal etmez.*”⁴²³

Şâfiî fukahadan Nevevî ise, muztar bir kişinin bir başkasına ait olan helal bir yiyeceği yemesinin cevazını tartışırken îsâr konusuna değinmiştir. Buna göre muztar kişi ile yiyeceği olan bir kişi söz konusu olduğunda, yiyeceğin sahibi o yiyeceği yemediğinde açlıktan ölecek durumdaysa, diğer kişiye vermeyip onu yemek öncelikle onun hakkıdır. Yiyecek, sadece yiyecek sahibine yetecek kadarsa diğerinin onu sahibinden zorla alması caiz değildir. Ancak Şâfiî ashâbı, yiyecek sahibinin îsârda bulunarak diğer kimseyi kendisine tercih etmesi durumunda bunun daha güzel olacağını ifade etmişlerdir. Zira âyette “*Kendileri ihtiyaç içinde bulunsalar bile onları kendilerine tercih ederler*”⁴²⁴ buyrulmaktadır. Fakat karşıdaki kişi Müslüman ise kişi kendinden fedakarlık yapabilir, kafir ise yapamaz. Ayrıca bir hayvan ölmesin diye de kişi kendi canını tehlikeye atamaz. Yine Nevevî sahih görüşe göre kişi açlık zarureti değil de ihtiyaç halindeyse dahi (yani yemediği zaman açlıktan ölecek durumda olmayıp da yalnızca aç olması halinde) yiyecek sahibinin ona yiyeceğinden vermesi gerektiğini belirtir.⁴²⁵ Benzer şekilde İbn Nüceym ve Suyûtî de muztar kişinin kendisini aç kalma riskine atsa dahi îsârda bulunarak bir başkasının hayatta kalması için yemeğini ona vermesinin caiz olduğunu belirtirler. Hatta Şâfiîlere göre ibadet konularında îsârda bulunmak mekruh sayılmaktayken, böyle bir durumda kişinin ölüm riskini dahi göze alarak bir başkasının hayatını kurtarma seçeneği bulunmaktadır ve hatta bunu yapması daha iyidir.⁴²⁶ Şirbînî’ye göre de muztar kişi kendisi gibi bir muztara sadece kendisine yetecek kadar olan yiyeceğini vermek zorunda değildir. Kişi bizzat buna daha hak sahibidir ve kendini öncelemesi doğrudur. Yine de kişinin muztar olmasına rağmen Müslüman kardeşini tercih etmesi de caiz ve hatta sünnettir.⁴²⁷ Görüldüğü üzere böyle bir tercih îsâr olarak adlandırılmakta ve hoş görülen bir davranış sayılmaktadır. Şâfiîler genel kaide olarak da canın korunması ve ibadet alanının dışında kalan dünyevî meselelerde îsârda bulunmanın müstehap olduğu görüşündedirler.⁴²⁸

⁴²³ *Mecelle*, md. 33.

⁴²⁴ el-Haşr, 59/9.

⁴²⁵ Nevevî, *el-Mecmû’*, IX, 45.

⁴²⁶ Suyûtî, *el-Eşbâh ve ’n-nezâir*, s. 116; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve ’n-nezâir*, s. 132.

⁴²⁷ Şirbînî, *Muğni’l-Muhtâc*, IV, 308.

⁴²⁸ Suyûtî, *el-Eşbâh ve ’n-nezâir*, s. 117.

Bu ilke îsâr bağlamında organ nakli hususu açısından düşünüldüğünde, şayet kişi bir Müslümanı kurtarmak için hayatını riske atarak fedakarlıkta bulunma hakkına sahipse ve hatta bu güzel görülen bir davranışsa, hayatını riske etmediği bir operasyon ile bir başkasına organ vermesinde de sakınca olmamalıdır. Başka bir ifadeyle, alternatifin olmadığı durumda bir başkasını kurtarmak için kişi canından bile fedakarlıkta bulunabiliyorsa, organını bir başkasıyla paylaşarak fedakarlıkta bulunması evleviyetle caiz olmalıdır. Diğer taraftan ilkede yarar-zarar dengesinin de gözetildiği dikkat çekmektedir. Yiyecek sahibi yiyeceğini verdiğinde kendisi ölüm tehlikesi ile karşılaşılıyorsa onu vermek zorunda değildir. Ancak böyle bir durumda dahi vermesinin güzel olacağı belirtilmiştir.

Her ne kadar yiyeceğini açlıktan ölmek üzere olan bir kimse ile paylaşmak ile organını ihtiyaç sahibine bağışlamak konuları arasında doğrudan bir kıyas bağlantısı kurmak doğru olmasa da, fakihlerin elde ettikleri üst ilkeleri organ bağışı konusuna uyarlamamız mümkün olabilir. Organ bağışı açısından ilkeyi tatbik ettiğimizde, kendisi ölüm tehlikesi ile karşı karşıya kalmıyorsa veya açık bir zarar görmüyorsa kişinin karşıdaki insanın hayatını kurtarmak için organını vermesinde bir sakınca olmayacaktır. Benzer şekilde, “*Her kim bir kimseye hayat verirse bütün insanlara hayat vermiş gibi olur*”⁴²⁹ âyetini temele aldığımızda zaruret hali içinde bulunan kişiye organ bağışlamanın olumlu ve belki de teşvik edilen bir davranış olduğunu söylememiz mümkündür. Zira bu âyetin tefsirinde “*her kim bir cana hayat verirse*” şeklindeki ibare (*ve men ahyâhâ*) zor durumda kalan kişiyi tehlike ve sıkıntıdan kurtarmak şeklinde anlaşılmıştır.⁴³⁰

Modern dönemde de organ bağışının îsâr çerçevesinde temellendirildiğini görmekteyiz. Bûtî “*İnsanın, üzerinde tasarruf hakkı olan her şeyde îsâr hakkı da bulunmaktadır*” şeklinde bir kaide zikrederek, kişinin -çok uzak bir ihtimal dahi olsa bunu yapması helak ile sonuçlanmadığı müddetçe- bedeninden herhangi bir parçayı bir başkasına verme hakkı bulunduğunu belirtmektedir. Neticede îsâr, îsârda bulunan kişinin kardeşinin maslahatını gözeterek kendi hakkını düşürmesi ve bunun sonucunda doğabilecek zararları kabullenmesi esasına dayanmaktadır ve Allah’a yakınlaşma, onun rızasını ve yaptığı amel karşılığında kendisine ikram edeceği karşılıkları ümit etme

⁴²⁹ el-Mâide, 5/32.

⁴³⁰ Ahmed, *Ahkâmu nakli 'l-a'dâi 'l-insân*, I, 388.

amacıyla yapılmaktadır. Bu îsâr, görünürde şerfâtın izin vermediği bir mefsedete götürüyor olsa da, ilgili zararın ancak bir başkası için gerçekleşecek zaruri bir maslahata esas olması halinde böyle bir tasarruf caiz olmalıdır. Bu tür bir îsâr ilk bakışta zarar içeriyor gibi görünse de aslında İslam toplumu açısından önemli bir maslahat içermektedir. Bu sebeple eylemin kişiye az da olsa zarar vermesine katlanılabilir. Bûtî sonuç olarak, kişinin bedeninden herhangi bir parçayı, canı dokunulmaz olup helak ile karşı karşıya kalan başka bir insana vermesinin caiz olduğunu söyler. İki adil hekimin, organının veya bedeninden bir parçanın naklinin alıcıyı helakten kurtaracağına ve ona sağlıklı bir hayat bağışlayacağına, diğer yandan ise bu organın vericiden alınmasının ölüme sebebiyet vermeyip nakilden sonra kişinin sağlıklı bir şekilde hayatını sürdüreceğine karar vermesi halinde bu işlem yapılabilir. Organ bağışının ölüme sebebiyet vereceğine dair zann-ı gâlip oluşması halinde ise bu işlem caiz olmaz. Çünkü kişinin hayatını koruması Allah hakkıdır ve “*Kişi Allah hakkı konularında îsârda bulunma hakkına sahip değildir.*” Bu örnekte alıcının hayatının vericinin hayatına tercih edilmesi için herhangi bir sebep yoktur.⁴³¹ Kimi çağdaş araştırmacılar, îsâr âyetinde sırf yiyecek, içecek ve mal hususlarında kardeşini kendine tercih etmenin dahi övülmüşken, bir başkasının hayatını kurtarmak için ona organını bağışlamanın caiz ve evleviyetle övgüyü hak eden bir eylem olduğunu belirtmişlerdir.⁴³²

Kimi çağdaş araştırmacılar ise organ bağışlamayı dini korumak için candan vaz geçerek Allah yolunda cihat etmenin ve kendini tehlikeye atarak boğulmakta ya da yanmakta olan veya enkaz altında kalan bir kimseyi kurtarmanın caiz oluşuna kıyas ederler. Fakat bu görüş, ilgili kıyasın fâsît olduğu zira cihada çıkanın veya boğulan, yanan vs. bir kimseyi kurtarmaya çalışan kimsenin açık bir şekilde canını veya organını kaybetmeyi hedeflemediği ancak can veya organ kaybının bu eylemin muhtemel bir sonucu olduğu, organ bağışında ise vericinin organını kaybedeceğinin kesin olduğu ve bizzat bunun amaçlandığı belirtilerek eleştirilmiştir. Bu görüşleri aktaran Ârif el-Karadâğî ise son yoruma, organ bağışındaki amacın karşı tarafa fayda sağlamak olup tıpkı yanan veya boğulan kişiyi kurtarma örneğinde olduğu gibi vericinin, bedenine gelecek zararlar noktasında sonucu tam olarak bilmediği şeklinde cevap verir.⁴³³ Yusuf el-Karadâvî de

⁴³¹ Bûtî, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, s. 121, 124-5.

⁴³² Şinkîfî, *Ahkâmu'l-cerâhati't-tubbîyye*, s. 376.

⁴³³ Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 21-2.

organ bağışını temellendirmek üzere, yanan veya boğulan bir kimseyi kurtarmak için kişinin kendini alevlerin içine ya da denize atmasının caiz oluşu argümanını kullanır.⁴³⁴ Susuz kalan bir kimsenin yanlarında su bulunan bir topluluktan su istemesi, onların suyu vermemesi ve adamın vefat etmesi üzerine Hz. Ömer'in onlardan diyet alması, yine susuz kalan bir topluluğun kuyudan su çekmelerine izin vermeyen başka bir topluluğa silah çekmelerinin Hz. Ömer tarafından mübah görülmesi gibi örneklere⁴³⁵ bakıldığında kişinin canını korumak için başkasına ait olan bir malı zorla alabileceği ve hatta karşı tarafın imkanı olmasına rağmen bunu yapmaması durumunda karşı tarafı canı ile tehdit edebileceğini görmekteyiz. Meşru müdafaadan farklı olan bu örnekleri sunmaktaki amacımız, canın veya organların korunması zaruretinin bulunduğu organ nakli ihtiyacı hallerinde, kişilerin bu ihtiyacını gidermeye muktedir diğer kişilerin bunu yapmaktan kaçınmasının bir vebal ve sorumluluk olma ihtimaline dikkat çekmektir. Gerçekten de ailesinden bir kişiye kendisindeki bir böbreği verme imkanı olmasına rağmen bunu yapmayan kişi dinen veya ahlaken sorumlu tutulabilir mi? Yani organ bağışının, mübah olmanın ötesinde bir de sorumluluk boyutu olabilir mi? Organ naklinde -örneğin böbrek yetmezliğinde diyaliz gibi- geçici çözümlerin bulunması vericinin sorumluluğunu azaltabilir mi? Yoksa organ vermenin ihtiyaç içindeki alıcı sayısınınca belirsiz kişi için farz-ı kifâye olduğunu söyleyebilir miyiz? Kanaatimizce verilecek organın türü, vericinin üstlendiği sağlık riskleri ve alıcının organa olan ihtiyacı gibi değişkenlerin de dikkate alınarak bu sorulara cevap verilmesi gerekmektedir. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde bu değişkenlerin değerlendirilmesi yapılacaktır. Ancak bu kısımda, îsâr çerçevesinde “hayatının başka şekilde kurtarılması mümkün olmayan bir kimseyi kurtarmak için kişinin kendinden fedakarlık yapılabileceği ve hatta kimi alimlerce ölme riskini dahi göze alabileceği” düşüncesi ilkesel bazda sunulmuş oldu.

Bazı çağdaş yazarlar Hz. Ömer'in yukarıda söz edilen duyarsız grubun sorumlu tutularak onlardan diyet almasına kıyasta bulunarak, toplumdaki hastaların bakımını üstelenmenin sosyal bir sorumluluk olması gibi organ bağışlamanın da kamuya dönük bir yönü bulunduğu için farz-ı kifâye sayılabileceğinden söz etmişlerdir. Buna göre

⁴³⁴ Yûsûf el-Karadâvî, *Min Hedyi'l-İslâm Fetâvâ muâsıra*, Dârü'l-Vefâ, Mansura 1993, II, 532.

⁴³⁵ Baktır, *İslam Hukukunda Zaruret Hali*, s. 62-3.

organ bulunamadığı için herhangi bir kişinin hayatını kaybetmesinden tüm toplum sorumlu tutulacaktır.⁴³⁶ Bu ve benzer görüşlere göre ölüm tehlikesi veya şiddetli zaruret içinde olan kişiye yardım etmek buna gücü yetenler için farz olup hiç kimsenin yardım etmemesi durumunda herkes sorumlu ve günahkar olacağı için imkanı olan için organ bağışlamak da farz-ı kifâyedir.⁴³⁷ Muhammed Naîm Yasin gibi kimi alimler de kan bağıışı konusunda benzer bir görüşe sahiptir. Ona göre günümüzde trafik kazaları gibi insanların acil kana ihtiyaç duydukları durumların artması ve kan bağıışının açıkça hayat kurtarıyor olması nedeniyle, ihtiyaç duyulduğu anda bu kanı temin etmek, dolayısıyla da kan bağıışı Müslüman topluma farz-ı kifâyedir. Fakat kan bankalarından adil bir şekilde ve aldatma olmaksızın insanlar faydalandırılmalıdır.⁴³⁸ Kimi çağdaş araştırmacılar ise kan vermenin kişilere farz olduğunu ve devletlerin halktan onların izni olmaksızın kan alabileceğini iddia etmişlerse de bu görüş çoğunlukla eleştirilmiştir.⁴³⁹ Bazı alimler ise organ bağıışlamanın kişinin ölümünden sonra kendisine sadaka-i câriye olacağını söylemektedirler.⁴⁴⁰

Organ bağıışlamanın farz-ı kifâye oluşuna dair tartışmaları bir kenara bıraktığımızda, gerçek anlamda bir zaruret bulunması halinde bunun en azından mübah bir davranış olduğu yönünde genel bir eğilim olduğunu belirtebiliriz. Kişinin sağlıklı bir organını bir başkasına vermesini meşru kılan şey ise karşı tarafın sağlığının veya hayatının kurtarılması amacıdır. Zira klasik tartışmalardan da anladığımız üzere saygın olan beden organlarından fedakarlıkta bulunabilmek ve en güzel bir biçimde (ahsen-i takvîm ile) yaratılmış insanın bedeni ile olan parça-bütün ilişkisini bozmak için ortada meşru bir maslahat olması lazımdır ki o da başka bir kimsenin hayatını veya sağlığını kurtarmaktır.

3.1.3. Zaruretin Şartları Açısından Organ Nakli

Organ naklinin unsurlarının taşınması gereken birtakım şartlar bulunmaktadır. Zarar, naklin tarafları, ilgili organ gibi unsurlarda bulunması gereken şartları klasik eserlerdeki

⁴³⁶ Atighetchi, *Islamic Bioethics: Problems and Perspectives*, s. 162.

⁴³⁷ Ubeyd, “el-Akvâlu’l-fikhîyye fî nakli ve zer’i’l-â’dâi’l-beşeriyye”, s. 364.

⁴³⁸ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 167-8; Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 202.

⁴³⁹ Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 202-3.

⁴⁴⁰ Şinkîfî, *Ahkâmu’l-cerâhati’t-tubbîyye*, s. 375; Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 134.

zaruret teorisinden istifade ederek ve bazı çağdaş çalışmaların katkısıyla ama kendi kurduğumuz sistematik içinde inceleyeceğiz.⁴⁴¹

Klasik fıkıh kitaplarında verilen zaruret tanımlarına baktığımızda zaruretle hükmedilebilmesi için kişinin hayatını veya organlarını tehdit eden bir zarar ve zarara ilişkin birtakım şartların bulunması gerektiği görülmektedir. Zaruret hali ise içinde ciddi zorluk, zarar ve şiddetli sıkıntı barındırmakta olup meşakkatin giderilmesi hususu ile de yakından bağlantılıdır.⁴⁴² Organ naklinde söz konusu olan zararın, klasik fıkıh eserlerinde yer alan zaruret ilkesinin uygulanması için gerekli şartları taşıyıp taşımadığını ve dolayısıyla organ nakli durumunda zaruret hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağını incelememiz gerekmektedir.

3.1.3.1. Zararın Varlığında Kuvvetli Zan

Zaruret halinden söz edebilmek için ortada kesin bir zarar bulunmalıdır. Zararın varlığının bilinmesi için tecrübe, kişinin ağır basan zannı veya açık bir korku da yeterlidir. Zuhaylî'ye göre zaruret halinin varlığı için, tecrübelerle göre zann-ı gâlip ile can veya organa ya da mala zarar gelme korkusunun bulunması veya zaruriyyâtan birine yönelik gerçek anlamda bir tehlikenin bulunması gerekir. Bu durumda, başkalarına zarar verecek dahi olsa iki zarardan hafif olan tercih edilerek tehlikeyi gidermek için istisnai hükümlere başvurmak caiz olur. Ancak bu bahsedilen şartlar söz konusu olmadığında asli hükümden vazgeçilemez.⁴⁴³ Benzer şekilde Cessâs'ın da haramı yeme zarureti hakkında bahsettiği gibi, haram maddenin mübah hale gelmesi için açık bir zarar korkusu bulunmalıdır. Zarar korkusu bulunmadığında zaruret hali de ortadan kalkar.⁴⁴⁴ Şâtıbî ise hafifletmeyi ve ruhsatı gerektirebilecek meşakkatin hastalık ve yolculuk gibi gerçek bir meşakkat olması gerektiğini söyler. İnsanın mizâcen ve

⁴⁴¹ Kimi çağdaş hukukçular ıztırâr haline ilişkin şartları tehlikeye ilişkin ve korumaya ilişkin olarak ayırmaktadırlar. Tehlikenin halen var olması, tehlikenin kişiyi ağır bir zarara uğratacak nitelikte olması, tehlikeye bilerek sebebiyet verilmemiş olması, tehlikeye göğüs germek yükümlülüğünün bulunmaması tehlike ile ilgili şartlar iken; korumaya ilişkin şartlar başka türlü korunma imkanının bulunmaması ve korunma hareketiyle tehlike arasında ortanı bulunmasıdır (Dönmezer-Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, II, 140-50).

⁴⁴² Zeydân, *Hâletü 'z-zarûra*, s. 9.

⁴⁴³ Zuhaylî, *Nazariyyetü 'z-zarûreti 'ş-şer 'iyye*, s. 69.

⁴⁴⁴ Cessâs, *Ahkâmü 'l-Kur'ân*, I, 130.

şer'an güç yetiremeyeceği bir zarar bulunur ve bu zarar zanna ve vehme dayalı olmayıp kesin bir zarar olursa o zaman ruhsatla amel edilir.⁴⁴⁵

Bir şeyin kesinliğini tayinde zorluk olduğu zaman zann-ı gâlip delil sayılmaktadır. İkraah örneğinde mükrehin, tehdit edildiği şeyin olamayacağına (mesela canının veya bir organının telef olmayacağına) zann-ı gâlibi bulunursa ikraah ve dolayısıyla zaruret şer'an mevcut değildir ve bu tür bir ikraah mülcî ikraah sayılmaz. Ancak on kamçıyla dahi tehdit edildiğinde kişi canına veya organına zarar geleceğini düşünürse ikraah mülcî sayılır. Ölçü, bedeninin dayanma gücü olduğu için görecelidir, herkesin bedeninin dayanma gücü ise birbirinden farklılık gösterir. Ölümle veya ağır dayakla tehdit eden kişinin bunu yapamayacağı düşünülürse tehdit edilen kişi yine muztar kabul edilmez. Bunu kesin olarak bilmenin bir yolu olmadığından zann-ı gâlip esas alınır.⁴⁴⁶

Zararın o esnada var olması mı gerektiği yoksa yaklaşan zararın varlığının yeterli olup olmadığı hususu klasik fıkhıta, muztar kişinin helak olma derecesine gelene kadar beklemesi gerekip gerekmeyeceği bağlamında gündeme gelmiştir. Buna göre kişi bir şey yemediğinde ölüm, organ kaybı, hastalığının artması gibi korktuğu şeylerin gerçekleşeceğinin kesin olması gerekmemekte, bu hususta zann-ı gâlibinin bulunması yeterli olmaktadır. Yine haramı çiğnemesi için kişinin ölümle burun buruna gelmesi de gerekmez. Zaten kişi bu noktaya geldikten sonra bir şey yemesi fayda vermeyecektir ve bu yüzden haramı yemesi helal olmayacaktır.⁴⁴⁷

Diğer yandan henüz ortada olmayan ve vehme dayalı bir tehlike üzerine de hüküm bina edilemez.⁴⁴⁸ Bu bağlamda organ alma ihtiyacı içindeki kişinin organı almadığında hemen veya çok kısa bir süre içerisinde hayatını kaybedecek veya sağlığına ciddi bir zarar gelecek olması gerekmemektedir. Hekimler tarafından başka alternatifin olmadığı ve hastanın organ almaması halinde uzun vadede de olsa hayatının veya sağlığının tehlikeye gireceğinin belirtilmesi yeterli olacaktır. Öyleyse tehlikenin son sınırına kadar beklemek gereksizdir. Organ nakli ihtiyacı durumunda kişinin örneğin başka bir böbrek almaması durumunda sahip olduğu böbreğin işlevini yitireceğinin bilinmesi nakil için yeterli bir sebeptir. Bu iddiamıza temel olabilecek şekilde Ahmed b. Hanbel, zaruret

⁴⁴⁵ Şâtübî, *el-Muvâfakât*, I, 333-4.

⁴⁴⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 49-50.

⁴⁴⁷ Şîrbînî, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 306.

⁴⁴⁸ Mustafa Baktır, "İslam Hukukunda Zaruret Hali", Hükümlere Etkisi Bağlamında İhtiyaç ve Zaruret (İslam Hukuku Anabilim Dalları IX. Koordinasyon Toplantısı), ed. Osman Şahin, Samsun 2012, s. 21.

halinin oluşması için belli bir zaman kaydına ihtiyaç olmadığını belirtmiştir.⁴⁴⁹ Zaruret halinde bir zarar ve tehlikenin varlığının kim tarafından tespit edileceği hususu ise tartışılmıştır. Organ nakli açısından düşündüğümüzde nakli alma veya organ bağışlama hususunda alıcı veya vericinin iradesi esas olmakla birlikte zararın mevcut ve kesin olduğuna karar verecek mercii bilirkişi olan hekim olmalıdır.

Kişinin sağlıklı organı başkasına vermesini meşru kılan şey bir başkasının tedavisinin amaçlanmış olmasıdır.⁴⁵⁰ Bu açıdan bakıldığında vericinin bedeninden bir parçanın ayrılabilmesi için karşı tarafın bu organa ihtiyacının olması ve dahası bu ihtiyacın zaruret seviyesinde olması gerekmektedir. Bir kimse ortada kendi sağlığına yönelik hiçbir bir tehdit yokken veya başkasının hayatını ya da bir organını kurtarma amacı söz konusu değilken bir organının vücudundan ayrılmasına izin veremez. İşte bedendeki Allah hakkı ve beden saygı ve dokunulmaz oluşu ilkesi esasında bunu ifade etmektedir ve bu kuraldan istisnaya gidilmesini sağlayan şey, kurtarılması gereken bir can veya organın bulunduğu bilgisinin kesine yakın bir şekilde bilinmesidir.

Zeydân muztar kişinin yiyeceği veya içeceği haram bir şeyi alabilmesi için bu maddelerin açıklığı veya susuzluğu kesin olarak giderici olması gerektiğine dair klasik görüşlerin tedaviye aynen uygulanamayacağını, çünkü hiçbir tedavi ve ilacın belli bir hastalığa şifa olacağını kesin olarak bilinmesinin imkansız olduğunu belirtir. Burada tıp ve tedavi yöntemlerini bilen uzman kişilerin ilgili tedavinin sonuç vereceğine dair zann-ı gâlipleri yani kuvvetli zanları yeterli olacaktır. Zira kesin olarak bilinmesi mümkün olmayan fikhî konularda zann-ı galibe itibar edilir.⁴⁵¹

3.1.3.2. Zararın Ağırılık ve Zorlayıcılığı

Haramı mübah hale getiren zaruretin derecesi zaruret tanımlarında da sunduğumuz üzere fakihlerin görüşlerine göre farklılık arz etmektedir. Zaruret durumundaki zarar ve tehlikenin ağır ve zorlayıcı (mülcî) olmasındaki ölçü fakihler tarafından insanın canının veya bir organının yok olması endişesinin varlığı olarak görülmüş, ayrıca hastalığın artması ve iyileşmesinin uzaması da bu kapsamda sayılmıştır. Örneğin ikrahın zaruret kapsamında görülmesi için tehdidin cana veya organa yönelik olması, mükrihin tehdit

⁴⁴⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIII, 331.

⁴⁵⁰ Umer, “*et-Tasarrufâtü'l-vâride*”, s. 88.

⁴⁵¹ Zeydân, *Hâletü'z-zarûra*, s. 38-9.

ettiği şeyi yapmaya güç yetirebilecek durumda olması ve tehdit edilen şeyin yapılacağına kesin gözüyle bakılması gerekli görülmüştür.⁴⁵²

Zaruretin oluşması için ölüm tehlikesinin veya organlara gelen ağır zararın bulunması noktasında alimler müttelik olsalar da⁴⁵³ yelpazenin genişliği fakihlerce farklı tutulmuştur. Kimi alimler tehlikeyi ölüm ile sınırlı tutarken kimileri ise ölüm veya ölümcül hastalık tehlikesi ile kısıtlamayı sınırlı tutarak, bedene yönelik herhangi bir açık zarar şeklinde açıklamışlardır. İmam Şâfiî'nin muztar tanımında bunu net bir şekilde görebilmekteyiz. Ona göre kişinin muztar sayılması için kesin olarak ölüm korkusunun bulunması gerekli olmayıp açlığın onu zayıf düşürmesi, hasta etmesi, ona zarar vermesi, yürürken istediği yere varmasını engellemesi, bineğinin üzerinde duramayacak derecede zayıf düşürmesi veya benzeri açık bir zararın bulunması yeterlidir. Bunlardan herhangi birinin olmasından korkan kişinin başka bir şey bulamadığı zaman haram madde tüketmesi caiz olur.⁴⁵⁴

İmam Şâfiî açıkça zaruretin ikinci bir yönü bulunduğundan söz etmektedir ki bu da kişinin hastalığa yakalanmasıdır. Buna karar verecek olan ise bu konuda bilgi sahibi olan uzmanlardır. Uzmanlarınca alternatifinin olmadığı veya iyileşme sürecini hızlandıracağı kesin olarak belirtildiği haram maddeleri tüketme yoluyla tedavi olmak da zaruret kapsamındadır. Ancak ilgili madde sarhoşluk verici ise sarhoşluk veren miktara ulaşmaması gerekmektedir. Çünkü bu maddeler akli giderdiği için ortaya çıkardığı, ibadetlerin aksatılması ve bilincin gitmesi sebebiyle kişinin haram işleme ihtimalinin olması gibi zararlar faydadan daha fazla olacaktır.⁴⁵⁵ Bu görüş, haram maddelerin tedavi amacıyla kullanılabilmesini ifade etmektedir ve görüldüğü üzere İmam Şâfiî, şifanın gecikmesini bile bir bakıma zaruret kapsamında görmektedir.

Kimi alimler ise hastalığın artmasından veya iyileşmenin uzamasından korkulmasını da zaruret kapsamında görmüşlerdir. Şirbinî de bir kimsenin haram bir şeyi yemediğinde ölmekten, tehlikeli bir hastalığa yakalanmaktan, hastalığının artmasından veya süresinin uzamasından, yol arkadaşlarından geri kalacağından, yürümeye ya da bineğe binmeye güç yetirememekten korkması gibi hallerde helal yiyecek bulamadığında haram

⁴⁵² Baktır, "İslam Hukukunda Zaruret Hali", s. 22.

⁴⁵³ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, I, 129-30; II, 311; Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 49; İbn Kudâme, *el-Muğni*, XIII, 331.

⁴⁵⁴ Şâfiî, *el-Ümm*, II, 225.

⁴⁵⁵ Şâfiî, *el-Ümm*, II, 226; Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 9/49.

maddeden yiyebileceğini belirtir. Zira bu endişeleri taşıyan kişi de muztar olarak adlandırılır. Hatta bu kişinin kendini ölümden kurtarmak için yemesi gereklidir. Nitekim Allah Teâlâ “*Kendinizi öldürmeyiniz*”⁴⁵⁶ buyurmuştur.⁴⁵⁷

İbn Hazm’a göre de bir gün bir gece yiyecek ve içecek bir şey bulamayan kişi bedenine eziyet veren zayıflığın ölüme yol açmasından, yolundan veya meşgalesinden alıkoymasından korktuğu zaman bu durumdan kurtulmak için haramdan yiyip içebilir.⁴⁵⁸ Zerkâ da zaruret halinde haramın helal hale gelmesi için haram madde yenmediğinde kişinin mutlaka canını kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya kalmasının gerekli olmadığını, kişiyi bitkin düşürecek bir halin veya ciddi sağlık tehlikesinin de bunun için yeterli olduğunu belirtir.⁴⁵⁹ Ayrıca fakihler hastalığın artmasını da teyemmüm alma, orucu bozma, oturarak namaz kılma gibi bazı durumlarda ölüm tehlikesi mesabesinde değerlendirmektedirler.⁴⁶⁰

Cana veya organa zarar veren küçük tehlikeler dahi zaruret şartlarını oluştururken, canı veya organı tehdit etmeyen bir zarar veya tehlike nedeniyle zaruret hali oluşmaz ve bu sebeple haram olan fiil helal hale gelmez. Serahsî’nin belirttiği üzere organların dokunulmazlığı da canın dokunulmazlığı gibi olup kişi bir parmağının veya parmak ucunun kesilmesiyle tehdit edilse bile ıztırâr hali meydana gelir. Çünkü bu da canın dokunulmazlığı kapsamındadır. Ancak bir kimse birkaç kamçı vurulmakla tehdit edilse canının veya bir organının ciddi anlamda zarar görmesi söz konusu olmadığından ıztırâr hali meydana gelmiş sayılmaz. Yine ölme endişesi gibi ciddi bir tehlike söz konusu olmaksızın sadece açlık çeken kimsenin haram madde yemesi caiz değildir.⁴⁶¹ Serahsî kişinin haramı işlemesi için kamçı vurmak, saçını ve sakalını tıraş etmek, hapsetmek, bağlamak gibi şeylerle tehdit edilmesi halinde haram fiili yapmasının caiz olmayacağını, çünkü tehdit edilen şeylerin hayati bir tehlike veya can güvenliği endişesi barındırmadığını belirtir. Bu anlamda zaruret bulunmadığı için ruhsatla amel edilemez.⁴⁶²

⁴⁵⁶ en-Nisâ, 4/29.

⁴⁵⁷ Şîrbînî, *Muğni’l-Muhtâc*, IV, 306.

⁴⁵⁸ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 426.

⁴⁵⁹ Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Fıkhü’l-İslâmî fî sevbihi’l-cedid: el-medhalü’l-fikhiyyü’l-âm*, Dârü’l-Fikr, Dimaşk 1967-8, II, 999; Zuhaylî, *Nazariyyetü’z-zarûreti’ş-şer’iyye*, II, 995.

⁴⁶⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, I, 112.

⁴⁶¹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 48-50.

⁴⁶² Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 76.

Zeydân da hastalık halinde ilaç alınmasının, “şer’an haram olan şeyin yenilmesini gerektiren durum” şeklinde tarif edilen zaruret kapsamına dahil olduğunu söyler. Zira hastalığın tedavi edilmemesi de hastalığın artması, bünyenin zayıf düşmesi ve hatta ölümlle sonuçlanabilir. Bu tehlikeden dolayı hastalık da zaruret kapsamında görülmeli ve haramları mübah kılmalıdır. Ona göre kişiyi zor durumda bırakması açısından açlık zarureti ile hastalık zarureti arasında bir fark yoktur ve âyette söz edilen ıztırâr hali hastalık zarureti için de geçerlidir. Öyleyse zaruretin tek ölçütü insanın haram olan şeyi almadığı zaman hemen ölmesi olmayıp kişinin bedenen zayıf düşmesi ve daha sonra bu zayıflığın ilerleyerek ölüm tehlikesine dönüşmesi de zaruret kapsamına dahil olmalıdır. Bu anlamda bir şeyin zaruret sayılması için ölüm tehlikesinin hemen bulunması gerekmez.⁴⁶³

Organ naklini zarurete ilişkin bu şart açısından değerlendirdiğimizde her türlü organ ihtiyacının bu kapsamda görülemeyeceği kanaatine ulaşmaktayız. Örneğin böbrek veya kalp nakli almayan bir hastanın, kısa ya da uzun vadede canına veya organına yönelik bir tehdit altında olduğunu söylemek mümkünse de rahim veya yüz gibi nakillerde aynı şart teşekkül etmemektedir. Öyleyse hayati organ ihtiyacı ile hayati olmayan organların naklini farklı kategorilerde değerlendirmek isabetli olacaktır. Bu amaçla ilerleyen bölümlerde zararın boyutları açısından organ nakli ihtiyacının değerlendirmesini yapacağız.

3.1.3.3. Zarardan Kurtaracak Meşru Alternatifsizlik

Önemli bir nokta olarak zaruretle amel edilebilmesi için önce ilgili zararın helal yoldan giderilmeye çalışılması gerekir. Fiilen mevcut olan bir tehlikeden kaçınma imkanı olması halinde haram fiilin işlenmesi caiz olmaz.⁴⁶⁴ Tehlikeyi gidermenin başka mübah bir yolunun bulunmaması ve zararın haram sayılan bir fiili işlemekten giderilemeyecek olması halinde zaruret ilkesi devreye girer.⁴⁶⁵

Zaruret halinden meşru ve helal yollarla kurtulmak mümkün olmadığında hayatı veya organı kurtarmak için haramdan istifade edilebilir. Örneğin haramla tedavi, ancak yerine geçecek helal bir şey bulunmaması ve haramda şifa olduğu kesin olarak

⁴⁶³ Zeydân, *Hâletü 'z-zarûra*, s. 37-9.

⁴⁶⁴ Baktır, “İslam Hukukunda Zaruret Hali”, s. 21-2.

⁴⁶⁵ Zuhaylî, *Nazariyyetü 'z-zarûreti 'ş-şer 'iyye*, s. 69.

bilinmesi halinde caizdir.⁴⁶⁶ Bu anlamda işlenen fiilin gerçekten kişinin canını veya organını helak olmaktan kurtarıcı olması gerekir. Bu sebeple bazı alimler, içkinin susuzluğu gidermeyeceği hatta artıracığı gerekçesiyle susuz kalan kişinin içki içmesine cevaz vermemişlerdir.⁴⁶⁷

Tedavi zarureti durumunda ve mesleki açıdan güvenilir adil bir doktorun, haram maddenin yerini tutacak başka bir tedavi veya tedbir bulunmadığını ve haram olan ilacı almanın gerekli olduğunu belirtmesi gerekmektedir.⁴⁶⁸ Benzer şekilde muztar kişi açısından, bulabileceği helal bir şey varsa veya yanındaki birinde helal bir yiyecek bulunursa bunları öncelemesi gerekir. Yoksa veya yanında yiyeceği olan kişi bunu vermezse kişi tüm çareleri denediği ve mecbur kaldığı için muztar sayılır ve artık haram madde yiyebilir.⁴⁶⁹ Yine karşı cinsin avret yerine bakmak normalde caiz olmamasına rağmen örneğin bir kadının avret mahallinde bir hastalık olur da kadın hekim bulunmazsa mümkünse öncelikle bir kadına bunun tedavisi öğretilir ve onun tedavi etmesi sağlanır. Fakat bu imkan dahilinde olmazsa helal alternatif kalmadığı için hastanın hayati tehlikesi bulunması halinde erkek doktor hastayı tedavi edebilir. Hasta kadının ölmesi veya acı çekmesi tehlikesi varsa mahremiyete mümkün mertebe dikkat edilerek tedavi yapılabilir.⁴⁷⁰

Zaruret halini oluşturan zarara ilişkin klasik fıkıh eserlerinde yer alan bu şarta baktığımızda, hayatı veya organı tehdit eden bir tehlikenin varlığı hekimler tarafından bildiriliyorsa zararın varlığından, meşru ve daha iyi bir alternatif imkanı olmadığı zaman ise belli şartlarla insandan organ nakli zaruretinin varlığından söz edebiliriz. Çağdaş alimlerden Bûtî, bir hastanın hayatını kurtarma hususunda yapay organların tabii organ yerine geçmesinin mümkün olduğu sabit olduğunda insandan organ almanın caiz olmayacağını belirtmektedir.⁴⁷¹ Ona göre adil ve uzman bir hekimin, kişinin hayatının kurtulması için bu organa ihtiyacı olduğunu ve yapay organın veya necis olmayan bir hayvanın organının bu organın yerini tutmayacağını açıklamış olması

⁴⁶⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 21; İbn Abdüsselâm, *Kavâidü'l-ahkâm*, I, 81.

⁴⁶⁷ Zeydân, *Hâletü'z-zarûra*, s. 16.

⁴⁶⁸ Zuhaylî, *Nazariyyetü'z-zarûreti'ş-şer'iyye*, s. 71; Zeydân, *Hâletü'z-zarûra*, s. 36-7.

⁴⁶⁹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, VII, 426.

⁴⁷⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, X, 156.

⁴⁷¹ Bûtî, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, s. 127; Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 137.

gerekir.⁴⁷² Zeydân'a göre nakil amacıyla ölüden organ almanın caiz olması için hastalık zarureti halinin bulunması yani alınacak organın yerini tutacak başka bir çarenin bulunmaması ve âdil tabiplerin kuvvetli zanlarına göre şifa umulması şarttır.⁴⁷³ İKÖ'ye bağlı İslam Fıkıh Akademisi Meclisi'ne göre organdan yararlanma, yararlananın hayatta kalabilmesi veya görme gibi temel beden fonksiyonlarından birini sürdürebilmesi için zorunlu olmalıdır.⁴⁷⁴

Muhammed Naîm Yasin de organ bağışının alıcıyı içinde bulunduğu durumdan kurtaran tek çözüm olması gerektiğini, başka bir çözüm bulunması halinde bağışın caiz olmayacağını belirtir. Çünkü iki zararın birden giderilmesi mümkün olduğu durumlarda iki zarardan hafif olanı tercih edilmez. Bu yüzden ona göre yapay organ, hayvandan nakil gibi alternatifler bulunduğu insandan nakil caiz değildir. Benzer şekilde ona göre ölüden nakil mümkün iken canlıdan nakil caiz değildir.⁴⁷⁵ Ancak alternatif olarak görülen uygulamaların insandan nakilden daha iyi bir çözüm olması gerekmektedir. “İki fesad teâruz ettikde ehaffi irtikâb ile a'zamanın çaresine bakılır”⁴⁷⁶ “Ehven-i şerreyn ihtiyar olunur”⁴⁷⁷ kaideleri gereğince iki kötüden iyi olanı çözüm olarak kabul edilmelidir. İki şerrin birden ortadan kaldırılması mümkün olduğu zaman ise bu kaideler sahih olmaktan çıkar ve artık uygulanmaz.⁴⁷⁸

Esasında zaruret halinde verilen mübahlık hükmü mutlak ve kalıcı değildir. Bu sebeple zaruret hali ortadan kalktıktan sonra haramı işlemek caiz olmaktan çıkar.⁴⁷⁹ Zira bir özür sebebiyle meşru kılınan bir zaruret, o özrün ortadan kalkmasıyla ortadan kalkar. Mecelle'de bu durum “Bir özür için câiz olan şey, ol özrün zevâliyle bâtil olur”⁴⁸⁰ ve “Mâni' zâil oldukda memnû' avdet eder”⁴⁸¹ kaideleriyle ifade edilmiştir. Bu açıdan, organ naklinin alternatifleri de zaruret halini ortadan kaldıran bir durum olarak görülebilir. Bu sebeple bugün zarurettten dolayı helal görülebilecek bir şey gelecekte

⁴⁷² Bûtî, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, s. 119-20.

⁴⁷³ Zeydân, *Hâletü'z-zarûra*, s. 43.

⁴⁷⁴ *Karârâtü ve Tavsiyyâtü Mecmai'l-Fıkhî'l-İslâmî ed-Düvelî*, (haz. Ahmed Abdulalîm Ebu Uleyv), Birleşik Arap Emirlikleri 2011, s. 138.

⁴⁷⁵ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 161.

⁴⁷⁶ *Mecelle*, md. 28.

⁴⁷⁷ *Mecelle*, md. 29.

⁴⁷⁸ Umer, “et-Tasarrufâtü'l-vâride”, s. 88-9.

⁴⁷⁹ Baktır, “İslam Hukukunda Zaruret Hali”, s. 25.

⁴⁸⁰ *Mecelle*, md. 23.

⁴⁸¹ *Mecelle*, md. 24.

zaruret kapsamında çıktığı için helal sayılamayacaktır. İnsandan alınan organların yerine yeterli ve kaliteli alternatifler çıktığında insandan organ almanın hükmü değişecektir.

3.1.3.4. Zaruretin Aşılması

Hayat kurtarıcı organların naklinin zarurettten dolayı istisnaen meşru olduğu söylenebilir. Ancak “*Zaruretlar kendi miktarlarınca takdir olunur*”⁴⁸² kaidesi gereğince işlenen fiilin zaruret miktarını aşmaması gerekir.⁴⁸³ Zira âyetlerde zaruret halinde haramın işlenebilmesi hükmü “*haddi aşmaksızın*”, “*haddi aşarak günaha meyletmeksizin*” gibi kayıtlarla gelmiştir.⁴⁸⁴ Bu sebeple klasik fıkıh eserlerinde, muztar kişinin haram maddeden açlıktan ölmeyecek kadar yiyebileceği, açlık durumundan kurtulduktan sonra ise muztar kapsamında çıktığı belirtilmektedir.⁴⁸⁵ Hatta alimler bu hususta o kadar hassas davranmışlardır ki kişi haram madde yeyip ardından helal bir yiyecek bulduktan sonra, kendisine zarar vermeyecekse, yediği şeyi istifra ederek çıkarması gerektiğini belirtmişlerdir. Yine ikrah altında haram bir madde yiyen veya içen kişinin hassas davranarak mümkünse onu çıkarması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁸⁶

İlgili kaideden ve klasik metinlerden anlaşıldığı üzere zararı giderecek kadar veya mümkün olan asgari miktarda zarurettten faydalanılabilir. Bu sebeple organ nakline cevaz verilmesi bu alanda sınırsızca tasarrufta bulunulabileceği anlamına gelmez. Nakle ilişkin cevazın çerçevesi mümkün mertebe dar ve kısıtlı tutulmalı ve zaruret ortadan kalktığında ise uygulama sonlandırılmalıdır. Bu bağlamda organ naklinin caiz oluşu örneğin organ satışını da caiz hale getirmemelidir. Veyahut da organ naklinin cevazı beden her organı için geçerli olmamalıdır. Yine zaruret sebebiyle beden üzerinde tasarrufa izin verilmesi bedene her türlü kozmetik veya estetik müdahaleleri de caiz hale getirmemelidir. Bu bağlamda ilgili ruhsatın sadece zaruret için ve zaruret miktarınca kullanılması önemlidir ki ileride bu sınırlar üzerinde duracağız.

⁴⁸² *Mecelle*, md. 22; Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 78-80.

⁴⁸³ Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l-hükkâm*, I, 78-9

⁴⁸⁴ Baktır, “İslam Hukukunda Zaruret Hali”, s. 25.

⁴⁸⁵ İbn Kudâme, *el-Muğni*, XIII, 330-1.

⁴⁸⁶ Şirbîni, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 307 (Benzer şekilde muztar kişinin ölmüş bir kimsenin etinden yiyebileceğine cevaz veren azınlıktaki alimler, ölü de olsa insanın saygınlığını ve dokunulmazlığını çiğnemek için kişinin karnı doyacak kadar değil açlıktan ölmeyecek kadar yemesi ve pişirerek veya iştahla değil tiksinererek ve yavaş yavaş yemesi gerektiğini özellikle belirtmişlerdir. Zira zarureti gidermek için bu şekilde yapılması yeterlidir. Pişirilmesinde ise açıkça insanın saygınlığını çiğnemek söz konusudur (Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 44; Şirbîni, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 307).

Diğer yandan geçici zaruret hali ile süreğen zaruret hali arasında bir ayrıma gidenler de olmuştur. Zaruret hali uzun süreli olacaksa kişinin sadece açlıktan ölmeyecek kadar yemesinin yeterli olmayacağı, doyana kadar yiyebileceği söylenmiştir. Çünkü kişi az yediği zaman kısa süre içinde yiyecek helal bir şey bulma imkanı olmayacağından yeniden zaruret haline düşecektir. Bu sefer belki bedeni zayıf düştüğü için haram bir şeyi de bulmaya gücü yetmeyecek ve hayatını kaybedecektir.⁴⁸⁷ Şâfîler arasında da farklı görüşler olmakla birlikte en zâhir görüşe göre kişinin haramdan, açlıktan ölmeyecek kadar yemesi caizdir. Ancak kişinin sadece açlıktan ölmeyecek kadar yediğinde de hala ölmekten, hastalanmaktan veya hastalığının artmasından korkması halinde daha fazla yemesi mübah hale gelir, hatta yemesi gerekir. Yine kişinin yakın zamanda başka helal yiyecek bulma ümidi varsa ölmeyecek kadar haram maddeden yiyebileceği söylenmiştir. Aksi takdirde bir görüşe göre kişi, doyana kadar haramdan yiyebilir.⁴⁸⁸ Bu ifadelerden organ nakli durumunun belki o an için acil nakle ihtiyaç olmasa da, vücudunun zayıf düşmesi nedeniyle daha kötü duruma gelmesinden korkulacağı için hemen tedaviye başvurabileceği sonucunu çıkarabiliriz.

3.1.4. Zaruret Sebebiyle Bedenin Dokunulmazlığı İlkesinin İstisnaları

Fıkıh literatüründe zaruret temelinde organ naklinde gündeme gelen iki temel ilkenin (bedenin saygınlığı ve dokunulmazlığı-canın veya organın korunması) çatışıp zaruret sebebiyle “canın veya organın korunması” ilkesinin tercih edildiği pek çok örnek bulunmakta olup bunları organ nakline kıyas yapıp yapamayacağımızı görmek istiyoruz. Bugün pratikte organ naklinin canlı bedenden ve kadavradan olmak üzere iki temel boyutu bulunması nedeniyle klasik fıkıh eserlerinde yer alan zaruret sebebiyle canlı ve ölü beden ve organlar üzerinde tasarrufa yönelik istisnaları ayrı ayrı inceleyeceğiz.

Günümüzde araştırmacılar organ nakline kıyas için temel teşkil edebilecek bazı örnek çözümlere başvurumaktadırlar. Bugünkü anlamıyla organ naklinin klasik fıkıh eserlerinde yer alması söz konusu değilse de eski dönem fakihlerinin beden üzerinde tasarrufa dair -kimileri farazî olan- konuları ayrıntılı bir şekilde tartıştıklarını müşahade etmekteyiz. Bu eserlerde saç saç ekletilmesi, kırılan kemiğin yerine başka bir insanın

⁴⁸⁷ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XIII, 331.

⁴⁸⁸ Şîrbînî, *Muğnî'l-Muhtâc*, IV, 307.

veya hayvan kemiklerinin yerleştirilmesi, kaybedilen bir organın yerine madeni bir organ kullanılması, ölmüş bir kadının bedeninin yarılarak karnındaki bebeğin çıkarılması, başkasına ait dişin kullanılması, muztarın kendi bedeninden veya başkasının bedeninden bir parça yemesi gibi pek çok konu tartışılmıştır. Klasik fıkıh kitaplarında yer alan bu gibi hadiseler organ naklinin meşruiyetini araştıran çağdaş araştırmacılar tarafından sıklıkla referans gösterilmektedir. Ancak klasik fıkıh eserlerindeki örneklerin -pek çok çağdaş alimin yaptığı gibi- organ nakli konusuna doğrudan doğruya makîsun aleyh olarak kabul edilebilecek türden örnekler olmadığını düşünmekteyiz. Biz de bu örnekleri sunacak olsak da bundaki amacımız fıkıhın insan bedeni algısını ve beden üzerinde tasarrufların sınırını ortaya koymaktır. Dolayısıyla bu örnekler üzerinden ortaya konacak teorik çerçeve, bizim bugünkü tıbbî meselelerimize ancak ilkesel bazda temel teşkil edebilecek niteliktedir. Klasik eserlerdeki zaruret örneklerine kıyas yapılarak sorun çözülmeye çalışılsa da esasında bu riskli bir denemedir. Çünkü her yönüyle tamamen aynı özellikleri taşıyan iki meselenin bulunması oldukça zor ve nadir bir durumdur.

Muhammed Naîm Yasin, eski dönem fakihlerinin her asırda insan bedeni ve organları üzerinde gerçekleşmesi mümkün olan tasarrufların çeşitlerini araştırdıklarını ve bunlara dair hükümleri şerîatın genel kaidelerini tatbik ederek çıkardıklarını söyler. Fakat onların eserlerinde bahsettikleri meseleler ile bugün karşılaşılan sorunların özü, insan bedeni üzerinde gerçekleşen tasarrufun türü, uygulanan yöntem ve sonuçları itibarıyla birbirinden farklıdır. Bu sebeple fakihlerin bu alanda zikrettikleri hükümlerin, bilimde ve tıptaki ilerlemeler sonucu söz konusu olan pek çok yeni unsur görmezden gelinerek, sırf aralarında bazı benzerlikler bulunduğu için kendisine kıyas yapılan konuya asıl olarak alınması doğru olmaz. Kaldı ki önceki fakihlerin önüne organ nakli gibi bir mesele götürülecek olsa onlar da yeni bir içtihat ve tahrir yoluna giderlerdi. Dönemlerindeki çağdaş meselelere tatbik ettikleri şer'î kaideleri uygularken bu yeni unsurları göz önünde bulundururlardı. Bugün de içtihat edecek kişinin bunları dikkate alması gerekmektedir. Dolayısıyla Yasin, organ bağıışı konusuna ışık tutabilecek beden üzerinde tasarrufa dair klasik fikhî içtihatları aynen benimsemenin doğru olmadığını söyler. Hatta her ne kadar fakihler bazen bu hususta genelleyici kaideler söylemişlerse

de hem tür hem de yöntem açısından bugün beden parçalarından faydalanmaya dair çok farklı durumlar vardır. Ayrıca tıbbî imkanlar da ciddi anlamda değişmiştir.⁴⁸⁹

Bu uyarılar da göz önüne alındığında, klasik fıkıh eserlerinden pek çok vaka organ nakline temel olarak gösterilse de esasında konumuza doğrudan yardımcı olabilecek örnekler kanaatimizce açlık zarureti halinde beden parçalarından istifade etme, tedavi için beden parçalarından faydalanma ve -belki de en yakın bir örnek olarak- başka bir hayatı kurtarmak için ölü bedene müdahale konularıyla sınırlıdır.

3.1.4.1. Canlı Bedenin ve Organların Dokunulmazlığının İstisnaları

Kişinin herhangi bir organının ve canının korunması için bir bakıma beden bütünlüğünün bozularak ilgili organın alınması için bedenine cerrahi müdahalede bulunulabileceği ve tedavi amacıyla canlı beden parçalarından istifade edilmesi konuları klasik fıkıh eserlerinde yer alan canlı beden ve organların dokunulmazlığının istisnaları olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hayat ve sağlığı kurtarmak yani tedavi amacıyla bedenine cerrahi müdahalede bulunulmasının cevazı hususunda İslam alimleri arasında ihtilaf yoktur. Klasik fıkıh eserlerinde bedenden bir uzvun cerrahi yolla ayrılmasına en temel örnek olarak kangren olan elin kesilmesine açık bir şekilde cevaz verildiği görülmektedir.⁴⁹⁰ Yine bu eserlerde cevazı belirtilen ağrıyan dişin bedenden ayrılması hususu da bu kapsamda görülebilir.⁴⁹¹ Apandisin veya kangren olan organın ameliyatla alınması örneklerinde olduğu gibi bedene ait organların bedenden ayrılması türünden müdahaleler canın ve beden sağlığının korunması gibi daha yüce bir amacı gerçekleştirmek için caiz sayılmaktadır. Öyleyse normal şartlarda bedenden bir organın ayrılması beden bütünlüğünün korunması ve saygınlığı ilkelerine aykırı olacakken buradaki zaruret sebebiyle tıbbî müdahaleye izin verilmektedir. Zira organların kesilerek bedenden ayrılmasına verilen cevaz, organın sahibine zarar verir hale gelmesiyle kayıtlıdır.⁴⁹² Daha genel manada ise herhangi bir hastalığı gidermek amacıyla tıp camiasında

⁴⁸⁹ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 135-6, 148.

⁴⁹⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIV, 66-7; Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 158; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik* V, 190; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, XI, 605-6.

⁴⁹¹ Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 158.

⁴⁹² Sükkerî, *Naklu ve zirâ'atü'l-a'dâi'l-âdemiyye*, s. 114; Muhammed Önder, *İslam Fıkıhında Organ Naklinin Hükmü*, Gonca Yayinevi, İstanbul [t.y.], s. 56.

başarıyla sonuçlandığı bilinen ameliyatları olmanın caiz olduğunda İslam alimlerinin herhangi bir itirazı yoktur.⁴⁹³

Görüldüğü üzere canın veya genel sağlığın korunması için insan bedeninin hastalıklı organlarının cerrahi müdahaleyle alınması bedene bir müdahale olmasına rağmen bedenin saygınlığının çiğnenmesi kapsamında sayılmamaktadır. Ağrı ve acıyı dindirme, bir organı kurtarma, bir organdaki hastalık tüm vücuda sirayet etmesin diye o organın kesilmesi veya kişiyi hayati tehlikeden kurtarma gibi amaçlarla kişinin yetkilendirdiği herhangi bir kimse, kişinin bedeni üzerinde onun yararına olmak üzere kısmi tasarruf hakkına sahiptir. Hatta bazen acil müdahale durumlarında kişinin rızası olmaksızın da bu işlemler yapılabilir. Yaşam kurtarma gibi daha ulvî bir amacı gerçekleştirmeyi hedefleyen bu tür işlemler hukuka aykırı sayılmamaktadır.

Yine sınırlı da olsa klasik fıkıh eserlerinde yer alan canlı beden parçalarından tedavi amacıyla istifade edilmesi konusu da canlı bedene müdahaleye izin verildiğini gördüğümüz noktalardandır. Esasında klasik dönem için canlı insandan alınan parçalarla tedavinin tıbben pek mümkün olmaması nedeniyle bu konuda fazla bir örneğe rastlanamamaktadır. Ancak anne sütünün tedavi amacıyla kullanılması hususunda özellikle Hanefî ulema arasında bazı tartışmalar yer almaktadır. Bedenin saygınlığı nedeniyle insan bedeninin sıvı bir parçası olan anne sütünün kendisinden istifade edilebilir bir gıda olarak görülmesini doğru bulmayan ve sütün ancak zarureten ve yalnızca bebeklerin beslenmesi için kullanılabileceği⁴⁹⁴ ve zaruret bulunmadığı müddetçe süttten hiçbir şekilde istifade edilemeyeceği⁴⁹⁵ yönünde keskin bir kanaate sahip Hanefî alimler arasında dahi başka alternatif bulunmadığı zaman zaruret sebebiyle insan sütünün tedavi amacıyla kullanılabileceği hususunda baskın bir eğilim bulunmaktadır.⁴⁹⁶ Buna göre bizzat kişinin veya bir başkasının beden sağlığını korumak için anne sütü gibi insana ait bir beden sıvısının tedavi amacıyla kullanılması bedenin saygınlığına aykırı kabul edilmemiştir. Hanefîler dışındaki alimlere göre ise insan sütü diğer beden parçalarından farklı olarak temizlik ve besleyicilik özelliklerine sahip

⁴⁹³ *el-Fetâva'l-Hindiyye*, V, 355; Ebû Zeyd, *Fıkhu'n-nevâzil*, II, 45.

⁴⁹⁴ Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 119, 125-6; Kâsânî, *Bedâi*, V, 145.

⁴⁹⁵ İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 201.

⁴⁹⁶ Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 126; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadîr*, V, 201; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, VI, 132; *el-Fetâva'l-Hindiyye*, V, 355.

olması nedeniyle zaten kendisinden istifade edilebilir bir beden sıvısıdır.⁴⁹⁷ Yine kimi alimlerce zaruret halinde kan gibi dinen necis sayılan beden sıvılarıyla tedavinin caiz olduğu belirtilmiştir.⁴⁹⁸ Ancak vücutta yenilenme özelliğine sahip sıvılar olmaları nedeniyle verilen bu örnekler vericinin bedeninden ayrılan böbrek gibi solid (katı) organlara doğrudan bir örneklik teşkil edebilecek nitelikte değildir. Nitekim buradaki amacımız da organ naklini bununla doğrudan temellendirmek değil, beden parçalarıyla tedavinin kendisinden parçanın alındığı kişiye saygısızlık kapsamında görülmediğini göstermektir.

Yine o dönem için insan saçından istifade edilebileceği ihtimaller arasındadır. Fakat saçtan yararlanılmasına dair karşımıza çıkan husus tedaviden ziyade estetik bir amaçla saça saç ekletilmesi yönünde ele alındığı için, ilgili hadisin de etkisiyle, buna alimler tarafından katı bir şekilde karşı çıktığı ve cevaz verilmediği görülmektedir.⁴⁹⁹ Saça saç ekletmeye izin verilmemesi saç dökülmesinin bir hastalık olarak görülmemesi ve saç ekletmenin tahsiniyyât kabilinden bir estetik müdahale olarak görülme ihtimalini ima etmekte olup böyle bir sebeple ise saçın alınmasıyla dahi olsa insan bedeninin bütünlüğünün bozulamayacağı belirtilmiş olmaktadır.

Klasik fıkıh kitaplarında benzer şekilde, bir kimsenin tedavi amacıyla veya hayatta kalmak için canlı bir kimsenin bedenine ait bir parçadan istifade edip edemeyeceği veya tersinden, kişinin kendi bedeninden bir parçayı keserek başkasına verip veremeyeceği tartışılmış ve buna genel olarak olumsuz bakılmıştır. Ancak kanaatimizce ilgili dönem için kişinin kendi bedeninden bir parçasını veya organını kesmesi kan kaybından vefat etmesi, kullandığı aletten dolayı tetanos gibi hastalıklara yakalanıp ölmesi, organını kesme esnasında sinirlerine zarar vererek felç vs. olması, bir dış organını kesmesinden dolayı açık bir organ kaybı ve fiziksel görüntü bozukluğu yaşaması ve en iyi ihtimalle ilgili bölgenin iltihaplanması gibi olasılıklar düşünüldüğünde, bugünkü organ alımı ile bu şekilde bir organın bedenden ayrılması arasında ciddi farklar olduğu oldukça nettir. Bu sebeple iki durumun birbirine kıyas edilmesi doğru olmayacaktır. Zira o

⁴⁹⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 125; Kâsânî, *Bedâi*, V, 145; Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 45; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, VI, 364; Nevevî, *el-Mecmû*, IX, 254; Şirbînî, *Muğnî'l-Muhtâc*, II, 12, 80; Buhûtî, *Keşşâfu'l-kinâ*, IV, 1384.

⁴⁹⁸ Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ*, I, 50; Nevevî, *el-Mecmû*, IX, 50.

⁴⁹⁹ Kâsânî, *Bedâi*, V, 142; Mergînânî, *el-Hidâye*, III, 46; İbnü'l-Hümâm, *Fethü'l-Kadir*, V, 203.

dönemlerde, iç organlardan tedavi amacıyla istifade edilmesi gibi bir durum da söz konusu değildi.

Ayrıca verdiğimiz bu örneklerin haricinde, canı veya sağlığı korumak ya da tedavi gibi amaçlarla beden ve organların dokunulmazlığı ilkelerinin değil ama kimi haramların çiğnenmesine ruhsat verildiği açıkça görülmektedir. Erkeklerin ipek giymesinin haram olmasına rağmen giyilecek bir şey bulunamaması veya sıcak ya da soğuktan korunma gibi haller ile kaşıntı gibi hastalık durumlarında ipek giymesinin caiz olması,⁵⁰⁰ kişinin su bulamaması durumunda idrar içmesinin caiz hale gelmesi,⁵⁰¹ necisle veya haramla tedaviye izin verilmesi,⁵⁰² boğazında lokma kalan kişinin şarap ile bunu giderebilmesi,⁵⁰³ başka alternatif bulunmadığında tedavi amacıyla karşı cinsin avret yerine bakılabilmesi,⁵⁰⁴ kişinin canına veya organına zarar gelmesinden, hastalığının artmasından, yaranın iyileşmesinin yavaşlamasından veya görünür bir organda kötü bir görüntü oluşmasından korkulması gibi hallerde teyemmüme cevaz verilmesi,⁵⁰⁵ cünüp bir kişinin ölmekten, hastalanmaktan, hastalığının artmasından veya susuz kalmasından korkması gibi hallerde teyemmüm etmesinin caiz olması, hasta ve yaşlının oruç

⁵⁰⁰ Baktır, *İslam Hukukunda Zaruret Hali*, s. 33-4.

⁵⁰¹ Şirbîni, *Muğni'l-Muhtâc*, IV, 310.

⁵⁰² Ulemanın kişinin kendi canını veya organını kurtarması için haramla tedavi olmasını zaruret kapsamında gördüklerini ve haram madde ile tedaviye veya tedavi için bazı açık haramların çiğnenmesine ve genel kuralardan istisnaya gidilmesine izin verdiklerini görüyoruz. İçki, domuz gibi dinen necis sayılan ve yenilip içilmesi haram kılınmış maddelerle tedavi konusunda ihtilaf olmakla birlikte, haramla tedavinin caiz olmadığı görüşündeki alimlerin dahi alternatifi bulunmaması ve ilgili tedavinin kesin çözüm vereceğinin bilinmesi hallerinde buna cevaz verdikleri anlaşılmaktadır. Örneğin haram madde ile tedavinin caiz olmadığını söyleyen Hanbelîler, ilgili hadisi de dayanak yaparak haramda şifa ihtimali bulunmadığını ve bu sebeple bunun açıklık zaruretine benzetilemeyeceğini iddia etmişlerdir. Ancak şifa vereceğinin kesin olarak bilinmesi halinde haramla tedavinin mübah olacağını söyleyen Hanefîlerin de tedavinin sonuç verip vermemesini esas aldıkları görülmektedir. Şâfiîler ise genel olarak şarap gibi sarhoşluk veren maddelerin dışındaki haram maddelerle tedavi olunabileceği görüşündedirler. İbn Hazm gibi alimler de tedavi olmayı da zaruret kapsamında görmüşler ve tedavi amacıyla haram maddeleri kullanmayı âyette geçen zaruret içinde değerlendirmişlerdir (*Zeydân, Hâletü'z-zarûra*, s. 29-39).

⁵⁰³ Ya'kûb b. Abdülvehhab el-Bâhuseyn, *Kâidetü'l-meşakka teclibü't-teysîr: dirâse nazariyye-te'siliyye-tatbikiyye*, Mektebetü'r-Rüşd, Riyad 2005, s. 115. Şâfiî metinler ise alkolle tedaviye cevaz vermezken, bir kimsenin boğazında bir lokma kalıp onu yutabilmek için o esnada şaraptan başka içecek bir şey bulamaması halinde şarap içmesinin mübah olduğunu belirtmektedir (Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 52; Zerkeşî, *el-Mensûr fi'l-kavâ'id*, II, 317). Hatta kimi alimlere göre onu içmesi kişiye vâciptir. Çünkü bu şekilde ölümden kurtulacağı kesindir. Tedavi ve susuzluğu giderme amacıyla şarap içilmesinin cevazı konusunda ise ihtilaf vardır. Çünkü onlara göre şarabın tedavi edici oluşu ve içildiğinde tıpkı su gibi susuzluğu giderici olduğu kesin değildir (Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 52).

⁵⁰⁴ Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 77; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 95; Zerkâ, *el-Fıkhü'l-İslâmî fî sevbihi'l-cedid*, II, 995; Zuhaylî, *Nazariyyetü'z-zarûreti's-şer'iyye*, s. 136.

⁵⁰⁵ Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 81; Zuhaylî, *Nazariyyetü'z-zarûreti's-şer'iyye*, s. 135. Hatta Şâfiî ve Hanbelîler teyemmümü mübah hale getiren her şeyin haramı da helal hale getireceğini belirtmişlerdir. Örneğin hastalığın uzaması gibi organa açık zarar korkusu bulunduğu haram şeyler mübah hale gelir (Zuhaylî, *Nazariyyetü'z-zarûreti's-şer'iyye*, s. 70).

tutmamasının caiz olması,⁵⁰⁶ ikrah altındaki kişinin orucunu bozmasının mübah olması,⁵⁰⁷ ıztırâr halindeki kişinin açlıktan ölmek için başkasının malını kullanmasına cevaz verilmesi, aç kaldığı için hırsızlık yapan kişiye suçunun cezası olan hırsızlık haddinin uygulanmaması, Hz. Ömer'in açlıktan veya susuzluktan dolayı zina etmeye muztar kalan kadına zina haddini uygulamaması, kimi alimlerce zina etmemesi halinde ölümle tehdit edilen kadına canını kurtarmak için bu eylemi yapma ruhsatı tanınmış olması⁵⁰⁸ gibi örnekler bunlardandır.

3.1.4.2. Ölü Bedenin ve Organların Dokunulmazlığının İstisnaları

Klasik fıkıh metinlerinde ölü bedenin dokunulmazlığı ilkesinin zaruret sebebiyle çığnendiğine dair bazı örnekler bulunmaktadır. Örneğin klasik dönem fakihleri anne karnındaki canlı cenini kurtarmak için, ölmüş olan annenin bedeninin yarılarak bebeğin çıkarılıp çıkarılamayacağı bağlamında hayatiyetini yitirmiş bir bedene müdahale etmenin sınırlarını tartışmışlardır. Belki de bu husus, ölüden organ nakli bağlamında başka bir canlıyı kurtarmak için ölü bedenin bütünlüğünün bozulup bozulamayacağı sorusuna aradığımız cevap için bize yardımcı olabilecek benzerliği en yüksek klasik örneklerdendir. Bu hususta konuya olumlu yaklaşmak açısından Hanefî ve Şâfiîlerin bir tarafta, bazı çekinceler sebebiyle bu eyleme pek olumlu bakmayan Mâlikî ve Hanbelîlerin ise diğer bir tarafta konumlandığını ifade edebiliriz.

Hanefîlere göre karnında canlı bir cenin olduğu düşünülen ölmüş bir kadının karnı sol tarafından yarılarak cenin çıkarılır.⁵⁰⁹ Hatta Ebû Hanîfe'nin böyle bir durumda kadının karnının açılmasını emrettiği ve bebeğin yaşadığı rivâyet edilmiştir.⁵¹⁰ Şâfiî alimler de

⁵⁰⁶ Esasında bu örnekte aynı eylemin aynı zamanda bir başkası için haram iken diğer bir kimse için haram olmadığını görüyoruz. Genel ilke ramazanda oruç tutmanın farz olması olmasına rağmen hastalık zarureti nedeniyle hasta kişi oruç tutmayabilir veya orucunu bozabilir ve kasti olarak yaptığı bu eyleme rağmen bu sebepten dolayı kefarete orucu tutması da gerekmez. Zira ilgili naslar sebebiyle bu kişinin Allah katında da mazur sayılması sebebiyle günahkar olmadığı düşünülmekte, hatta bu iznin kendisine Allah tarafından verilmiş istisnai bir izin olduğu kabul edilmektedir. Aynı mantığı zaruret ve maslahat prensiplerini esas alıp meşakkatin giderilmesinin dinin temel ilkelerinden olduğunu da hesaba katarak organ nakline de uygulayabilir miyiz?

⁵⁰⁷ Serahsî, *el-Usûl*, I, 119.

⁵⁰⁸ Zeydân, *Hâletü'z-zarûra*, s. 70; Baktır, *İslam Hukukunda Zaruret Hali*, s. 62-8.

⁵⁰⁹ Kâsânî, *Bedâi*, IV, *el-Fetâva'l-Hindîyye*, V, 360; Veli b. Yusuf İskilibî, (der. ö.998/1590), *Mecmau'l-fetâvâ*, Süleymaniye Ktp., İsmihan Sultan, nr. 226, [y.y.] [t.y.], vr. 283, v. 48a; Pîr Mehmed Üskübî (ö.1020/1611), *Fetâvâ-yı Üskübî*, Süleymaniye Ktp., Âşir Efendî, nr. 133, 1167, vr. 1a-356b, v. 351a; Feyzullah Efendi (ö.1115/1703), *Fetâvâ-yı Feyziyye maa'n-nukûl*, Dârü't-Tibâati'l-Âmire, İstanbul 1266, s. 496; Menteşzâde Abdürrahim Efendi (ö.1154/1716), *Fetâvâ-yı Abdürrahim I-II*, Dârü't-Tibâati'l-Ma'mûre, İstanbul 1243, I, 19.

⁵¹⁰ *el-Fetâva'l-Hindîyye*, V, 360; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 97.

yaşamayı ümit edilen cenin için ölü annenin karnının yarılabilmesi hususunda Hanefîlerle benzer görüşe sahiplerdir.⁵¹¹ Zira onlar ceninin hayatını koruma maslahatının annenin cesedinin dokunulmazlığını çiğneme mefsetinden daha büyük olduğunu⁵¹² ve canlı bir kimseyi yaşatmak için ölü bir kimseden bir parça telef edilebileceğini belirtirler.⁵¹³ Ancak yaşayacağı ümit edilmiyorsa gereksiz yere annenin karnı yarılıp bebek çıkarılmaz.⁵¹⁴ Bazı Şâfiîler ise bu işlemin kayıtsız şartsız yapılamayacağını, bebeğin çıkarılması halinde yaşayıp yaşamayacağını ebelere sorulacağını söylemişlerdir. Şayet ebe bebeğin yaşayacağını söylerse -ki bunun için bebeğin en az altı aylık olması gerekir- bu durumda ölü annenin karnı yarılar. Ancak bebeğin altı aydan küçük olduğunun ebe tarafından söylenmesi halinde, ölünün saygınlığı gereksiz ve faydasız yere zedelenmiş olacağı için karnı yarılmaz.⁵¹⁵

Zâhirî İbn Hazm ise hamileliği altı ayı geçmiş bir kadın vefat ettiğinde karnında hareket eden bir cenin varsa uzunlamasına karnının yarılıp bebeğin çıkarılması gerektiğini söyler. Bu hükme gerekçe olarak ise İbn Hazm “*Her kim bir canı kurtarırsa bütün insanları kurtarmış gibi olur*”⁵¹⁶ âyetini vermekte ve bu halde o bebeği terk edip kurtarmayan kişinin katil hükmünde olacağını belirtmektedir.⁵¹⁷

Görüldüğü üzere bu konuda ulema iki farklı görüş serdetmişlerdir. Fakat böyle bir işlemi caiz görmeyenlerin temel gerekçelerinin ölmüş annenin karnındaki ceninin yaşıyor olduğunun bilinmemesi veya çıkarıldıktan sonra yaşama şansının olmayacağı olduğu ve bugün gelişen tıp teknolojileri sayesinde bunun net olarak bilinebileceği veya bebeğin yaşayabileceği dikkate alındığında, dönemin fakihlerinin bu imkanlara sahip olsalardı buna cevaz verecek oldukları düşünülebilir. Yine ölmüş anneye günümüz tıbbî imkanlarıyla hastane ortamında yapılan müdahale ile ilgili dönemde yapılabilecek müdahalenin titizlik ve saygınlık açısından farklılıkları vardır. Günümüzde kullanılan aletler ve yöntemler, beden deforme olmuş bir görüntü ile bırakılmaması vs. incelikler hesaba katılırsa bugün aynı işlemle ölü beden saygınlığına daha az hanel geleceği

⁵¹¹ İbn Abdüsselâm, *Kavâidü'l-ahkâm*, I, 87; İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 97; Cemaluddîn Yusuf b. İbrâhim Erdebilî (779/1377), *el-Envâr li-a'mâli'l-ibrâr*, el-Matbaatü'l-Meymeniyye, Kahire 1908, I, 125.

⁵¹² İbn Abdüsselâm, *Kavâidü'l-ahkâm*, I, 87.

⁵¹³ Nevevî, *el-Mecmû'*, V, 301-2.

⁵¹⁴ Erdebilî, *el-Envâr li-a'mâli'l-ibrâr*, I, 125

⁵¹⁵ Nevevî, *el-Mecmû'*, V, 301-2.

⁵¹⁶ el-Mâide, 5/32.

⁵¹⁷ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, V, 166.

aşikardır. Bu tartışmada olumsuz kanaat bildiren görüşlerden ziyade, ilgili dönemin şartlarında yaşama şansı çok da yüksek olmamasına rağmen yine de ceninin yaşama ihtimaline binaen ölü bedenın yarılabilceğine cevaz veren Hanefî ve Şâfiî ulemanın görüşlerine daha fazla yoğunlaşılması gerektiği kanaatindeyiz.

Yine ölü bedenın dokunulmazlığının ve saygınlığının, karşısındaki daha büyük bir maslahat sebebiyle çiğnendiği başka örnekler de bulunmaktadır. Örneğin başkasının mücevherini veya parasını yuttuktan sonra ölen kişinin karnındaki kıymetli malları çıkarmak için bedeninin yarılıp yarılamayacağına dair tartışmalar klasik fıkıh eserlerinde yer almaktadır.⁵¹⁸ Kimi alimler ölü bedenın saygınlık ve dokunulmazlığını gerekçe göstererek buna karşı çıkmış olsa da mal sahibinin hakkını düşünen ve azımsanamayacak sayıdaki fakihin buna cevaz vermiş olması da konumuz bağlamında dikkate değer bir tartışmadır. Zira başka bir insanın hayatını kurtarma gibi ulvî bir amaç bulunmadığı halde ölü bedenın açılabilceği iddia edilmektedir. Misal olarak İbn Abdüsselâm gaspedilmiş mücevherleri yutmuş bir kimsenin öldükten sonra karnının yarılabilceğini belirtir. Mücevherlerin şahsa ait olması halinde ölünün dokunulmazlığı nedeniyle üzerinden vakit geçip de kemikleri kendiliğinden etlerinden ayrılanaya kadar ölünün çıkarılmamasının daha uygun olacağını söyler. Ancak bu mallar kamuya ait bir mal veya vakıf malı cinsinden ise bu durumda harcanması gereken yerlere harcanmak üzere ölünün hemen karnı yarılarak çıkarılır.⁵¹⁹

Benzer şekilde genel kaideden istisna olarak ölünün saygınlığının çiğnenmesi kapsamında görülmeyen başka durumlar da vardır. Örneğin “yaşayan kişinin malının dokunulmazlığının ölünün dokunulmazlığından üstün olduğu” gerekçesiyle gasp edilmiş bir araziye defnedilen kişinin başka bir yere naklinin caiz olduğu belirtilmiştir.⁵²⁰ Yine dokunulmazlığına ve saygınlığına aykırı olduğu için normal

⁵¹⁸ İbn Abdüsselâm, *Kavâidü'l-ahkâm*, I, 87; Nevevî, *el-Mecmû'*, V, 300-1; İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 97.

⁵¹⁹ İbn Abdüsselâm, *Kavâidü'l-ahkâm*, I, 87. Nevevî ise bir kimsenin mücevherini yuttuktan sonra ölen kişinin karnının açılarak mücevherin iade edileceğini belirtir. Şâfiîlerden bir kısmı ise “Ölünün kemiğini kırmak, dirinin kemiğini kırmak gibidir” hadisini delil göstererek ölünün karnını yarmanın caiz olmayacağını, kişinin terekesinden ilgili malın hak sahibine ödeneceğini söylemişlerdir (Nevevî, *el-Mecmû'*, V, 300-1). Yutulan mücevherin ölenin kendisine ait olması halinde ise iki görüş gündeme gelmektedir. Birincisine göre mücevherde veresenin hakkı bulunduğu için ölenin karnı yarılarak mücevher çıkarılır. İkinci görüşe göre ise kişi kendi mücevherini yaşarken yutup onu yok ettiği için veresenin bu mal üzerinde hakkı söz konusu olmamaktadır ve dolayısıyla ölünün karnı açılmamalıdır (Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, V, 300). Kimi Şâfiîler ise “kişinin dokunulmazlığının malın dokunulmazlığından üstün olduğu” gerekçesiyle buna izin vermemişlerdir (İbn Nuceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 97)

⁵²⁰ İbn Abdüsselâm, *Kavâidü'l-ahkâm*, I, 87.

şartlarda ölünün mezarını açmak haram kabul edilirken yıkanmadan defnedilmiş veya kıbleye doğru uzatılmamış cesedin çıkarılarak gerekli işlemlerin yapılabileceği belirtilmiştir.⁵²¹

Klasik fıkıh eserlerinde yer alan tüm bu örnekler bakıldığında, günümüzde ölüden organ nakli durumunda karşıdaki bir insanın hayatını veya sağlığını kurtarma gibi yüce bir amacın bulunduğu, karşı tarafın elde edeceği bu yararın kesine yakın olması, ölü bedeninin deforme olmasının mümkün mertebe engellenerek muamelede bulunduğu ve böylece saygılığın bariz bir şekilde çiğnenmediği, ayrıca nakil için sağlığında ölü kimseden veya öldükten sonra yakınlarından izin alınmıyor olması gibi avantajlar dikkate alındığında organ nakli amacıyla ölü bedene müdahalede bulunulmasının evleviyetle caiz olması gerektiği kanaatine ulaşıyoruz. Zira bugün tıp uzmanları insan saygılığı ile çelişmeyecek şekilde insan organlarından faydalanılmasını sağlayabilmektedir. Günümüz tıp teknolojileri sayesinde ölü bedene özenli bir muamele yapılarak açılan yerlerin geri dikilmesi, protez organlarla bedeninin takviye edilmesi vs. işlemler sayesinde beden bütünlüğünün bozulmasının önüne geçildiği de düşünüldüğünde ölü bedene veya cenaze yakınlarına saygısızlık veya onların onurunu çiğneme durumlarının ortaya çıkmadığı düşünülebilir.

Eskiden farklı olarak günümüzde tıp, cerrahi operasyonlar alanında ilerlemiş ve risk, deformasyon ve acıyı en aza indirmeyi başarmıştır. Halbuki fakihlerin bu görüşleri serdettikleri dönemlerde şartlar oldukça farklıydı. Zira bazı klasik dönem fakihlerinin birtakım müdahalelere izin vermemeleri de bu sebeple olmalıdır. Örneğin bazı alimlerin ölmüş hamile bir kadının karnını yarararak bebeği çıkarmaya izin vermemeleri, ilgili dönemde uygulamayı sonuçsuz görmeleri sebebiyledir. Fakat bugün şartlar değiştiğinden ve tıbbın kesinliği arttığından dolayı hükümler değişmelidir. Bu sebeple klasik içtihatları güncellemeden aynen kabul etmek doğru olmayacaktır. Geçmişte ölünün bedeninin alçaltılması veya ona saygısızlık olarak görülen bir eylem, bugün birden fazla insana hayat vermesi sebebiyle organ bağışıyla ölünün saygılığının arttığı şeklinde dahi yorumlanabilecektir. Ayrıca tıptaki gelişmeler sayesinde günümüzde

⁵²¹ İbn Abdüsselâm, *Kavâidü'l-ahkâm*, I, 87; Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 84. Aralarında ihtilaf olmakla birlikte bazı günümüz fukahası ise, belirli şartlar çerçevesinde tıp fakültelerinde kadavralardan eğitim amaçlı istifade edilmesi veya adli sebeplerle bedene otopsi yapılması gibi durumları zaruret çerçevesinde değerlendirmiş ve bunlara cevaz vermişlerdir (Muhammed Muhammed Ahmed es-Süveylim, *Ahkâmu zirâati'l-kebed fi'l-kânûni'l-medenî ve'l-fikhi'l-İslâmî: dirâse mukârana*, Münşetü'l-Maârif, İskenderiye 2009, s. 675).

geçmişten farklı olarak beden ve organlar bir insana hayat verme veya onu ciddi bir hastalıktan ya da fonksiyon kaybından kurtarma gibi bir özelliğe sahip olmuştur. Dolayısıyla klasik dönemde kendisinden istifade edilebilen saç, tırnak, diş, kemik gibi beden parçalarından istifade edilme alanı ancak hacıyyât ve tahsiniyyât kategorisinde görülebilecekken, bugün iç ve dış organların başka bir bedende kullanımı zaruriyat kapsamında sayılabilecek ciddi bir istifade biçimidir. Dolayısıyla bu ikisini birbirine doğrudan kıyas etmek, aralarındaki mâhiyet farkı nedeniyle, yanlış bir yaklaşımdır olacaktır.

Diğer taraftan klasik metinlerde yer alan ölmüş kimsenin bedeninden istifade edilmesi durumlarının hiçbirisinde yaşarken bu kişilerin izninin ve rızasının alınması gibi bir durum söz konusu değildir. Günümüzde organ nakli durumunda ise kişinin vasiyet veya rızası bulunduğu için ölü bedeninin araçsallaştırılması, ona müslede bulunulması veya insan onurunun ve saygınlığının çiğnenmesi gibi kavramların gündeme gelmemesi gerekir. Muhammed Naîm Yasin'in de ifade ettiği üzere insan organının kullanılış biçimi, hayvanların ve cansız varlıkların ölü bedenlerine yapılan muamele gibi olursa o zaman insan saygınlığının çiğnenmesi söz konusu olur. İnsan derisinden elbise, çanta vs. yapılması, kemiklerinden çeşitli aletler yapılması, bir organının yenmesi, kanının içilmesi veya boya olarak kullanılması vs. insan saygınlığına aykırı uygulamalardır. Ancak zaten Allah'ın, o fonksiyonu yerine getirmesi için yarattığı bir organı alıp başka bir insanın bedenine hizmet etmesi için oraya yerleştirmek aklen insan saygınlığını çiğnemek kapsamına girmediği gibi insanların örfüne göre bu uygulama kınanacak bir davranış değildir.⁵²²

Fakihlerin üzerinde içtihat ettikleri insan organları üzerinde tasarrufa dair tasavvurlarının, dönemin tıp ilminin ulaştığı çerçeveye ile sınırlı olduğu unutulmamalıdır. İlgili dönemlerde tıbbî tedavilerin çoğunun kesinlik değil zan ifade ettiği düşünülmüştür. *Fetâvâ-yı Hindiyye*'deki şu ifadeler de eski dönemlerde fakihlerin tıbbî tedavi yöntemlerini kesin görmediklerini imlemektedir: “Zararı giderme yolları kesin, zannî ve mevhum olmak üzere ayrılır. Kesin olan suyun susuzluğu, ekmeğin açlığı gidermesi gibidir. Zannî olan kan alma, hacamat, müşhil içme ve soğukluğu sıcaklıkla, sıcaklığı soğuklukla tedavi etmek gibi tıpta faydası açık olan şeyler gibidir. Mevhum

⁵²² Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 148-9.

olan ise dağlama ve rukye gibidir. Kesin olanı terk etmek tevekkülden olmadığı gibi ölüm endişesi olduğunda terki haram olur. Mevhum olanda ise terk etmek tevekküle uygundur. Hekimler nezdinde faydası açık yollarla tedavi gibi kesin ile mevhum arasında olan türünde yani zannî olanda ise mevhumdakinden farklı olarak bunu yapmak tevekküle aykırı değildir. Yine kesin olandan farklı olarak terk etmesi de yasak değildir. Aksine bazı durumlarda ve bazı kişiler için terk edilmesi yapılmasından daha iyi olur.”⁵²³

Zaruret teorisi temelinde organ naklinin hükmüne dair sunduğumuz tüm bu bilgilerden sonra kanaatimizin özetle, organ naklinin caiz olabilmesi için başka alternatifi bulunmayacak şekilde insandan organ alınmasının zaruret seviyesinde bir gereksinim olması gerektiğini ifade edebiliriz. Fakat organ naklinin caiz olabilmesi için çağdaş fakihlerin de ısrarla belirttiği birtakım şartların yerine gelmesi gerekmektedir. Bunlar değişiklik göstermekle birlikte genel olarak alıcının bedeninin ilgili organı tıbben kabul edebilecek durumda olması, ölümün uzmanlardan oluşan bir komisyon tarafından kesin bir şekilde tespit edilmesi, vericiden alınan kısmın zaruret miktarını geçmemesi, yapılacak naklin mutlaka alıcıda yarar sağlayıcı olması ve vericide fahiş zarar oluşturmaması, vericinin veya hukukî temsilcisinin nakle izninin bulunması, organ naklinin devlet kontrolünde bir sağlık merkezinde gerçekleştirilmesi, naklin alternatifinin bulunmaması gibi şartlardır.⁵²⁴

3.2. İhtiyaç Teorisi Açısından Organ Nakli

Zaruret konusunda genel kural gereği caiz kabul edilmemesi gereken bir uygulamanın hayatı veya organı kurtarma zarureti nedeniyle caiz sayılacağını ifade etmiş olsak da, aynı şeyi doğrudan hayat veya organ kurtarmayacak fakat kişiden sıkıntı ve zorluğu giderecek, başka bir ifadeyle yaşam kalitesini artıracak nakil türleri için de söyleyebilir miyiz? İhtiyaç kategorisine dahil olabilecek el, yüz gibi kompozit doku nakillerini veya hayatı tehdit etmeyen organ yetmezliklerini bu kısımda değerlendirerek ihtiyaç teorisi bağlamında bu nakilleri temellendirmek mümkün olabilir mi?

Esasında dinin organ nakli ihtiyacı içindeki kişiye karşı tutumunun yalnızca hayat memet meselesi ile sınırlı olmayıp kişinin insan onuruna yaraşır bir yaşam sürmesinin

⁵²³ *el-Fetâva'l-Hindiyye*, V, 355.

⁵²⁴ Ali, *Naklu'l-a'dâ mine'l-meyyiti ile'l-hay*, s. 150-4; Yahyâvî, *el-Muvâzene*, s. 169-73.

sağlanması, örneğin yüz nakline ihtiyacı olan kişinin bu nakli alabilmesi için de dinen kolaylık sağlanması gerektiği doğrudan akla gelmektedir. Fakat diğer yandan organ naklinde bir verici tarafın bulunduğu gerçeği ve naklin sonucunda -belki çok az olsa da- alıcıda ve -ciddi anlamda- vericide meydana gelen komplikasyonlar dikkate alındığında hayat ve organ kurtarıcı nakillerle hayat veya organ kurtarmayıp daha sağlıklı bir görünüme sahip olma, üreme yetisi kazanma vs. amaçlı nakilleri ontolojik olarak ayrı tutmak gerektiği kanaatindeyiz. Öyleyse kalp veya karaciğer nakli gibi hayat kurtarıcı nakilleri bir kenara bıraktığımızda hayatı tehdit etmeyen organ yetmezlikleri, organ fonksiyon bozuklukları ve kozmetik sorunlar gibi sebeplerle ihtiyaç duyulan organ nakilleri için hüküm ne olacaktır? Bu sorulara sağlıklı bir cevap verebilmek için öncelikle fıkhîta hüküm koymada gözetilen bir kavram olarak ihtiyacın mâhiyeti, türleri, zaruretten farkları ve hükme etkisinden kısaca bahsetmek gerekecektir.

3.2.1. İhtiyacın Mâhiyeti

Karşılanmaması durumunda insanın zorluk ve sıkıntıya düşmesine yol açan gereksinimler şeklinde kısaca ifade edilebilecek ihtiyaç kavramı fıkhîta genel olarak zarureti kapsayacak bir anlamda kullanılmakla birlikte bu kavram zaruretten daha hafif bir dereceyi ifade etmektedir.⁵²⁵ Tikel olguların hükmünün belirlenmesinde göz önünde bulundurulmuş bir kavram olarak ihtiyaç genişlik sağlama, meşakkat ve sıkıntıyı giderme noktasında ihtiyaç duyulan fakat delillere veya fikhî kurallara aykırı gereksinimleri ifade eder. Yani burada zaruret, genel ihtiyaç, özür sebebiyle meşru kılınan ruhsatlar ve hakkında özel delil bulunan ihtiyaçlar kavramının dışında kalmakta, bu anlamda salt gereksinim sebebiyle haramı işlemeye sevk eden bir durumdan söz edilmektedir.⁵²⁶ Kira akdi, sipariş akdi, selem gibi kıyasa muhalif olan şer'î hükümlerin çoğu ihtiyaç üzerine bina edilmiştir. Yine Kur'an-ı Kerim ve fıkıh eğitimi veya imamlık vs. karşılığında ücret alınması gibi uygulamaların esasında caiz olmamasına rağmen toplumun ihtiyacı gözetilerek caiz kabul edildiğini görmekteyiz.⁵²⁷

Maslahata dair meşhur üçlü kategorizasyonda hâciyyât şeklinde ifade edilen sınıfa karşılık gelen ihtiyaç kavramı, Allah'ın hüküm koymadaki temel amacının (makâsidü'ş-

⁵²⁵ Rahmi Yaran, "İhtiyaç", *TDV İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, XXI, s. 573.

⁵²⁶ Halit Çalış, "İhtiyaç Kavramı ve Hükme Etkisi", *Hükümlere Etkisi Bağlamında İhtiyaç ve Zaruret (İslam Hukuku Anabilim Dalları IX. Koordinasyon Toplantısı)*, ed. Osman Şahin, Samsun 2012, s. 33-4.

⁵²⁷ Bâhuseyn, *Kâidetü'l-meşakka teclibü't-teysîr*, s. 502-3, 507.

şer'î) insanların yalnızca ahiret değil aynı zamanda dünya maslahatlarını da temin etmek olduğunu ve insanın varlığını bir şekilde değil, mutlu ve insan onuruna yaraşır şekilde sürdürmesini sağlamak olduğunu göstermesi açısından önemlidir.⁵²⁸

3.2.2. Zaruret-İhtiyaç Ayrımı

Zaruret ve ihtiyaç kavramları, her ikisinin de kendisine gereksinim duyulan bir şey olması açısından ortak yön taşımaktadır. Ancak fikhî açıdan ele alındığında ikisi arasında fark olduğu görülmektedir. Fakat buna rağmen bu iki kavramın zaman zaman birbirinin yerine kullanıldığı da anlaşılmakta ve sınırları keskin bir şekilde ayırmak her zaman mümkün olmamaktadır. Zaruret ihtiyaçtan daha dar bir kavram olmasına rağmen bazen zaruret daha genel bir anlamda kullanılırken ihtiyaç da daha dar bir anlamıyla kullanılabilen ve bu iki kelime bazen eşitlenebilmektedir. Bu anlamda, özellikle de pratik meseleler söz konusu olduğunda fıkıhta zaruret ve ihtiyacın sınırlarını, net bir şekilde ayırmanın zorluğu karşımızda bir problem olarak durmaktadır. Klasik esrelerde ihtiyacın zarureti de içine alan bir kavram olduğu "*Hâcet zarurettten daha umumidir*", "*Zaruret hâcetten daha hususidir*" şeklinde formüle edilmiştir.⁵²⁹ Zira kapsam açısından olduğu kadar, ihtiyaç sebeplerinin zaruret sebeplerinden ve ihtiyacın sayısının zarurettten daha fazla olduğu da bir gerçektir.⁵³⁰

Kısaca ifade etmek gerekirse zaruret, insanın varlığının devamının kendisine bağlı olduğu şeyleri ifade ederken ihtiyaç, insanın hissettiği ve telafi etmediği sürece sıkıntıya düşeceği ve bazı işlerini gereği gibi yapamayacağı eksiklikleri belirtmektedir.⁵³¹ İhtiyaç, genişliği elde etmek ve zorluk ve sıkıntıyı gidermek için delillere ve şer'î kaidelere aykırı olan bir şeye gereksinim duymak iken, zaruret kişiyi şer'an yasak olan bir şeyi yapmaya zorlayan haldir. Bu anlamda zaruret ihtiyaçtan daha şiddetli bir durumdur. Zaruret durumunda kişi bu zarurete cevap vermek zorundadır ve onu terk etmeye gücü yetmez. İhtiyaç ise kolaylık ve genişliğe dayalı olduğu için kişinin ihtiyacı terk etmesi mümkündür.⁵³²

⁵²⁸ Rahmi Yaran, *İslam Fıkıhında İhtiyaç Kavramı ve Kurumsallaşması*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı (İFAV), İstanbul 2007, s. 76.

⁵²⁹ Reşîd, *el-Hâce ve eseruhâ fi'l-ahkâm*, I, 91, II, 545.

⁵³⁰ Reşîd, *el-Hâce ve eseruhâ fi'l-ahkâm*, II, 546-8.

⁵³¹ Yaran, "İhtiyaç", s. 573.

⁵³² Reşîd, *el-Hâce ve eseruhâ fi'l-ahkâm*, I, 87.

Yine zarurete dayalı istisnai hükümlerle gelen mübahlık geçici olup zaruret haliyle ve muztar kişi ile sınırlıdır. Çünkü öncesindeki yasaklık açık bir nass ile sabittir. Hâcete dayalı hükümler ise genel ve devamlı olup ondan ihtiyacı olan da olmayan da istifade edebilir. Çünkü hâcet hükmü çoğunlukla açık bir nass ile değil de ancak kıyas ve genel kaideler ile çatışır.⁵³³ Diğer yandan zaruret ister fert için ister toplum için olsun, haramları mübah kılar. Hâcetin ise üzerine hüküm bina edilebilmesi için genel olması gerekir. Çünkü fertlerin ihtiyaçları birbirinden çok farklı olabilir ve her şahıs için özel hükümler konması mümkün değildir. Zaruret ise nadir ve kaçınılmaz olduğundan ferdi olsa dahi zaruret üzerine hüküm bina edilebilir.⁵³⁴

Bir şeye olan rağbetin derecelerini zaruret, hâcet, menfaat, zînet ve fudûl şeklinde beşli bir ayrımla zikreden kimi alimler ise zarureti, kişinin haramı yememesi halinde ölüm sınırına veya ölüme ramak kalma sınırına ulaşması şeklinde tanımlarlar ki bu durum haramı mübah hale getirir. Hâcet ise kişinin yiyecek bir şey bulamadığı zaman ölmeyeceği fakat sıkıntıya düşüp eziyet çektiği açlık durumu gibidir. Hâcet durumu zarurettten daha aşağı bir derece olduğu için bu durumda haramlar mübah hale gelmez fakat örneğin kişinin orucunu bozması caiz hale gelir.⁵³⁵ Görüldüğü üzere zaruret ve hâcet burada birbirinden ayrılmakta ve kişiyi can veya organ kaybına değil de yalnızca zorluk ve sıkıntıya götüren hallerde haramların işlenemeyeceği belirtilmektedir.⁵³⁶ Şâtübî ise hâciyyâtı genişlik ve kolaylık sağladığı için kendisine ihtiyaç duyulan şeyler olarak görür. Bunlar yerine gelmediği zaman mükellef çoğunlukla sıkıntı ve meşakkate düşse de bu sıkıntılar zarûriyyât yerine gelmediği zaman ortaya çıkan fesat derecesinde değildir.⁵³⁷ Demek ki ihtiyaç da zaruret gibi bir şeye olan şiddetli gereksinimi ifade ediyor olsa da yerine getirilmediğinde doğacak sonuçlar itibariyle bu ikisi birbirinden ayrılmaktadır.⁵³⁸

⁵³³ Zerkâ, *el-Fıkhü'l-İslâmî fî sevbihi'l-cedid*, II, 999; Zuhaylî, *Nazariyyetü'z-zarûreti's-şer'iyye*, s. 274-5; Yaran, *İslam Fıkında İhtiyaç Kavramı ve Kurumsallaşması*, s. 133.

⁵³⁴ Zerkâ, *el-Fıkhü'l-İslâmî fî sevbihi'l-cedid*, II, 998-9.

⁵³⁵ Zerkeşî, *el-Mensûr fî'l-kavâ'id*, II, 319-20; Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 85; Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm*, I, 79; Zuhaylî, *Nazariyyetü'z-zarûreti's-şer'iyye*, s. 246-7. Bu taksimdeki menfaat, kişinin ekmeğe veya koyun eti gibi temel bir gıda maddesini yemek istemesi gibidir. Zînet kişinin canının tatlı ve meyve gibi temel besin maddesi olmayan şeyleri çekmesi gibidir ki bu lüks olarak görülebilir. Fudûl ise kişinin rahat rahat haram ve şüpheli şeyleri yemesi gibidir.

⁵³⁶ Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm*, I, 79.

⁵³⁷ Şâtübî, *el-Muvâfakât*, II, 10-1.

⁵³⁸ Bâhuseyn, *Kâidetü'l-meşakka teclibü't-teysîr*, s. 501-2.

Zaruret ve ihtiyaç birbirinden farklı kavramlar olsa da, genel (umumi) ihtiyaç ve özel (hususî) ihtiyaç ayrımı açısından düşündüğümüzde özel ihtiyacın zaruret hükümleri ile paralellik arz ediyor olması konumuz açısından önemlidir. Her ne kadar bu iki kavramın sınırları ve tanımları hakkında farklı görüşler bulunsa da belli bir kişi, grup veya bölge ile sınırlandırılmayan, toplumun tüm fertlerini içerecek kadar kapsamlı ihtiyaçlar genel ihtiyaç olarak görülmüşken zaman, mekan veya kişilerle sınırlandırılan ihtiyaçlar özel ihtiyaç olarak görülmüştür. Yine genel ihtiyaç kişinin kendi başına gideremeyeceği ihtiyaçlar iken, özel ihtiyaç kişinin bizzat kendisi veya başka bir şahıs tarafından giderilebilen ihtiyaçlarıdır.⁵³⁹

Özel ihtiyaçla sabit olan şeyler zaruret hükümlerine tabidir. Bu sebeple özel ihtiyacın toplumun her ferdi için tek tek gerçekleşmesi gerekmezken, özel ihtiyaçta zarurette olduğu gibi ihtiyacın gereği ile amel edilebilmesi için hükmün uygulanacağı her birey için ihtiyacın bizzat ve hakikaten mevcut olması gerekir. Özel ihtiyaçla amel edilebilmesi için bununla amel edecek her birey için ihtiyacın tek tek gerçekleşmiş olması gerekir ve bu ruhsattan sadece muhtaçlar yararlanabilir. Muhtaç olmayan kişiler asıl hüküm ile amel ederler. Genel ihtiyaçta ise, kira akdinde olduğu gibi, ruhsattan yararlanmak için herkesin ihtiyaç veya özür sahibi olması gerekmemektedir.⁵⁴⁰ Ayrıca özel ihtiyaçla sabit olan hükümler tıpkı zaruretle sabit olan hükümler gibi zaruretin varlığına bağlı olarak geçicidir. Genel ihtiyaçla sabit olan hükümler ise ihtiyaç ortadan kalksın ya da kalkmasın kalıcıdır.⁵⁴¹

Görüldüğü üzere fıkhîta özel ihtiyaç zaruret gibi değerlendirilerek kendisiyle amel edilmesi noktasında genel ihtiyaca göre nispeten kolaylaştırma sağlanmıştır. Zaruret kapsamına girmeyen yani hayat kurtarıcı nitelikte olmayan organ nakilleri konusu da genel ihtiyaçtan ziyade fertleri ilgilendiren özel ihtiyaç kategorisinde değerlendirilebilir. Zira özel ihtiyacı somutlaştıran alimler de buna, doktorun gerektiğinde ve başka alternatif bulunmadığında hastanın avret mahallesine bakması, erkeklerin hastalık sebebiyle ipek elbise veya altından burun ve diş kullanabilmesi gibi örnekleri vermişlerdir.⁵⁴² Diğer yandan özel ihtiyaç da zaruret mesabesinde değerlendirildiğinden

⁵³⁹ Bâhuseyn, *Kâidetü'l-meşakka teclibü't-teysîr*, s. 504-6; Reşîd, *el-Hâce ve eseruhâ fi'l-ahkâm*, I, 102, 112-3.

⁵⁴⁰ Reşîd, *el-Hâce ve eseruhâ fi'l-ahkâm*, I, 88, 110, 116.

⁵⁴¹ Reşîd, *el-Hâce ve eseruhâ fi'l-ahkâm*, I, 87.

⁵⁴² Bâhuseyn, *Kâidetü'l-meşakka teclibü't-teysîr*, s. 503; Reşîd, *el-Hâce ve eseruhâ fi'l-ahkâm*, I, 113-4.

haramları mübah kılabilmektedir. Öyleyse özel ihtiyaç seviyesindeki organ nakli ihtiyacının zarurete benzemesi sebebiyle haramların mübah hale gelebileceğini, ama aynı zamanda ihtiyaçla amel edilirken zaruret için geçerli olan şartların dikkate alınması gerektiğini belirtebiliriz. İhtiyaç teorisi üzerine bir çalışma yapan Ahmed er-Reşîd de, ihtiyaç sebebiyle organ naklinin caiz olduğunu ancak bunun özel bir ihtiyaç olması sebebiyle bazı şartların mutlaka yerine geliyor olması gerektiğini belirtir.⁵⁴³

Özel olan ihtiyacın zaruret gibi değerlendirilebileceği fıkhıta bu şekilde ifade edilmişse de Mecelle’de “*Hâcet umumi olsun hususi olsun zaruret menzilesine tenzil olunur*” (md. 32) şeklinde ifade edilen kuralın üzerinde, özellikle de umumi ihtiyacın zaruret gibi değerlendirilmesi hususunu anlamak noktasında çokça tartışma dönmüştür. Kimilerince bu kaidede ihtiyacın da zaruret gibi hafifletmeye götürücü bir sebep olduğu belirtilirken, kimilerince ise kaide, bir ihtiyaç umumi hale geldiğinde zaruretle amel edilebilmesi için bu ihtiyacın toplu halde giderilmesinin şart olmadığı ve fertlerin hususi ihtiyaçları için aynı ruhsattan faydalanabileceği şeklinde anlaşılmıştır.⁵⁴⁴ Bazen de ihtiyaç gerçek bir zaruret seviyesine yükselebilir veya tersi de mümkündür. Örneğin kira akdi genel anlamda bir ihtiyaç olmasına rağmen bebeğin beslenecek bir şey bulamaması halinde süt anne kiralınması zaruret haline gelmektedir. Zira aksi takdirde bebek hayatını kaybetme tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadır.⁵⁴⁵ Zuhaylî ise genel ihtiyacın özel zaruret mertebesinde kabul edileceği yerlere örnek olarak tedavi için avret yerlerinin açılmasını, özel ihtiyacın zaruret kabul edilmesine örnek olarak ise kaşıntı gibi hastalıkları olan erkeğin ipek kullanabilmesini vermektedir.⁵⁴⁶

Kimi alimlere göre nass ile haramlığı kesin ve katı bir şekilde sabit olan şeyler sadece zaruret sebebiyle caiz hale gelirken, haram ligayrihi olan yani arızı ve harici başka bir sebepten dolayı haram kılınan şeyler ise ihtiyaç sebebiyle de caiz hale gelir. Buna göre nass ile haramlığı sabit olan domuz ihtiyaç halinde helal hale gelmezken, erkeğin ipek elbise giymesi ihtiyaç halinde caiz olur.⁵⁴⁷ Hükümlerde makâsıd-vesâil ayrımından yola çıkan bu bakış açısının ne kadar sağlıklı ve tutarlı olduğu kanaatimizce tartışmaya açıktır.

⁵⁴³ Reşîd, *el-Hâce ve eseruhâ fi'l-ahkâm*, II, 788-90.

⁵⁴⁴ Yaran, “İhtiyaç”, s. 574; Çalış, “İhtiyaç Kavramı ve Hükme Etkisi”, s. 54-5.

⁵⁴⁵ Bâhuseyn, *Kâidetü'l-meşakka teclibü't-teysîr*, s. 502.

⁵⁴⁶ Zuhaylî, *Nazariyyetü'z-zarûreti'ş-şer'iyye*, s. 267-8, 272.

⁵⁴⁷ Reşîd, *el-Hâce ve eseruhâ fi'l-ahkâm*, I, 89-90.

Bu bilgileri organ nakli açısından düşündüğümüzde bazı nakil türleri zaruret kapsamında görülecek olmasa da diyaliz alternatifi olan böbrek nakli veya kornea nakli gibi nakil türleri, kişinin müstağni kalamayacağı bir tür özel ihtiyaç mesabesinde görülmektedir. Tedavi ihtimali bulunurken insan onuruna yaraşır bir şekilde hayat sürmek herkesin hakkıdır. Hayatı olumsuz anlamda etkileyeceği malum olan görme duyusuna sahip olmadan yaşamak veya diyaliz ünitelerinde iş, aile vb. hayatını küçümsenmeyecek derecede negatif etkileyecek şekilde zaman ve emek harcamak talep edilecek durumlar değildir. Kişinin gözünün, elinin, ayağının, hayati olmayan bir iç organının vs. bulunmaması veya fonksiyonlarını yerine getiremiyor olması ciddi anlamda meşakkat doğuran hallerdir. Klasik eserlerden de anlaşıldığı kadarıyla meşakkat durumunda derecesine göre fikhî hükümlerde kolaylığa gidilmektedir. Hatta güçlü meşakkat durumunda haramların çiğnenebileceği dahi belirtilmektedir. Bu sebeple ve “*Meşakkat teysiri celbeder*”⁵⁴⁸ genel kaidesi gereğince diğer şartlar da dikkate alınarak insan hayatını zorlaştıran organ ve doku eksiklikleri nedeniyle, ihtiyaç kategorisindeki bazı nakil türlerinin caiz sayılabilmesi gereklidir.

Zaruret veya ihtiyaç ayırımına gitmeden organ naklinin mutlak olarak caiz olmadığını söylemek İslam’ın kolaylaştırma prensibine aykırıdır. Bu iddia “*Allah size kolaylık diler, zorluk dilemez*”⁵⁴⁹, “*Allah sizden (yükümlülükleri) hafifletmek istiyor. Çünkü insan zayıf yaratılmıştır*”⁵⁵⁰, “*Allah size herhangi bir güçlük çıkarmak istemez*”⁵⁵¹ ve “*dinde üzerinize hiçbir güçlük yükledi*”⁵⁵² gibi âyetlerle çelişmektedir. Çünkü bunda zorluk çıkarma ve meşakkat vardır. Aksine nakle cevaz vermek kullara kolaylık ve ihtiyaç sahiplerine bir rahmettir. Bu görüş şerâtin maksadına daha uygundur.⁵⁵³ Şâtibî kulların kendilerine dışarıdan gelen bazı meşakkatleri imtihan sayıp ona sabır göstermek zorunda olmadığını, aksine yaratıcısına karşı sorumluluklarını yerine getirebilmesi için bu tür meşakkatleri gidermesi gerektiğini belirtir. Mesela açlık ve

⁵⁴⁸ *Mecelle*, md. 17.

⁵⁴⁹ el-Bakara, 2/185.

⁵⁵⁰ en-Nisâ, 4/28.

⁵⁵¹ el-Mâide, 5/6.

⁵⁵² el-Hac, 22/78.

⁵⁵³ Ubeyd, “el-Akvâlu’l-fikhiyye fi nakli ve zer’i’l-â’dâi’l-beşeriyye”, s. 364-5.

susuzluğunun giderilmesi, soğuktan ve sıcaktan korunmak, hastalandığında tedavi olmak gibi durumlar böyledir.⁵⁵⁴

Kimi alimler meşakkati ibadetlere etkisi açısından güçlü, orta ve hafif meşakkat olarak üç kısma ayırmışlar ve hafif meşakkatlerde ruhsata başvurulamayacağını belirtmişlerdir. Güçlü meşakkat kişinin canı, organları ve organlarının faydalarını kaybetme korkusu gibi meşakkatlerdir ve hafifletmeyi gerektirir. Orta meşakkat ise hastalığın artması ve iyileşmenin yavaşlaması gibidir. Ramazanda oruç tutmamak, hastanın teyemmüm almasının mübah olması orta meşakkatin örneğidir.⁵⁵⁵ Hafif meşakkat ise parmakta acı hissetmek gibidir ki ibadetin saygınlığı ve meşakkatin hafifliği sebebiyle ibadeti yerine getirmek meşakkati gidermeye öncelenir. Karâfi orta dereceli meşakkatin ağır meşakkate yakın olması durumunda hafifletmeye gidileceğini, hafif meşakkate yakın bir derecede olması halinde ise hafifletmeye gidilmeyeceğini belirtir. Her iki tarafa da yakın olmayıp tam ortada olan meşakkat türünde ise ihtilaf vardır.⁵⁵⁶ Genel olarak maslahatların ve dinin emirlerinin yerine getirilmesi bir ibadetin kaçmasından daha önemli olduğundan canın ve organların korunması için ağır meşakkat durumunda hafifletmeye gidilir. Çünkü can kaybı söz konusu olduğunda zaten kişi ibadetlerini yerine getiremeyecektir.⁵⁵⁷ Yine canı ve organları korumak dünya ve ahiret maslahatlarını elde etmenin vasıtasıdır. Sevap elde etmek için ilgili ibadeti yerine getirmeye kalkışılırsa bunun gibi pek çok ibadet kaçacaktır.⁵⁵⁸

Görüldüğü üzere ibadetleri terk etmek hususunda kendisine ruhsatın sağlandığı kişinin canını, organlarından birini veya organ fonksiyonlarını kaybetmekten korktuğu haller güçlü meşakkat kategorisinde değerlendirilmiş ve hafifletme için bir sebep olarak görülmüştür. Yine hastalığın artması ve iyileşmenin yavaşlamasına sebebiyet veren orta meşakkat durumlarında da ruhsatlar sağlanmakta ve farzlar terk edilebilmektedir. Bu bilgiler ışığında düşündüğümüzde, kornea, böbrek (kronik olmayan hastalıklarda), yüz, el-ayak, rahim gibi nakillere ihtiyaç duyan kişilerin esasında güçlü veya orta meşakkat içinde olduklarını söylememiz mümkün olabilmektedir. Özellikle de bunların nakil

⁵⁵⁴ Şâtübî, *el-Muvâfakât*, II, 150-1.

⁵⁵⁵ Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 80-1; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 91; Senbehlî, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, s. 59.

⁵⁵⁶ Karâfi, *el-Furûk*, I, 118-9.

⁵⁵⁷ Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 80-1.

⁵⁵⁸ Karâfi, *el-Furûk*, I, 118.

haricinde bir alternatif tedavileri bulunmadığında naklin alınmaması kişide ciddi bir meşakkat hali oluşturmaktadır. Fakat ihtiyaç kategorisinde olmasına rağmen bu saydığımız nakil türlerinden bazıları için bazen ihtiyacın varlığı tek başına yeterli olmamaktadır. Bu tür nakillerin caiz olup olmadığı şartlar ve doğurduğu sonuçlarla birlikte değerlendirilerek belirlenmelidir. Zira organ naklinde tedavi aracının insandan temin ediliyor olması, nakilden sonra alıcının başka zararlar görmesi ve beden bütünlüğü ve dokunulmazlığı gibi aslen yasak bir ilkenin çiğnendiği bir alanda hareket ediliyor olunması gibi sebeplerle ihtiyaç sınıfında olan organların hükmünün tek tek belirlenmesi gerekmektedir.

3.2.3. İhtiyaç Seviyesindeki Organ Nakillerinin Hükmünün Belirlenmesinde Maslahat İlkesinin Önemi

Daha önce açıkladığımız üzere zaruret söz konusu olduğunda en önemli husus zaruretin ve ilgili şartlarının varlığını tespit etmek ve zaruret varsa organ naklinin caiz olduğunu söyleyebilmektir. İhtiyaç durumu söz konusu olduğunda ise daha çok içtihadı açık hale gelen bu alanda, “maslahat” teorisi ile çözüm aramanın kaçınılmaz bir metot olduğu kanaatindeyiz. Öyle görünmektedir ki organ naklini maslahat bağlamında incelediğimizde dikkate almamız gereken en temel husus yarar-zarar dengesi ölçümü olup uygulamanın İslam’ın temel prensipleri ile çatışmaması gerekliliği ise değerlendirmelerde bulunurken her zaman akıllarda tutulması gereken temel bir ilkedir. Yarar-zarar dengesi açısından organ bağıışı işlemini Batı tıp etiği literatüründeki yararlı olma ve zarar vermeme ilkeleri ile İslam hukukundaki maslahat ve zarara dair ilkeler ışığında inceleyebiliriz.

Tıbbî uygulamalarda her şeyden önce “hastaya zarar vermeme” ve daha sonra “yararlı olma” hedeflenmektedir. Ayrıca yapılacak her bir uygulamada, uygulamanın sonuçları dikkate alınarak hasta ve varsa diğer taraflar için yarar-zarar dengesi kurulmakta, böylece işlemin yapılmasının kişi yararına olup olmadığına karar verilmektedir. Ancak bazen uygulanacak tıbbî müdahalenin hastaya getirdiği yarar ve zararların ölçümünü yapmak kolay olmamakta, bu durum ise pek çok etik ikilem ortaya çıkarmaktadır. Organ nakli konusunda da denge ve orantılılık kavramları önemli bir karakter kazanmaktadır.

Tıp etiğindeki temel ilkelerin başında gelen “zarar vermeme (*nonmaleficence*)” ilkesi tıbbî muameleyi gerçekleştiren yetkililerin başkalarına zarar vermeme sorumluluğunu ifade eder. Fakat tıbbî uygulamalarda zararın mâhiyeti ve sınırları net olmayıp etik açıdan tartışılmaktadır.⁵⁵⁹ *Primum non nocere* şeklinde ifade edilen “Her şeyden önce, zarar verme!” ilkesinin gereklerine göre alıcı ve verici açısından potansiyel yarar-zarar dengesini ölçüp buna göre tedaviye karar verilmesi gerekmektedir.⁵⁶⁰ İslam hukuku açısından da maslahatla ilgili bazı temel kaideler, tıp etiğindeki zarar vermeme prensibi ile paraleldir. Her şeyden önce “Zarar izâle olunur”⁵⁶¹ kaidesi zararın giderilmesini ifade etmekte, “Bir zarar kendi misliyle izâle olunmaz”⁵⁶² ve “Zarar ve mukâbele bi’z-zarar yoktur”⁵⁶³ kaideleri ise zararın ona eşit başka bir zararla giderilemeyeceğini işaret ederek ilk kaideyi sınırlamaktadır. Zira pek çok klasik dönem uleması da açık bir kaide olarak zararın zarar ile giderilemeyeceğini belirtmiştir.⁵⁶⁴

Özellikle canlı vericiden nakil söz konusu olduğunda ilk etapta “zarar vermeme” ilkesinin ihlal edildiği düşünülmektedir. Zira ameliyat ve sağlıklı bir organ veya dokunun kaybı verici açısından risk oluşturmaktadır. Öncelikle tamamen sağlıklı bir organın ameliyatla alınması suretiyle vericinin bedenine müdahale edilmektedir ki bu verici açısından potansiyel zarar demektir.⁵⁶⁵ Ancak bunun karşılığında alıcının bedeninde elde edilecek yararın büyüklüğü bu zararın çoğu zaman tolere edilmesini sağlamaktadır. Yine de ilgili kurallar gereğince açık bir şekilde ölüme yol açacak, tek olan herhangi bir organ türünü veya fonksiyonunu bedenden tamamen yok edecek, dış estetiği bozacak, dine, ırza veya soya zarar verecek, kazanç elde etmesine açıkça engel olacak şekilde kişiye fiziksel zararlar verecek nakiller caiz değildir.⁵⁶⁶

Ne olursa olsun, bir insanın hayatını veya organını kurtarmak için bir başkasının hayatı veya organı tehlikeye atılamaz. Bu anlamda organ nakli durumunda vericinin açık bir

⁵⁵⁹ Tom L. Beauchamp-James F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 149.

⁵⁶⁰ N. Ghahramani, “Living Organ Donation: An Ethical Evolution or Evolution of Ethics?”, *International Journal of Organ Transplantation Medicine*, 1/2 (2010), s. 58.

⁵⁶¹ *Mecelle*, md. 20.

⁵⁶² *Mecelle*, md. 25.

⁵⁶³ *Mecelle*, md. 18.

⁵⁶⁴ Suyûtî, *el-Eşbâh ve’n-nezâir*, s. 86; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve’n-nezâir*, s. 96.

⁵⁶⁵ Y.Boobes-N.M. Al Daker, “Should We Have Live Unrelated Donor Transplantation in the MESOT Countries? Islamic Perspective”, *Transplantation Proceedings*, 35 (2003), s. 2539.

⁵⁶⁶ Karadâgî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 118-9.

zarar görmesi halinde nakil kabul edilemezdir. Yine dil, burun, pankreas, cinsel organlar gibi vücudun tek organları vericiyi hayati bir tehlikeye sokmayacak olsa dahi canlıdan nakledilemez. Çünkü “*Zarar misliyle giderilmez*” kaidesi gereğince vericide yeni bir zarar oluşturularak alıcıya nakil yapılmamalıdır. Zira bu şekilde ilgili organın cinsi bedenden yok edilmektedir ki bu caiz sayılamaz. İslam ceza hukukuna göre vücuttaki tek organların kasıtlı olarak yok edilmesi tam bir insan diyeti ödemeyi gerektirecek kadar ağırdır. Öyleyse ceza hukukuna göre vücutta tek olan bir organın cinsinin veya fonksiyonunun yok edilmesinin adam öldürme diyeti ile eş tutulması, vücuttaki tek organların canlıdan naklinin caiz olmadığını göstermektedir.⁵⁶⁷ Kişinin tek olan ve hayatının devamı kendisine bağlı olan, başka bir deyişle zaruri bir organını vermesi caiz değildir. Çünkü Allah insana bedeni emanet olarak vermiş ve insanı saygın yaratmıştır. “*Ellerinizi kendinize tehlikeye atmayın*”⁵⁶⁸ âyeti de kişinin kendisine zarar vermemesi ve hayatını tehlikeye atmaması gerektiğini ifade etmektedir.⁵⁶⁹

Yine ileride ayrıntılarından söz edeceğimiz üzere, hayat kurtarıcı olmayan nakillerde nakilden sonra alıcıda gerçekleşen komplikasyonlar etik açıdan problem doğurmaktadır. Bu sebeple özellikle hayati olmayan nakillerin değerlendirilmesinde endikasyon ve komplikasyonların dikkate alınması gerekmektedir. Organ nakli sonucu alıcı veya vericide kısa veya uzun vadede birtakım zararlar meydana gelmesi halinde bu zararlara hangi sebeple katlanıldığı ve zararların tolere edilebilir olup olmadığı incelenmeli, potansiyel riskler işlem öncesinde sağlıklı bir şekilde analiz edilmelidir. Esasında tüm risklerin ve faydaların ince detaylarıyla ve titiz bir şekilde ölçülüp tartıldığı hassas bir terazimiz olmadığı gibi, bilgi veya tecrübe eksikliği, konunun kolayca kavranamayacak ve tahmin edilemeyecek pek çok farklı boyutu olması gibi nedenlerle bu ideale ulaşmak pek kolay da değildir. Belki de hiçbir hususta salt yarar veya salt zarardan bahsetmek mümkün değildir. Her yarar içinde bir miktar zararı barındırabileceği gibi tersi de doğrudur. Aynı şekilde yarar ve zarar bir arada bulunabilmektedir.

Hekimin hastasını tedavi etmesi ve ona zarar vermemesi etik açıdan yeterli olmayıp aynı zamanda hekim hastanın sağlığına ve iyileşmesine katkı sağlamalıdır. Tıp etiğinde benimsenen “*yararlı olma (beneficence)*” ilkesi bunu ifade eder ve hekime hastaya fayda

⁵⁶⁷ Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 83, 117.

⁵⁶⁸ el-Bakara, 2/195.

⁵⁶⁹ Umer, “et-Tasarrufâtu’l-vâride”, s. 57.

sağlama sorumluluğu yükler. Yararlı olma kavramı iki temel ilkeye sahiptir. Yetkili kişilerin başkalarına fayda sağlaması anlamına gelen pozitif fayda (*positive beneficence*) ve yararlar ve riskler arasında dengeyi sağlamak anlamında maslahat (*utility*) bu ilkelerdendir.⁵⁷⁰ İslam hukukunda da, mutlak olarak yararı ifade etmekten öte bir anlama sahip olan “maslahat” kavramı önemli bir yer tutmaktadır. Hatta bu prensip “Şeriat kulların maslahatı için vaz’ olunmuştur” şeklinde ifade edilmiştir.⁵⁷¹ Ancak burada kastedilen maslahatın salt bireysel çıkar anlamında olduğu düşünülmemelidir. Zira İslam dini maslahat ile toplumsal fayda da dahil olmak üzere tüm insanlığın yararını kasteder.

Gazâlî maslahatı, faydayı elde etme veya zararı giderme (*menfaati celb veya mazarratı def*) şeklinde tanımladıktan sonra İslam şeriatında korunması istenen maslahatları (*zarûrât-ı hamse*) din, can, akıl, nesil ve malın muhafazası şeklinde sıralar. Bu beş esasın korunmasını sağlayan her şey maslahat kapsamında görülürken, bunları ortadan kaldıran şeyler ise mefsedet sayılmaktadır. Ayrıca bu mefsedetleri ortadan kaldırmak da maslahat kabul edilmektedir.⁵⁷²

Bu kural çerçevesinde organ nakli açısından zararın söz konusu olmayıp mutlak yararın bulunduğu bir nakil türü bulunması durumunda teoride kesin olarak bunun caiz olduğu söylenebilecektir. Yine müdahale sonucunda elde edileceği kesin olan yararın var olması muhtemel olan küçük bir zarar karşısında bulunması durumunda müdahalenin yapılması tereddüt edilmeden tercih edilebilir. Örneğin, ilgili operasyondan beklenen yararın doğabilecek zarardan üstün olduğunun kesin olması halinde, bu operasyonun kişiyi kaybettiği bir organına kavuşturmak, organını eski hâline getirmek, kendisinden beklenen fonksiyonu yeniden yerine getirmesini sağlamak veya kişiyi psikolojik ya da fiziksel olarak olumsuz etkileyen bir kusur veya deformasyonu gidermek için yapılması şartıyla vücuttaki bir organın aynı vücudun başka bir yerine nakli (ototransplantasyon)

⁵⁷⁰ Beauchamp-Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, s. 197.

⁵⁷¹ Şâtübî, *el-Muvâfakât*, II, 6, 39.

⁵⁷² Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed el-Gazâlî (505/1111), *el-Mustesfâ min ilmi'l-usûl*, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut 1324, I, 286-7.

caizdir.⁵⁷³ Bu hususta İslam alimleri arasında pek tartışma olmayıp uygun şartlar bulunduğu müddetçe buna cevaz verilmiştir.⁵⁷⁴

Canın ve organların korunması maslahat, canın ve organların zarar görmesi ise mefselettir. Organ bağıışı ihtiyacı durumunda organların korunması maslahat, organın zarar görüyor olması ise mefselet olup ikisi farklı kişiler açısından aynı eylemde mevcut olmaktadır. Böyle bir durumda mefseletin giderilmesi ve maslahatın elde edilmesi gerekir. Bazen ise organ nakli sonucunda kesin bir maslahat, bazen ağırlıklı maslahat ve bazen mevhum bir maslahat ortaya çıkabilmektedir. Hatta bazen zarar dahi ortaya çıkabilir. Öyleyse bu durumların ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.⁵⁷⁵

Kimi çağdaş yazarlar organ naklini, bireysel yarar-zarar dengesinden çok toplumsal yarar açısından değerlendirmişlerdir. Kişinin bedeni üzerinde bireysel hakkın yanı sıra toplumun da hakkının olduğundan ve beden sağlığının korunmasının sosyal düzenin korunması ile alakasından yola çıkan kimi görüşler organ naklini sosyal fayda ile ve yararların sosyal değerleri ile temellendirirler. Fertlerin sosyal görevlerini yerine getirmeleri için beden sağlığına ihtiyaçları vardır. Bu sebeple fertlerin bedenine gelen her türlü saldırının esasında topluma yönelik bir saldırı yönü vardır.⁵⁷⁶

Buna göre bir kimsenin yüzde yüz sağlıklı kalıp buna mukabil toplumun bir üyesinin sağlığı sebebiyle toplumsal görevlerini yerine getirememesindense, sağlıklı kimsenin kendisine zarar vermeyecek kadar bedeninden fedakarlık yaparak sağlıksız bir kişiyi topluma kazandırması kamu menfaati açısından gereklidir. Örneğin bir kimse sağlam olan iki böbreğinden birini böbreği iflas eden ve bu yüzden ölüm tehlikesi içinde olan bir hastaya verdiğinde buradaki toplumsal fayda böbrek nakli işleminden önceki faydadan daha büyüktür. Vericinin bedeninde bir eksiklik meydana gelse de hayatı kurtulan alıcının topluma yararı açık şekilde artmaktadır. Organlarından birini verenin bedeninde oluşan görece küçük zararlar toplumsal ve insani yardımlaşma adına tahammül edilebilecek düzeydedir. Yine nakil işleminden sonra alıcı da verici de vecibelerini veya gündelik sorumluluklarını yerine getirebilmektedir. Ancak burada

⁵⁷³ *Karârâtü ve Tavsiyyâtu Mecmai'l-Fıkhî'l-İslâmî ed-Düvelî*, s. 139.

⁵⁷⁴ *Karârâtü ve Tavsiyyâtu Mecmai'l-Fıkhî'l-İslâmî bi'l-Hind*, 3 (2/2), 8-11 Aralık 1989, Delhi. s. 25; Ebû Zeyd, *Fıkhü'n-nevâzil*, II, 54.

⁵⁷⁵ Yahyâvî, *el-Muvâzene*, s. 185.

⁵⁷⁶ Abdülaziz b. Muhammed es-Sağîr, *Naklu ve zirâatü'l-a'dâi'l-beşeriyye fi dav'i's-şer'iati'l-İslâmiyye ve'l-kanuni'l-vaz'i*, el-Merkezü'l-Kavmî li'l-İsdârâti'l-Kânüniyye, Kahire 2015, s. 66-7.

önemli olan alıcıya organını vermekle toplumsal bir faydayı gerçekleştiren vericinin de toplumsal görevlerinin olumsuz etkilenmemesidir. Ayrıca bu görüştekilere göre kişinin bedeninden herhangi bir parçayı bir başkasına verebilmesi, toplumun bu bedenden yararlanma hakkı sebebiyledir.⁵⁷⁷ Kısacası bu görüşe göre, nakil sonrası verici veya alıcı açısından toplumsal vazifelerin yerine getirilmesinde herhangi bir ciddi eksiklik meydana gelmediği müddetçe kişilerin rızası dahilinde organ nakli işlemi gerçekleştirilebilir. Hatta verici bireylerin ve dolayısıyla da toplumun faydası için bağış sonrası kendinde meydana gelen bazı ufak sağlık sorunlarına katlanabilir.⁵⁷⁸

Yusuf el-Karadâvî de bir Müslümanın bir kişiye ya da topluma etki eden bir zararı gördüğünde buna gücü yettiği halde ortadan kaldırmamasının caiz olmadığını belirtir ve organ bağışını bireysel ve sosyal bir sorumluluk olarak görür.⁵⁷⁹ Yasin de organ bağışı durumunda yapılan maslahat-mefsedet dengesi karşılaştırmasının aslında yalnızca alıcı ve vericinin maslahat ve mefsetetleri arasında yapılmış bir karşılaştırma olmadığını söyler. Aksine karşılaştırma, vericinin organı ve alıcının bedeni üzerindeki toplum hakkı ile verilen organ ve bağış yapılmadığı zaman potansiyel alıcının bedeni üzerindeki toplum hakkı arasında yapılmaktadır. Böylece topluma dönük iki maslahat ve iki mefsetetten her biri kendi arasında karşılaştırılmaktadır.⁵⁸⁰

Bunların haricinde kural olarak, bir meselede yararlar zarar eşitse veya üstün yararlar hafif zarar çatışırsa “*Def-i mefâsid celb-i menâfi'den evlâdır*”⁵⁸¹ küllî kaidesi gereğince zararın giderilmesi yararın elde edilmesine öncelenir. İki yarar bir arada bulunduğu anda ise, mümkün olursa ikisi birden gerçekleştirilir. Bunun imkansız olması halinde ise daha üstün olan hafif olana tercih edilir. İki mefsetet karşı karşıya geldiğinde ise “*Zarar-ı âmmu def*” için zarar-ı hâs ihtiyar olunur⁵⁸², “*Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izâle olunur*”⁵⁸³, “*İki fesad teâruz ettikde ehaffi irtikâb ile a'zamının çaresine bakılır*”⁵⁸⁴ “*Ehven-i şerreyn ihtiyar olunur*”⁵⁸⁵ kaideleri gereğince hafif olanı ağır olana tercih

⁵⁷⁷ Umer, “et-Tasarrufâtü'l-vâride”, s. 23-24, 90.

⁵⁷⁸ Süveylim, *Ahkâmu zirâati'l-kebed*, s. 71-4.

⁵⁷⁹ Karadâvî, *Fetâvâ muâsıra*, II, 532.

⁵⁸⁰ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 179.

⁵⁸¹ *Mecelle*, md. 30.

⁵⁸² *Mecelle*, md. 26.

⁵⁸³ *Mecelle*, md. 27.

⁵⁸⁴ *Mecelle*, md. 28.

⁵⁸⁵ *Mecelle*, md. 29.

edilmelidir. İlgili kaidelerin her biri, çatışan iki zarardan ağır olanının giderilip hafif olanın zaruret sebebiyle tercih edileceğini ifade etmektedir.

Esasında verilecek organla bağlantılı olarak hükmün, organ almaması halinde kişinin hayatına etkisi açısından tek tek değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin kişinin kalbe ihtiyaç duyması ile böbreğe veya korneaya ya da bir rahme duyduğu ihtiyaç bir değildir ve bunların her birinin eksikliğinin kişiye etkisi farklılık arz etmektedir. Öyleyse iki zarar karşılaştırılırken bu farklılıklar dikkate alınmalıdır. Yine bir zararı ortadan kaldırmak için ona eşit olan başka bir zararı tercih etmek makul değildir. Böyle durumlarda zarar kendinden daha küçük bir zararla giderilmelidir.⁵⁸⁶ Zararın giderilmesi esas olmakla birlikte, bir zarar giderilerken başka bir zarara da yol açılmamalıdır.

Burada sözünü ettiğimiz teorik kaideleri, tek tek organ nakillerini ele aldığımız bölümde maslahat kaideleri açısından ele alıp pratiğe dökeceğimizden ötürü yalnızca genel hatlarıyla sunmakla yetiniyoruz. Zira farklı şartlara göre yapılan işlemin hükmü de farklılık arz edecektir. Örneğin yaşayan kişinin kalbini bağışlaması gibi bir durum tahayyül ettiğimizde bu durum vericinin ölümüne sebebiyet verirken, böbrek nakli gibi durumda verici az bir zarar görebilmekte, canlıdan kornea nakli gibi durumlarda vericinin bedenindeki bir organ temel bir fonksiyonunu kaybetmekte, bazı durumlarda ise, kan naklinde veya kişiye zarar veren ve bedeninden ayrılması gereken bir organın bulunması örneklerinde olduğu gibi, verici fayda dahi elde edebilmektedir.⁵⁸⁷ İşte bu sebeple organ nakli ile ilgili genel kaidelerin yanı sıra, tek tek organlar için işletilmesi gereken özel kaideler de bulunmaktadır. Bedendeki organ, doku ve hücrelerin farklı fonksiyonları bulunması nedeniyle farklı beden parçalarının nakil konusunda ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir. Organ nakli hakkında genel ve yüzeysel bir hüküm veya fetva vermek doğru olmayacaktır. Bu konuda karar verilirken dikkate alınması gereken pek çok husus vardır. İlgili organın mâhiyet ve bedendeki fonksiyonu, organ nakline olan ihtiyacın derecesi, naklin sonuçları, naklin şekli, alıcının ve vericinin durumu gibi pek çok unsur yarar-zarar dengesi açısından verilecek kararı etkilemektedir.

⁵⁸⁶ Ali Himmet Berki (1882-1976), *Hukuk Mantığı ve Tefsir: Kanun ve Mukavelelerin Tanzim ve Tefsirine Ait Kaide ve Asıllar*, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara 1948, s. 161.

⁵⁸⁷ Ahmed, *Ahkâmu nakli 'l-a'dâi 'l-insân*, I, 161.

Yapılacak herhangi bir organ nakli işleminin caiz sayılabilmesi için yarar-zarar dengesinin aranmasının yanı sıra, eylemin İslam'ın temel prensiplerine muhalefet etmemesi de gerekmektedir. Bu bağış “makâsıdu’ş-şerîa” ile çatışan toplumsal veya ahlâkî başka zararlara sebebiyet vermemelidir. Caiz olması için bu bağışın, bağışlanan organ üzerindeki Allah hakkının dışındaki başka bir Allah hakkının ihlaline sebebiyet vermiyor olması gerekir.⁵⁸⁸ Örneğin İslam'ın temel amaçlarından olan neslin korunması ilkesine aykırı olacağından dolayı sperm, yumurta, yumurtalık gibi üreme hücre ve organlarının bağışlanması caiz olmayacaktır. Zira bu durum, nesillerin karışması gibi İslam'ın temel ilkeleriyle çelişen bir sonuca yol açacaktır. Yine yapılan bağış eylemi kamu düzenine veya genel ahlaka aykırı olmamalıdır.⁵⁸⁹ Mesela cinsiyet değiştiren bir kimseye kadavradan cinsel organ verilmesi bu çerçevede tartışılabilir bir konudur. Yine organ bağışı hiçbir şekilde insan onurunu ve saygınlığını zedeleyici nitelikte olmamalıdır. Örneğin verici bağışladığı organla ticaret yapılacağını, organlarının kâr elde etmek için araç olarak kullanılacağını biliyorsa organını vermemelidir.⁵⁹⁰ Çünkü klasik fıkıh eserlerinde de sıklıkla ve ısrarla belirtildiği üzere insanın saygınlığı nedeniyle hiçbir şekilde organları bir eşya gibi alınıp satılamaz.

Organ naklinin yol açabileceği potansiyel zararlardan yola çıkan bazı Batılı ve Müslüman yazarlar sedd-i zerîa argümanı ile organ nakline karşı çıkarlar. Batı’da ise *slippery slope* şeklinde karşılığını bulan benzer bir argüman sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Buna göre insan onurunu ve saygınlığını çiğneyecek birtakım olumsuz sonuçlara ve zararlara yol açma ihtimalinden dolayı organ bağışının da önüne set çekilmesi gerekmektedir.⁵⁹¹ Ancak kanaatimizce organ bağışının şartları ve sınırları titiz

⁵⁸⁸ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 161-2.

⁵⁸⁹ Abdüssemi’, *Naklu ve zirâatü ’l-a ’dâi ’l-âdemiyye*, s. 75.

⁵⁹⁰ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 162-3.

⁵⁹¹ Mahlâfî, *Hudûdü ’t-tasarruf*, s. 109.

bir şekilde tespit edilerek cevaz bu şartlar ve sınırlar çerçevesinde tutulduğu takdirde doğacak olumsuz ve muhtemel sonuçlardan fıkıh ya da fakih sorumlu olmayacaktır.⁵⁹² Organ nakli konusu bireysel bir mesele olmaktan ziyade beden, yaşam, ölüm, hastalık, sağlık gibi kavramlar çerçevesinde şekillenen toplumsal ve kültürel algılarla da yakından alakalı bir meseledir. Günümüzde organ nakilleri gerek İslam ülkelerinde gerekse dünyanın diğer bölgelerinde yaygın bir şekilde uygulanmakta ve hem yasalar hem de toplum bu uygulamayı kabulle karşılamaktadır. Organ nakli hakkında bir hüküm vermeden önce bu gerçeklik (örf unsuru) de dikkate alınmalıdır. Esasında bu yaygınlık, organ naklinin gerçek anlamda zaruret seviyesinde bir ihtiyaç olduğunu gösterebileceği gibi aynı zamanda naklin uygulamaya başlandığı ilk dönemlerdeki direncin oldukça azaldığını da bir vaka olarak göstermektedir. Organ naklinin bireysel bir zaruret olmaktan öte sosyal boyutları olduğu inkar edilemez. “*Âdet muhakkemdir*”⁵⁹³ küllî kaidesi de esasında örfün belirleyici olduğu gerçekliğini ifade etmektedir.

Örf açısından organ nakline baktığımızda da, kanaatimizce örfün olduğu hususta bir hayatı veya organı kurtarma zarureti varsa bu örfün desteklenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda Muhammed Hıdır Hüseyin’in örfe dair açıklamaları konumuza ışık tutacak nitelikte görünmektedir. Ona göre esasında fakihin, şeriatın asıllarına muhalif bir örfle fetva vermesi caiz olmamakla birlikte örfün bulunduğu hususta bir zaruret bulunması halinde aslî yasaktan istisnaya gidilebilir. Çünkü bu durumda ilgili hüküm örf üzerine değil de zaruret üzerine bina edilmiş olur. Ancak bu örfün temeli cehalet veya nefsin

⁵⁹² Muhammed Naîm Yasin sedd-i zerîa ilkesinin bu bağlamda yanlış anlaşıldığını söyler. Sedd-i zerîanın amacı, harama düşmeye yol açtığı için bazı vesilelerin haram kılınmasıdır, yoksa bizzat o şeyde bulunan bir sebepten dolayı o şeyin haram kılınması değildir. Yani sedd-i zerîada yasaklanan şey haram olmamasına rağmen, harama götüren yolların önü kapatılmaktadır. Bunun zıttı olan feth-i zerîa ise belli durumlarda şer’î açıdan önemli bir maslahata götürmesi sebebiyle, bizzat haram olan vesilelerin mübah kılınmasıdır. Ayrıca Yasin, her şer’î veya kanuni hükmün sömürüye ve suistimale açık olduğunu, bunun insan tabiatından kaynaklandığını belirtir. Örneğin cezaların uygulanmasında adil davranılmayıp zengin veya mevki sahibi kimselere cezanın uygulanmayıp fakir ve sıradan insanlara uygulanması söz konusu olabilir. Ancak bu ihtimalden dolayı Şâri’ cezaları emretmemiş değildir. Yine kısas cezasında fakirler ve sıradan insanlar zengin ve makam sahibi insanlar tarafından cezanın affedilmesi hususunda cebre tabi tutulabilirler. Benzer haksızlık, adaletsizlik, sömürü ve suistimal ihtimalleri evlilik, boşanma, mehir, muâmelat gibi pek çok konuda söz konusu olabilir, fakat bunlar şer’an caiz ve hatta gereklidir. Bu gibi haksızlıkların önüne geçmenin yolu aslen mübah olan şeyleri haram kılmak değil, şer’î sınırlar koymak, düzenlemeler yapmak ve halkın imanını artırmaya çalışmak ile olur (Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 181-4).

⁵⁹³ *Mecelle*, md. 36.

arzuları ise bu durumda fakihin örfün fesadı ile fetva vermesi gerekir.⁵⁹⁴ Bu açıklamalar ışığında, günümüzde organ naklinin örf haline geldiği düşünüldüğünde bu örfün makbul sayılabilmesi için yine ilgili organ naklinin zarurete dayalı olup olmadığının tespiti esas olmaktadır.

Diğer yandan “*Ezmânın tağayyürü ile ahkâmın tağayyürü inkâr olunamaz (Zamanın değişmesiyle, hükümlerin de değişmesi inkâr olunamaz)*”⁵⁹⁵ kaidesi gereğince daha önce bir insanın organının çıkarılması caiz görülmezken tıbbın ilerleyip bunun verici için tehlike arz etmemeye ve alıcıda yarar oluşturmaya başlamasıyla birlikte hükmün de değişmesi gerekir.⁵⁹⁶ Burada tıp ehlinin örfü ve ilgili naklin olumlu sonuç vereceğine dair pratiklere dayalı bilgisi önem arz etmektedir. Bu hususta fakihe bilgi verecek olan hekimlerin gelişen tıbbı paralel olarak değişen bilgi ve tecrübeleri, yani tıp alanında değişen örfüdür. İbn Âbidîn’in de önemle ifade ettiği üzere fikhî meselelerin bir kısmının içtihat ve rey ile sabit olmakta ve bu görüşlerin çoğun müçtehidin kendi zamanının örfüne dayanmaktadır. Öyle ki müçtehit sonradan ortaya çıkan başka bir örfün bulunduğu zamanda yaşayacak olsaydı daha önce söylediği görüşe aykırı bir görüş serdedirdi. Bu sebeple ulema insanların adetlerini biliyor olmayı da müçtehitte aranan şartlar arasında zikretmişlerdir. Hükümlerin çoğu, zamanın değişmesiyle değişir. Zaman ise örfün değişmesi, zaruretin ortaya çıkması veya dönemin insanların bozulması ile değişir. Böyle bir durumda hüküm önceki haliyle bırakılacak olursa insanlara zorluk ve zarar gelir ve hafifletme, kolaylaştırma, zarar ve kötülüğü gidermeye dayalı şer’î kaidelere ters düşme söz konusu olur.⁵⁹⁷ Kanaatimizce zamanın değişmesi, örf ve zaruret açısından organ naklinin hükmünü değerlendirirken İbn Âbidîn’in belirttiği bu hususlar da dikkate alınmalıdır.

Zuhaylî de zaruret durumunda özel nassın terkedilerek örfün esas alınabileceğini söyler. Esasında örf bir bakıma zaruret ve ihtiyacın göstergesidir. Ancak örf aynı zamanda müstakil bir delil değildir. Çünkü örf de genellikle zaruret, ihtiyaç, maslahat veya zorluk

⁵⁹⁴ Muhammed el-Hıdır el-Hüseyn, “Mir’âtü’l-‘Örf”, *Mecelletü’l-Ezher*, s. I, 538-9; nakleden: Baktır, *İslam Hukukunda Zaruret Hali*, s. 131.

⁵⁹⁵ *Mecelle*, md. 39.

⁵⁹⁶ Şinkî, *Ahkâmü’l-cerâhati’t-tubbîyye*, s. 378-9; Ali, *Naklu’l-a’dâ mine’l-meyyiti ile’l-hay*, s. 80-1; Yahyâvî, *el-Muvâzene*, s. 167.

⁵⁹⁷ Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülazîz ed-Dımaşkî b. Âbidîn (1252/1836), *Mecmûatu Resâil-i İbn Âbidîn*, [y.y] [t.y.], II, 125.

ve meşakkatin kaldırılması ve şer'î taleplerde kolay olanın alınması esası üzerine kuruludur.⁵⁹⁸

⁵⁹⁸ Zuhaylî, *Nazariyyetü 'z-zarûreti 'ş-şer 'iyye*, s. 170-1.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

PRATİK TARTIŞMA ALANLARI AÇISINDAN ORGAN NAKLİ

Organ naklinin temel teorik arka planı olan beden üzerinde tasarruf konusunu ve meşruiyet zeminlerinin önceki bölümlerde tartışırken, günümüz tıp ve etik alanlarında yaşanan organ nakline dair pratik tartışmaları ise bu bölümde ele alacağız. Bu açıdan daha sistematik bir yöntem kullanmak adına, organ naklinin unsurlarını temel alarak bunlara ilişkin gündeme gelebilecek tüm problemlili konuları bu bölümde sunmaya çalışacağız.

Bir nakil işleminde alıcı, verici ve nakil işlemini gerçekleştiren hekim olmak üzere en az üç taraf bulunmakta, ayrıca nakil işleminin bizzat kendisi ile verilen organ veya doku da naklin esas unsurlarından olmaktadır. Bu anlamda organ naklinin paydaşları birden fazla olup bu başlık altında bu paydaşlar açısından organ naklini ve bu bağlamda organ nakline dair temel pratik tartışma konu ve alanlarını ele alıp ayrıca başlıklar altında içkin olarak nakli etik ve dinî açıdan kabul edilebilir hale getiren şartları incelemiş olacağız.

4.1. Hukukî Niteliği Açısından Organ Nakli

Organ naklinin bir önceki aşaması olarak organ bağışında, kişi organını bedel olmaksızın bir başkasına devretmeyi vaat etmektedir. Peki organ bağışlama işleminin bir eylem olarak hukukî mâhiyeti nedir? Bağış eylemi alıcı ve verici taraflar arasında gerçekleşen bir akit olarak görülebilir mi? Bağış şeklinde nitelenen bu akit teknik anlamda fikhî bir “hibe” kategorisinde midir ve hibe akdinin şart ve sonuçları burada dikkate alınacak mıdır? Mallar üzerinde gerçekleşen bir akit olan hibe akdi insan bedeni ve organları üzerinde de kurulabilir mi? Bu akit bir hibe akdi ise hükmü nedir ve böyle bir hibeden rücu edilebilir mi?

İslam hukukunda hibe akdinin şartları ve hükümleri konusunda ayrıntıya girmeksizin konu hakkında kanaatimizi kısaca belirtmek gerekirse, hibe akdinin konusunun mal/eşya olması, insan bedeninin ve organların ise üzerinde akit kurulabilecek bir meta olmaması sebebiyle -bazı çağdaş araştırmacılar böyle yapsa da- bu işlemi fıkıh literatüründeki anlamıyla bir hibe olarak nitelemeyi doğru bulmuyoruz. Bedenin mülkiyeti konusunda da sunduğumuz üzere, beden ve beden parçaları kişinin mâlik olduğu bir mal olmayıp İslam hukukçuları bu konuda oldukça katı ilkeler

geliştirmişlerdir. Organ bağışısı işlemi ise bize göre zaruret sebebiyle yapılan bir iyilik ameliyesi olduğundan organ bağışısı vaadi nakil gerçekleşene kadar bağlayıcı olmamalıdır. Zira organ bağışısı işleminin hibe mâhiyetinde bir akit olduğu varsayılsa dahi İslam hukukçularının büyük çoğunluğuna göre kabz (teslim alma) işlemi gerçekleşene kadar hibe lüzum (bağlayıcılık) ifade etmez ve bu sebeple -belli durumlar haricinde- hibeden rücu caizdir. Yine nakil öncesinde söz konusu olan vaat açısından düşünürsek, vaadin bağlayıcılığı fakihler arasında tartışılmışsa da çoğunluğa göre salt vaadin kazâen sahibini bağlayıcı olmadığı bilinmektedir.

Pek çok mer'î hukuka göre de insan organları üzerine yapılan akitler bağlayıcılık ifade etmezler ve tarafların rücu hakkı bulunmaktadır.⁵⁹⁹ Verici açısından da riskleri ve tehlikeleri bulunan cerrahi bir müdahale olması sebebiyle ve bir teşvik unsuru olacağı düşüncesiyle pek çok hukuk sistemi organ bağışısını bağlayıcı görmez.⁶⁰⁰

Çağdaş araştırmacılardan Bekru ise İslam hukukunda da insan bedenine dair hukukî tasarruflarda kişinin akdi feshetme veya verilmiş rızadan vazgeçme hakkı bulunduğunu, organ nakline dair alıcı ve verici arasında gerçekleşen böyle bir anlaşmanın bağlayıcı olmadığını, bu noktada organın bedelsiz olarak veya bir bedel karşılığı verilmesi arasında bir fark bulunmadığını belirtir. İnsan bedeninin temlik edilemez oluşu nedeniyle bedel karşılığı yapılan böyle bir akit zaten bâtil hükmündedir. Bedelsiz yapılanı ise sadece bir vaat olması itibariyle bağlayıcı değildir.⁶⁰¹ Muhammed Naîm Yasin de organ bağışısının uygulama ile bağlayıcı hale geldiğini ve uygulamadan önce bağışlayan kişinin bağışından dönebileceğini belirtmektedir. Ancak ona göre organ nakli durumunda zaruret sebebiyle organlardan istifade edilmesine göz yumulsa da, bu tasarruf ne satış ne de hibe akdi olarak görülemez. Ona göre bu işlem ancak kendisine kul hakkının taalluk ettiği bir Allah hakkı üzerinde tasarruftur.⁶⁰² Organ bağışısı işlemi hibe akdine benzeterek hibedeki kabzın organ nakli işleminin hangi aşamasında gerçekleşiyor olduğunu tartışan Ârif el-Karadâğî ise organını bağışlama sözü veren kişinin son anda bundan dönmesinin karşı tarafa zarar vermesi halinde (hastane masrafları gibi) bu zararın tazmin edilmesi gerektiğini belirtir.⁶⁰³

⁵⁹⁹ Bekru, *Hükmü'l-intifâ'*, s. 70.

⁶⁰⁰ Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 29-30.

⁶⁰¹ Bekru, *Hükmü'l-intifâ'*, s. 70-1.

⁶⁰² Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 162-3.

⁶⁰³ Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 28.

Biz de organ nakil işleminden sonra organın alıcının bedeninin bir parçası haline gelmesi sebebiyle vericinin organı geri isteme hakkı olmaması gerektiği kanaatindeyiz. Zira bu eylem alıcı açısından tehlike arz ettiği gibi böbreğin yeniden eski sahibine iade edilmesi ile bağışıklık sisteminden gelen reaksiyon ihtimalinden dolayı diğer taraf için de zarar içermektedir. Çıkarılan organın üçüncü bir şahsa nakledilecek olması durumunda dahi tek taraflı zarardan dolayı vericinin talep hakkı olmamalıdır. Bir örnek olarak zikretmek gerekirse, eşine böbreğini bağışlayan bir hanımın, boşandıktan sonra böbreğini geri talep ettiği davayı kaybettiği bilinmektedir.⁶⁰⁴

4.2. Alıcı Açısından Organ Nakli

Organ alıcısı açısından bazı durum ve şartlar problematik olarak gündeme gelmekte ve çağdaş dönem uleması arasında tartışılmaktadır. Alıcının dinî ve hukukî durumunun bağışın cevazına etkisi, organ alıcısının maddî bedel ödemek zorunda kalması gibi konular bunlardandır.

4.2.1. Alıcının Dinî ve Hukukî Statüsü Açısından Nakil

Farklı dinlere mensup kişilerin bedenleri arasında nakil işlemi yapılıp yapılamayacağı ve bir Müslümanın gayrimüslime organ bağışlamasının sorumluluğunun ne olacağı tartışmaları çağdaş biyofikih literatüründe ciddi bir yekun tutmaktadır.

Çağdaş dönem alimlerinin bu husustaki genel eğilimi İslam'a açıkça düşmanlık yapmadığı müddetçe gayrimüslime organ verilebileceği yönünde olmakla birlikte, gayrimüslim olup dinen canı korunmayan kişiler için farklı görüşler serdedilmiştir. Fakat nadir de olsa gayrimüslime organ bağışlamanın caiz olmadığını iddia eden kişi veya kurumlar da mevcuttur. Örneğin 1970'lerin başında Ezher Üniversitesi tarafından kornea nakline dair verilen fetvada Müslüman ya da kafirden alınan korneanın Müslümana verilmesinde bir sakınca olmadığı, ancak Müslümandan alınan korneanın bir kafire verilmesinin caiz olmadığı belirtilmektedir.⁶⁰⁵ Yine kimi araştırmacılar ise dinî bakımdan alıcının vericiden daha üstün olması gerektiğini iddia ederler. Buna göre bir Müslüman, hukuken koruma altında dahi olsa bir kafire organ veremez.⁶⁰⁶ Fakat görünüşe bakılırsa modern dönemde, gayrimüslime îsârda bulunma konusunda kimileri

⁶⁰⁴ Karadâgî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 29.

⁶⁰⁵ Atighetchi, *Islamic Bioethics: Problems and Perspectives*, s.164.

⁶⁰⁶ Karadâgî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 37-8.

tarafından klasik fıkıh eserlerindeki kadar çok daha katı bir tutum sergilenmektedir. Zira kimi klasik fıkıh eserlerinde kişinin kendinden fedakarlıkta bulunmasının ölümüne yol açmaması halinde, gayrimüslimi kurtarmak için kendi haklarından ferâgatte bulunabileceği, örneğin hayatını kurtarmak için muztar kişi ile yiyeceğini paylaşabileceği açıkça belirtilmektedir.⁶⁰⁷

Bu istisnai görüşlerin dışında İslam dünyasında, hukukî dokunulmazlığı bulunan gayrimüslime organ bağışlanabileceği görüşü hakimdir. Örneğin İKÖ'ye bağlı İslam Fıkıh Akademisi Meclisi nakilden yararlananın hayatının şer'an dokunulmaz olması şartını arar.⁶⁰⁸ Bu görüşle paralel görüş bildiren kimi çağdaş araştırmacılara göre de organ alıcısının, kanı şer'at tarafından korunmuş bir kimse olması gerekir. Buna göre alıcı Müslüman, zimmî ve kafirlerden anlaşma halinde olunan kişilerden olabilir. Harbî veya mürted kafire, had cezasını hak eden muhsan zâniye, katil olan yol kesiciye, kasten adam öldüren kısası hak etmiş katile organ verilmesi caiz değildir.⁶⁰⁹ Bu görüştekilere göre bu kimseler esasında kanları korunması gereken kişiler olmayıp şer'at açısından ölü hükmündedirler ve bu sebeple kendilerine organ bağışlanması caiz değildir.⁶¹⁰ Çağdaş araştırmacılardan Ahmed Yûsuf da organ alıcısının şer'at tarafından canı korunan masum bir kimse olması gerektiğini belirtirken,⁶¹¹ meşhur alimlerden Saîd Ramazan el-Bûtî ise mürted olup riddesinde ısrar ettiği için katli gereken kişi veya kâdının hakkında recm kararı verdiği muhsan zânî gibi canı muhterem olmayan bir hayat sahibinin maslahatı için insandan organ almanın caiz olmadığını belirtir.⁶¹²

Bu görüşün bazı savunucuları klasik fıkıh eserlerinde muztar kişinin yiyecek hiçbir şey bulamadığı için açlıktan ölme raddesine geldiğinde mehdûru'd-dem olan yani İslamî kaza tarafından katlinin vâcip olduğuna hükmedilmiş olan kişiyi öldürüp yiyebileceğine dair bazı görüşlerle fikirlerini temellendirmektedirler.⁶¹³ Ancak kanaatimize göre bu kıyas fâsittir. Zira klasik fıkıh eserlerindeki örnek mehdûru'd-dem olan muztar kişinin kurtarılmasının caiz olmayacağı yönünde olsaydı buna kıyas yapılabilirdi. Bu açıdan ilgili örneğin konuya zemin olamayacağını düşünüyoruz. Ayrıca İslamî açıdan kanı

⁶⁰⁷ Nevevî, *el-Mecmû'*, IX, 45.

⁶⁰⁸ *Karârâtü ve Tavsiyyâtü Mecma'i'l-Fıkhi'l-İslâmî ed-Düvelî*, s. 138.

⁶⁰⁹ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 162.

⁶¹⁰ Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 35.

⁶¹¹ Ahmed, *Ahkâmu nakli'l-a'dâi'l-insân*, II, 631.

⁶¹² Bûtî, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, s. 127.

⁶¹³ Bûtî, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, s. 118.

heder sayılan kişinin cezası devlet tarafından verilmekte, bireylerin ceza verme yetkisi bulunmamaktadır. Bu sebeple açıkça İslam düşmanlığı yapıp Müslümanların canına ve devletlerine kastetmediği müddetçe ölüm cezasına çarptırılmış kişilere dahi prensipte organ bağışlanabilmelidir. Fakat organların yetersiz olduğu düşünüldüğünde organ bekleyenler arasında bir tercih sıralaması yapılması elbette mümkün olabilir ve bu durumda bir kriter olarak canı korunmamış kişilere organ verilmeyebilir. Ancak akraba dışına bağış durumunda genel olarak dünya üzerindeki bağış sistemlerinde organ dağıtımında kişilerin vericiyi seçme şansı bulunmamaktadır. Bu sebeple esasında bu tartışma pratikte çok da anlamlı olmamaktadır. Ayrıca Müslüman toplumların yaşadığı devletlerde ceza hukuku sisteminin klasik eserlerde yer aldığından oldukça farklı olması sebebiyle muhderu'd-dem kavramının günümüz şartlarında yeniden ele alınması gerekebilecektir.

Çağdaş alimlerden Yusuf el-Karadâvî'ye göre ise genel prensip olarak sadakada olduğu gibi gayrimüslime organ bağışlamak caizdir. Ancak gerek fiilen ve gerekse fikren İslam'a saldıran bir gayrimüslime organ verilmesi caiz değildir. Benzer şekilde İslam'dan döndüğü açık bir şekilde bilinen kişiye de bu ihanetinden dolayı organ bağışlanamaz. Ayrıca organ veya kan nakli hususunda bir Müslüman ve gayrimüslim arasında tercih yapmak gerekirse "*Mü'min erkekler ve mü'min kadınlar birbirlerinin velileridir*"⁶¹⁴ âyeti gereğince Müslümana öncelik verilmelidir. Hatta daha salih ve dinar Müslüman da bağış konusunda fâsık ve isyankar bir Müslümana öncelenir. Komşuluk ve akrabalık hakları nedeniyle bu kişiler de diğer Müslümanlara öncelenmelidir.⁶¹⁵

Organ naklinin mesuliyet boyutunu ele alan Abdülaziz Beki ise, İslam'ın organ bağışı konusunda Müslüman-gayrimüslim ayrımı yapmadığını çeşitli deliller getirerek ispatlar. Öncelikle tedavi olmak Müslüman-gayrimüslim herkesin meşru hakkıdır. Zira İslam topraklarında yaşayan gayrimüslimlerin (zimmîlerin) canları, malları, ırz ve namusları Müslüman vatandaşları gibi dokunulmazdır. Tüm vatandaşlarının bu değerlerini korumak, onları yedirip içirmek, giydirip beslemek, tedavi ettirmek, esir düştüğünde düşmanın elinden kurtarmak İslam devletinin görevleri arasındadır. Yine iman ve küfür noktasında Müslümanın akıbeti belirsiz olduğu gibi kafirin akıbeti de meçhuldür.

⁶¹⁴ et-Tevbe, 9/71.

⁶¹⁵ Karadâvî, *Fetâvâ muâsıra*, II, 534.

Müslüman bir kimse organ bağış aldıkdan sonra dinden dönebileceği gibi, kafir birisinin de iman etme ihtimali bulunmaktadır. Yine Beki tedavinin eceli etkilemeyeceğini ve kişinin ömrünün zaten takdir edilmiş olduğunu belirterek organ veren kişinin, gayrimüslimin ömrünü uzatması gibi bir durumun söz konusu olmayacağını söylemektedir.⁶¹⁶

Kanaatimizce de bir Müslümanın gayrimüslime organ bağışlamasında prensipte bir sakınca olmamalıdır. Hayati tehlike içinde kalan veya zor durumdaki bir gayrimüslime yardım etmek nasıl ki bir insanlık borcu ise -bir Müslümanın Müslümana organ bağışlamasını caiz kabul ettiğimizde- Müslüman olmayan kişiye de böyle bir bağışta bulunmak mümkün olmalıdır. Zira kişi bir Müslümana organ verdikten sonra da o kişi dinden dönebilir. Ancak açıkça Allah'a isyan içinde olan ve yaratıcının razı olmadığı bir hayat süren bir kimsenin ömrünü uzatmaya veya sağlığını daha iyi hale getirmeye vesile olmak yerine, Allah'ın rızasına daha uygun bir ömür süren bir Müslüman bağış için tercih edilmelidir. Fakat bu sözümüz yeterince organ bağış olmadığı günümüz şartları için geçerlidir. Aksi takdirde bu düşünce, Müslüman bir hekimin karşısına gelen gayrimüslim hastasını tedavi etmemesi gerektiği sonucuna kadar gidebilecek tehlikeli bir bakış açısı oluşturur. Halbuki tedavi olmak Müslüman ve gayrimüslim tüm insanların hakkıdır. Müslüman olsun gayrimüslim olsun tüm insanlar "*Andolsun, biz insanoğlunu şereflı kıldık*"⁶¹⁷ hitabı gereğince saygın, onurlu ve şereflidirler. Ancak kısıtlı imkanlar karşısında sadece bir kişinin hayatını kurtarma imkanı olan Müslüman bir hekimin Müslüman hastayı tercih etmesi makul karşılanabilir ve hatta belki gereklidir. Diğer yandan açıkça İslamla ve Müslümanlarla savaşı ve düşmanlık eden bir kimseye bir Müslüman tarafından bilerek ve isteyrek organ bağışlanması -çağdaş alimler arasında ittifak bulunduğu üzere- doğru olmayacaktır.

Benzer şekilde organa ihtiyacı olan kişinin hukukî ve dinî durumunda olduğu gibi sosyal veya ekonomik durumu da alıcı olmasını olumlu veya olumsuz yönde etkilememelidir. Muhammed Naîm Yasin organ bağışında ölçüm yapılırken terazinin kefelerine fakirlik-zenginlik, ilim-cehalet, erkeklik-kadınlık, küçüklük-büyükük gibi

⁶¹⁶ Abdulaziz Beki, "İslam Hukuku Prensipleri Işığında Organ Nakli" (yüksek lisans tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1991), s. 148-53.

⁶¹⁷ el-İsrâ, 17/70.

faktörlerin konmaması gerektiğini, zira bedenin dokunulmazlığı hakkının herkeste eşit olduğunu belirtir.⁶¹⁸

4.2.2. Nakil Sonrası Alıcının Sağlık Durumu

Modern tıbbın bir ürünü olan transplantasyon uygulamaları pek çok insanın sağlığını iyileştirme ve hayatını kurtarma iddiası taşımaktadır. Tıbbî uygulamalarda kural olarak, yapılacak müdahalenin sonuçları açısından yarar-zarar dengesi gözetilmekte ve hekimler tarafından herkes uygulama için aday gösterilmemektedir. Peki gerçekten organ nakli uygulamalarında bu etik ilke gözetilmekte midir? Günümüz kapitalist dünyasında merkezde olan alıcının sağlığının gözetilmesi midir yoksa örneğin hastanın nakil sonrasında ömür boyu ve her gün yoğun bir şekilde kullanmak zorunda olduğu ilaçlar eczacılık ve tıp sektörünün kasasına mı hizmet etmektedir? Bu noktada nakil alan kişilere yapılan bu uygulama sonucunda elde edilecek kazanımlarla ödenecek bedel arasında hasta lehine bir denge bulunup bulunmadığı, özellikle hayati olmayan organların nakli durumunda bir açıdan hastanın yaşam kalitesi yükseltilmeye çalışılırken diğer taraftan başka ciddi tahribatlara yol açılıp açılmadığı sorgulanmalıdır. Her şeyden önce tıbbî müdahale için alıcı açısından endikasyon bulunmalıdır. Organ naklinin de etik açıdan kabul edilebilmesi için gerçek bir tıbbî endikasyona ihtiyaç vardır. Bu endikasyon bulunduğu zaman ise endikasyon-komplikasyon dengesi ölçülmelidir.

Bu noktada, organ naklinin alıcıya doğrudan etki ve sonuçları ile nakil sonrası tedavi ve bakım sürecine ilişkin olmak üzere konunun iki temel boyutundan söz edilebilir. Birinci boyutta bizzat cerrahi operasyonun alıcıya zarar vermemesinin sağlanması yani alıcı açısından öncelikle nakil ameliyatının başarılı geçeceğinden emin olunması ve alıcının bedeninin organı kabul edecek olması şartları aranır.⁶¹⁹ İkinci boyutta ise -belki nakil işleminin kendisinden çok daha önemli olarak- nakil sonrası alıcıda meydana gelen

⁶¹⁸ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 159. Yeterli bağış olmaması, dolayısıyla doku ve organ elde edilmesindeki kısıtlılıktan dolayı organ alıcılarının belirlemede adil bir yöntem izlenmesi tıp etiği açısından büyük önem arz etmektedir. Pratikte önce bekleme listesindeki hangi hastaların organ ve doku alabileceği ve daha sonra organ ve doku dağıtımında kimlere öncelik verileceği belirlenmektedir. Bu sıralamayı belirlemede kullanılacak ölçütlere dair ciddi tartışmalar ve farklı görüşler olsa da genellikle tıbbî, kişisel, sosyal vs. ölçütlerin göz önüne alındığı görülmektedir. Örneğin endikasyonlar, doku uyumu, cerrahi başarı şansı gibi ölçütler tıbbî; zeka ve uyum, yaş gibi ölçütler kişisel; günlük yaşam koşulları, sosyal alışkanlıklar, alkol ve sigara kullanımı, hastanın yakın çevresi ve toplum için önemi gibi ölçütler ise sosyal ölçütler arasında sayılabilir (Oğuz v.dğr., *Biyoetik Terimleri Sözlüğü*, s. 70-1).

⁶¹⁹ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 171-2.

komplifikasyonlar dikkate alınır. Kanaatimizce organ nakilleri konusunda etik ve dinî açıdan değerlendirme yapılırken belki de en çok ihmal edilen nokta burası, yani nakil öncesi ve sonrası durumlar arasında yarar-zarar dengesi ölçümüdür. Kastımız organ naklinin kusursuz ve sorunsuz bir uygulama gibi sunulduğu günümüzde alıcının nakilden sonra bağışıklık sisteminin baskılanması için ömür boyu kullanmaya mahkum olduğu immunsupresanların fazla gündeme getirilmemesi noktasıdır. Ayrıca nakil sonrası alıcıyı bekleyen başka sorunlar da vardır. Bu noktada önemli olan, nakil sonrası yaşanan sorunların ve ortaya çıkan zararların nakil öncesine kıyaslanması ve yine alıcı-verici arasında maslahat-mefsedet karşılaştırması yapılmasıdır.

Uzmanlar, transplantasyon tıbbında yaşanan tüm gelişmelere rağmen hala bu alanda alıcının bedeninin organı reddetme ihtimali (rejeksiyon) bulunduğu ve dolayısıyla ciddi anlamda immunsupresanlara bağımlılığın söz konusu olduğundan söz etmektedirler. Bunun yanı sıra, enfeksiyon tehlikesinin önüne de tam olarak geçilemediği belirtilmektedir.⁶²⁰ Nakillerin %75’inde ilk bir yıl içerisinde mikrobik istila sonucu enfeksiyonlar gelişmekte olduğu ifade edilmektedir. Nadir de olsa vericide bulunan enfeksiyonlar, nakil sonrasında alıcı için tehlike oluşturabilmektedir. Solid organ transplantasyonları sonrasında çoğu şiddetli olmamakla birlikte hastanın en az bir kez enfeksiyon yaşadığı, nakil sonrası ölümlerin %40’ı kadarının enfeksiyonlarla alakalı olduğu belirtilmektedir.⁶²¹ Yine her ne kadar bunun engellenmesine çalışılıyorsa da, organ nakli nedeniyle bulaşıcı hastalıkların vericiye geçme ihtimalinden söz edilmektedir.⁶²²

İslam dünyasındaki alimler ve kurullar organ naklinin caiz olması için esasında nakilden sonra alıcının sağlığına kavuşacağına kesinlik derecesinde olmasını ve nakil işlemi sonrası tedavinin olumlu olacağına kesine yakın olmasını şart koşarlar.⁶²³ Ancak organ nakli hakkında fetva veren günümüz alimleri ve araştırmacıları, nakil sonrası alıcıda meydana gelen zararlar ve komplifikasyonlar konusunda yeterince bilgilendirilmiş olsalardı fetvalar da daha farklı olabilirdi. Zira kanaatimizce alıcının bir sağlık sorunu

⁶²⁰H.Kadircan Keskinbora, “Kornea Transplantasyonunda (Keratoplasti) Tıbbi ve Etik Sorunlar”, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları: I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, ed. Ayşegül Demirhan Erdemir v.dğr., Nobel Tıp Kitapevleri, İstanbul 2007, s. 795.

⁶²¹Gürsel Leblebicioğlu v.dğr., “El Transplantasyonu”, *Hacettepe Tıp Dergisi*, 37 (2006), s. 236.

⁶²²Sükkerî, *Naklu ve zirâ’atü’l-â’-âdemîyye*, s. 145.

⁶²³Karadâgî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 97.

kısmen giderilirken onda başka ve yeni problemlerin ortaya çıkıyor olması da “zararın zararlarla giderilmesi” anlamına gelebilecektir. Başka ve daha iyi bir alternatifin bulunmadığı hayat kurtarıcı nakiller için bu sorgulamayı yapmanın günümüz tıbbî şartlarında makul ve pratik olmadığı farkındayız. Ancak yüz, el, üst ve alt ekstremiteler, üreme organlarının nakli gibi hayat kurtarıcı olmayıp kimi fonksiyon bozukluklarını kimi ise görsel deformasyonları gidermeye yönelik olan ve alternatifleri bulunan nakil türlerinde bu sorgulamanın yapılmasının zaruri olduğu kanaatindeyiz. İlgili bölümde yarar-risk dengesi açısından değerlendirme yapacağımızı ifade ederek burada nakil sonrası alıcıyı bekleyen komplikasyonlardan ve immunsupresanların zararlarından kısaca bahsedeceğiz.

Nakil alan kişinin karşılaştığı zararlara baktığımızda her şeyden önce alıcı cerrahi bir işlem geçirmektedir. Örneğin böbrek nakli ameliyatları genel olarak başarılı olsa da her cerrahi işlem gibi bu ameliyatların da riskleri ve komplikasyonları vardır. Yine organ nakli ameliyatlarının en temel problemi nakil sonrası rejeksiyon, yani alıcının bedeninin organı reddetme ihtimalidir. Her ne kadar bu rejeksiyon ihtimali, hastanın ömür boyu kullanmaya mahkum olduğu immunsupresan olarak nitelenen bağışıklık sistemini baskılayan ilaçlarla önlenmekteyse de bu ilaçların kendisi de nakil sonrası en temel problemlerden birini teşkil etmektedir. Zira bu ilaçlar bedene ciddi anlamda zarar vermektedir.⁶²⁴

Tıbbî açıdan organ naklinin başarılı olması için en temelde alıcının bağışıklık sisteminin vericinin dokusuna olumlu yanıt vermesi gerekmektedir (lökosit antijenlerinin uyumu/HLA uyumu). Vücudu korumaya çalışan bağışıklık sistemi (immün sistem) yeni nakledilen organın antijenlerini yabancı olarak görüp ona karşı antikor üreterek organa zarar verip reddedebilir. Bu sebeple doku rejeksiyonunun engellenmesi için nakil sonrasında alıcının bağışıklık sisteminin etkin bir şekilde baskılanması gerekmektedir. Organ nakli sonrasında hastaların immunsupresif tedaviye titiz bir şekilde uyum sağlaması yani ilaçlarını saati saatine alması dokuların canlılığını sürdürmesi ve rejeksiyonun önlenmesi için hayatidir. Hastanın her ay için bir kez dahi ilacını almayı aksatması ya da her ay en az bir kez ilacını almayı iki ya da iki buçuk saat geciktirmesi

⁶²⁴ Yahyâvî, *el-Muvâzene*, s. 192-3.

organ reddi, doku hasarı, organ veriminin azalması, yaşam kalitesinin düşmesi ve hatta ölümlerle dahi sonuçlanabilmektedir.⁶²⁵

İmmünespresif tedavide sıklıkla kullanılan siklosporin, takrolimus, kortikosteroid, mikofenolat motefil, sirolimus, azatropin gibi ilaçların komplikasyonlarına dair çok sayıda çalışma bulunmaktadır.⁶²⁶ Örneğin siklosporinlerin bağışıklık sistemini baskılayacak dozda kullanılmasıyla böbrek dokusunda hasarlanma ve toksisite oluştuğu, gebelik sırasında kullanımlarda ise erken, ağırlı veya anomalili doğumlara sebebiyet verdiği bilinmektedir. Ayrıca ilacın ciddi yan etkileri nedeniyle kullanım esnasında annenin bebeğini emzirmesi yasaktır.⁶²⁷ Yine uzmanlar, uzun süreli immünespresif tedavi alanın, ciddi anlamda enfeksiyon oranını ve kanser riskini arttırdığını, organ toksisitesine, kötü huylu tümörlere ve metabolik hastalıklara yol açtığını belirtmektedirler.⁶²⁸ Zira bu ilaçlar bağışıklık sistemini devre dışı bırakarak vücudun savunma sistemini zayıflatmakta ve mikroplara karşı vücudu savunmasız hale getirmektedir. Yine bu ilaçlar ağrı, bulantı, ishal, hipertansiyon gibi yan etkileri nedeniyle ek ilaç kullanımına da sebebiyet vermekte, hastayı karmaşık, zorlu ve pahalı bir tedavi süreci beklemektedir.⁶²⁹ Ayrıca uzun süreye yayılan immünespresif tedavi alan hastaların güneş ışığından daha fazla etkilenmeleri sonucu ciltlerinde kötü huylu tümörlerin gelişme ihtimalinin normal insanlara göre yüksek olduğu, ayrıca diyabet gibi yan etkilerin de oluşabileceği belirtilmektedir. Bunun yanı sıra, bu tedavinin uzun süreli yan etkileri de bilinmemektedir.⁶³⁰

Diğer taraftan, organ alıcıları arasında psikolojik problemler yaşandığı, kimi hastaların naklin sonuçlarına katlanmakta zorlandığı da belirtilmektedir. Zira immünespresanların yaşamı kısıltıcı etkisinin farkında olan hasta, yaşam kalitesini yükseltmek adına kullandığı ilaçlar nedeniyle ömrünün bir şekilde kısalması şeklinde bir stres sebebiyle

⁶²⁵ Bahar Bayhan, “Organ Nakli Hastalarında İmmünespresif Tedaviye Uyum Ölçeği’nin (ITUÖ) Türkiye’de Geçerlik Güvenirliği” (yüksek lisans tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2014), s. 4-5, 13-4.

⁶²⁶ Bayhan, “İmmünespresif Tedaviye Uyum Ölçeği”, s. 14-19; Noor Alolabi v.dğr., “Hand Transplantation: Current Challenges and Future Prospects”, *Transplant Research and Risk Management*, 9 (2017), s. 27.

⁶²⁷ Bayhan, “İmmünespresif Tedaviye Uyum Ölçeği”, s. 15.

⁶²⁸ Funda Kadioğlu v.dğr., “Yüz Aktarımında Etik Sorunlar”, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları: I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, ed. Ayşegül Demirhan Erdemir v.dğr., Nobel Tıp Kitapevleri, İstanbul 2007, s. 825; James A. Edwards-David W. Mathes, “Facial Transplantation: A Review of Ethics, Progress, and Future Targets”, *Transplant Research and Risk Management*, 3 (2011), s. 114, 120.

⁶²⁹ Bayhan, “İmmünespresif Tedaviye Uyum Ölçeği”, s. 5, 19.

⁶³⁰ Leblebicioğlu v.dğr., “El Transplantasyonu”, s. 236-7.

karşı karşıya kalmaktadır.⁶³¹ Bu sebeple potansiyel alıcılara, kendilerine nakil yapıldığında bağışıklık sistemini baskılayan ilaçları ömür boyu kullanmak zorunda olduklarına ve bu ilaçların enfeksiyon ve hatta kanser gibi ölümcül olabilecek ciddi sonuçlara sebebiyet verebileceğine dair özel olarak hazırlanmış bilgilendirme ve onam formları imzalatılmaktadır.⁶³²

Klasik fıkıh eserlerinde, içeriğinde zararlı maddeler olup kişinin sağlığına az çok zarar vereceği bilinen ilaçların tedavi amacıyla kullanılıp kullanılmayacağı tartışıldığı görülmektedir. İbn Kudâme, içmesi veya kullanması halinde kişinin hayatını veya akli melekelerini kaybedeceğinin yüksek ihtimal olduğu ilaçları tedavi amacıyla kullanmanın caiz olmadığını belirtir. Ancak kişi bu ilacı almakla hayatını kaybetmeyecekse ve ilacın hastalığına iyi geleceği ümit edilirse o zaman daha zararlı olan bir hastalıktan kurtulmak için ilacı içmesi caiz olabilir. Fakat tedavi umulmuyorsa kendisini ölüme götürme ihtimalinden dolayı bu ilacı alması caiz değildir. Esasında tüm ilaçlarda zarar ihtimali bulunduğu için sağlıklı bir insanın onu kullanması caiz değilken, ilacın vereceği zarardan daha büyük olan mevcut bir zararı veya hastalığı gidermek için o ilacı almak caiz olmaktadır.⁶³³

Her ne kadar tıbbın ilerlemesiyle daha az zararlı ilaçlar üretilmeye başlansa da veya ileride nakil sonrası bu zararlı ilaçları kullanma zorunluluğu ortadan kalkabilecekse de şu anki durum budur ve kanaatimizce organ alıcısı açısından üzerinde en çok durulması gereken sorunlardan biridir. Zira örneğin daha sağlıklı bir yüze kavuşmak amacıyla, organ reddi, vücudun bağışıklık sisteminin çökmesi, kanser gibi hastalıklara yakalanma riskinin artması veya kullanılan ilaçların böbreklere verdiği zararlar gibi sonuçlara katlanılmasının ne kadar makul olduğu sorgulanmalıdır.

4.3. Verici Açısından Organ Nakli

Organ naklinin bir başkası için fedakarlıkta bulunan tarafı olan verici unsuru, günümüz şartlarında canlı veya kadavra olabilmektedir. Hayvandan nakil (xenotransplantasyon) veya sünî organ uygulamalarının yaygınlaşması halinde ise bu unsurlar da tasnife eklenebilecektir. İslam dünyasında verici bağlamında tartışılan en temel etik problemler,

⁶³¹ Kadioğlu, “Yüz Aktarımında Etik Sorunlar”, s. 827.

⁶³² *Kompozit Doku Nakilleri Raporu*, Türk Tabipleri Birliği, 2012, s. 7; Kadioğlu, “Yüz Aktarımında Etik Sorunlar”, s. 829-30.

⁶³³ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, II, 52.

beden bütünlüğü bozulan canlıdan organ almanın tıbbî endikasyonunun (tıbbî gereklilik) ne olduğu sorusu ile nakil sonrası vericinin zarar görmesi ve vericinin rızası sorunlarıdır. Kadavra verici açısından ise beyin ölümünün gerçek bir ölüm olup olmadığı, kişinin veya akrabalarının ölümünden sonra organ nakli konusunda izin hakkı bulunup bulunmadığı problemleridir.

Batı literatüründe ise verici açısından genel olarak organ bağışını artırma yolları, organ tedariki için organ vericisini ne şekilde ödüllendirmek gerektiği, rıza olmaksızın ölümünden sonra herkesi organ vericisi saymanın ne kadar etik olduğu, organ alımında yaşın önemi, anensefalik bebeklerden organ alımı, AIDS hastalarından veya diğer sağlık sorunlarına sahip kişilerden organ alımı, hayvandan nakil gibi konuların yoğun bir şekilde tartışıldığı görülmektedir.⁶³⁴

4.3.1. Canlı Vericiden Nakil

Günümüz tıbbî şartlarında canlıdan, çift ve iç organ olması itibariyle böbrek, yenilenebilen bir organ olması nedeniyle karaciğer ve yenilenebilir özelliği sayesinde kemik iliği, deri, kan gibi beden parçalarının alınması mümkündür. Böbrek naklinin başladığı ilk yıllarda nakiller tamamen canlı vericiden gerçekleştirilmekteydi. 1960'ların sonunda beyin ölümü kavramıyla birlikte kadavradan nakil şeklinde ifade edilen işlem gündeme geldi ve beyin ölümü gerçekleşen ama kalbi çalışıp sünî solunum cihazına bağlı olarak nefes alan kişiler hukuken ölü sayılmaya başlandı.⁶³⁵ Bugün Orta Doğu ve Kuzey Afrika ülkelerinde ağırlıklı olarak yaşayan akraba vericiden nakiller gerçekleştirilmektedir. Zira bu ülkelerde hem kadavradan nakil daha kompleks hem de kadavra verici sayısı oldukça azdır.⁶³⁶ Akrabadan nakil ise HLA uyumu açısından en güzel sonuçları vermektedir.⁶³⁷

Acil olmayan durumlar için uygun kan grubu ve boyutu daha uygun organ bulunması için daha fazla vakit olması, alıcı ve vericinin ameliyat, iyileşme ve bedenin fiziksel görünümündeki değişim süreçlerine psikolojik olarak hazırlanmaları için süre

⁶³⁴ Robert M. Veatch, *Transplantation Ethics*, Georgetown University Press, Washington D.C. 2000, s. 143 vd.

⁶³⁵ Veatch, *Transplantation Ethics*, s. 182.

⁶³⁶ Atighetchi, *Islamic Bioethics: Problems and Perspectives*, s. 168.

⁶³⁷ Veatch, *Transplantation Ethics*, s. 186.

bulunması gibi durumlar canlıdan organ alımının avantajları arasındadır.⁶³⁸ Ancak organ ve doku naklinde verici açısından endikasyon ve kişiyi iyileştirme amacı bulunmaması sorun olarak gündeme gelmektedir. Burada üçüncü kişi yararına bir müdahale söz konusudur. Türk Hukuku açıkça bu tür bir nakle müsaade ettiğinden ayrıca tıbbî endikasyona ihtiyaç duyulmamakta ve organ ve doku nakli kanuni endikasyon kabul edilmektedir. Endikasyon bulunmaması sebebiyle de müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için ilgilinin rızası kuvvetle vurgulanmaktadır.⁶³⁹

Canlıdan organ nakli durumunda, bir insanın (verici) başka bir insanın (alıcı) faydası için tedavi materyali olarak görülmesi ve dolayısıyla araçsallaştırılması sorunu da etik olarak tartışılmaktadır. Bu araçsallaştırma iddiaları çağdaş biyoetikte Kant'ın insan onuruna saygı ilkesinin bir uzantısı bağlamında irdelenmektedir. Esasında Kant'a göre insan onuruna saygı, bireyin asla bir araç olarak kullanılmamasını gerektiriyor değildir. Ona göre bu ilke, bireyin "sadece bir araç" olarak kullanılmasını engeller. Öyleyse Kant'a göre yanlış olan kişinin kendi amaçları için bir başkasını araç olarak kullanması olmayıp onları sadece bir araçtan ibaret görmek ve sömürmektir. Sömürünün önüne geçmenin yolu ise karşı tarafın isteğimizi yerine getirmek konusunda rızasını almak ve onun bilinçli ve özgürce karar vermesini sağlamaktır. Zira kişiler özgürce karar verme seçeneğine sahip olduğunu bildiklerinde karşı tarafın isteğini yerine getirme hususunda kendilerinin bir araç olarak kullanıldığı hissine kapılmazlar.⁶⁴⁰ Öyleyse nakil eyleminin ahlaken doğrulanabilmesi için gerekli temel unsurun vericinin rızası olduğunu belirtebiliriz. Bu bağlamda naklin tarafları hiçbir şekilde araç olarak kullanılmamalıdır.

Batılı yazarlar, otonomi (özerklik) kavramı çerçevesinde canlıdan nakilde kişinin özellikle de eş, yakın arkadaş, yakın akraba gibi kişilere organını verirken aslında ne kadar özerk olabileceğini tartışmaktadırlar. Esasında bu gibi bir bağış, kişiler istemese dahi potansiyel vericiler üzerinde bir baskı kurmakta veya bir şekilde ya da bazı sebeplerle karşı konamayacak derecede cazip gelmektedir.⁶⁴¹ Ülkemizin geleneksel kültür yapısında ise aile büyükleri tarafından organ bağışçısı olma rolüne kız kardeşlerin daha fazla yakıştırıldığı ve bu sebeple kızlar üzerinde bir manevî baskı olduğu

⁶³⁸ Kamal, "Ethical Issues of Organ Transplantation in Islam", s.99.

⁶³⁹ Aydın, "Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu", s. 135-6.

⁶⁴⁰ Sevtap Metin, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 70-1.

⁶⁴¹ Veatch, *Transplantation Ethics*, s. 191-4.

belirtilmektedir. Diğer yandan nakil süreci birtakım psiko-sosyal sorunları ortaya çıkarma potansiyeline sahiptir. Bu süreçte vericide meydana gelen psikolojik bozukluklar, alıcı-verici ilişkilerindeki değişimler, maddî çıkar tartışmaları ve manevî baskılar söz konusu olabilmektedir.⁶⁴²

Organ bağışlamanın sosyal bir sorumluluk olup olmadığı tartışmalarının yanı sıra genetik akrabalığın organ naklinde ahlâkî bir sorumluluk doğurup doğurmadığı da tartışılmıştır. Örneğin nasıl ki ebeveynin çocuklarının temel ihtiyaçlarını karşılama ve onlar için en iyi olanı yapma sorumlulukları bulunmakta ve bu bir ihsan olarak görülmeyp bazen ahlâkî ve bazen dinî bir görev sayılmaktaysa, benzer şekilde organ bağışı noktasında da kişilerin genetik akrabalarına karşı sorumlu olmalarının mümkün olduğu, zaten ilk bakışta toplumda böyle bir ön kabul olduğu iddia edilmiştir. Hatta bu sebeple akraba olmayan bir kimseye bağışta bulunmanın akrabaya bağışta bulunmaktan ahlâken daha yüce bir davranış olduğu dahi savunulmuştur.⁶⁴³ Bu açıdan düşünüldüğünde, İslam'a göre kişilerin bakmakla yükümlü oldukları bireylere karşı organ bağışlama gibi bir sorumlulukları olup olmadığı tartışması gündeme gelebilir.

Canlı vericiden nakilde en sık gündeme gelen problemler olarak vericinin nakil sonrası sağlık durumu, nakilde vericinin rızası ve ehliyeti sorunu, vericinin ve hukukî statüsünün nakle etkisi ve organ karşılığı maddî bedel alınması konularını ele alabiliriz.

4.3.1.1. Nakil Sonrası Vericinin Sağlık Durumu

İslam dünyasında organ vericisi etrafındaki temel tartışmaların merkezinde, daha önce sunduğumuz beden mülkiyeti sorunsalı yer almakla birlikte vericinin zarar görmesi iddiası da buna bağlı olarak gündeme getirilen konulardandır. Özellikle de organ bağışını herhangi bir ayırma gitmeksizin toptan reddeden görüşler canlı vericinin zarar gördüğü iddiasını temele alırlar. Diğer yandan, organ nakline cevaz vermekle birlikte kimi nakil türlerinde vericinin açık bir şekilde zarar göreceği düşüncesiyle nakle sınır çizenler de bulunmaktadır. Ancak bu kısımda vericide meydana gelecek zararlar açısından meseleyi sadece teorik olarak sunmakla yetinip tek tek organları

⁶⁴² Selda Okuyaz v.dğr., “Böbrek Nakli ve Etik”, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları: I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, ed. Ayşegül Demirhan Erdemir v.dğr., Nobel Tıp Kitapevleri, İstanbul 2007, s. 629-30.

⁶⁴³ Walter Glannon-Lainie Friedman Ross, “Do Genetic Relationships Create Moral Obligations in Organ Transplantation?”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 11 (2002), s. 153-8.

değerlendirdiğimiz kısımda konuyu, nakli mümkün olan organlar açısından yeniden ele alacağız.

Canlıdan nakilde verici açısından en temel sorun vericinin zarar görüp görmemesi meselesidir. Vericinin sağlığının hiçbir şekilde ciddi bir zarar görmemesi ve hayatının veya sağlığının riske atılmaması gerekmektedir. İslam dünyasında organ nakline cevaz veren hemen her kişi ve kurum da verici ve alıcıda bariz bir zararın oluşmamasını veya vericinin zararının alıcının yararından fazla olmamasını şart koşturmuştur.⁶⁴⁴ Çünkü sağlıklı bir insanın zaten hasta olan bir kişiye nispetle süregelen sağlığını devam ettirme hakkı daha fazladır ve daha uzun yaşam şansı vardır. Yine bu sebeple organ bağışlamakla zarar görecektir veya verme sürecine fiziksel açıdan dayanamayacak bir kimse gönüllü olsa dahi kendisinden organ alınmamalıdır.⁶⁴⁵

Organ alıcısının muztar durumda olduğunu ve ıztırâr veya zaruret sebebiyle vericinin organı ile hayat bulduğunu düşünsek dahi “*Iztırâr gayrın hakkını iptal etmez*”⁶⁴⁶ kaidesi gereğince vericiye zarar verecek şekilde herhangi bir uygulama yapılamaz. Çünkü muztar kişi de dahil, hiç kimse kendi hayatını kurtarmak için bir başkasını öldürme hakkına sahip değildir. Zira kimse kendi hayatını sürdürme noktasında bir başkasından daha fazla hak sahibi değildir. Herkesin hayatı saygınlık ve dokunulmazlık açısından eşittir. Bir başkasını öldürmesi için, kendi hayatı veya organları konusunda ağır ikrah ile tehdit edilse dahi kimse kimseyi öldüremez ve ona zarar veremez.⁶⁴⁷

İslamî açıdan, kişinin vermesiyle hayatını kaybedeceği açık olan kalp gibi hayati organları bağışlamasının caiz olmadığı noktasında net bir tutum vardır.⁶⁴⁸ Benzer şekilde, hayati olmamakla birlikte insan onuruna aykırı olarak ve kişinin temel bir organ fonksiyonunu tamamen yok edecek bir nakil de caiz değildir. İKÖ’ye bağlı İslam Fıkıh Akademisi Meclisi’nin kararına göre, iki göz korneasının birden alınıp nakledilmesinde olduğu gibi, kişinin yaşamı kendisine bağlı olmasa dahi alınmasıyla temel hayati bir fonksiyonun ortadan kalkacağı bir organın canlı bir insandan nakli haramdır.⁶⁴⁹ Yine

⁶⁴⁴ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 171-2; Mahlâfî, *Hudûdü't-tasarruf*, s. 108-9.

⁶⁴⁵ Kamal, “Ethical Issues of Organ Transplantation in Islam”, s.99.

⁶⁴⁶ *Mecelle*, md. 33.

⁶⁴⁷ Zeydân, *Hâletü'z-zarûra*, s. 44-5.

⁶⁴⁸ Mahlâfî, *Hudûdü't-tasarruf*, s. 70; Ali Muhyiddin el-Karadâğî-Ali Yusuf Muhammedî, *Fikhü'l-kadâya't-tıbbiyyeti'l-muâsıra: dirâse fikhîyye tubbiyye mukârana*, Dârü'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrut 2005, s. 490; Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 80-2; Karadâvî, *Fetâvâ muâsıra*, II, 533.

⁶⁴⁹ *Karârâtu ve Tavsiyyâtu Mecmai'l-Fıkhî'l-İslâmî ed-Düvelî*, s. 140.

“*Zarar izâle olunur*”⁶⁵⁰ kaidesini sınırlayan zararın misliyle ya da kendisinden daha büyük bir zararla giderilemeyeceğine dair kaideler sebebiyle el gibi görünür organlar ile göz, kulak, dudaklar gibi birini bağışlamakla kişinin nakıs kalacağı organlar hayati sorunlara yol açmasa dahi canlıdan bağışlanamaz.⁶⁵¹

Bu bağlamda Muhammed Naîm Yasin konuyu maslahat açısından değerlendirmek suretiyle, vericinin ölümüne sebebiyet vermemekle birlikte alıcının hayatını da kurtarmayacak bazı nakil türlerinin caiz olmayacağını söylemiştir. Örneğin yaşayan kişinin iki gözünü veya iki kolunu birden bağışlaması vücutta tek olan organı bağışlamak gibi olacağından dolayı caiz değildir. Yine yarar-zarar dengesi yarar lehine olmayacağı için kişinin iki gözünden birini tek gözü olan kişiye bağışlaması da caiz değildir. Ona göre benzer şekilde, iki gözü birden kör olan kişiye de tek gözünü bağışlamak veya iki kolu olmayan kişiye tek kolunu ya da ihtiyacı olana iki kulağından birini bağışlamak da caiz olmaz. Çünkü bu sonucunda, orijinal yaratılış bozulacağından ötürü alıcının elde edeceği fayda vericinin kaybettiği faydadan daha üstün olmayacaktır. Ayrıca vücudun bazı organlarından biri gittiğinde ilk anda düşünüldüğünün aksine ikisinin toplam fonksiyonunun yarısından fazlası kaybedilir. Mesela tek ayağı olan iki ayrı kişinin yapabileceği bir işi, iki ayağı olan tek kişi daha iyi yapabilir. Üstelik bugün teknolojinin ilerlemesiyle yapay organlar da kullanılabilir. Bütün bunlar dikkate alındığında ve bir de bunlara iki taraf için doğacak ameliyat ve diğer riskler eklendiğinde Yasin bu tür nakillerin caiz olmayacağını söyler.⁶⁵²

Diğer yandan kişiden uzuv alınmasının, kişinin içinde yaşadığı topluma karşı sorumluluklarını ve görevlerini olumsuz yönde etkileyecek fiziksel zararlara da sebebiyet vermemesi gerekir.⁶⁵³ Nakilden sonra da vericinin, gündelik yaşamını ve sosyal, ailevi, kişisel vs. sorumluluklarını sürdürebilecek durumda olması gerekir. Kuveyt Vakıflar Bakanlığı’na bağlı Fetva Kurulu’na göre kişinin, kazanç elde etmesine engel olacak veya insan onuruna aykırı sayılabilecek şekilde organ bağışında bulunması

⁶⁵⁰ *Mecelle*, md. 20.

⁶⁵¹ Karadâvî, *Fetâvâ muâsıra*, II, 533; Karadâğî-Muhammedî, *Fıkhü'l-kadâya't-tubbîyyeti'l-muâsıra*, s. 491; Mahlâfî, *Hudûdü't-tasarruf*, s. 208.

⁶⁵² Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 172-4.

⁶⁵³ Umer, “et-Tasarrufâtü'l-vâride”, s. 91.

caiz değildir.⁶⁵⁴ Hatta kimi çağdaş alimler, kişinin bedeninin, toplumun ve ailesinin de kişi üzerinde hakkı olduğunu gerekçe göstererek, nakil sonrası vericinin kendisine zarar verdiği, ailesini ihmal ettiği, dinî ve dünyevî vecibelerini yerine getiremediği düşüncesiyle canlıdan bağışın caiz olmadığını savunmuşlardır.⁶⁵⁵ Kimileri ise vericinin sağlık riski değerlendirmesini yaparken, organda rejeksiyon sorunu olması veya alıcının vefat etmesi gibi durumlarda alıcıda ve vericide ortaya çıkabilecek psikolojik sorunlara da vurgu yaparlar.⁶⁵⁶

İslam dünyasında organ nakline karşı çıkan bazı isimler, başkasına verilmek üzere bedenden bir organın çıkarılması sonucu, en iyi ihtimalle bedende zayıflık oluşturacağı gerekçesiyle organ bağışının “*Ellerinizi kendinizi tehlikeye atmayın*”⁶⁵⁷ âyetinde bahsedilen insanın kendini tehlikeye atması kapsamına gireceğini söylemektedirler.⁶⁵⁸ Kişinin bedeninden bir organını vermesini bu kapsamda gören Sükkerî, bu âyetin ve “*Kendinizi öldürmeyiniz*”⁶⁵⁹ âyetinin doğrudan ve dolaylı olarak kişinin hem kendini hem de başkasını öldürmesinin yasaklığına delalet ettiğini söyler. Kendini öldürmek yasak olduğu gibi kişinin helakına yol açacak her türlü vesile de yasaktır.⁶⁶⁰ Kimilerince bu âyet, bağış yoluyla insanın organlarını kendi eliyle yok etmesinin yasaklandığı şeklinde yorumlanmıştır. Fakat bu görüş, çift organları bağışlamanın bu kapsama girmeyeceği şeklinde eleştirilmiştir. Zira bu yorum ancak, yaşayan insanın tek organlarından birini bağışlaması halinde -intiharla eşdeğer bir davranış olacağından-haklı olacaktır. Tam tersine, imkan olduğu halde çift organlardan birini bağışlamamak, potansiyel alıcıların yaşamlarını tahrip etmeye yol açan bir ret anlamına gelecektir.⁶⁶¹

4.3.1.2. Vericinin Rızası

Modern hukuk literatüründe çoğunluğun, tıbbî müdahaleyi meşru kılan unsuru mağdurun rızası ile izah ettiği görülmektedir. Bu görüşe göre tıbbî veya cerrahi müdahaleler mağdurun rızası sayesinde hukuka uygun hale gelmekte ve hastanın

⁶⁵⁴ Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 199.

⁶⁵⁵ Sükkerî, *Naklu ve zirâ'atü'l-a'dâi'l-âdemiyye*, s. 113-4, 117, 144; Şinkîti, *Ahkâmu'l-cerâhati't-tıbbîyye*, s. 364.

⁶⁵⁶ Veatch, *Transplantation Ethics*, s. 189.

⁶⁵⁷ el-Bakara, 2/195.

⁶⁵⁸ Ubeyd, “el-Akvâlu'l-fikhîyye fî nakli ve zer'i'l-â'dâi'l-beşeriyye”, s. 355-6; Sükkerî, *Naklu ve zirâ'atü'l-a'dâi'l-âdemiyye*, s. 107.

⁶⁵⁹ en-Nisâ, 4/29.

⁶⁶⁰ Sükkerî, *Naklu ve zirâ'atü'l-a'dâi'l-âdemiyye*, s. 104-10.

⁶⁶¹ Atighetchi, *Islamic Bioethics: Problems and Perspectives*, s.163.

rızasını almadan müdahalede bulunan hekim, kasıt veya taksir bulunduğu fiilinden sorumlu tutulmaktadır.⁶⁶² Aranılan bu rızanın geçerli olması için ise rıza sahibinin buna ehil olması ve rızayı hür iradesiyle gerçekleştirmiş olması gerekmekte, ayrıca rızadan önce hastaya uygulanacak müdahale hakkında ayrıntılı bilgi verilmelidir.⁶⁶³ Hastanın aydınlatılması (aydınlatılmış onam) hususu, rızanın geçerliliğinin ön şartıdır. Aksi takdirde hekimin hastanın bedenine müdahalesi esasen yaralama sayılmaktadır. Kendi geleceğini belirleme hakkına sahip hastanın rızası ile, bedenin yaralamalara karşı korunması hakkından vazgeçilmiş olmaktadır.⁶⁶⁴

Organ nakli özelinde ise hukuk, fıkıh ve etik çevrelerdeki yaygın kanaate göre, hem alıcının hem de vericinin nakil işlemine rıza göstermesi gerekmektedir. Alıcı açısından rıza genellikle pratikte bir sorun teşkil etmediği için vericinin rızası hususu üzerinde duracağız. İlk bölümde değindiğimiz üzere, günümüzde kimi ülkelerde rıza sistemi benimsenmemekte ve kimi yazarlarca “rutin kurtarma” olarak adlandırılan bir sistemle aksine bir beyan bulunmadıkça kadavralar otomatik olarak verici sayılmaktadır. Gerek Batı biyoetik literatüründe ve gerekse kimi din mensuplarınca ilgili uygulamalar ciddi anlamda tartışılan temel konulardandır. Bazı şahsi görüş ve sistemlere göre ölü bedenler devletin mülkiyetinde görülmekte ve organ bağışına ihtiyaç duyan kişilere bu bedene ait organlar otomatik olarak devletin yetkisiyle verilebilmektedir. Fakat kişinin yazılı herhangi bir aksi beyanı bulunduğu durumda durum değişmektedir. Bu anlamda Batı’da rızanın aranmadığı model ile bağış modeli karşı karşıya bulunmaktadır. Bağış modelinde kişinin beden bütünlüğünün korunması hakkı ön planda tutulmakta ve bu hakkın ölümden sonra da devam ettiği, dolayısıyla izinleri olmaksızın organlarının alınamayacağı düşüncesi temele alınmaktadır.⁶⁶⁵

Bağış modelinin karşısında yer alan rızanın aranmadığı modeli destekleyen Batılı biyoetikçilerin başında meşhur organ nakli uzmanı Robert M. Veatch gelmektedir. Veatch, kişilere sorulduğunda çoğunun organını bağışlamak istemeyeceğini ve bu durumun bağışı azaltacağını hesaba katarak, ölümünden sonra kişilerin organlarının devlet tarafından kişilerin izni olmaksızın “rutin kurtarma (*routine salvage*)” adı altında

⁶⁶² Dönmezer-Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, II, 51.

⁶⁶³ Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*, s. 11-2.

⁶⁶⁴ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 224-5.

⁶⁶⁵ Veatch, *Transplantation Ethics*, s. 12-6, 144-62.

alınabileceğini belirtir. “Varsayıli rıza (*presumed consent*)” kavramını kullanarak kadavralardan organ almak ise ona göre dürüstlüğe aykırıdır. Zira rızanın bulunduğunu varsaymanın her zaman doğru olmadığı açıktır. Bu iki kavramdan birini kabulün neticesi aynı olsa da devletin topluma bakışında birey ya da devletin merkezde olması açısından her iki yaklaşımın birbirinden farklı açımları bulunmaktadır.⁶⁶⁶

İslam dünyasında ise organ nakline cevaz veren kişiler, kurumlar ve hukuk düzenleri, zikredeceğimiz bazı istisnalar hariç, organ bağıışı için vericinin rızasını şart koştırmaktadırlar. Müslüman araştırmacılar arasında vasiyetin şartlarına ve şekline dair ihtilaflar bulunsa da hemen hepsi ölüden nakil için gerekli olan en temel şartlar arasında vericinin bağıışa dair vasiyetinin yani rızasının bulunmasını şart koştırlar.⁶⁶⁷ Bu görüşe göre hiçbir insan bir başkasının yararı için onun izni olmaksızın araç olarak kullanılabilir bir varlık değildir. Her insan kendi bedeni üzerinde -belli çerçevede- karar verme yetkisine sahiptir ve beden sağlığı hakkı kişiye sıkı sıkıya bağılı haklardandır. Dolayısıyla bir beden üzerinde organ bağıışı gibi bir durum söz konusu olduğunda beden sahibinin izninin ve rızasının bulunması gerekir. Kişinin rızasını olmaksızın hekimin, bir kimsenin bedenine dokunması bazı istisnai durumlar haricinde meşru değildir ve böyle bir eylem cezalandırılır.⁶⁶⁸ Diyanet İşleri Başkanlığı da “Toplumun huzur ve düzeninin bozulmaması bakımından organ veya dokusu alınacak kişinin ölmeden önce buna izin vermiş olması veya hayatta iken aksine bir beyanı olmamak şartı ile yakınlarının buna razı olması”nı şart koştırmaktadır.⁶⁶⁹

Seküler tartışmalarda salt vericinin rızasından bahsedilirken, İslam’da vericinin yanı sıra, beden üzerinde kulun ve yaratıcının ortak hakkı bulunduğu algısı nedeniyle organ bağıışında yaratıcının rızasının bulunması gibi manevî bir yön de şart olarak aranmaktadır. Bu manevî yönün aklî açıklaması ise alıcının bedeninde gerçekleşen faydanın ve kurtarılan hayatın yaratıcının rızasına uygun olmasıdır. Yusuf el-Karadâvî ise farklı bir yorumla, bağıış için kişinin rızasının yanında, kişinin göreceği zarardan az

⁶⁶⁶ Veatch, *Transplantation Ethics*, s. 160-72.

⁶⁶⁷ Ali, *Naklu 'l-a'dâ mine 'l-meyyiti ile 'l-hay*, s. 108-9.

⁶⁶⁸ Sağır, *Naklu ve zirâatü 'l-a'dâi 'l-beşeriyye*, s. 78.

⁶⁶⁹ <http://www2.diyaret.gov.tr/dinisleryuksekkurulu/Sayfalar/KisininYasamDestek.aspx>

[Erişim tarihi: 15 Ocak 2017]

da olsa etkilenecek veya kişinin üzerinde hakları olan çocukları, eşi gibi kişilerin de rızasının alınması gerektiğini belirtir.⁶⁷⁰

Klasik dönem fakihlerinin kişinin bedenine müdahalesine muvafakatının sonuçlarına dair görüşleri de organ bağışında rıza konusuna ışık tutabilir. Fakihler arasında, kişinin herhangi bir organının kesilmesine veya ona zarar verilmesine rızasının karşı tarafın cezalandırılmasına etki edip etmeyeceği tartışılmıştır. Kısaca ifade etmek gerekirse, Mâlikîler haricindeki klasik görüşlere göre bir kimsenin kendi elini kesmesi için bir başkasına izin vermesi ve izin verilen kişinin bunu yapması halinde eli kesen kişinin hukuken suçlu kabul edilmeyeceği ve bu kişiye kısas gerekmeyeceği belirtilmektedir.⁶⁷¹

Bu da bize bazı durumlarda kişinin kendi rızası sebebiyle karşı tarafın, o kişinin organları üzerinde fakat verilen izin çerçevesinde tasarrufta bulunabileceğini göstermektedir. Ancak bu örnekten yola çıkarak, kişinin hiçbir sebep olmaksızın herhangi bir organının bedeninden ayrılmasına izin verebileceği sonucuna ulaşamayız. Fakat müessir fiillere rızanın cezayı düşüreceği konusundaki yaygın kanaatleri dikkate alarak, kişinin zaruret içindeki bir kimseye kendi rızasıyla bedeninden bir parça vermesinin yani organını rızasıyla bağışlamasının karşı taraf açısından cezayı düşürücü olacağını söyleyebiliriz. Bu anlamda vericinin organlarının alınmasına rızası, eylemi hukuken geçerli hale getirmekte, en azından alıcı veya hekimin bu sebeple cezalandırılmasını engelleyici olmaktadır. Zira kasten öldürme ve yaralamada dahi karşı tarafın canı ve bedeni üzerinde hak sahibi haline gelen kişi dilerse karşı tarafı tamamen affedebilmektedir. Burada da kısas ve diyetin ortadan kalkması şeklinde tezahür eden, eylemin cezasız kalmasına rıza bulunmaktadır. Adam öldürme veya müessir fiil gerçekleşikten sonra karşı tarafa ceza uygulamama hakkı bulunduğu göre, aynı mantıkla düşünüldüğünde, kişi kendi bedenî hakkında organının alınmasına rıza verdiğinde de alıcı veya işlemi gerçekleştiren hekimin herhangi bir cezaya tabi tutulmaması gerekmektedir. Kimi araştırmacılara göre ise vericinin rızası bulunmaksızın ondan herhangi bir doku, organ veya parça almak duruma göre kısas veya diyeti gerektirecek bir suçtur.⁶⁷² Bu görüşlerden yola çıkarak organ bağışına

⁶⁷⁰ Karadâvî, *Fetâvâ muâsıra*, II, 533.

⁶⁷¹ Kâsânî, *Bedâi*, VII, 236; Abdülkâdir Üdeh (1373/1954), *et-Teşrîü 'l-cinâiyyü 'l-İslâmî: mukârenen bi'l-kânûni 'l-vaz'î*, Dârü't-Türas, Kahire 1977, I, 442-3.

⁶⁷² Karadâgî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 198-9.

rızanın, hekimin müdahalesinin hukuka uygun sayılması açısından önemli ve gerekli olduğunu ifade edebiliriz. Ancak kişilere karşı işlenen suçun ve dolayısıyla ceza hukuku boyutunun ötesinde İslam hukuku açısından yapılan eylemin helal-haramlığı da elbette önem teşkil etmektedir.

Modern hukuklarda da beden bütünlüğüne yönelik olmasına rağmen kişiye ciddi zararlar vermeyecek ve tehlikeli sonuçlar doğurmayacak saldırılara kişinin kendisinin izin vermiş olması halinde hukuka aykırılık gündeme gelmemektedir. Ancak kişinin beden bütünlüğüne yönelik bu izni, hukuka ve ahlaka aykırı olmamakla kayıtlıdır. Hukuk ve ahlaka aykırı olan girişimler ise kişinin bedeninde önemli zararlar doğuran girişimlerdir.⁶⁷³

Rızanın geçerli sayılabilmesi için rızaya dair birtakım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. Örneğin organ alınmadan önce kişinin kısa ve uzun vadede doğabilecek her türlü risk ve komplikasyona karşı uyarılması ve işlemin mâhiyetinin kişiye açıklanması yani kişinin bu konuda aydınlatılması gerekir.⁶⁷⁴ Organ naklinin, alıcı ve verici tarafların beden bütünlüğüne bir müdahale teşkil etmesi sebebiyle, tarafların uygulama öncesinde hekim tarafından aydınlatılması ve onamlarının alınması gerekmektedir. Literatürde aydınlatılmış rıza/onam şeklinde geçen bu sorumluluk tedavinin konusu, içeriği, şekli, boyutları, süresi ve sonuçları hakkında hastanın bilgilendirilmesi ve muvafakatının alınması şeklinde tanımlanmaktadır. İnsan haklarının ve hastanın özerkliğinin korunması açısından hekimin hastasına karşı bu yükümlülüğü, müdahalenin ancak bu aydınlatma ve rızadan sonra hukuka uygun hale geleceğini ifade etmektedir. Bu sebeple organ nakli öncesinde, müdahalenin niteliği, tehlikeleri, riskleri ve uzun vadeli olumsuz sonuçları hakkında tarafları aydınlatmak hekimin bir sorumluluğudur.⁶⁷⁵ Yine vericinin ikrah altında değil hür iradesiyle izin vermesi gerekir. Aynı şekilde vericiye yanlış ya da eksik bilgi verilmesi, organ bağışlaması için hileye başvurulması gibi durumlarda vericinin rızası yok hükmündedir. Zira hekimin vericiyi

⁶⁷³ Zevkliler, *Medeni Hukuk*, s. 382.

⁶⁷⁴ Sağır, *Naklu ve zirâatü 'l-a 'dâi 'l-beşeriyye*, s. 80.

⁶⁷⁵ 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*, ed. Ayşegül Demirhan Erdemir v.dğr., Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2007, s. 194-5.

işlem esnasında ve sonrasında doğabilecek tüm olumsuz sonuçlara karşı uyarması ve bilgilendirmesi gerekmektedir.⁶⁷⁶

Genel olarak tıpta rızanın açık veya zımnî, yazılı veya sözlü olması mümkündür. Verici açısından risk ve komplikasyon ihtimalinden dolayı ve anlaşmazlıklara sebebiyet vermemesi için organ bağıışı muvafakatı pek çok hukuk sisteminde yazılı olmaktadır.⁶⁷⁷

Hukukumuz da organ naklinde yazılı rıza şartını aramaktadır.⁶⁷⁸ Ancak kanunumuza göre -kanaatimizce eleştiriye açılması gereken bir uygulama olarak- aksine dair bir vasiyet ibraz edilmedikçe, alınması halinde ceset üzerinde değişiklik yapmayan kornea gibi dokular izinsiz alınabilmektedir.⁶⁷⁹

İslam dünyasında organ nakli hususunda genel kanaat rızanın aranması ise de, kimileri organ naklinin zaruret hali teşkil etmesi nedeniyle, hayat kurtarmak gibi daha büyük bir maslahatı gerçekleştirmek için ve süreçte hızın önemi nedeniyle ölü vericinin izni aranmaksızın organlarının alınabileceğini iddia ederler. Bu iddialarına delilleri ise, klasik fıkıh metinlerinde yer alan, karnında bebek varken vefat eden hamile kadının geçmişte buna dair bir izni olmamasına rağmen bebeği kurtarma zarureti nedeniyle karnının yarılabilir olması örneğidir.⁶⁸⁰ Fakat kanaatimize göre, tüm organ nakillerinin doğrudan hayat kurtarıyor olmaması gerekçesiyle ve ölmüş hamile kadın örneğinde kadının izin verme imkanının bulunmuyor olması gibi sebeplerle bu kıyas yanlıştır.

Kuveyt Vakıflar Bakanlığı'na bağlı Fetva Kurulu ise zaruret sebebiyle ölüden nakilde kişinin vasiyeti bulunması gerekmediğine, ancak canlıdan nakilde izin aranmasının gerekli olduğuna hükmetmiştir.⁶⁸¹ Yine Mısır Müftüsü Tantâvî, veresinin veya devletin izni olmaksızın cesetten organ alınabileceğine dair fetva vermişse de Sükkerî bu fetvayı hem dine hem de Mısır kanunlarına aykırı bularak şiddetle eleştirmektedir.⁶⁸²

The Federation of Islamic Medical Association (FIMA), The Indonesian Council of Ulama (MUI) ve The Indonesian Forum for Islamic Medical Studies (FOKKI)

⁶⁷⁶ Mahlâfî, *Hudûdü't-tasarruf*, s. 208-10.

⁶⁷⁷ Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 30.

⁶⁷⁸ Hakeri, *Tıp Hukuku*, s. 227-8.

⁶⁷⁹ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2238.pdf> [Erişim tarihi: 6 Aralık 2015]

⁶⁸⁰ Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 173.

⁶⁸¹ Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 199.

⁶⁸² Sükkerî, *Naklu ve zirâ'atü'l-a'dâi'l-âdemiyye*, s. 152-3.

tarafından düzenlenen toplantıda (30 Temmuz 1996, Jakarta) ise kişinin hayatını tehlikeye atmaması şartıyla yaşarken veya öldükten sonra organlarını almak için bizzat bireylerin ya da ailelerinin iznine ihtiyaç olmayacağı neticesine ulaşılmıştır. Toplantıda, varlığı Allah'a nispet edilen şeylerin kamu yararı için yaratıldığı, bu yararın ise devlet tarafından temsil edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Buna göre devlete düşen, tıp ilminin rehberliğinde insan organlarının kullanımına izin vermektir. Yine bu karara göre aslında hakları olmamasına rağmen ölü donörlerin ailelerinin yanlış anlamasından kaçınmak için onların da izni sorulmalı, yaşayan donörlerden yazılı izin alınmalı ve öldükten sonra organlarını bağışlamak isteyenler mümkünse yazılı bir vasiyet bırakmalıdır. Ayrıca devlet, donörün ödüllendirilmesine dair düzenlemeler de yapabilir.⁶⁸³ Dolayısıyla bu alimler insan organlarının mülkiyetinin Allah'a ait olduğu ve bu yüzden kamu yararı için kullanılabilmesi sonucuna varmışlar, bu yararın kullanılması ile ilgili düzenlemelerin ise devlet tarafından yapılmasını kaçınılmaz görmüşlerdir.

Muhammed Na'im Yasin ise gerçek bir zaruret bulunması durumunda, muztarın leş yiyerek hayatını kurtarması örneğinde olduğu gibi, ölmüş kişinin izni olmadan organları alınabileceğini iddia eder. Onun zarurettten kastı ise bir kişinin ölümü ile bir başkasının ölüm tehlikesi altına girmesinin aynı ana denk gelmesi, ölenin bir organını ölüm tehlikesi altındaki kişiye vermekle o kişinin kurtulacak olması ve kişinin kurtulması için tek çarenin bu olmasıdır. Bu durumda ölmüş kişinin izni olmaksızın organları alınabilir. Ancak normalde kişinin organlarının alınmasına izin verdiğine dair vasiyeti bulunmaksızın organları alınmaz.⁶⁸⁴ Esasında hem organ naklinin bazı türlerini zaruret ilkesiyle temellendirip hem de nakil için vericinin rızasının aranması gerektiğini söylemek çelişkili gibi görünmektedir. Fakat organ naklinin bireysel zaruret durumlarından farklı olarak birden fazla tarafın ve hekimin de içinde rol aldığı tıbbî bir müdahale olduğunu ve ilgili müdahalenin yapılması ve hayat kurtarmak için genellikle zamanın bulunduğu göz önünde bulundurulduğunda rızanın aranmaması için bir sebep bulunmamaktadır.

Kanaatimizce kimi organ nakillerinde her ne kadar zaruret hali tahakkuk ediyor olsa da, bir insanın hayatını kurtarmak için izni olmaksızın herhangi bir kimseden organ

⁶⁸³ Bkz. *Resolution of International Seminar on Organ Transplantation and Health Care Management from Islamic Perspective*, <http://www.members.tripod.com/ppim/resolusi.htm> [Erişim tarihi: 12 Şubat 2014]

⁶⁸⁴ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 164-5.

alınmamalıdır. Aksi takdirde kişilerin can, beden ve sağlıklarının güvenliği sağlanmamış olur. Tıp etiğinde self determinasyon olarak ifade edilen kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ve irade özerkliği açısından bakıldığında da, rıza olmaksızın organ alımı başkasının bedeni üzerinde izinsiz tasarruf hakkı vermesi açısından sorunludur. Cesetler üzerinde sahiplerinin iradeleri dışında tasarrufa yol açacak böyle bir uygulama kötüye kullanıma açık olacaktır.

Diğer taraftan süreci hızlandırmak ve nakilleri arttırmak için vericinin izni olmaksızın organ almak bireylerin maslahatına uygunsu da bunun karşısında toplumda can güvenliği duygusunun sağlanması da genel bir yarar olarak durmaktadır. “*Zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâs ihtiyar olunur*”⁶⁸⁵ kaidesi gereğince toplumda can güvenliği duygusunun temin edilmesi öncelenmelidir. Yine vericinin izni olmaksızın organ alınmaması, kişilerin sağlık güvenliğinin görebileceği muhtemel zararları önlemek yani fıkıh diliyle sedd-i zerfa açısından da önemlidir.⁶⁸⁶ “*Izturâr gayrın hakkını iptal etmez*” kaidesi gereğince her ne kadar organ alıcısını muztar konumunda görmek mümkün olsa da ölü veya diri olsun vericinin izni alınmaksızın organ almak doğru değildir.

İnsan bedeninin dokunulmazlığı nedeniyle acil müdahaleler haricinde hekim, hastasına yararlı olacağı bir tıbbî müdahalede bulunurken dahi onun rızasını almak zorundadır. Vefatından sonra da bedenin dokunulmazlığı devam etmektedir ve kanaatimizce kişinin rızası olmaksızın bedeninin -tabiri caizse- parçalanarak organlarının alınması kabul edilebilir değildir. Her ne kadar İslam dünyasında kişinin bedeninin mâliki olmadığına dair bir ittifak mevcutsa da yine de vericinin izni olmaksızın organ alınması kabul edilmemekte ve görünürdeki mülkiyeti nedeniyle kişinin rızası aranmaktadır. Rızasız organ almak kanaatimizce de cesedin dokunulmazlığı ve güvenliğinin sağlanması ilkelerine aykırıdır. Ölü bedenin dokunulmazlığı ve hatta kutsallığı düşüncesinin temel olduğu İslam toplumlarında rıza bulunmaksızın organ alınırca, kişiler hastanede vefat etmekten çekinir hale gelecek ve tıbbı olan güven oldukça azalacaktır.

4.3.1.3. Vericinin Ehliyeti ve Eksik Ehliyetlilerden Nakil

Batı’da ve İslam dünyasında hukuken ehliyeti bulunmayan kişilerden veya eksik ehliyetlilerden nakil konusu tartışılmıştır. Ancak kural olarak organ bağışi esnasında,

⁶⁸⁵ *Mecelle*, md. 26.

⁶⁸⁶ Karadâgî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 192-5.

uygulamanın başında ve organı alma operasyonu sırasında kişinin tam ehliyet sahibi olması gerekir. Eksik ehliyetlinin sözlü tasarrufları bâtil sayılacağı için bağış esnasında kişinin tam ehliyet sahibi olması şartı aranır. Uygulama esnasında tam ehliyet şartının olması ise bağışın ancak uygulama ile lâzım (bağlayıcı) hale gelmesi sebebiyledir.⁶⁸⁷ Bu sebeple ehliyeti olmayanlardan olduğu gibi, baskı ve cebir altında da organ bağışı geçerli olmaz.⁶⁸⁸

Çocuk ve akıl hastası gibi hukuken tam ehliyet sahibi olmayan kişilerden organ alımı konusu etik ve hukukî boyutlarıyla tartışılmaktadır. Zira bu kimseler ehliyetleri bulunmaması sebebiyle yasal temsilcilerinin himayesine muhtaçtırlar ve bu sorumlu kimselerin onların lehine sağlıklarını koruması gerekir. Çalışmasında bu konuyu İslamî açıdan ele alan Saîd Ramazan el-Bûtî, organ bağışı konusunu başkası için kendinden fedakarlıkta bulunma (îsâr) kapsamında gördüğü için, bu kimselerin îsârda bulunmaya yetkin olup olmadıkları açısından konuyu ele alır. Ona göre çocuk ve akıl hastası gibi kendi başına işlerini idare edemeyen, hukuken tam ehliyet sahibi olmayan kişiler îsârda bulunamazlar. Çünkü kendi başına karar vermeye ehil olmayan böyle kimseler için hata yapma tehlikesi bulunmaktadır. Hatta bu kimselerin organ bağışı gibi îsâr kapsamına giren tasarruflarına karar verme hakkına velileri de sahip değildir. Fıkıhta da bir kaide olarak bilindiği üzere “*Velinin tasarrufu, velâyeti altındaki kişinin hayrına ve maslahatına olan şeylerle sınırlıdır.*” Bu anlamda velinin tasarrufu ancak velâyet altındaki mutluluğu ve maslahatı yönünde olabilir ve bu sebeple veli, ister velâyet-i hassa isterse velâyet-i amme ile veli olsun, velâyeti altında olan kişinin bedeni üzerinde herhangi bir tasarrufta bulunamaz. Dahası, îsâr ancak bizzat hak sahibi olan asıl tarafından yapılabileceği için kişinin malı veya başka hakları üzerinde de veli îsârda bulunamaz.⁶⁸⁹ Bu sebeple çocuk, akıl hastası ve bunak kişinin (ma‘tûh) bağışı kabul edilemediği gibi veli veya vasîsi de bunlar adına organ bağışlayamaz. Çünkü şer‘î niyâbet çocuk ve mecnun için en yararlı olanın gerçekleştirilmesi ile sınırlıdır. Veli ve vasînin çocuk ve mecnunun malını veya herhangi bir hakkını bağışlama yetkisi

⁶⁸⁷ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 163.

⁶⁸⁸ Ahmed, *Ahkâmu nakli 'l-a'dâi 'l-insân*, I, 162; Ali, *Naklu 'l-a'dâ mine 'l-meyyiti ile 'l-hay*, s. 110.

⁶⁸⁹ Bûtî, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, s. 127.

olmadığında fakihler ittifak etmişlerdir. Öyleyse bunlar canlı iken organını alma konusunda da izin veremezler.⁶⁹⁰

Velinin, organ bağışına karar verme gibi, velâyeti altındakinin bedenine yönelik olumsuz bir tasarrufu için vekâlet hükümleri de geçerli olmaz. Çünkü asîlin vekilden yapmasını istediği tasarrufa ehil olması vekâlet akdinin sıhhat şartlarındanndır. Malum olduğu üzere burada asîl kendisi için böyle bir tasarrufta bulunamamaktadır. Kendisinin yapmaya ehil olmadığı şeyi bir başkası vasıtasıyla da yapamaz. Dolayısıyla velinin çocuk veya akıl hastasının bedeninden parçalarını bağışlama hakkı yoktur. Çünkü burada, velâyeti altındaki kişiye açık bir zarar verilmesi söz konusudur. Ancak Bûtî buradan istisna olarak velâyet altındaki kişinin kanının olması gereken miktardan fazla olması halinde kana muhtaç olan kişiye veli tarafından bağışlanmasının caiz olacağını söyler. Fakat şart olarak, vericinin kanının fazla olduğuna ve alıcının bu kana muhtaç olduğuna iki adil hekimin karar vermesi gerekmektedir.⁶⁹¹

Ancak kimi araştırmacılar genel algıdan farklı olarak, bağışta bulunmasının çocuk için faydalı olması durumunda ve bağış çocuğun yakın bir bağ içinde bulunduğu bir kimseye olacaksa, en az bir ebeveynin izniyle çocuk adına bağışta bulunabileceğini belirtirler. Örneğin hayati bir nakil ihtiyacı varsaydığımızda, bir çocuğun anne babası olmadan yaşamını sürdürmesindense kendi maslahatı için nakil ihtiyacı içinde olan ebeveynine organını verebilmelidir.⁶⁹² Fakat kanaatimizce bu iddia, çocuğun maslahatı, çocuğun yakın bağ içinde olduğu kişi veya nakle olan ihtiyacın hayati oluşu gibi ifadelerin kapsamının net olmaması itibariyle tartışmaya açıktır.

4.3.1.3.1. Anensefalik Bebeklerden Nakil

Beyni ve kafatasının bir kısmı veya tamamı oluşmamış bebekleri ifade eden anensefali durumunda organ nakli konusu da Batı ve İslam dünyasını meşgul eden tartışma alanlarından biridir. Batı’da anensefalik bebeklerde bilinç bulunmaması ve hayatlarını devam ettiremeyeceklerinin kesin olması gerekçeleriyle, velilerinin izni alındıktan sonra bu bebeklerin organlarının özellikle çocuklara nakledilebileceğini söyleyen

⁶⁹⁰ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 163; Mahlâfî, *Hudûdü’l-tasarruf*, s. 210-3.

⁶⁹¹ Bûtî, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, s. 127-8. Ülkemizde de Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanuna göre de on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır (m.5). <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2238.pdf> [Erişim tarihi: 6 Aralık 2015]

⁶⁹² Lynn A. Jansen, “Child Organ Donation, Family Autonomy, and Intimate Attachments”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 13 (2004), s. 139-41.

araştırmacılar bulunmaktadır.⁶⁹³ Zira anensefalik bebeklerde beyin korteksi bulunmaması sebebiyle ancak %5'inin bir haftaya kadar yaşayabileceği ve daha sonra hayatını kaybedecekleri belirtilmektedir. Bu sebeple anensefalisi olan yenidoğanların organ nakli için önemi birer aday oldukları düşünülmektedir. Pratikte ise doğar doğmaz bu bebeklere tam yaşam desteği uygulanarak organlarının çıkarılması veya beyin ölümü gerçekleşene kadar beklenilmesi şeklinde farklı uygulamalar söz konusu olmuştur.⁶⁹⁴

İslam dünyasında anensefaliye yaklaşım, bu bebeklerin tam bir insan olduğu, dolayısıyla kendi eceliyle vefatları gerçekleşene kadar onlara hiçbir şekilde müdahale edilemeyeceği yönündedir. Dolayısıyla bu bebekler ölüme mahkum edilemeyeceği gibi hayat belirtileri bulunduğu sürece organları da alınmaz. Anensefalik doğanlar beyin ölümü gerçekleşen kişi konumunda değil de gerçek hayata sahip bir insan konumunda değerlendirilir.⁶⁹⁵ Zira bu bebeklerde kan dolaşımı, kalp atışı, nefes alma gibi işlemler spontane şekilde mevcuttur. Bu sebeple doğuştan gelen kimi kusurlarıyla birlikte bu bebekler gerçek ve canlı bir insan konumundadır ve hayatları hukuken koruma altındadır. Hastalıkları sebebiyle bu bebeklerin organlarını almak veya başka amaçlarla hayatlarına son vermek caiz değildir. Kısa süre içinde vefat edecekleri kesin olsa dahi, nasıl ki ölüm döşegindeki bir hastayı öldürmek cinayet sayılacaksa böyle bir bebeği öldürmek de cinayet kapsamında olacaktır.⁶⁹⁶

Bu konuyu “beyinsiz doğan bebek” başlığı altında ele alan İKÖ'ye bağlı İslam Fıkıh Akademisi Meclisi'nin 54 (6/5) numaralı kararına göre canlı doğduğu müddetçe, beyin sapı ölümünün gerçekleşmesine sebebiyet verecek şekilde beyinsiz doğan bebekten herhangi bir organ alınarak ona müdahalede bulunulması caiz değildir. Bu açıdan,

⁶⁹³ Veatch, *Transplantation Ethics*, s. 184. Batı'da anensefalik bebeklerden organ nakline dair bazı çalışmalar için bkz. Michael R. Harrison, “Organ Procurement for Children: The Anencephalic Fetus as Donor”, *Lancet*, 2/8520 (1986): 1383-6; John D. Arras-Shlomo Shinner, “Anencephalic Newborns as Organ Donors: A Critique”, *Journal of the American Medical Association*, 259/15 (1988): 2284-5; B. Freedman, “The Anencephalic Organ Donor: Affect, Analysis, and Ethics”, *Transplantation Proceedings*, 20/4-5 (1988): 57-66; Arthur L. Caplan, “Ethical Issues in the Use of Anencephalic Infants as a Source of Organs and Tissues for Transplantation”, *Transplantation Proceedings*, 20/4-5 (1988): 42-9; Robert C. Cefalo- H. Tristram Engelhardt, “The Use of Anencephalic Tissue for Transplantation”, *Journal of Medicine and Philosophy*, 14/1 (1989): 25-43; J. Walters v.dğr., “Anencephaly: Where Do We Now Stand?”, *Seminars in Neurology*, 17 (1997): 249-55; L. Pasquerella v.dğr., “Infants, the Dead Donor Rule, and Anencephalic Organ Donation: Should the Rules be Changed?”, *Medicine and Law*, 20 (2001): 417-23; “Organ Donation From Anencephalic Infants”, *BCC Report on Organ Donation from Anencephalic Infants*, 2009: 1-15.

⁶⁹⁴ Mehmet Yekta Öncel v.dğr., “Anensefalik Yenidoğanların Organ Naklindeki Yeri: Bir Olgu Nedeniyle”, *Türk Pediatri Arşivi*, 48 (2013), s. 166-7.

⁶⁹⁵ Ahmed, *Ahkâmu nakli 'l-a' dâi 'l-insân*, II, 619.

⁶⁹⁶ Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 34-5.

beyinsiz doğan bebeğin sağlıklı doğan diğer bebeklerden farkı yoktur. Böyle bir bebek öldüğü zaman ise organlarının alınması hususunda geçerli bir iznin bulunması, naklin alternatifinin bulunmaması, nakilde zaruret bulunması vb. ölüden organ nakline dair hükümler ve şartlar gözetilir. Beyinsiz doğan bebeğin beyin sapı ölümü gerçekleştiikten sonra, nakle uygun organların bahsedilen şartlar çerçevesinde bir başkasına nakledilmesi suretiyle bunlardan istifade edilebilmesini sağlamak amacıyla canlılığını muhafaza edebilmek için yaşam destek ünitesine bağlı bırakılmasında şer'an bir engel yoktur.⁶⁹⁷ Yusuf el-Karadâvî ise oldukça tartışılabilir bir fetva vererek yaşaması mümkün olmayacak şekilde anomalilerle dünyaya gelen, ancak birkaç gün yaşayıp öleceği neredeyse kesin olan bebeklerden velilerinin izniyle alınan organların çocuk alıcıların yararına kullanılabilirliğini belirtir. Hatta ona göre bu eylem müstehap olup karşılığında sevap vardır.⁶⁹⁸

Kanaatimizce annesinin karnından ayrılarak kusurlu bir şekilde de olsa dünyaya sağ olarak gelen bir bebek diğer insanlar hükmünde olup yaşama ve hayatının korunması haklarına sahiptir. Bu sebeple pek çok araştırmacıların da ifade ettiği üzere, ebeveyninin veya herhangi bir hukukî temsilcinin bu bebeğin hayatının sonlandırılıp bir başkasının hayatını kurtarmak adına organlarının alınmasına izin verme hakkı bulunmamalıdır.⁶⁹⁹

4.3.1.3.2. Ceninden Nakil

Anne karnındaki ceninden, ceninin düşmesi veya düşürülmesi sonrasında organ temini amacıyla yararlanılıp yararlanılamayacağı da tartışılan meselelerdendir.

İKÖ'ye bağlı İslam Fıkıh Akademisi Meclisi'ne göre kendiliğinden düşmüş olan ceninlerden, tıbbî veya suç olan bir müdahale sonucunda düşmüş ceninlerden ve rahim dışında döllenmiş embriyolardan nakil amaçlı yararlanılabilir.⁷⁰⁰ Akademi'nin 56 (6/7) numaralı kararına göre başka bir insana organ naklinde ceninin kaynak olarak kullanılması için kürtaj yapılması caiz değildir. Caiz olan cenin düşürme işlemi, kastî olmayan doğal düşük ve şer'î bir gerekçeyle yapılan kürtajdan ibarettir. Ayrıca annenin hayatını kurtarmanın söz konusu olduğu durumlar haricinde ceninin çıkarılması için cerrahi operasyona başvurulmaz. Eğer ceninin canlılığını sürdürmesi mümkünse zaten

⁶⁹⁷ *Karârâtü ve Tavsiyyâtu Mecmai'l-Fıkhî'l-İslâmî ed-Düvelî*, s. 200-1.

⁶⁹⁸ Karadâvî, *Fetâvâ muâsıra*, II, 537.

⁶⁹⁹ Abdüssemi', *Naklu ve zirâatü'l-a'dâi'l-âdemiyye*, s. 72.

⁷⁰⁰ *Karârâtü ve Tavsiyyâtu Mecmai'l-Fıkhî'l-İslâmî ed-Düvelî*, s. 139.

tıbbî müdahalenin organ nakline değil, ceninin canlı kalmasını sağlamaya ve onu korumaya yönelmesi gerekir.⁷⁰¹

Çağdaş araştırmacılardan Ahmed Yûsuf, organlarından istifade etmek için cenini kasten düşürmenin hiçbir evrede caiz olmadığını belirtir. 120 günden sonra kendiliğinden düşen cenine ruh üflenmiş olduğu varsayıldığından bunlardan da organ alınması caiz olmaz. Ancak 120 günden önce kendiliğinden düşmüş olan ceninin hücre ve dokularından bir başka hayatı tehlike veya zarardan kurtarmak amacıyla yararlanılabilir.⁷⁰² Muhammed Naîm Yasin ise henüz ruh üflenmemiş ceninin parçalarının bağışlanmasının, anne ve babanın ortak hakkı olduğunu söyler. Bu aşamadan önce cenine mirasçı olunamadığı için veresesi söz sahibi olamaz.⁷⁰³ Çağdaş araştırmacılardan Mahlâfî de herhangi bir sebeple kendiliğinden düşen ceninin organlarından istifade edilebileceğini söyler.⁷⁰⁴ Ancak kanaatimizce bu görüşlerin her biri sağlıklı ve ayrıntılı bir değerlendirmeye muhtaçtır.

4.3.1.4. Vericinin Dinî ve Hukukî Statüsü Açısından Nakil

Gayrimüslim bedenın necâseti tartışmaları bir kenara bırakıldığında, genel olarak çağdaş ulemanın ve araştırmacıların gayrimüslimden Müslümana nakil hususuna sıcak baktıklarını görmekteyiz. Çağdaş dönem fakihleri arasında Yusuf el-Karadâvî gibi isimler insan organlarının Müslüman veya kafir olarak nitelenemeyeceğini, organların bedende sadece birer araç olduğunu, dolayısıyla kafir kimseden Müslüman için organ alınabileceğini belirtirken,⁷⁰⁵ organ alımında gayrimüslimlerin Müslümana öncelenmesi gerektiği hususunda da ciddi bir eğilim bulunmaktadır. Hatta kimi araştırmacılar ölmüş bir Müslümandan organ almanın caiz olmadığını, ancak İslam ülkeleriyle aralarında anlaşma bulunan gayrimüslim ülkelerde yaşayan gayrimüslimlerden Müslümanlara organ nakli yapılabileceğini belirtirler. Zira bu düşünceye sahip bazı kimselere göre, organ bankalarında gayrimüslimler tarafından bağışlanmış organların temin edilmesi mümkünken canlı ya da ölü bir Müslümandan organ alınması caiz değildir.⁷⁰⁶

⁷⁰¹ *Karârâtü ve Tavsiyyätü Mecmai'l-Fıkhî'l-İslâmî ed-Düvelî*, s. 204-5.

⁷⁰² Ahmed, *Ahkâmu nakli'l-a'dâi'l-insân*, II, 619-21.

⁷⁰³ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 165.

⁷⁰⁴ Mahlâfî, *Hudûdü't-tasarruf*, s. 324-5.

⁷⁰⁵ Karadâvî, *Fetâvâ muâsıra*, II, 538.

⁷⁰⁶ Ahmed, *Ahkâmu nakli'l-a'dâi'l-insân*, II, 477, 506.

Kanaatimizce, kafir olsun Müslüman olsun tüm insanların sırf insan olması sebebiyle Allah katında bir saygınlığı ve dokunulmazlığı bulunduğu için gönüllü bir yardımlaşma niyeti taşıyan organ bağıışı gibi bir durumda din ayrımı gözetilmemelidir. Ayrıca bu eğilim, dünya barışına gölge düşürebileceği gibi günümüzde birbirini kolayca tekfir eden grupların benzer muameleyi Müslüman din kardeşlerine yapması ile dahi sonuçlanma tehlikesini de içinde barındırmaktadır.

Ancak tartışmanın gayrimüslimden nakil haricinde farklı boyutları da vardır. Örneğin Ya'kûbî ve Bûtî gibi isimler tartışmayı dinî boyutun yanı sıra hukukî statü noktasından da sürdürmektedirler. Onlar donörlerin kanı helal olan harbîler, işlediği bir suçtan veya irtidadından dolayı ölümü hak edenler veya haksız yere ve kasten adam öldürdüğü için kendisine kısas uygulanacak olanlar arasından seçilmesi gerektiğini ifade ederler. Ancak bunlar bulunmadığı zaman diğer ölü bedenlerden nakil yapılabilir.⁷⁰⁷ Bûtî kendisinden organ alınacak kişileri kategorize ederken, ister toplum yani Allah hakkı isterse şahıs hakkı olsun, hayatı bir başkasının hakkına bağlı olan kişi ve hayatı bir başkasının hakkına bağlı olmayan kişi şeklinde bir ayrıma gitmektedir. Birinci gruptan kasıt bir suç işlemiş, şerîat hükümlerine göre yargılanmış ve işlediği bu suç nedeniyle idam cezasına çarptırılmış kişilerdir. Bu insanın yargılanmasından sonra kanının heder olduğunda ittifak vardır. Bu durumlarda bu kişinin organlarının alınıp, ölümün eşliğinde olan ve hayatının kurtulması için bir başkasından kendisine böbrek, kalp, göz gibi bir organın naklinin gerekli olduğu anlaşılan saygın ve suçsuz bir kişiye nakledilmesi caizdir. Bûtî'ye göre bu eylem organ sahibinin ölmesi, bedenin bir şekilde deforme edilmesi veya organın izinsiz alınmasıyla sonuçlanacak olsa dahi, “*Zarar izâle olunur*”⁷⁰⁸ ve “*İki fesad teâruz ettikde ehaffi irtikâb ile a'zamının çaresine bakılır*”⁷⁰⁹ gibi kaideler ile uyumlu olacağı için cevaz görüşü tercih edilebilir. Çünkü aslolan insanın saygınlığı ise de işlediği suçlar sebebiyle bu kişinin saygınlığı ve dokunulmazlığı artık ortadan kalkmıştır. Ancak bu işlemin yapılabilmesi için alıcının zaruret içinde olması şartı aranmalıdır. Zira esasında canlı bir kimseden bir parçanın kesilmesi dinen yasak olan müslü hükümündedir. Bu yüzden bunun cevazının ıztrâr

⁷⁰⁷ Bûtî, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, s. 117-20; İbrâhim Ya'kûbî, *Şifâü't-tebârih ve 'l-edvâ fi hükmi't-teşrih ve nakli'l-a'dâ*, Mektebetü'l-Gazâlî, Dımaşk 1986, s. 108; Atighetchi, *Islamic Bioethics: Problems and Perspectives*, s. 165.

⁷⁰⁸ *Mecelle*, md. 20.

⁷⁰⁹ *Mecelle*, md. 28.

şartına bağlı olması gerekir. Yine aynı sebeple uygulama zaruret miktarı ile sınırlı olmalıdır ve bu uygulamayı müslüm olmaktan ve haram kılınma sebebi olan azap verme durumundan uzaklaştıracak imkan dahilindeki en modern yöntemler kullanılmalıdır.⁷¹⁰

Bu tartışmalar, Batı biyoetik literatüründe yer alan idam mahkumlarından veya hapistekilerden organ nakli tartışmaları ile paralellik arz etmektedir. Batı'da, özellikle idam cezasına çarptırılmış kişilerden rızaları dahilinde olmaksızın organ alınabileceğini savunanlar ile bunu insan onuru ve saygınlığına aykırı görerek şiddetle eleştirenler arasındaki tartışmalar ciddi bir yer tutmaktadır. İslam dünyasında da ölüm hükmü giymiş olan kişilerin ölümlerinden önce kendilerine anestezi yapılarak organlarının alınıp alınamayacağı tartışılmıştır. Bir kısmı bu kimselerin zaten ölecekleri için organlarıyla başkalarına faydalı olmalarının uygun olacağını söylerken çoğunluğu oluşturan diğer bir grup, bu kişinin suçunun karşılığının ölüm cezası olduğu ve buna ziyade yapılamayacağını belirterek bu fikre itiraz etmişlerdir. Zira bu kişi hayatının dokunulmazlığını kaybetmiş olsa da insanlığının dokunulmazlığını kaybetmemiştir. Yine kendi istekleriyle organlarını bağışlamayı talep eden idam mahkumlarının bu talebinin yerine getirilip getirilmeyeceği de tartışılmıştır.⁷¹¹

Mısır Eski Müftüsü Muhammed Seyyid Tantâvî'nin, hakkında idam kararı verilenlerin idamlarından sonra organlarının nakil amaçlı kullanılabileceğini belirtmesi İslam dünyasında sansasyon yaratmış⁷¹² ve belki de bu karardan sonra özellikle idam mahkumlarından nakil konusunda Arap dünyasında ciddi bir literatür gelişmiş, hatta bu konuda müstakil eserler dahi yazılmıştır.⁷¹³ Vehbe Zuhaylî, Hasan eş-Şâzelî, Ukaylî gibi isimler buna karşı çıkarken,⁷¹⁴ Bûtî, Ârif Ali Ârif, Ya'kûbî, Bekru gibi isimler ise teoride bunun caiz olduğu yönünde kanaat belirtmişlerdir.⁷¹⁵ Ölüm cezasına çarptırılmış olmanın suçlunun beden bütünlüğüne dair haklarını azaltıp azaltmadığı ve toplumun yararı için bu kimselerin bedenini kullanmanın doğru olup olmadığı fikhî, hukukî ve etik boyutlarıyla daha geniş bir çerçevede tartışılmayı hak etmektedir.

⁷¹⁰ Bûtî, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, s. 115-20.

⁷¹¹ Tarîkî, *Naklu 'l-a 'dâ mine 'l-mahkûm aleyh bi 'l-katl*, s. 199-200.

⁷¹² Rispler-Chaim, *Islamic Medical Ethics in the Twentieth Century*, s.35; Atighetchi, *Islamic Bioethics: Problems and Perspectives*, s.165.

⁷¹³ Örnek olarak bkz. Abdullah b. Muhammed b. Ahmed et-Tarîkî, *Naklu 'l-a 'dâ mine 'l-mahkûm aleyh bi 'l-katl*, [m.y], Riyad 2008; Karadâgî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 207-28.

⁷¹⁴ Tarîkî, *Naklu 'l-a 'dâ mine 'l-mahkûm aleyh bi 'l-katl*, s. 101-2.

⁷¹⁵ Tarîkî, *Naklu 'l-a 'dâ mine 'l-mahkûm aleyh bi 'l-katl*, s. 98.

4.3.1.5. Organ Karşılığı Maddî Bedel Alınması

Gerek İslam gerekse Batı dünyasında organ karşılığı maddî bedel alınması, kaba tabiriyle “organların satılığa çıkarılması” konusu etik ve dinî açıdan oldukça tartışılan meselelerdendir. Ancak bu tartışma teorik olmayıp Hindistan, Filipinler gibi ülkelerde organların hukukî olmamakla birlikte aktif olarak satıldığı bilinmektedir.⁷¹⁶ Fakat genel olarak dünya üzerindeki hukuk sistemleri insan bedenine maddî bir bedel biçilemeyeceği ve organların bedelli akitlere konu edilemeyeceğini benimsemişlerdir.⁷¹⁷ Her ne kadar biyoetik camiasında organ vermenin karşılıksız bir îsâr (*alturism*) davranışı olması gerektiği ve mevcut hukuk sistemlerinin çoğu organ satışını yasaklasa da, finansal teşvik ile organ bağışını artırmak, bekleme listesini azaltmak ve yasal olmayan organ ticaretinin ve organların kara borsaya düşmesinin önüne geçmek gibi hedeflerle organ naklinin kontrollü ticarileşmesini destekleyen kişi, kurum veya hukuk sistemleri de vardır.⁷¹⁸ Hatta eğitim ve bilincin artırılması çabalarının toplumda sonuç vermediği gerekçesiyle maddî bedel karşılığı organ verilmesi ciddi anlamda gündeme getirilip tartışılmıştır. Bundan birkaç yıl önce böyle bir şey tartışmaya açıldığında şiddetle karşı çıkılırken, şimdi mevcut çözümlere bir çare olarak Batı’da organ satışı makul bir alternatif olarak görülmeye başlanmış ve tartışmalar böyle bir sistemin en etik şekilde nasıl kurulacağına doğru evrilmiştir. Organ bağışlamayı toplumun temel bir sorumluluğu olarak gören kimi etik araştırmacıları, toplumun organ bağışlamaktan kaçınarak kişinin acılarını dindirmemesinin, organa muhtaç kişinin vericiye maddî bir bedelle ödüllendirmesinden daha etik olmadığını söylerler. Yine onlara göre kendisine ödeme yapılan yabancı bir bağışçıdan nakil ile toplumsal, ailevi ve duygusal baskı nedeniyle organını bağışlamak zorunda bırakılan akrabadan nakilden hangisinin daha etik olduğu tartışılabilir. Bu gerekçeyle kimilerince ahlaken daha az kötü olanın tercih edilmesi gerektiği söylenerek organ satışı desteklenmiştir.⁷¹⁹

İslamî açıdan düşünüldüğünde, organ bağışı sadece îsâr düşüncesiyle mi yapılmalıdır yoksa yapılan bu iyilik karşılığında ücret alınması caiz olabilir mi? Caizse yapılan bu işlemin türü nedir ve alınan bu ücretin niteliği İslam hukuku açısından ne olmaktadır?

⁷¹⁶ Batı’daki ilgili tartışmalar için bkz. Veatch, *Transplantation Ethics*, s. 151-58.

⁷¹⁷ Mahlâfî, *Hudûdü’l-tasarruf*, s. 40-1; Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 74.

⁷¹⁸ Boobes-Al Daker, “Should We Have Live Unrelated Donor Transplantation in the MESOT Countries?”, s. 2540; Ghahramani, “Living Organ Donation”, s. 59.

⁷¹⁹ Ghahramani, “Living Organ Donation”, s. 60-2.

Bu tür bir işlem İslam dünyasında da satış, bağış, hediye, tazmin, teşvik şeklindeki farklı görüşlere konu olmuştur. Bu hususta baskın eğilim, ilk bölümde sunduğumuz klasik fikhî görüşlere paralel bir şekilde, organlar karşılığında maddî bedel alınamayacağı ve organların ve bedeninin akde konu olamayacağı yönündedir. Çağdaş alimler ve kurullar, insan onuruna ve saygınlığına aykırı olduğu gerekçesiyle organ karşılığı bedel alınamayacağı hususunda ittifak etmiş gibidirler. Senbehlî, Şinkî, Bûtî, Ya'kûbî, Hasan Ali eş-Şâzelî, Ahmed Şerefuddin gibi isimler organ karşılığı bedel alıp vermeyi kabul etmeyenler arasındadır.⁷²⁰

Yine Mısır Fetva Kurulu (*Dâru'l-İftâi'l-Mısriyye*) herhangi bir insan organının satılmayacağına dair ilim ehli arasında icmâ bulunduğunu aktararak insan organlarının ticarete konu olamayacağını ve organların alınıp satılan bir mal derecesine düşürülmesinin haram olduğunu sert bir şekilde belirtir. Bu sebeple insan organlarının konu olduğu böyle bir alışveriş fikhen bâtil hükmündedir.⁷²¹ İKÖ'ye bağlı İslam Fıkıh Akademisi de organ bağışının caiz görülmesinin organın satışa konu edilmemesi şartına bağlı olduğunu açık bir şekilde belirtir. Zira organların satışa sunulması ve organ nakli ameliyatlarının ticari amaçlara konu edilmesi hiçbir şekilde caiz değildir. Ancak kurul, organa ihtiyacı olan kişinin organı elde etmek amacıyla zaruret halinde para ödemesinin veya vericiyi ödüllendirme ya da onurlandırma amacıyla ödemedede bulunmasının içtihat ve inceleme konusu olduğunu belirterek organ temini noktasında başka çaresi bulunmayan alıcı açısından açık bir kapı bırakmıştır.⁷²² Hindistan Fıkıh Akademisi ise insan organı satmanın haram olduğunu, ancak zaruret sebebiyle satın almanın haram olmayacağını belirtmiştir.⁷²³

Râbitatu'l-Âlemi'l-İslâmî'ye bağlı Fıkıh Akademisi'nin 19-26 Şubat 1989 tarihli kararına göre kan karşılığında bedel almak caiz değildir. Kurul, Allah'ın haram kıldığı bir şeyin satışının da haram olduğu kaidesinden yola çıkarak kanın satışının da yasak olduğunu belirtir. Ancak bu kuraldan, tıbbî amaçlarla buna ihtiyaç duyulduğu ve bedel istemeksizin bağışlayan kimsenin bulunmaması durumları istisnaya gidilir. Çünkü zaruretlar haramları mübah kılar. Bu durumda alıcının bedel ödemesi helal sayılır fakat

⁷²⁰ Tarîkî, *Naklu'l-a'dâ mine'l-mahkûm aleyh bi'l-katl*, s. 172; Abdüssemi', *Naklu ve zirâatü'l-a'dâi'l-âdemiyye*, s. 42-47.

⁷²¹ Ahmed, *Ahkâmu nakli'l-a'dâi'l-insân*, I, 151.

⁷²² *Karârâtu ve Tavsiyyâtu Mecmai'l-Fıkhî'l-İslâmî ed-Düvelî*, s. 140, 205.

⁷²³ *Karârâtu ve tavsiyyâtu Mecmai'l-fıkhî'l-İslâmî bi'l-Hind*, 3 (2/2), 8-11 Aralık 1989, Delhi. s.25.

bedel alan kişi günahkar olur. Diğer yandan kurula göre, kan bağıışı karşılığında hibe veya ödül olarak ücret verilmesine herhangi bir engel yoktur.⁷²⁴ Çağdaş araştırmacılardan Bekru'ya göre de, ölüm tehlikesiyle karşı karşıya kalan kişinin başka alternatif bulamaması halinde, organını veya kanını yalnızca bedel karşılığı vermeyi kabul eden bir kişi bulunduğu ona ücret ödemesi mümkündür. Ancak ona göre de bu durumda, organı veya kanı karşılığında ücret alan kişi günahkar olur.⁷²⁵ Buna karşılık kimi fetva kurulları ise alıcının içinde bulunduğu duruma bakılmaksızın organ alıp satmanın kesin olarak fikhen bâtil olduğunu belirtmişlerdir.⁷²⁶

Görüldüğü üzere kimi kurul ve şahıslarca mutlak olarak değil ancak organ temin edemeyen kişilerin zaruret sebebiyle organ satın alması şeklinde cevaz verilmektedir. Fakat kanaatimizce bu fetva, zaruret sınırını belirlemenin zorluğundan dolayı sorunlu görünmektedir. Bu kapı açıldığında, ücret ödediği zaman organ bekleme listesine girmeyecek olmak ve organa daha erken kavuşma şansı gibi durumlar da bu fetvanın kapsamına bir şekilde dahil edilebilecektir. Ayrıca organ satın almayı bir zaruret olarak gördüğümüzde zaruret içindeki kişinin işini kolaylaştırmak için ona organ satmak da iyi bir eylem olarak görülmelidir. Dolayısıyla bu anlamda fetva kendi içinde tutarsız olup tutarlılığın sağlanması için organ karşılığı bedel alınması da savunulmalıdır.

Organ karşılığı maddî bir bedel almanın caiz olmadığını iddia edenlerin temel gerekçeleri, insanın organını satarak kendini mülke konu eylediği, bunda ise kendini küçük düşürme, aşağılama, Allah'ın kendisi için belirlediği yüce konumu değiştirme gibi olumsuzlukların söz konusu olup bunun ise Allah'ın maksatlarına aykırı olduğu şeklindedir. Halbuki insan arz ve talebe veya müzayedeye konu olan bir ticaret eşyası değildir ve insan organları tabiatı itibariyle satım akdinin hükümlerini kâbil değildir.⁷²⁷ Yine organ ticaretinin yaygınlaşmasıyla işlemler taraflarla sınırlı kalmayacak, komisyoncular veya şirketler devreye girip vericiyi ve alıcıyı sömüreceklerdir.⁷²⁸ Diğer yandan organların satışına kapı aralandığında, dünya çapında organ mafyaları ortaya çıkıp bunların adam öldürme, saldırı, tehdit gibi eylemlerde bulunmaları ya da engelli

⁷²⁴ <http://www.themwl.org/Bodies/Decisions/default.aspx?d=1&did=139&l=AR> [Erişim tarihi: 01.05.2015]

⁷²⁵ Bekru, *Hükmü'l-intifâ'*, s. 54.

⁷²⁶ Ahmed, *Ahkâmu nakli'l-a'dâi'l-insân*, I, 151.

⁷²⁷ Umer, "et-Tasarrufâtu'l-vâride", s. 37, 41; Ubeyd, "el-Akvâlu'l-fikhîyye fî nakli ve zer'i'l-â'dâi'l-beşeriyye", s. 381-2.

⁷²⁸ Umer, "et-Tasarrufâtu'l-vâride", s. 34; Bâr, *el-Mevkîfü'l-fikhi*, s. 190.

veya küçük çocukların veyahut da akıl hastalarının kaynak olarak kullanılması gibi tehlikeler baş gösterebilecektir.⁷²⁹

Tartışmalardan anlaşıldığı üzere organların satış akdine konu edilmesinin haramlık ve butlân şeklinde iki boyutu bulunmaktadır. Bu görüştekilere göre verilen organ karşılığında bedel almak haram olduğu gibi, konusu organ veya insan bedeni olan akitler de bâtil hükmünde olmaktadır. İnsan etinin yenmesi yasak olduğuna göre satışı da caiz olmamalıdır. Organın satımı, kişinin mâlik olmadığı bir şeyi satması anlamına geleceğinden sonuç doğurmayan bâtil bir tasarruftur.⁷³⁰

İslam dünyasında böyle bir uygulama genel olarak destek görmemekle birlikte kimi alim ve araştırmacılar doğrudan veya dolaylı bir şekilde organ karşılığı maddî bedel alınıp verilebileceğini savunmaktadırlar. Örneğin Muhammed Naîm Yasin, amacın kazanç ve ticaret olmaması ve belli bir kurumun gözetiminde olması şartlarıyla bir hayatı kurtarmak için organ karşılığı bedel alınabileceğini savunur. Ona göre, bu konuda insan organlarını satmanın pek çok olumsuz sonuca yol açacağı gerekçesiyle caiz olmadığını söyleyenler sedd-i zerîa ilkesini yanlış anlamışlardır.⁷³¹ Zuhaylî'ye göre ise kişinin organı almaması halinde hayatını kaybedecek veya ciddi bir zarar görecektir. Bu durumda kan veya organ bağışçısına hediye ya da ödül kabilinden mâlî bir bedel ödemesi caizdir. Ayrıca kişinin bedel ödemesinin zorunlu olduğu ve yakınlarından vs. organını bağışlayan kimse bulamadığı hallerde ise zaruret sebebiyle vericiye ödemedede bulunması caiz sayılır.⁷³²

Organlar karşılığında bedel alınabileceği görüşünde olanlar bu görüşlerini çeşitli şekillerde gerekçelendirmeye çalışmışlardır. Onlara göre öncelikle, organlardan yararlanmak caizse satışının da caiz olması gerekir ve bedelin karşısında somut bir madde olan organ bulunduğu için böyle bir akit sahih olmalıdır.⁷³³ Kimileri ise başka

⁷²⁹ Umer, "et-Tasarrufâtü'l-vâride", s. 42.

⁷³⁰ Bekru, *Hükmü'l-intifâ'*, s. 56. Türkiye'de de Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 3. maddesine göre "Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır." Ayrıca madde 15'te "Bu kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因 ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar ağır para cezasına hükmolünür" denilmektedir. Kanun metni için bkz. <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2238.pdf> [Erişim tarihi: 6 Aralık 2015]

⁷³¹ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 182-4.

⁷³² Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve edilletuhu*, IV, 2609.

⁷³³ Umer, "et-Tasarrufâtü'l-vâride", s. 32.

çare olmadığında zaruret durumunda organ satın almanın caiz oluşunu Kur'ân-ı Kerîm mushafını satmanın ilk dönemlerde caiz olmadığına dair ittifak bulunmasına rağmen sonradan bunun zaruret sebebiyle caiz görülmesi ile delillendirirler.⁷³⁴ Yine Kur'an ve fıkıh öğretmek karşılığında ücret alınması temelde sahih görülmezken, Kur'an öğretimi zarar görmesin diye yani genel bir maslahatın zarar görmemesi için zaruret sebebiyle caiz görülmüştür.⁷³⁵

Organların satışa konu olabileceği görüşünde olanlardan bazıları ise bu fikirlerine klasik fıkıh eserlerinde yer alan insan sütünün satışının caiz olmasını dayanak gösterdiler de⁷³⁶ daha önce sunduğumuz üzere bu konu üzerinde ittifak olan bir husus olmadığı gibi süt diğer beden sıvılarından ve organlardan farklılık arz etmektedir ve bu konu insan organlarının satılmasına kıyas dayanağı olamaz. Bazıları ise organ vericisinin alacağı maddî karşılığı diyete kıyaslamışlardır. Kişinin kaybettiği organ mukabilinde diyet veya erş alması caiz olduğuna göre, bir hastaya vererek kaybettiği organı için de diyet alması caiz olmalıdır. Muhammed Ali el-Bâr, diyet veya erşin ancak bir saldırı veya cinayet karşılığında söz konusu olduğunu, kişinin organının bedeninden çıkarılmasına izin vermesi durumunda diyet veya erş hakkının düşeceğini belirterek bu iddiaya cevap verir. Benzer şekilde organ karşılığı bedel alınmasına taraf olanlardan bazıları organı ilaca benzeterek, hastanın ilaç ve doktorun tedaviye harcadığı emek karşılığında ücret ödemesi gibi hastanın yararı için organını veren kişinin ücret kabul edebileceğini, organın, bulunmaması halinde tedavinin yapılamayacağı bir ilaç gibi düşünülebileceğini iddia ederler. Muhammed Ali el-Bâr bu iddiaya cevap olarak ise organın sıradan bir ilaç gibi düşünülmemeyeceğini, çünkü organla tedavinin istisna olduğunu ve sadece zaruret sebebiyle mübah olduğunu söyler. Nasıl ki zaruret halinde leş, kan ve domuz gibi haram şeyleri yemek caizse bu da öyledir. Bunlar karşılığında ücret alınması ise Kur'an, Sünnet ve icmâ ile açıkça haram kılınmıştır.⁷³⁷

Zaruret nedeniyle organların satılabileceğine veya satın alınabileceğine cevaz veren Müslüman alimler yine de bu görüşlerini bazı şartlarla kayıtlamışlardır. Onlar ilgili

⁷³⁴ Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 64-5.

⁷³⁵ İbn Âbidîn, *Mecmûatu Resâil-i İbn Âbidîn*, II, 125-6; Zuhaylî, *Nazarîyyetü 'z-zarûreti 'ş-şer'îyye*, s. 175-6; Baktır, *İslam Hukukunda Zaruret Hali*, s. 234.

⁷³⁶ Mahlâfî, *Hudûdü 't-tasaruf*, s. 61; Ali, *Naklu 'l-a'dâ mine 'l-meyyiti ile 'l-hay*, s. 138; Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 62.

⁷³⁷ Bâr, *el-Mevkîfü 'l-fikhî*, s. 184-5.

işlemin insanın saygınlığıyla çelişmemesi, asıl gayenin organ satışı, kâr elde etme ve ticaret olmaması, organdan yaratılış amacına uygun şekilde faydalanılması, kişinin organını satmasıyla, daha büyük bir zarar olan organı kaybetme zararını engellemek istemesi, organı satmanın özel bir şer'î nass veya ilke ile çelişmemesi gibi şartlar koşmuşlardır.⁷³⁸

Sünnî İslam dünyasında bu şekilde organ karşılığı bedel alınmasını savunan bireysel görüşler bulunsa da Şia merkezli İran'da devlet eliyle organ karşılığında vericinin alıcıdan belli bir ücret aldığı bir sistemin varlığı bilinmekte ve bu sistem Batı ve İslam dünyasından azınlıktaki yazarlarca organ bekleme listelerini sıfırladığı gerekçesiyle takdir edilse de çoğunluk tarafından eleştiriye tabi tutulmaktadır.⁷³⁹ İran'daki bu uygulamanın İslam dünyasında organ karşılığı bedel almanın normal karşılandığı gibi olumsuz bir imaj oluşturduğu acı bir gerçektir. Kimi Şii alimler “*Hibesi sahih olanın satışı da sahihtir*” şeklindeki bir kaideyi buraya uyarlamaktadırlar. Ancak İslam hukukunda kaide “*Satışı sahih olan her şeyin hibesi de sahihtir*” şeklindedir.⁷⁴⁰

Gerek İslam dünyasında ve gerek Batı'da organlar karşılığında doğrudan bedel alınması konusunda iki taraf bulunurken, bir kısım araştırmacılar ise nakil sonrasında dolaylı şekil ve vesilelerle vericiye bir bedel takdim edilebileceğini savunmuşlardır. Örneğin Batı'da organ satışını etik bulmayanlar *rewarded gifting* (ödüllendirilmiş bağış) adı altında bağışta bulunanların ödüllendirildiği bir sistem önermektedirler.⁷⁴¹ Bazıları tarafından, canlı vericinin, nakil sürecindeki bazı kayıplarını tazmin veya işinden geri kalması sebebiyle gelirindeki eksilme ve bazı hallerde ek sağlık sigortası masrafları gibi kayıplarını telafi amacıyla karşı taraftan ücret alabileceği ifade edilmektedir.⁷⁴² Kimileri ise doğrudan bir ödmeden ziyade vericiye hayat ve sağlık sigortası yapılması, şeref

⁷³⁸ Umer, “et-Tasarrufâtü'l-vâride”, s. 21, 33.

⁷³⁹ İran'daki ilgili uygulamaya dair bazı literatür için bkz. Diane M. Tober, “Kidneys and Controversies in the Islamic Republic of Iran: The Case of Organ Sale”, *Body & Society*, 13/3 (2007): 151-70; Bagher Larijani v.dğr., “Financial Incentives in Organ Transplantation: Ethical Views”, *Iranian Journal Of Allergy, Asthma And Immunology*, 6/5 (2007): 39-45; Anne Griffin, “Kidneys on Demand”, *Iranian Organ Donation*, 334/7592 (2007): 502-5; Rupert WL Major, “Paying Kidney Donors: Time to Follow Iran?”, *McGill Journal of Medicine*, 11/1 (2008): 67-9; Nasrollah Ghahramani v.dğr., “Paid Donation: A Global View”, *Advances in Chronic Kidney Disease*, 19/4 (2012): 262-8; Nader Ghotbi, “The Ethics of Organ Transplantation in the Islamic Republic of Iran”, *Eubios Journal of Asian and International Bioethics*, 23 (2013): 190-3; Stephanie Zwerner, “A Small Price to Pay: Incentivizing Cadaveric Organ Donation with Posthumous Payments”, *Minnesota Journal of Law, Science and Technology*, 18/1 (2017): 273-308.

⁷⁴⁰ Mahlâfi, *Hudûdü't-tasarruf*, s. 61.

⁷⁴¹ Veatch, *Transplantation Ethics*, s. 158.

⁷⁴² Boobes-Al Daker, “Should We Have Live Unrelated Donor Transplantation in the MESOT Countries?”, s. 2540.

madalyası verilmesi, yol masraflarının karşılanması, çalışmadığı zamanların tazmin edilmesi, vergi indirimi yapılması gibi farklı maddî karşılıklar önermişlerdir. Fakat kimi etikçilere göre bu sistem iyi bir şekilde organize edilmediğinde zenginlerin sağlığına kavuştuğu ve fakirlerin organ parçası kaynağı olarak görülüp dezavantajlı bir konumda olduğu bir organ pazarına kapı açma tehlikesi olabilir. Aynı zamanda bu sebeple sadece iyilik amaçlı gönüllü bir organ bağışı eylemi tamamen ortadan kalkabilir. Küresel boyutta düşünüldüğünde ise zengin ülkeler fakir ülkeleri organ temin alanı olarak kullanacaklardır.⁷⁴³

İslam dünyasında organ karşılığı bedelin bağış, hediye, ödül veya tazmin niyetiyle verilebileceği yönünde görüş ve teklifler ortaya atılmıştır. Örneğin Muhammed Ali el-Bâr, organ vericisini teşvik ve organ bağışçısının bir süre işten geri kalmasını tazmin amaçlı vericiye maddî bağışta bulunulabileceğini belirtir.⁷⁴⁴ Ya'kûbî'ye göre de organ, beden parçaları veya kan gibi şeylerin karşılığında para yerine başka alternatifler gündeme gelebilir. Bu organ ve dokulardan yararlanan kişilerin veya velilerinin, vericinin akraba veya velilerine ya da kan ve organ bankalarına bağışta bulunmaları mümkündür. Ancak bu paralar, kan veya organların bedeli olarak değil, işlemleri yapan kurumların personel giderlerinin, kan veya organları muhafaza masraflarının ya da mekan ve alet ücretleri gibi masrafların bedeli olarak düşünülmelidir.⁷⁴⁵

Yusuf el-Karadâvî de organ karşılığı maddî bir bedel alınmasını kabul etmemekle birlikte, bağışta bulunmuş kişiye -öncesinde pazarlığı yapılmaksızın- hibe, hediye veya yardım adı altında bir bedel verilmesini, İslam geleneğinde yeri olan, kişinin borcunu alacaklısına fazlasıyla ödemesi davranışı gibi caiz ve hatta güzel görür.⁷⁴⁶ Câdulhak da maddî bir bedel karşılığı organ verilmesini caiz görmemekte, ancak hastayı veya yaralının hayatını kurtarmak için mecbur kalındığında hediye olarak veya ilaç masrafları karşılığında bir bedel verilebileceğini, fakat doğrudan kanın ücreti şeklinde herhangi bir bedel verilmesinin caiz olmadığını belirtir. Ona göre kan merkezlerinden kan alırken, kanın toplanmasının ve muhafazasının bir bedeli gibi düşünülerek buralara ücret ödenmesinde bir sakınca yoktur.⁷⁴⁷ Kimileri ise ödül veya hediye adı altında dahi

⁷⁴³ Ghahramani, "Living Organ Donation", s. 59-60.

⁷⁴⁴ Bâr, *el-Mevkûfû'l-fikhî*, s. 183.

⁷⁴⁵ Ya'kûbî, *Şifâ'ü't-tebârih*, s. 107-8.

⁷⁴⁶ Karadâvî, *Fetâvâ muâsıra*, II, 534-5.

⁷⁴⁷ Câdulhak Ali Câdulhak, *Buhûs ve fetâva İslâmiyye fî kadâyâ muâsıra*, Dârü'l-Hadis, Kahire 2004, s. II, 427.

olsa hiçbir şekilde maddî bir bedelin gündeme gelmemesi gerektiğini ve bunun caiz olmadığını iddia ederler.⁷⁴⁸ Bazıları da mükafat bahanesiyle hile yapılarak bağış bedeli alma kapısını açmamak için hediye veya mükafat vermeye olumsuz yaklaşmaktadırlar.⁷⁴⁹ Gerçekten de vericiye ödeme yapılması, ödül veya hediye verilmesi kabul edildiği anda, verilebilecek makul paranın veya ödül miktarlarının netleştirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda ilgili esnekliğin, organ ticaretini engelleyecek sınırlarının nasıl çizileceği de tartışılmalıdır.

İslam ve Batı dünyasında sıkça tartışılan bu konudaki farklı bakış açılarını sunduktan sonra kanaatimizin kişinin maddî bir bedel elde etmek amacıyla beden bütünlüğünden ve vücut sağlığından vazgeçmesinin mümkün olmadığı, klasik fıkhıdaki görüşleri sunarken sıklıkla belirttiğimiz üzere insan bedeni ve beden parçalarının mütekavvim bir mal olmayıp akde konu edilemeyeceği yönünde olduğunu belirtmeliyiz. Aksi takdirde saygın ve değerli bir varlık olarak yaratılmış olan insanın, bu özelliklerine halel getirecek şekilde küçük düşürüleceği fikrindeyiz. Ayrıca organ vericileri açısından düşündüğümüzde insanları organ bağışına sevk eden sâiklerin maddî bir karşılıktan ziyade Allah rızası, dayanışma duygusu, karşılıklı sevgi-saygı, fedakarlık ve îsâr duyguları olması gerektiğini düşünmekteyiz.

Diğer yandan, organ karşılığı bedel alınıp verilmesi meşrulaştırılmaya çalışılırken, organ “bağışının” dahi ancak zaruret sebebiyle ve sadece bazı şart ve türleriyle caiz olduğunun hatırlardan çıktığı görülmektedir. Zaruret sebebiyle bağışı caiz olan bir organın karşılığında bedel almak, zaruretten dolayı verilen ruhsatı kötüye kullanmak ve açıkça lüks bir eylemde bulunmaktır. Klasik fıkıh eserlerinde normalde satışı haram olan bir şeyin zor durumda kalan kişiye satılması dahi caiz görülmemiştir.⁷⁵⁰

Fakat anlaşmanın bir parçası olmaması yani peşinen konuşulmaması şartıyla bağış sonrası vericinin ödüllendirilmesinin yanlış olmayacağı kanaatindeyiz. Bu hususta hileye başvurularak hediye veya ödül adı altında önceden konuşularak para alınması, gerek vericiye ve gerekse hekime rüşvet verilmesi gibi durumlar söz konusu

⁷⁴⁸ Mahlâfî, *Hudûdü't-tasarruf*, s. 215.

⁷⁴⁹ Umer, “et-Tasarrufâtü'l-vâride”, s. 43.

⁷⁵⁰ Buhûtî, *Keşşâfu'l-kınâ'*, IV, 1386. Yine normalde fıkhî kullanılması ve satışı caiz görülmeyen domuz kılının alternatifini bulunmadığı için zaruret sebebiyle ayakkabı dikişinde kullanılabileceği belirtilirken, satışa konu edilmesi için bir zaruret bulunmadığından dolayı satım akdine konu edilmesi kabul edilmemiştir (Merginânî, *el-Hidâye*, III, 45; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, VI, 132).

olmamalıdır. Bir iyilik karşılığında hediye vermenin, hatta borçlu kimsenin borcunu öderken fazlasıyla ödemesinin ise dinde yeri olduğu malumdur. Ayrıca vericinin hastane, cenaze gibi masraflarını karşılaması veya çalışmaktan kısa süreli geri kalmasının bedeli gibi kayıplarını da kontrollü bir şekilde tazmin etmesi mümkün olabilir. Klasik Hanefî fıkıh eserlerinde, yaraladığı kimsenin çalışmaktan aciz hale gelmesi durumunda kişinin, yaralının nafakasını ve tedavi masraflarını karşılaması gerektiği belirtilmektedir.⁷⁵¹ Kanaatimizce benzer bir durum, organa ihtiyacı olan kişi için kendi isteğiyle bıçak altına yatan organ vericisinin, bu süreçteki geçim ve tedavi masrafları hakkında da söylenebilir.

4.3.2. Kadavradan Nakil

Trafik kazası, beyin kanaması, kurşunlanma gibi sebeplerle yoğun bakımda tedavi görürken beyin ölümü tanısı alan kişiler organlarını bağışladığı takdirde kadavra donör sayılmaktadır.⁷⁵² Ancak her ne kadar literatürde “kadavradan nakil” şeklinde geçtiği için bu adlandırmayı tekrarlamış olsak da aslında canlı olmayandan nakilde asıl kasıt, beyin ölümü gerçekleşmiş kişiden nakildir. Çünkü naklin gerçekleşebilmesi için organların henüz hayatiyetini yitirmemiş olması ve kan dolaşımının devam ediyor olması gerekmektedir. Bu durum ise beyin ölümünde vardır.⁷⁵³ Beyin ölümü ise tartışmalı bir kavram olduğundan ötürü beyin ölümü gerçekleşmiş kişiye “kadavra” denmesi taraf göstergesi olacağından bu ifadeyi kullanmamanın daha uygun olduğunu düşünmekle beraber literatürde bu şekilde yerleştiği için bu ifadeyi tercih ettiğimizi belirtmeliyiz.

Kalp, iki böbrek, iki akciğer, karaciğerin tamamı gibi nakiller söz konusu olduğunda bunların temin edilmesi konusunda kadavra beden gündeme gelmektedir. Ancak İslam hukukuna göre ölü bir insan, bedeninin kutsallığı ve bütünlüğü haklarına sahip olduğu için nakille ilgili olarak, ölünün beden bütünlüğünü bozma hususu Müslüman alimler arasında ciddi anlamda tereddüt ve tartışmalar doğurmuştur. Ancak bir başkasının canını veya organını kurtarmak için ölü bedenden istifade edilebileceğine dair istisnaları klasik eserlerde açık bir şekilde görebilmekteyiz. Çağdaş dönem alimleri de klasikteki bu görüşlerden yola çıkarak, bir canlının sağlık ve selameti için ölünün saygınlığının ve

⁷⁵¹ İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, X, 212.

⁷⁵² Bayhan, “İmmunosupresif Tedaviye Uyum Ölçeği”, s. 11.

⁷⁵³ Şinkîfî, *Ahkâmu'l-cerâhati't-tıbbiyye*, s. 343.

beden bütünlüğünün dokunulmazlığının çiğnenebileceğini belirtmişlerdir. Örneğin Karadâvî yaşayan kişiden naklin caiz olması gibi, ölenin hiçbir şekilde zarar görmemesi ve çürüyecek olan bedenin bir başkasına hayat verecek olması nedeniyle ölüden organ naklinin evleviyetle caiz olduğunu belirtir.⁷⁵⁴ Ancak beyin ölümü gerçekleşen kişiden nakil konusunda pek çok problem gündeme gelmekte olup bu başlık altında bunları ele alacağız.

4.3.2.1. Beyin Ölümü Gerçekleşen Kişiden Nakil

4.3.2.1.1. Organ Nakli ile İlişkisi Açısından Beyin Ölümü Kavramı

Yoğun bakım ünitelerinde karar verme süreçlerinde karşılaşılan temel etik sorunlardan biri de beyin ölümü sonrası organ nakli problemidir. Beyin ölümünün gerçek bir ölüm olup olmadığı ve beyin ölümü gerçekleşen kişiden organ alınıp yaşam desteklerinin çekilmesi meseleleri günümüzde organ nakli bağlamında tıp camiasında olduğu gibi farklı din ve kültür mensupları arasında da yoğun tartışmalara yol açmıştır. Zira 21. yüzyıla kadar ortak bir anlam taşıyan ölüm kavramı, yaşam destek üniteleri ve organ nakillerinin ortaya çıkması ile geleneksel olanından farklı ve kompleks anlamlar taşımaya başlamıştır.

Organ nakli konusu ile beyin ölümü arasında çok ciddi bir irtibat bulunmaktadır. Bu sebeple beyin ölümünden bahsetmeden organ nakli hakkında konuşmak imkansızdır. Genellikle trafik kazaları, beyin kanaması, beyin tümörü veya beyinde iltihap oluşması gibi beyin hasarları sebebiyle gerçekleşen beyin ölümünün hakiki bir ölüm olup olmadığı tartışılmasının temel nedeni organ nakli, yani organı alınan kişinin hala yaşıyor olup olmadığı sorunudur. Zira organ nakli durumunda en temel kaynaklardan biri beyin ölümü gerçekleşmiş hastalardır. Sağlık Bakanlığı'nın verilerine göre ülkemizde 2016 yılında gerçekleşen beyin ölümü sayısı 1.997'dir.⁷⁵⁵ Aynı yılın TÜİK verilerine göre toplam ölüm sayısı olan 422.135 rakamı⁷⁵⁶ yanında bu sayı oldukça az kalmaktadır. Bunun sebebi ise beyin ölümünün ancak yoğun bakım cihazları bulunan bazı hastanelerde ve bazı özel durumlarda gerçekleşiyor olmasıdır.

⁷⁵⁴ Karadâvî, *Fetâvâ muâsıra*, II, 535.

⁷⁵⁵ <https://organkds.saglik.gov.tr/KamuyaAcikRapor.aspx?q=YOBIS> [Erişim tarihi: 10 Ağustos 2017]

⁷⁵⁶ <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=24649> [Erişim tarihi: 10 Ağustos 2017]

Ölüden organ alımı, pratikte kalp ölümü ile vefat eden kişiden değil ancak beyin ölümü gerçekleşen kişiden söz konusu olmaktadır. Bunun sebebi ise kalp ölümü ile birlikte kan dolaşımının sonlanması ve dolaylı olarak da organların çok kısa sürede canlılığını yitirerek çürümeye başlamasıdır. Örneğin kalp 4-6 saat, karaciğer 12-18 saat, böbrek 24-48 saat, kalp-akciğer 2-4 saat, akciğer 2-4 saat, pankreas 12-18 saat bozulmadan bekleme süresine sahiptir.⁷⁵⁷ Günümüz şartlarında organ alımı çok büyük oranda beyin ölümü hali ile sınırlıdır. Ayrıca bu tür bir naklin, vericilerin genellikle hastanede olması sayesinde, organı almadan önceki süreci özenle yürütüp organdan en iyi şekilde istifade etmeye ve organın alımı ve yerine yerleştirilmesinden önce beden dışında canlı kalabilmesine imkan tanınması gibi avantajları da vardır. Çünkü bu durum iskemi süresini ya da organın bir süreliğine kan ve besin maddelerinden ayrılması nedeniyle gördüğü zararı en aza indirmektedir.⁷⁵⁸

Organ nakli bağlamında beyin ölümü konusunun en temel problemiği beyni ölen ancak bedeni canlı olan ve kısa bir süre sonra bedeninin canlılığını da kaybedeceği tıbben kesin olan bir insanın organlarının başka bir insanın hayat veya sağlık bulması için kullanılıp kullanılmayacağı ikilemidir.⁷⁵⁹ Tıp dünyasında dahi beyin ölümü konusunda bir konsensüsten bahsetmek mümkün olmayıp insan yaşamının sonunun söz konusu olduğu beyin ölümü durumunda kişinin tıbbî, hukukî, etik ve dinî olarak ölü kabul edilip edilmeyeceği ve beyin ölümü kriterleri tartışmalıdır.⁷⁶⁰ Beden hala canlılık emareleri gösterirken kişinin ölmüş olduğuna hükmedilip organlarının alınıp alınamayacağı dilemması çağdaş Müslüman alimler arasında da temel tartışma noktasıdır. Esasında kalbin durmasından birkaç dakika sonra beyin hücreleri de ölmekte, ardından bedendeki hücreler de yavaş yavaş canlılığını kaybetmektedirler. Hüresel ölüm olarak adlandırılan bu durumda ölümün gerçekleştiği hususunda tıp dünyasında bir ittifaktan söz edilebilir. Zira hücre ölümü gerçekleştiğinde artık kişinin hayata geri dönmesi mümkün değildir. Fakat bu ittifak edilen noktada, organ alımı mümkün olmaktan çıkmış olmaktadır.⁷⁶¹

⁷⁵⁷ Bayhan, “İmmünespresif Tedaviye Uyum Ölçeği”, s. 10.

⁷⁵⁸ Kamal, “Ethical Issues of Organ Transplantation in Islam”, s.100.

⁷⁵⁹ Lütüfî Hanoğlu, “Nörolojik Açıdan Hayatın Sonu: Ölüm”, *Hayatın Başlangıcı ve Sonu: Tıbbî, Dinî ve Etik Sorunlar*, ed. Hakan Ertin-Merve Özdemir, İSAR Yayınları-Ensar Neşriyat, İstanbul 2013, s. 111.

⁷⁶⁰ Oğuz, *Biyoetik Terimleri Sözlüğü*, s. 29.

⁷⁶¹ Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 124-5.

Beyin ölümü tanısının konması organ nakli açısından hayati önem teşkil etmektedir. Zira kadavradan nakil beyin ölümü durumunda gündeme gelmektedir. Bu bağlamda ölümün tanımlanması organ nakli konusunda karşımıza çıkan en temel sorunlardan biridir. Ölüm sadece tıbbî bir problem olarak değil dinî, kültürel, felsefî, hukukî ve sosyal açılardan da tartışma alanı teşkil etmektedir.⁷⁶² Ölümü tanımlamak söz konusu olduğunda kalp, beyin ve beden arasındaki ilişki, yaşamın ve ölümün bizzat kendisi gibi pek çok felsefî ve dinî tartışma gündeme gelecektir. Çünkü bu eylem, basit bir şekilde ilgili kavramı tanımlamaktan ziyade insanın felsefî doğasını anlama çabasıdır. Bu sebeple kimilerine göre ölümü tanımlamak tıbbî veya bilimsel bir işlem olmaktan çok felsefî ve ahlâkî bir eylemdir. Örneğin Robert Veatch'e göre ölüm kriterlerini saptamak tıbbın işi olsa da ölüm kavramı hakkında konuşmak felsefenin ve etiğin işidir.⁷⁶³

Konuyla ilgili çalışmasında İlhan İlkılıç ise beyin ölümünü tespit noktasında üç kategoriyi birbirinden ayırmanın gerekli olduğunu belirtir. Buna göre beyin ölümü ile ilgili testler tamamen ampirik karakterde olması sebebiyle buna karar verecek kişiler nörologlar ve ilgili diğer hekimlerdir. Beyin ölümü kriterlerinin anlamının ve fonksiyonunun belirlenmesi hususu ise, ona göre sadece pozitif bilimlerin yetkisinde olmayıp aynı zamanda felsefe ve teolojinin de söz söyleyeceği bir alandır. Ölümün tanımlandığı üçüncü alan ise insan tanımının esas alındığı, pozitif bilimlerin değil teoloji ve felsefenin düşünme ve argüman kullanma metotlarının kullanımını gerektiren bir alandır.⁷⁶⁴

Ölümün geleneksel tanımı, kalp-akciğer fonksiyonlarının durması esasına dayanmaktadır. Fakat modern tıptaki gelişmeler sonucu ölüm kavramı kompleks hale gelmiş ve geleneksel tanım sorgulanmaya başlamıştır. Ölüm tıbben “canlıların bütün yaşam süreçlerinin geriye dönülemeyecek şekilde ortadan kalması” şeklinde tanımlansa da bu tanım pratik amaçlar açısından her zaman yararlı olmayabilmekte ve teorik

⁷⁶² Ölüm kavramının tıbbî boyutunun yanı sıra dini, kültürel ve felsefî boyutları da ölüme ve ölümle bağlantılı olan kadavradan organ nakline bakışı derinden etkilemektedir. Örneğin Doğu Asya ülkeleri haricinde genelde tüm toplum ve kültürlerde beyin ölümü kavramı az çok kabul görmektedir. Japonya'da Budizm'in etkisiyle halkın ölü beden bütünlüğü konusunda katı bir tutum sergilemesi ve beyin ölümü kavramına karşı direnç göstermesinden ötürü ölüm sonrası çok az sayıda bağış olduğu bilinmektedir (Rihito Kimura, “Anencephalic Organ Donation: A Japanese Case”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, 14 (1989), s. 99-101).

⁷⁶³ Veatch, *Transplantation Ethics*, s. 45-7, 85-7.

⁷⁶⁴ İlhan İlkılıç, “Beyin Ölümü İnsanın Ölümü müdür?”, *Hayatın Başlangıcı ve Sonu: Tıbbî, Dinî ve Etik Sorunlar*, ed. Hakan Ertin-Merve Özdemir, İSAR Yayınları-Ensar Neşriyat, İstanbul 2013, s. 132-4.

kalmaktadır.⁷⁶⁵ Yakın zamanda kalp ve akciğerlerin durmasından ibaret olan ölüm tanımı dakik bir tanım olmaması gerekçesiyle ciddi eleştiriler almıştır. Elektroşok, kalp masajı gibi yaşam destek cihazlarının ortaya çıkması ve yine açık kalp ameliyatları esnasında kalbin ve akciğerlerin tamamen durup ameliyat sonrası eski faaliyetine devam etmesi gibi gelişmelerin görülmesi kalp ölümü konusunu yeniden değerlendirmeyi gerektirmiştir.⁷⁶⁶

Solunum ve dolaşım sisteminin dışarıdan cihazlarla desteklenebilmesi ve organ nakillerinin başarıyla sonuçlanması, ölümü klasik tanımından başka bir noktaya taşımıştır.⁷⁶⁷ Tıp teknolojilerindeki gelişmeler ve yaşam destekleri sayesinde, beyin ölümü gerçekleşikten sonra dolaşım ve solunumun bir süre daha devam etmesi sağlanabilmektedir. Normal şartlarda beyin ölümüyle birlikte kalp ve solunumun durması sonucu cansız bedene ne yapacağını bilen insanlar, beyin ve beden arasındaki bu uyumsuzluk durumunda ne yapılması gerektiğine dair kafa karışıklığı ve ikilemler yaşamaktadır. Alışlagelmiş kalp ölümü tanımını benimseyen tek tanrılı dinlerin mensupları ve sağlık personeli de dahil toplum bireyleri tarafından beyin ölümü kavramına birtakım itiraz ve tepkiler gelmektedir.⁷⁶⁸

Ancak günümüzde ölüm tanımında hakim olan bakış açısı beyin ölümünün hakiki bir ölüm olduğu yönündedir. İslam kültürü de dahil olmak üzere ölümü temelde ruhun bedeni terk etmesi olarak gören dinî ve bazı felsefî yaklaşımlar seküler etik tarafından demode olarak görülmekte, ölümün yalnızca gözle görülür bazı tıbbî tespitler ile açıklanabileceği söylenmektedir. Bu grup içerisinde kimileri kalp veya beyin ölümünü ölüm kabul ederken kimileri ise daha ileriye giderek bilinç kaybını da ölümle özdeşleştirmektedirler.⁷⁶⁹ İstisnalar dışında artık beyin ölümü kavramı hukuken ve kültürel olarak kabul görse de tüm ülkelerde kadavradan nakil konusunda ciddi yetersizlikler vardır ve pek çok ülkede yaşayandan değil ölüden nakil ön plana çıkarılmaya çalışılmaktadır.⁷⁷⁰

⁷⁶⁵ Hanoğlu, “Nörolojik Açıdan Hayatın Sonu: Ölüm”, s. 107.

⁷⁶⁶ Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 125.

⁷⁶⁷ Hanoğlu, “Nörolojik Açıdan Hayatın Sonu: Ölüm”, s. 110-1.

⁷⁶⁸ Süheyla Ünal v.dğr., “Sağlık Personelinin Beyin Ölümü ve Organ Bağışıyla İlgili İnanç ve Tutumları”, *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 20/1 (2010), s. 391.

⁷⁶⁹ Veatch, *Transplantation Ethics*, s. 45-6.

⁷⁷⁰ Veatch, *Transplantation Ethics*, s. 182.

İlk defa 1959 yılında Fransız hekim Michel Jovet ve ardından Mollaret ve Goulon beyinleri geri dönülmez şekilde dejenere olmuş hastaların sùnî solunum ile hayatta kaldıklarını tespit ederek bu durumu *coma dépassé* şeklinde nitelemişlerdir.⁷⁷¹ 1968’de ise Harvard’ın doktorlar, hukukçular, teologlar ve sosyal bilimcilerden oluşan Beyin Ölümü Tanımını İnceleme Özel Komitesi (*The Harvard Ad Hoc Committee*) tarafından da bu kriterler kabul edilmiştir.⁷⁷² Komisyon geri dönüşü olmayan koma kavramını ölüm kriteri olarak kullanmayı teklif etmiş ve bu tanım birkaç yıl içinde ABD başta olmak üzere tüm dünyada kabul görmüştür. Ülkemiz de dahil pek çok ülke bu tanıma bazı farklılıklarla birlikte kabul etmiştir.⁷⁷³

Beyin ölümü kavramını tanımlayan Harvard Tıp Fakültesi’ne bağlı bu transplantasyon komitesi, geri dönüşü olmayan komayı (*irreversible coma*) yeni bir ölüm kriteri olarak tanımlamayı hedeflediğini açıkça belirtmiş ve bu tanıma olan ihtiyacı da açıklamıştır. Buna göre, gelişen yaşam destek teknolojileri nedeniyle esasında kendisinden ümitvar olunmayan hastalar beyinleri geri dönüşsüz olarak zarar görmüş olsa da gereksizce kalplerinin atım süreleri uzatılmaktadır. Bu durum ise hasta, hasta yakınları ve hastanelerde yatak bekleyen hastalar için zarar verici olmaktadır. Ayrıca demode olmuş ölüm tanımı esas alındığında organ alımı konusunda pek çok uyuşmazlık ortaya çıkmaktadır.⁷⁷⁴ Komiteye göre beyin ölümü kriterleri şunlardır: Hastanın dış uyaranlara yanıt vermemesi, spontan (kendiliğinden) solunumun bulunmaması, pupillar, korneal, yutma refleksleri gibi sefalik reflekslerin olmayışı, düz ya da izoelektrik EEG. Bu testler 24 saat sonra tekrarlanır ve bulgularda değişme yoksa beyin ölümü tanısı konur. Ancak son kriter tartışmalıdır. Çünkü ilaç intoksikasyonları ve metabolik hastalıklarda da düz EEG olabilir. Ayrıca komanın nedenleri saptanmışsa ve hasta zehirlenme, hipotermi veya hipotansiyon etkisi altında değilse ölümün gerçekleştiğine hükmedilir.⁷⁷⁵ Beyin ölümü tanımını kabul edenlerin dikkat çektiği bir husus olarak beyin ölümü hali koma, bitkisel yaşam, locked-in sendromu gibi durumlardan farklı olarak “şiddetli beyin hasarının yol açtığı geri dönüşsüz koma, beyin sapı reflekslerinin

⁷⁷¹ İlkılıç, “Beyin Ölümü İnsanın Ölümü müdür?”, s. 129.

⁷⁷² Veatch, *Transplantation Ethics*, s. 46.

⁷⁷³ İlkılıç, “Beyin Ölümü İnsanın Ölümü müdür?”, s. 130-1.

⁷⁷⁴ Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death, “A Definition of Irreversible Coma: Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death”, *JAMA*, 205/6 (1968), s. 337.

⁷⁷⁵ Oğuz, *Biyoetik Terimleri Sözlüğü*, s. 29.

olmaması ve apne, yani kendiliğinden solunumun da olmaması biçiminde tanımlanan klinik bir tanıdır.”⁷⁷⁶

4.3.2.1.2. İslam Dünyasında Beyin Ölümü Tartışmaları

21. yüzyılın ikinci yarısına kadar tüm dünyada olduğu gibi İslam dünyası ve geçmiş dönemde yaşayan fakihler de ölümü kalp ölümü şeklinde algılamış ve buna göre ölüm emarelerinden bahsetmişlerdir. Fakihler arasında görüş farklılıkları olsa da bazı temel işaretler ölüm alameti sayılmıştır. Fakat bu tarihlerden itibaren bilinen ölüm alametlerinin yanına pek çok tıbbî ve komplike alametlerin eklenmesiyle beyin ölümü söz konusu olduğunda ölümün bilinmesi ve fark edilmesi sıradan bir eylem olmaktan çıkmıştır. Bugün artık modern tıpta, teşhisi daha kolay olan kalp odaklı ölüm tanımlarından ziyade beyin merkezli çeşitli tanımlar kabul görmektedir.

İslam dünyasında beyin ve kalbin aynı anda fonksiyonlarını kaybettiği hallerin ölüm olarak niteleneceğine dair bir ittifak bulunsa da, cihaz yardımıyla kalbin atmaya devam edip beyin fonksiyonlarının durduğu beyin ölümünün hükmü hakkında herhangi bir konsensüs yoktur. Son yıllarda ölümü kalp ve akciğer fonksiyonlarının durması olarak görenler ile tüm beyin fonksiyonlarının sona ermesi olarak görenler arasında süregelen yoğun tartışmalar göze çarpmaktadır. Kimileri ise her iki tanımı da modası geçmiş bularak farklı ölüm tanımları geliştirmektedirler.

4.3.2.1.2.1. Kalp Ölümünü Esas Alanlar

Beyin ölümü gerçekleşen insandan organ nakli tartışmasının nedeni beyin ölümünün mü yoksa kalp ölümünün mü gerçek ölüm kabul edileceği anlaşmazlığına dayanmaktadır. Beyin ölümünü ölüm kabul ettiğimizde ve hastanın rızasının alınmış olması durumunda, diğer şartlar da yerine geldiğinde, tartışılacak bir husus söz konusu olmayacaktır. Ancak beyin ölümünü ölüm kabul etmeyenler açısından böyle bir durumda temel bir sorun vardır ki bu da kalbi atan bu kişiden organ olarak onun ölümüne sebebiyet vermektir.

Gerek etik gerekse fıkıh dünyasında, beyin ölümünü ölüm tanımı için yeterli görmeyip akciğer ve kalp fonksiyonlarının geri dönüşü olmayacak şekilde yitirilmesi gerektiğini, bu fonksiyonların tıbbî cihazlarla devam ettirilmesi halinde kişinin hala hayatta olduğunu iddia edenler bulunmaktadır. Bu kişilere göre beyin ölümü gerçekleşen kişi ölü değil ancak ölüm süreci başlamış/can vermekte olan biri olarak görülebilir. Ayrıca

⁷⁷⁶ Hanoğlu, “Nörolojik Açıdan Hayatın Sonu: Ölüm”, s. 113.

kalbi atan ve nefes alıp veren bir kimsenin kültürel ve geleneksel olarak diğer insanlar tarafından ölü olarak algılanmadığı da hesaba katılmalıdır.⁷⁷⁷ Kalp atımı durmadıkça ölümün gerçekleşmediğini iddia edenler azımsanmayacak kadar çoktur. Kalbi ve nabızı atan bir insanın kadavra olduğunu kabul etmek özellikle hasta yakınları için oldukça zordur. Beyin ölümü kavramının organ nakillerine malzeme sağlamak için hastaları ölü ilan etmeye yarayan bir kavram olduğu şüpheleri dahi akla gelebilmiştir.⁷⁷⁸

Beyin ölümü teşhisi konduktan sonra kişide yaşam desteklerinin etkisiyle dolaşım, solunum gibi faaliyetlerin devam etmesi beyin ölümü kavramına olumsuz yaklaşılmasının en temel nedenlerindedir.⁷⁷⁹ Kimileri insanın damarlarında kan dolaşırken, solunum devam ederken, vücut sıcakken ve kalp atarken gerçekleşen beyin ölümünün, hayatın sonu sayılmayacağını söylerler.⁷⁸⁰ Beyin ölümü kavramına karşı çıkanlardan bazıları ise bunun modern tıbbın yararına ve ölmekte olan insanların zararına olacak şekilde organ alımlarını arttırmak için icat edilmiş yapay bir tanımlama olduğunu iddia ederler. Zira insanlık tarihinde böyle bir ölüm tanımı olmamıştır ve bu açıdan ilgili tanımlama tıp tarihinde ciddi bir kırılmayı ifade etmektedir.⁷⁸¹

Saîd Ramazan el-Bûtî, Bekr b. Abdullah Ebû Zeyd, Abdullah el-Bessâm, Tevfîk el-Vâî, Muhammed Muhtâr es-Selâmî, Bedru'l-Mütevellî Abdülbâsit, Abdulkâdir Muhammed el-Îmâdî, Câdulhak, Abdulaziz b. Bâz gibi alimlerin yanı sıra pek çok modern dönem araştırmacısı da ölüm için beyin ölümünü değil kalbin durmasını kriter olarak kabul etmekte, dolayısıyla beyin ölümü durumunda organ alınmasını kabul etmemektedirler.⁷⁸² Râbitatu'l-Âlemi'l-İslâmî'ye bağlı İslam Fıkıh Akademisi ise hastanın tüm beyin fonksiyonları tamamen durduktan ve alanında uzman üç hekimden oluşan bir komisyonun bunun geri dönüşsüz olduğunda ittifak etmesinden sonra yaşam destek ünitelerinin kaldırılabilceğini kabul etmiştir. Kalp ve solunum fonksiyonlarının

⁷⁷⁷ İlkılıç, “Beyin Ölümü İnsanın Ölümü müdür?”, s. 136-8.

⁷⁷⁸ Nil Sarı-Mahmut Gürkan, “Organ Bağışına Dair Çekinceler Bağlamında İslam Düşüncesinde Ölüm ve Günümüz Sağlık Hizmetlerinde Güven Sorunu”, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları: I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, ed. Ayşegül Demirhan Erdemir v.dğr., Nobel Tıp Kitapevleri, İstanbul 2007, s. 64-5.

⁷⁷⁹ Mehmet Yazıcı, “Ölüm ile İlgili İki Modern Problem: Beyin Ölümü ve Ötanazi” (uzmanlık tezi, Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığı, 2015), s. 41.

⁷⁸⁰ Yahyâvî, *el-Muvâzene*, s. 243.

⁷⁸¹ İlkılıç, “Beyin Ölümü İnsanın Ölümü müdür?”, s. 137.

⁷⁸² Şinkî, *Ahkâmu'l-cerâhati't-tıbbiyye*, s. 344; Bûtî, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, s. 128-31; Ahmed, *Ahkâmu nakli'l-a'dâi'l-insân*, II, 477; Mahlâfî, *Hudûdü't-tasarruf*, s. 413; Abdüssemi', *Naklu ve zirâatü'l-a'dâi'l-âdemîyye*, s. 100; Yahyâvî, *el-Muvâzene*, s. 243.

yaşam destekleri ile devam ediyor olması durumu değiştirmemektedir. Fakat cihazlar çıkarıldıktan sonra solunum ve kalp tam olarak durmadıkça şer'an ölüm hükmü verilemez.⁷⁸³ Anlaşıldığı kadarıyla akademi beyin ölümü gerçekleşen kişiden yaşam desteklerinin çekilebileceğini söylese de bu durumdaki kişinin organlarının alınması konusunda herhangi bir beyanda bulunmamıştır.

Beyin ölümü kavramını kabul etmeyip ölüm için kalbin kendiliğinden durmasını şart koşanların temel delilleri “*Şek ile yakîn zâil olmaz*”⁷⁸⁴ kaidesidir. İlgili kaide gereğince kesin olan şey hastanın yaşaması idi. Fakat burada, hastanın beyin ölümü gerçekleştiği için ölü sayılması ile kalbi attığı için diri sayılması şeklinde bir ikilem meydana gelmiştir. Öyleyse kaideye dayanarak başka bir kesinlik (yakîn) bulununcaya kadar aslolanın yaşam olması sebebiyle hastanın yaşadığının kabul edilmesi gerekir.⁷⁸⁵ Ölüm, ruhun bedeni tamamen terk etmesi olarak kabul edilmesine rağmen, ruh gibi soyut bir kavram dikkate alınmaksızın ve metafizik tanım bir kenara bırakılarak bedenin canlılığının tamamen kesilmesi şeklinde tanımlandığında, beyin ölümü durumunda canlılık devam ettiği için ölüme karar verilemez.⁷⁸⁶ Yine “*Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır*”⁷⁸⁷ kaidesi ve fıkhıdaki istishâb delili gereğince de asıl olan ruhun bedende kalması ve çıkmamasıdır. Ruhun çıktığına dair kesin bir delil bulunmadıkça kişinin yaşadığına hükmedilir. İslam'a göre “zarûriyât”tan olan “canın korunması” ilkesi gereğince şüpheli hallerde hastanın yaşadığına hükmetmek makâsidi'ş-şerîaya daha uygun olacaktır.⁷⁸⁸ Zira ölüm gibi ciddi bir husus şüpheyle tespit edilemez ve bu sebeple bu durumdaki kişiden organ almak adam öldürme hükmünde sayılır.⁷⁸⁹ Ayrıca uzman hekimler arasında dahi bugün beyin ölümü konusunda ihtilaflar varken fikhın beyin ölümünü ölüm kabul etmesi şüphe üzerine kurulu bir kabul olur.⁷⁹⁰

⁷⁸³ *Karârâtu Mecmai'l-Fıkhıyyi'l-İslâmî li-Râbitati'l-Âlemi'l-İslâmî*, 1412, s. 21.

⁷⁸⁴ *Mecelle*, md. 4.

⁷⁸⁵ Şinkîti, *Ahkâmu'l-cerâhati't-tıbbîyye*, s. 347. Bu bağlamda Dr. Mes'ud Sabri bilimsel bilginin yakîn derecesinde olmadıkça şer'î bilginin önüne geçemeyeceğini belirtir (Masoud Sabri, “İslam Fıkında Beyin Ölümü” (çev. Tuncay Sandıkçı), *Hayatın Başlangıcı ve Sonu: Tıbbî, Dinî ve Etik Sorunlar*, ed. Hakan Ertin-Merve Özdemir, İSAR Yayınları-Ensar Neşriyat, İstanbul 2013, s. 173-4).

⁷⁸⁶ Bûtî, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, s. 128.

⁷⁸⁷ *Mecelle*, md. 5.

⁷⁸⁸ Şinkîti, *Ahkâmu'l-cerâhati't-tıbbîyye*, s. 347-8; Bûtî, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, s. 130; Ebû Zeyd, *Fıkhü'n-nevâzil*, I, 232.

⁷⁸⁹ Mahlâfî, *Hudûdü't-tasarruf*, s. 413.

⁷⁹⁰ Mahlâfî, *Hudûdü't-tasarruf*, s. 402-3.

Bûtî'ye göre beyin ölümü tıbben kesin olarak ölüm olarak görülebilirse de İslam şeriatının ölçülerine göre tek başına kat'î bir delil olamaz. Çünkü her ne kadar hekim bunun ölüm hali olduğuna ve ardından kalbin durduğuna dair yakîne (kesin bilgi) sahip oluyorsa da bu ilmî bir yakîn değildir. Bu ancak, istisna göstermeden tekrarlayan tecrübelerin çokluğundan kaynaklanan kişisel bir inanma (tuma'nîne) halidir. Bu sebeple ister tabii isterse bazı cihazlar yardımıyla sünî şekilde olsun vücudun canlılığını sağlayan kalp atışları devam ettiği müddetçe ölüm bilinemez ve ölüm hükmünü vermek caiz olmaz.⁷⁹¹

Klasik dönem fakihleri ölümün tespiti hususunda çok titiz davranmışlar, ölüm alametlerini kesin bilgi üzerine bina etmişler ve şüphe halinde ölüm kesinleşinceye kadar beklemek gerektiğini söylemişlerdir. Beyin ölümü halinde kalp atışının devam etmesi, cismin beslenmeyi kabul etmesi, renginin değişmemesi gibi durumlar şüphe oluşturmaktadır. Öyleyse bu durumda kalp tamamen duruncaya kadar ölüm teşhisi konmamalıdır.⁷⁹² Gerçekten de klasik fıkıh eserlerinde kişinin suda boğulması, kalp krizi geçirmesi gibi nedenlerle ölüp ölmediğinde tereddüt edilmesi halinde veya olağandışı durumlarda ölümün kesin olduğu anlaşılincaya kadar araştırmak ve defnedilmeden beklemek gerektiği söylenmiştir. Örneğin Şâfiî'ye göre kişinin yıldırım çarpması sonucu, boğularak, yanarak, savaş veya yırtıcı hayvan korkusundan, dağdan düşerek, kuyuya düşerek ölmesi gibi durumlarda kişinin öldüğü netleştirilinceye kadar ölüm hükmü verilmez ve teşhiz işlemleri başlatılmaz. Kişi bu şekilde bozulup çürümesinden endişe edilene kadar bir, iki veya üç gün bekletilir. Çünkü ölü sanılan kişi bayılmış, boğazı tıkanmış, vücudunda safra gâlip gelmiş veya kalbi sekteye uğramış olabilir. Bu sebeplerden birinden dolayı ölmesi halinde teşhiz işlemleri için acele edilmeyip birkaç gün beklemek gerekir. Zira kişinin ölümü kesinleşmeden defnedilmesi caiz olmaz.⁷⁹³

Yine fakihlerin zikrettiği ayakların gevşemesi, dirsek kemiğinin ayrılması, burnunun eğrilmesi, yüz derisinin sarkması, şakaklarının çökmesi gibi ölüm alametleri⁷⁹⁴ beyin ölümü gerçekleşen kişide bulunmadığı için şer'an ölü sayılmaması gerektiğini ifade

⁷⁹¹ Bûtî, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, s. 129, 131.

⁷⁹² Şinkîti, *Ahkâmu'l-cerâhati't-tıbbîyye*, s. 349-50; Sabri, "İslam Fıkıhında Beyin Ölümü", s. 161-3.

⁷⁹³ Nevevî, *el-Mecmû'*, V, 124-6.

⁷⁹⁴ Nevevî, *el-Mecmû'*, V, 125.

edenler bulunmaktadır.⁷⁹⁵ Kimileri ise beyin ölümü adı verilen süreci ölüm olarak değil, kişinin ölüme aday hale geldiği ve ruhun bedeni terk etmeye başladığı bir süreç yani ölümün başlangıcı olarak görmektedir.⁷⁹⁶

Bazı çağdaş dönem araştırmacıları ise pratikte çok sayıda yanlış beyin ölümü teşhisi konduğundan hareketle beyin ölümü konusuna oldukça önyargılı yaklaşmaktadırlar. Hatalı teşhis sebebiyle veya hekimlerin durumu suiistimal ederek henüz ölüm gerçekleşmeden beyin ölümünü ilan etmeleri gerekçeleriyle beyin ölümü tespitine itirazlar gelebilmektedir.⁷⁹⁷ Yine onlara göre tıp literatüründe ve ülkelerin hukuklarında farklı beyin ölümü kriterlerinin bulunması ve uzmanlar arasında tam bir ittifakın bulunmaması beyin ölümü hakkında şüphelere yol açmaktadır.⁷⁹⁸ Bûtî gibi alimler ise beyin ölümünü kabul etmemelerinin gerekçesini, örfü esas alarak kalp ölümünü kabul eden insanların “ölüm” tanımını dikkate alma, fitneye engel olma ve ihtiyatı tercih etme şeklinde açıklamaktadırlar.⁷⁹⁹

Batı dünyasında ise ABD’li nörolog Alan Shewmon’un beyin ölümü kavramına ciddi itirazları dikkat çekmektedir. Shewmon bedendeki tek bir organın fonksiyonunu yitirmesi ile bedenin ve tüm organizmanın öldüğünü söylemenin yanlışlığını iddia eder. Beyin ölümü literatüründe sıklıkla tekrarlandığının aksine beyin ölümü gerçekleşikten sonra vücut fonksiyonları birkaç gün değil bir haftadan fazla devam edebilmekte, hatta kimi vakalarda bu süre, bir veya birkaç ayı dahi bulabilmektedir. Yine beyin ölümü teşhisi konduktan sonra yaşam destekleri çekilmesine rağmen kalp fonksiyonları uzun süre devam etmekte olan hastalar da tespit edilmiştir. Ayrıca ona göre hatalı teşhis durumları da literatürde ciddi bir yekun tutmakta olup bu durum beyin ölümü teşhisinin her zaman güvenilir olmadığını göstermektedir. Shewmon, bazen ise kişinin organ vericisi olmaya müsait olduğu durumlarda kolayca ve hızlı bir şekilde beyin ölümü teşhisi konduğunun dikkat çekici olduğunu söyler.⁸⁰⁰

⁷⁹⁵ Yazıcı, “Ölüm ile İlgili İki Modern Problem”, s. 41.

⁷⁹⁶ Süveylim, *Ahkâmu zirâati'l-kebed*, s. 348; Ebû Zeyd, *Fıkhu'n-nevâzil*, I, 232-3.

⁷⁹⁷ Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 127-8; Şinkîti, *Ahkâmu'l-cerâhati't-tubbîyye*, s. 353-4.

⁷⁹⁸ Yazıcı, “Ölüm ile İlgili İki Modern Problem”, s. 44. Ancak bu iddiaya uygulamadaki farklılıkların öze yönelik farklılıklar olmadığı, doğrulayıcı testler, aranan hekim sayısındaki farklı kriterler gibi konularda olduğu şeklinde cevap verilmektedir (Yazıcı, “Ölüm ile İlgili İki Modern Problem”, s. 45).

⁷⁹⁹ Bûtî, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, s. 131.

⁸⁰⁰ D. Alan Shewmon, “Chronic ‘Brain Death’: Meta-analysis and Conceptual Consequences”, *Neurology*, 51 (1998), s. 1538, 1542.

4.3.2.1.2.2. Beyin Ölümünü Esas Alanlar

Geleneksel ölüm tanımı olan kalp ölümünden farklı olarak 20. yüzyılda ortaya çıkan beyin ölümü kavramına karşı gerek Yahudi ve Hıristiyan din adamları gerekse Müslüman alimler tarafından ilk etapta bir direnç söz konusu olmuşsa da daha sonra bu direncin zamanla kırıldığı ve ilgili kavramın kabul görmeye başladığı göze çarpmaktadır. Esasında bu durum, insanın merkezini kalp olarak görme eğiliminin azalıp insanı insan yapan esas merkezin beyin olduğu algısının yerleşmesi anlamına gelmektedir.

İslam dünyasında ölüm kriteri olarak beyin ölümünü esas alanlara göre kalp atışı durmaksızın beyin ölümünün gerçekleşmiş olması kişiye ölü hükmünün verilmesi için yeterlidir. Yusuf el-Karadâvî, Ömer Süleyman el-Eşkar, Muhammed Süleyman el-Eşkar, Muhammed Naîm Yasin, Ahmed Şerefuddîn, Ârif el-Karadâğî gibi alimler bu görüştedir.⁸⁰¹ Ülkemizde ise Diyanet İşleri Başkanlığı'na bağlı Din İşleri Yüksek Kurulu yaşam destek ünitesine bağlı kişinin beyninin tüm fonksiyonlarını kaybettiğine ve bu durumdan geri dönüşün imkansız olduğuna uzman tabiplerin karar vermesi halinde kişinin yaşam destek ünitesinden çıkarılabileceği yönünde fetva vermiştir.⁸⁰²

Kuveyt Tıbbî Bilimler İslamî Organizasyonu (*el-Munazzamatu 'l-İslâmiyye li 'l-Ulûmi 't-Tıbbîyye*) tarafından 1985 yılında insan hayatının başı ve sonuna dair düzenlenen bir sempozyumda beyin ölümü hakiki ölüm olarak kabul görmüştür. Kalbi duran hastaların bir süre sonra hayata geri dönebildiğinden ancak beyin sapı ölen kişinin artık yaşama umidi kalmadığının tecrübe ile sabit olduğundan yola çıkan kuruluş, beyin ölümü halinde yaşam destek cihazlarının çekilebileceğini açıklamıştır.⁸⁰³ 1986 yılında ise İKÖ'ye bağlı İslam Fıkıh Akademisi Meclisi, tüm beyin fonksiyonlarının kesin olarak durması, tecrübeli uzman hekimlerin bu durumdan geri dönüş olmadığını belirtmeleri ve beynin artık çözülmeye başlaması durumunda, kalp gibi kimi organlar aletler sayesinde sünî olarak çalışmaya devam ediyor olsa dahi yoğun bakım cihazlarının çekilip kişinin ölü hükmünde değerlendirileceğini ve ölüme bağlı tüm hukukî sonuçların doğacağını

⁸⁰¹ Karadâvî, *Fetâvâ muâsıra*, II, 595-7; Şinkitî, *Ahkâmu 'l-cerâhati 't-tıbbîyye*, s. 344-5; Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 177-8; Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s.123-31.

⁸⁰² <http://www2.diyaret.gov.tr/diniseriyuksekkurulu/Sayfalar/KisininYasamDestek.aspx>
[Erişim tarihi: 15 Ocak 2017]

⁸⁰³ <http://islamset.net/arabic/aioms/injazat1.html> [Erişim tarihi: 10 Ocak 2017]

kararlaştırmıştır.⁸⁰⁴ 1986'daki bu olumlu kararlar birlikte Suudi Arabistan'da kadavradan organ naklinde artış olduğu belirtilmektedir.⁸⁰⁵

Yine 1980'li yılların başında Âyetullah Humeynî ve daha sonra Hamaney kendilerine sunulan tıbbî delillere dayalı olarak, beyin ölümünün kalp durmasına eşdeğer olduğuna dair bir fetva yayınlamıştır. Neredeyse tüm çağdaş Şîî fakihler, uzmanlar tarafından kesin olarak beyin ölümü teşhisi konması ve hayati organların yeniden canlanmaması şartıyla beyin ölümü gerçekleşmiş hastalardan organ alımını kabul ederek bu fetvaları takip etmişlerdir.⁸⁰⁶

Beyin ölümünü kabul edenlere göre yoğun bakımdaki gelişmeler sayesinde ortaya çıkan beyin ölümü kavramı, daha önce teknik ve tıbbî imkanlar gelişmediği için tespit edilemeyen ölümlerin tespitini sağlayan güvenli bir kavramdır.⁸⁰⁷ Beyin ölümünü ölüm kriteri olarak kabul eden çağdaş dönem fakihleri, tıbbî konularda ehl-i zikir olan uzman doktorların görüşünün esas olması gerektiğini, tıp camiasında ise beyin ölümünün hakiki ölüm olduğuna dair yaygın bir kanaat bulunduğunu da gerekçe olarak sunarlar.⁸⁰⁸

Zira modern tıbbın beyin ölümü tanımı bazı şüpheleri barındırıyor olsa da bu konudaki deliller zann-ı gâlip seviyesinde olduğu için insan hayatının sonuna bu ölçüye göre karar verilebilir. Bu sebeple İslamî olarak da beyin ölümü gerçekleştiğinde ruhun bedeni terk ettiği varsayılmalıdır.⁸⁰⁹

Bu gruptaki alimler ve araştırmacılar ölümü tanımlamayı tıbbın işi olarak görürler ve klasik görüşlere karşı çıkarlar. Tıp bilimi artık gerçek ölümün, kalbin ve solunumun durması ile değil beyin fonksiyonlarının durması ile gerçekleştiğini söylemektedir. Beyin ölümü gerçekleştiğinde geri dönüşü olmayacak şekilde ölüm gerçekleşmektedir. Dolayısıyla beyin ölümü gerçekleşen kişinin yaşam destek ünitesinde tutulmaya devam edilmesi hayata geri döndürülmesi değil ölüm sürecinin uzatılması anlamına gelmektedir.⁸¹⁰ Gerçekten de beyin ölümü kriterlerini sağlayan hastaların prognozlarını

⁸⁰⁴ *Karârâtü ve Tavsiyyâtu Mecmai'l-Fıkhi'l-İslâmî ed-Düvelî*, s. 114-5.

⁸⁰⁵ Mohammed Ali Albar, "Islamic Ethics of Organ Transplantation and Brain Death", *Saudi Journal of Kidney Diseases and Transplantation*, 7/2 (1996), s. 112-3.

⁸⁰⁶ Kamal, "Ethical Issues of Organ Transplantation in Islam", s.100.

⁸⁰⁷ İnkılıç, "Beyin Ölümü İnsanın Ölümü müdür?", s. 137.

⁸⁰⁸ Süveylim, *Ahkâmu zirâati'l-kebed*, s. 351.

⁸⁰⁹ Sabri, "İslam Fıkında Beyin Ölümü", s. 164-5.

⁸¹⁰ Karadâğî-Muhammedî, *Fikhü'l-kadâya't-tıbbîyyeti'l-muâsıra*, s. 478-9.

(seyrini) inceleyen çalışmalar bu kimselerin cihazlara bağlı olmalarına rağmen ortalama dört gün içinde kalplerinin de durduğu bildirilmektedir.⁸¹¹

İslam dünyasındaki beyin ölümü taraftarlarının en güçlü delili, beyin ölümü durumunda yaşam destekleri olmasaydı klasik dönem fakihlerince benimsenen somatik ölümün zaten gerçekleşecek olduğu, makinaların kalbin ve beden fonksiyonlarının durması sürecinin uzattığı şeklindedir.⁸¹² Buna göre beyin ölümü gerçekleştiğinde kişi hakikaten hayatını kaybetmekte, ancak yaşam destek cihazları sayesinde teneffüs ve kan dolaşımı sağlanarak beden hücreleri canlı tutulmakta ve organ naklinin imkanı sağlanmaktadır.⁸¹³

Beyin ölümü gerçekleşen kişide bilinç, duyular, iradi hareketler ve reflekslerin bulunmaması ruhun bedeni terk ettiğini göstermekte olup organlarının canlı kalması ise sadece makinalar sayesinde kan dolaşımının sağlanması nedeniyledir.⁸¹⁴ Gerçek anlamda beyin ölümü gerçekleşen hiç kimsede geriye dönüşün olmaması ve durumun çok kısa bir süre sonra kalbin durması ile sonuçlanması ise beyin ölümünün hakiki ölüm olduğunu göstermektedir.⁸¹⁵

Yine beyin ölümünü esas alan çağdaş araştırmacılar, tıbbî olarak dolaşım ve solunumun durmasıyla bedenin ölmesini ifade eden somatik ölümden sonra ortaya çıkan beynin oksijensiz kalması durumu ile gerçek ölümün gerçekleştiği şeklindeki tıbbî bilgiden hareket ederler. Kan dolaşımı ve solunumun durması sonucu, artık beslenemeyen beyin hücreleri hayatini kaybeder. Öyleyse dolaşım ve sonrasında beyin fonksiyonlarının durması ve en sonunda da hücresel ölümün gerçekleşmesi ile geri dönüşü olmayan bir sürece girildiği ve ölümün gerçekleştiği anlaşılmaktadır.⁸¹⁶ O halde kalp ölümü olarak görülen durumda da kalbin durması ile değil esasında beynin oksijensiz kalması nedeniyle beyin fonksiyonlarının durması ile ölüm gerçekleşmektedir.

Çağdaş dönem fakihlerinden Yusuf el-Karadâvî beyin fonksiyonları tamamen durmuş bir kimsenin bedeninde dolaşım ve solunum gibi fonksiyonları sağlayan aletlerin çekilmesinin gerekli olduğunu belirtir. Çünkü bu kişinin cihazda tutulması ölünün teçhiz ve defin işlemlerinin, terekesinin dağıtılmasının, hanımının boşanma iddetinin

⁸¹¹ Hanoğlu, “Nörolojik Açıdan Hayatın Sonu: Ölüm”, s. 118.

⁸¹² Yazıcı, “Ölüm ile İlgili İki Modern Problem”, s. 52-3.

⁸¹³ Karadâgî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 127.

⁸¹⁴ Yazıcı, “Ölüm ile İlgili İki Modern Problem”, s. 54.

⁸¹⁵ Süveylim, *Ahkâmu zirâati'l-kebed*, s. 351.

⁸¹⁶ Yazıcı, “Ölüm ile İlgili İki Modern Problem”, s. 60.

başlamasının gecikmesi anlamına gelmektedir. Yine ilgili cihazlardan hakkıyla yararlanabilecek diğer kişilere engel olunmakta ve mal israfında bulunmaktadır. Bu sebeple beyin ölümü gerçekleşen kişi ölü hükmündedir ve fişi çekilmeden önce organları alınabilir.⁸¹⁷ Kendi şahsi kanaatini güçlü bir zann-ı gâlip ile beyin ölümünün gerçek ölüm olduğu şeklinde açıklayan Muhammed Naîm Yasin ise, ruhun insan bedenini terk ettiği anın, bedenin his duymaktan ve iradi hareketlerde bulunmaktan tamamen ve nihai olarak aciz kaldığı an olduğunu söyler. Tıp ise bu vaktin beyin ölümü anı olduğunu söylediği için beyin ölümünün gerçek ölüm olduğunu ifade etmekte bir sakınca olmayacaktır. Zira modern tıbbî ölüm kavramı, kalbin veya başka organların durmasını değil, insan beyninin kesin ve nihai bir şekilde ölmesini ifade etmektedir.⁸¹⁸ Kalbin değil beynin hayatın merkezi olduğu düşüncesine dayalı beyin ölümü kabulüyle, üst beyin, beyincik ve beyin sapından oluşan beynin geri dönüşümsüz olarak fonksiyonlarını kaybetmesiyle ölümün tam olarak gerçekleştiği varsayılmaktadır. Bugün tıbbın kalp fonksiyonlarının da beyne bağlı olduğunu ifade etmesi ve sünî kalplerin mümkün olmasına rağmen sünî beynin mümkün olmaması günümüz şartlarında beyin ölümünün hakiki bir ölüm kabul edilmesini desteklemektedir.⁸¹⁹ Çağdaş araştırmacılardan bazısına göre, beyin ölümü durumunda bazen görülen hareketlilik istemsiz hareketlerdir ve bedende mevcut olan hareket ruhun tesiriyle olan bir hareket değil ancak dış etkenler olan tıbbî cihazların etkisiyle ortaya çıkan ıztırâri bir harekettir.⁸²⁰ Kimileri ise boğazı kesilen bir hayvanın (mezbûh) veya kişinin canlılığını bir süre daha sürdürmesine dair klasik fıkhîteki görüşlerden yola çıkarak beyin ölümü gerçekleşen kişinin durumunu tespit etmeye çalışmışlardır. Buna göre hayât-ı mezbûh adı verilen, kişinin konuşma, görme, duyma, iradî harekette bulunma yeteneğini kaybettiği ancak bazı refleksleri gösterdiği hali ifade eden bu kavram beyin ölümüne kıyaslanmıştır. Bu görüştekilere göre İslam ceza hukukunda bu kişilere yönelik cinayetlerde karşı tarafa kısas cezası uygulanmaması beyin ölümü durumundaki kişinin

⁸¹⁷ Karadâvî, *Fetâvâ muâsıra*, II, 595-7.

⁸¹⁸ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 177-8.

⁸¹⁹ Yazıcı, “Ölüm ile İlgili İki Modern Problem”, s. 56-7.

⁸²⁰ Şinkîfî, *Ahkâmu 'l-cerâhati 't-tıbbîyye*, s. 352; Süveylim, *Ahkâmu zirâati 'l-kebed*, s. 350.

hukukî konumuna kıyas temeli yapılabilir ve böyle bir kişi fikhen ölü sayılır.⁸²¹ Ancak kanaatimizce klasik fıkhıta bahsedilen bu durum, boğazı başka kişi tarafından kesilen kişiye zarar veren ikinci kişinin asıl ceza olan kısas ile cezalandırılmayacağını, kısas cezasının ilk faile verileceğini ifade etmekten başka bir anlam taşımamaktadır. Dolayısıyla görüşümüz, tıbben ölüm kabul edilen ve bedeninin canlılığının makinalarla sağlandığı beyin ölümü durumunu, aralarındaki benzerliği inkar etmemekle birlikte, hayat-ı mezbûha kıyas etmenin doğru olmadığı yönündedir.

Yine beyin ölümünü ölüm sayanlar bu durumu başı kesilmiş olmasına rağmen kalbi atmaya devam eden kişinin durumuna kıyaslarlar. Nasıl ki böyle bir kişinin kalbinin atması tıbbî imkanlarla bir süre daha sağlanabilse de nihayetinde bu kişi artık ölü sayılacaktır. Bu da bize insanın yaşam merkezinin kalp değil beyin olduğunu göstermektedir.⁸²² Diğer yandan kalp ölümü durumunda da bazı organlar hayatiniyetini devam ettirmekte ve kimi vücut fonksiyonları hemen sonlanmamaktadır. Örneğin bağırsak kasılmaları, sindirim işlemleri, testislerde sperm üretimi gibi fonksiyonlar devam etmektedir.⁸²³ Ayrıca kalp ölümünde de mezara gömüldükten günler sonra dahi saç, sakal ve tırnakların bir süre daha uzamaya devam ettiği bilinmektedir. Ayrıca solunum merkezi öldükten ve organlar oksijensiz kaldıktan sonra organlar canlılıklarını sürdürememektedir. Kafası giyotinle kesilen kişinin organları bir müddet daha çalışır ya da kafası kesilen hayvanların bedenleri bir süre ayakta dahi dolaşabilir. Ancak bunların canlı kabul edilmezler. Yine acı hissini merkezini beyin olduğu düşünüldüğünde beyin ölümü gerçekleşen kişilerin acı çekmedikleri anlaşılacaktır.⁸²⁴

Bu görüşlerin haricinde kimi Batılı yazarlar ise, üst beyin fonksiyonlarının durduğu kalıcı bitkisel yaşam durumlarında da kişinin ölü kabul edilerek ileriye yönelik bir talimat (*advance directive*) ile buna izin vermiş olmaları halinde organlarının alınabileceğini iddia ederler. Ancak bu görüş Batı'da da kabul görmüş bir görüş olmayıp çok tepki almaktadır. Esasında literatürde de beyin ölümü kavramı, kimilerince

⁸²¹ Yazıcı, "Ölüm ile İlgili İki Modern Problem", s. 55. İlgili tartışmalar için bkz. Sabri, "İslam Fıkhiinde Beyin Ölümü", s. 175-7; Ahmed, *Ahkâmu nakli'l-a'dâi'l-insân*, II, 477; Şinkîti, *Ahkâmu'l-cerâhati't-tıbbiyye*, s. 352; Süveylim, *Ahkâmu zirâati'l-kebed*, s. 352; Sabri, "İslam Fıkhiinde Beyin Ölümü", s. 164; Abdüssemi, *Naklu ve zirâatü'l-a'dâi'l-âdemîyye*, s. 103.

⁸²² Süveylim, *Ahkâmu zirâati'l-kebed*, s. 351.

⁸²³ Yazıcı, "Ölüm ile İlgili İki Modern Problem", s. 42.

⁸²⁴ Sarı-Gürgen, "Organ Bağışına Dair Çekinceler Bağlamında İslam Düşüncesinde Ölüm ve Günümüz Sağlık Hizmetlerinde Güven Sorunu", s. 65.

benimsenen üst beyin fonksiyonlarının durmasını değil beyin tüm fonksiyonlarının durmasını ifade etmektedir. Kalp ölümü kavramı gibi beyin ölümü kavramının da yanlışlığını iddia eden kişiler, her iki ölüm tanımının da şüpheyi barındırdığını, yaşayan bir insana ölü muamelesi yapmanın yanlışlığının açık olması gibi, ölü bir insana yaşıyor muamelesi yapmanın da sosyal, ekonomik, politik vs. pek çok olumsuz sonucu olduğundan bahsederler. Ancak üst beyin fonksiyonlarının durmasını ölüm tanımı için yeterli görenlere *slippery slope* (kaygan zemin) argümanı ile karşı çıkmıştır. Bu argümana göre kabul edilebilir bir yargıyı temellendiren bir prensip, açıkça kabul edilemez bir yargıyı zorunlu olarak doğurabilmektedir. Örneğin bilinci ifade eden üst beyin fonksiyonlarının durmasını ölüm ile eşitlemek her türlü basit bilinç kaybı durumlarını ölüm olarak görme sonucunu doğurabilecektir.⁸²⁵

Sunduğumuz bu görüşlerin haricinde kimi liberal biyoetikçilere göre ise felsefi ve arka planlara bağlı olarak kişisel değer ve inançlara göre alternatif ölüm tanımları arasında kişiler tercihte bulunabilmelidir. Amerikalı Profesör Robert M. Veatch Batı kültüründe kabul gören üç farklı alternatif ölüm tanımından herhangi birini bireylerin seçme hakkı olması gerektiğine inanır. Buna göre daha muhafazakar ve geleneksel bir tanım olan kalp ölümü, bunun karşısında yer alan tam beyin ölümü ve mevcutlar içinde en liberal sayılan üst beyin ölümü tanımının her biri ölüm tanımının kabul edilebilir farklı varyasyonlarıdır.⁸²⁶

4.3.2.1.2.3. Görüşlerin Değerlendirilmesi

İslam inancına göre ölüm ruhun bedeni terk etmesiyle gerçekleşir. Fakat âyette de belirtildiği üzere⁸²⁷ ruh konusu gaybi bir konu olup insanın bu meselenin künhüne vakıf olması mümkün değildir ve hiçbir zaman da olamayacaktır. Dolayısıyla ölümün tanımında ruhun bedeni terk etmesi esas alınabilirse de ölümün tespiti konusunda böyle soyut bir kriter yerine harici ve somut alametler dikkate alınmalıdır. Bu nedenle ölümün tespiti konusunda din adamlarından, hukukçulardan veya filozoflardan ziyade gelişmiş tıp teknolojilerinin bulunduğu asrımızda ölümü tespit etmesi gerekenlerin alanında uzman tabipler olması gerektiği kanaatindeyiz. İslam dünyasındaki araştırmacılar ve

⁸²⁵ Veatch, *Transplantation Ethics*, s. 88-90, 109-11, 185.

⁸²⁶ Veatch, *Transplantation Ethics*, s. XII, 77.

⁸²⁷ İsrâ, 17/85.

alimler tarafından gerçekleştirilen sorgulamalara bakıldığında da beyin ölümüne karşı gelenlerin gerekçeleri tıp karşısında oldukça zayıf kalmaktadır. Ancak bu, beyin ölümü taraftarlarının mutlak olarak haklı oldukları veya tıp otoritelerine sorgusuz teslim olmak zorunda oldukları anlamına gelmemekte olup bu konunun tıbbî, hukukî ve etik açılardan derinlemesine incelenmesine ciddi anlamda ihtiyaç vardır. Fakat bu sorgulama süreci devam ederken mesleklerinin gereğini bilen sorumluluk sahibi, dinî ve ahlâkî hassasiyetlere sahip tabiplerin sözüne itimat etmekten başka çare görünmemektedir. Bununla beraber beyin ölümü kriterlerinin hukuk tarafından kontrolü sağlanmalı ve beyin ölümü teşhisinin kötü amaçlara alet edilmesi bir şekilde engellenmelidir. Zaten bunun için pek çok ülkede nakil ameliyatını yapan hekim ile beyin ölümünü teşhis edecek hekimlerin farklı kişiler olması ve beyin ölümüne birden fazla uzman hekimin karar vermesi gibi şartlar koşulmaktadır.

Günümüz koşullarında hemen tüm hukuk sistemlerinin beyin ölümü kriterlerini esas aldığı ve beyin ölümü gerçekleşen kişinin hukuken “ölü” kabul edildiği gerçeğinden yola çıkıldığında, kendisine tıbben ve hukuken yani pratikte ölü hükmü verilen kişilerin felsefî veya dinî sebeplerle teorik bir biçimde ölü olmadıklarını iddia etmek pratikte sonuç vermeyecektir. O halde, ölü olduğu kabul edilen ve bu sebeple yaşam destek üniteleri kendilerinden çekilen bu kişiler neden organ vericisi olamasınlar? Biz bu görüşümüzle ölüme dair konuşma hakkının hekimlerle ve hukukçularla sınırlı tutulması gerektiğini iddia etmiş olmuyoruz. Ölüm gibi farklı boyutları olan bir konunun felsefî, dinî ve kültürel yönleri elbette ki ihmal edilmemelidir. Ancak aksine dair bir delil bulunmadığı müddetçe tıbbın ölüm kriterleri kabul edilmeli, diğer yandan ise aksi ispat edilinceye kadar geçmişi yarım yüzyılı biraz aşan bu ölüm tanımına karşı kuşkuyla ve sorgulayıcı bir tavırla yaklaşılmalıdır. Zira ölüm gibi önemli bir konuda zanna veya şüpheye yer olmayacak şekilde kesinlik ve güvenilirlik gereklidir. “*Şek ile yakîn zail olmaz*”⁸²⁸ kaidesi ve “*Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması esastır*”⁸²⁹ şeklinde ifade edilen ıstışâb kuralı gereğince aksi net bir şekilde sabit oluncaya kadar ölümün ilan edilmemesi ve kişinin hayatının devam etmesinin asıl olması gerekmektedir.

Sedd-i zerîa argümanını esas alarak beyin ölümü teşhisinde oluşabilecek hatalar sebebiyle bu kapıyı hiç açmamak gerektiği yönündeki iddiaları ise kanaatimizce zayıf

⁸²⁸ *Mecelle*, md. 4.

⁸²⁹ *Mecelle*, md. 5.

görülmektedir. Kontrollü bir şekilde hukukî ve tıbbî kurallara riayet edildiği müddetçe ölüm teşhisinde bulunulması kaçınılmazdır. Bu açıdan bakıldığında geleneksel kalp ölümünde de hatalı teşhis vakaları olabilmektedir, fakat bu durum insanları ölüm teşhisinden elbette ki alıkoymamaktadır. Ayrıca Mecelle’de yer alan “*İtibar gâlib-i şâyi’a olup nâdire değildir*”⁸³⁰ ifadesinde de belirtildiği üzere istisnalar üzerine hüküm bina edilmez.

Fakihlerin belirlediği ölüm alametleri dönemlerinin şartları çerçevesinde ve tıp uzmanlarından ve tecrübi birikimden elde edilen bilgilerdir. 21. yüzyıl tıbbî ve bilimsel şartlarında klasik dönemde fıkıh ve hatta tıp eserlerinde yer alan ölüm kriterleri üzerinde ısrar etmek makul olamaz. Zira ilgili dönemlerin tıbbî şartları nasıl bugün ile aynı değilse buna paralel olarak tıbbî kavram ve hükümlerin de değişmesi oldukça olağan karşılanmalıdır. Fakat diğer yandan, insanı bir ruh ve bedenden ibaret sayan İslamî anlayıştan farklı olarak seküler insan algısı üzerine bina edilmiş bir ölüm kavramının da İslamî açıdan kabul edilebilirliği sorgulanmalıdır. Yine tıbbin ölüm kabul ediyor olması sebebiyle beyin ölümü kavramını eleştiri süzgecinden geçirmeden kabul etmek doğru bir yöntem olmadığı gibi, tıbbin verilerini göz ardı ederek bilimsel düzlemde olmaksızın ve haklı gerekçeler bulunmaksızın yapılan itirazların da yersiz olacağı açıktır.

4.3.2.2. Kalp Ölümü Gerçekleşen Kişiden Nakil

Beyin ölümü kavramının ciddi tartışmalara neden olması nedeniyle kalp ölümü gerçekleşen kişiden naklin mümkün olup olmadığı ya da bu ihtimalin daha iyi bir alternatif olup olmadığı da etikçiler tarafından tartışılmıştır. Esasında organ naklinin başladığı ilk yıllarda ölüden organ alımı beyin ölümü değil kalp ölümü gerçekleşen kişilerden sağlanmaktaydı. Zira ilk evrede beyin ölümü kavramı henüz gündemde dahi değildi. Ancak beyin ölümü kavramının ortaya çıkmasıyla, kalp ölümü sonrası nakil işlemi unutuldu. Bunun sebebi, kalp ölümü sonrası organların kısa sürede canlılığını kaybetmesi ve bu sürede organ alınımının zorluğu olabileceği gibi, kalp ölümü sonrası nakilde başka etik ve tıbbî sorunlar da gündeme gelmekte olduğu için iyi bir alternatif olarak görülmemektedir. Kimi uzmanlar kalp ölümü kriterlerine göre organ almanın beyin ölümü durumunda organ almaktan daha güvenilir olmadığını belirtmektedirler.

⁸³⁰ Mecelle, md. 42.

Zira kalp ölümünün tespitinde beyin ölümünde olduğu gibi pek çok testler yapılmamakta yalnızca kalbin durması ile kişi ölü addedilmektedir. Kimi zaman kalp durmasının geri dönüşsüz olduğunu tespit etmek için zamana ihtiyaç olmaktadır. Bu durumda henüz beyin fonksiyonları devam eden veya kalbinin yeniden çalışması ihtimal dahilinde olan kişiden organ alma gibi başka bir tehlikeli ve şüpheli hal gündeme gelmektedir. Organların hayatiyetini kaybetmemesi için bir yandan acele etmek gerekecekken diğer yandan teşhis için beklemek gerekmektedir. Bu da uygulamada bir çelişkiyi ve şüpheyi doğurmaktadır.⁸³¹

İlgili husus İslamî literatürde fazla tartışılmamış olmasına rağmen Batılı biyoetikçiler arasında kalp ölümü durumunda organ almaya katı bir şekilde karşı çıkanlar vardır. Kardiyak ölüm sonrası veya kalp atmazken organ bağıışı (*non-heartbeating-organ donation*) şeklinde adlandırılan bu durum, henüz ölmemiş ancak ölmekte olan kişiye yönelik yanlış bir uygulama ve bu kişiyi başkasının faydası için kullanmak olarak görülmektedir. Kalbin durmasından 2 ile 5 dakika sonrasında organ alımı anlamına gelen bu durum bilimsel ve felsefi açılardan eleştiri almıştır. Kimilerince bu, organ nakli ile uğraşanların nakil sayısını arttırmak için ortaya attığı şüpheli bir teşebbüstür.

4.3.2.3. Ölü Beden Üzerinde Tasarrufa Dair Vasiyet Hakkı

Ölüden organ nakli söz konusu olduğunda hukuk sistemleri çoğunlukla ölen kişinin organ bağıışına dair vasiyetini veya yakın akrabalarının/vârislerinin rızasını itibara almaktadır. Çağdaş dönem İslam hukukçuları, ölümünden sonra kişinin bağıışa dair böyle bir vasiyetinin geçerli olup olmadığını tartışmışlardır. Beyin kriterine göre ölümü kabul edip etmeme hususundan bağımsız olarak düşündüğümüzde, teorik olarak bu tür bir vasiyeti geçerli sayanların çoğunlukta olduğunu görmekteyiz. Bu tür bir vasiyeti geçerli görmesine rağmen beyin ölümü kavramını kabul etmediği için ölüden nakle sıcak bakmayanların sayısı ise belirttiğimiz üzere az değildir.

İnsanın ölümüyle, yaşama bağılı olan tüm hakları sona erer. Geriye sadece yıkanma, kefenlenme, taşınma, defnedilme, yönünün kibleye çevrilmesi, namazının kılınması, ona dua edilmesi, onun için istiğfarda bulunulması, bedeninin müsleden korunması gibi hakları kalır. Bu haklar ise her ne kadar sahibine ait haklar olsa da bunlar, kişinin dilemesiyle düşmeyen Allah haklarını da içlerinde barındırmaktadır. Dolayısıyla kişi

⁸³¹ Veatch, *Transplantation Ethics*, s. 207-17.

ölümünden sonra bu haklardan birini ihlal edecek herhangi bir vasiyette bulunamaz. Muhammed Naîm Yasin'e göre ölüden organ nakli durumu kişinin bu haklarından birine tecavüzü içermediğinden dolayı kişinin organ bağışına dair vasiyetine itibar edilir ve bu vasiyet ölümünden sonra uygulanır. Kişinin ölmeden önce vasiyetinden dönme hakkı ise mahfuzdur.⁸³² Ayrıca bu tür bir vasiyeti kabul edenlere göre kişi bedeni üzerinde Allah'ın mübah kıldığı alanda izin verme ve engel olma hakkına sahip olduğu gibi bu hak vefatından sonrası için de geçerlidir.⁸³³ Yusuf el-Karadâvî de öldükten sonrası için kişinin organ bağışına dair vasiyetini geçerli sayar ve bedenin hassasiyetle açılıp organların alınmasından sonra geri kapatılması durumunda bu eylemin ölünün dokunulmazlığı ve saygınlığı ilkesiyle çelişmediğini belirtir.⁸³⁴

Vefatından sonrası için kişinin organlarını bağışlama konusunda vasiyette bulunmasını geçerli sayanlar organ bağışının Allah'ın muradına uygun bir eylem olmasından dolayı şer'an geçerli diğer vasiyetler gibi olduğunu belirtmişlerdir.⁸³⁵ Kimileri ise muztar kişinin ölü insanın beden parçalarından istifade etmesi, ölmüş hamile kadının karnının yarılarak bebeğin çıkarılması gibi durumlarda vefat edenin izni olmamasına rağmen zaruret sebebiyle bedene dokunulabileceğine göre, kişinin organ bağışına dair kendi isteğiyle bir vasiyeti bulunması halinde bu vasiyetin geçerli olması gerektiğini savunurlar.⁸³⁶ Modern hukuklar da kişinin yaşarken sahip olduğu bedeni üzerindeki hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olması gibi vefatından sonra da bu hakkının devam ettiği ve dolayısıyla bilimsel ve tıbbî amaçlarla bedeni üzerinde tasarrufa vasiyet edebileceğini kabul etmişlerdir.⁸³⁷

Vasiyet yoluyla beden ve beden parçaları üzerinde tasarrufta bulunmayı kabul etmeyen azınlıktaki araştırmacılar ise vasiyete konu olan beden ve organların mal olmaması ve mûsînin buna bir eşya gibi mâlik olmaması sebebiyle bu tür bir vasiyeti geçersiz sayarlar.⁸³⁸ Hindistan Fıkıh Akademisi de 3 (2/2) numaralı kararında bir kişinin ölümünden sonra organlarından nakil amaçlı yararlanılmasını vasiyet etmesi halinde bu

⁸³² Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 155, 163, 176.

⁸³³ Ahmed, *Ahkâmu nakli 'l-a'dâi 'l-insân*, I, 150.

⁸³⁴ Karadâvî, *Fetâvâ muâsıra*, II, 535-6.

⁸³⁵ Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 161.

⁸³⁶ Mahlâfî, *Hudûdü 't-tasarruf*, s. 340.

⁸³⁷ Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 162.

⁸³⁸ Mahlâfî, *Hudûdü 't-tasarruf*, s. 339; Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 159; Ali, *Naklu 'l-a'dâ mine 'l-meyyiti ile 'l-hay*, s. 100.

vasiyetin hakim olan örfte vasiyet olarak adlandırılıyor olsa da şer'î açıdan vasiyet kabul edilmeyeceğini ve dolayısıyla buna itibar edilmeyeceğini belirtmiştir (8-11 Aralık 1989-Delhi).⁸³⁹ Bu görüş sahiplerinin organ bağışına dair vasiyeti, teknik anlamda bir vasiyet gibi değerlendirdikleri görülmektedir. Bu şekilde düşünüldüğünde ölüm sonrası için organ bağışını bir vasiyet mi yoksa hibe olarak mı görmek gerekeceği de tartışılabilir. Bunu hibe olarak kabul ettiğimizde klasik fıkıh eserlerindeki hibede bulunan kişinin vefatından sonra akdin geçerli olup olmadığı, geçersiz hale gelmişse bu hakkın vereseye geçip geçmeyeceği tartışmaları gündeme gelecektir. Fakat biz buradaki bağışın teknik anlamda bir hibe, vasiyetin de mal üzerindeki bir vasiyet gibi olduğunu düşünmediğimizden dolayı bu tartışmalara yer vermemekteyiz.

4.3.2.4. Ölü Beden Üzerinde Akrabanın/Veresenin Hakkı

Diğer tıbbi müdahalelerden farklı olarak organ naklinde üçüncü bir tarafın ve dahası kadavradan nakil durumunda ailelerin veya hukukî temsilcilerin gündeme gelmesi söz konusudur. Ölüm çoğu zaman insanoğlu için beklenmedik bir olgu olması nedeniyle pek çok kişi vasiyette bulunmadan vefat etmektedir. Organ bağışına vasiyette de benzer bir durum göze çarpmaktadır. Öyleyse kişi organ bağışına dair olumlu veya olumsuz herhangi bir talep belirtmeden vefat etmişse, kişinin vasiyet olarak kullanmadığı bu hak akrabalarına veya başka bir açıdan veresesine intikal edebilir mi?

Pratiğe baktığımızda, verese veya yakın akrabalar özellikle kadavradan nakil söz konusu olduğunda bir şekilde organ nakline taraf olmaktadır. Genel olarak hukuk sistemlerinde, yaşayan kişiye ait olan bedenin saygınlığının korunması hakkı, vefatından sonra kişinin yakınlarına intikal etmektedir. Zira pek çok kültürde ölü bedene yapılan hürmetsizlik, ölü yakınlarına üzüntü kaynağı ve saygısızlık olarak görülür. Hatta Türk hukukunda cesedin hukuk düzeni tarafından korunmasını sağlayan şey, kamu düzeninin sağlanması amacının yanı sıra ölü yakınlarının ölüye duyduğu sevgi ve saygı nedeniyle ölü yakınlarının kişilik hakkı olarak belirtilmektedir.⁸⁴⁰ Bu sebeple ölü yakınlarının cesede zarar gelmesine engel olma hakkı veya cesedi koruma sorumluluğu bulunduğu anlaşılırsa da, tersinden düşündüğümüzde, ölülerinin organını bağışlama hakkı veya sorumluluğundan söz edilebilir mi?

⁸³⁹ *Karârâtü ve Tavsiyyâtü Mecmai'l-Fıkhî'l-İslâmî bi'l-Hind*, s. 26.

⁸⁴⁰ Özbilen, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler*, s. 5, 39.

Ölünün bedeni üzerinde karar verme hakkının aile, mirasçılar veya tüm akrabalarına geçeceğine dair farklı görüşler bulunmakla birlikte genel eğilim ölünün mirasçısı olmaları ve ölü kimseye yönelik işlenen suçun cezasını takip hakkı gibi hakların onlara geçtiği gerekçesiyle bu hakkın da vereseye intikal edeceği yönündedir.⁸⁴¹ Bu tür bir izni kabul eden modern araştırmacılar, veresenin organ bağışına dair izninin ölünün vasiyeti hükmünde olacağını varsaymaktadırlar. Bu görüştekiler genellikle, ölenin kazif haddini uygulatma veya affetme konusundaki hakkının vereseye intikal ediyor olmasına kıyasta bulunurlar. Zira fikhen makzûf kâzife had uygulanması hakkını talep edemeden vefat ederse bu hak vereseye intikal eder ve dilerlerse dava açıp kâzife had uygulanmasını talep eder dilerlerse de affederler.⁸⁴² “Kişinin hayattayken sahip olduğu tüm hakların öldükten sonra vereseye geçeceğini” belirten bu araştırmacılara göre verese organ bağışına izin vererek vefat eden yakınlarının bedeni üzerindeki kimi haklardan vazgeçmiş olmaktadır.⁸⁴³

Dinen vereseye maktûlün kısas, diyet veya af hakkının verilmiş olmasından yola çıkan çağdaş araştırmacılar ise ölenin velilerinin kişinin malına vâris olduğu gibi bedeni üzerinde de hak sahibi olduğunu söylerler. Buna göre velileri yani mirasçıları mübah alanda olmak kaydıyla ve ölenin faydasına dönük olarak bedeni üzerinde izin verme veya yasaklama hakkına sahiplerdir.⁸⁴⁴ İKÖ’ye bağlı İslam Fıkıh Akademisi Meclisi de hayati önem taşıyan veya temel bir fonksiyonun kendisine bağlı olduğu bir organın ölüden canlı bir insana naklinin, hayatta iken ölenin veya ölümünden sonra vârislerinin izin vermesi şartıyla caiz olduğunu belirtir.⁸⁴⁵

Bûtî, insanın yaşarken kendisinden bir cüzün kesilip alınmasını engelleme veya îsâr söz konusu olduğunda hakkından vazgeçerek izin verme hakkı bulunduğunu ve ölümü sebebiyle bu hakkın kişinin veresesine geçeceğini belirtir. Vârisler ister bunu engeller isterse bu haklarından ferâgat ederek bir başkasına yardım amaçlı murislerinin

⁸⁴¹ Ali, *Naklu 'l-a'dâ mine 'l-meyyiti ile 'l-hay*, s. 112-4.

⁸⁴² Bûtî, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, s. 132 Hanefiler ise makzûfun hakkının ölüm ile düştüğünü ve veresesine intikal etmeyeceğini söylerler. Ancak Bûtî’ye göre Hanefilerin bu muhalefetlerinin sebebi, kazif uygulanmasının Allah haklarından veya Allah haklarının ağır bastığı haklardan olması sebebiyle vereseye intikal edemeyeceği yönündeki görüşleridir.

⁸⁴³ Karadâgî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 166-7.

⁸⁴⁴ Ahmed, *Ahkâmu nakli 'l-a'dâi 'l-insân*, I, 150.

⁸⁴⁵ *Karârâtu ve Tavsiyyâtu Mecmai 'l-Fıkhî 'l-İslâmî ed-Düvelî*, s. 140.

bedeninden bir parçanın alınmasına izin verirler. Zira “*İster ayn isterse manevî bir şey olsun, kul hakkı olan her şey ölümle miras olarak intikal eder.*”⁸⁴⁶

Yusuf el-Karadâvî ise farklı bir bakış açısı geliştirerek, vefatından sonrası için kişinin bedeninde artık kendisinin değil vârislerinin hakkı olduğunu belirtir. Nasıl ki mal mülkiyet yoluyla vârislerine intikal ediyorsa ölünün bedeni üzerindeki yetkiler de velilere veya vârislere intikal eder.⁸⁴⁷ Dolayısıyla Karadâvî'nin ölüden organ naklinde yetkilerin tamamen vârislere geçtiği görüşünü benimsediği anlaşılmaktadır.

Bazı çağdaş araştırmacılar ise ölümle birlikte organ bağışlama hakkının vârislere intikal edemeyeceğini söylerler. Örneğin Muhammed Naîm Yasin'e göre kişinin hayattayken veya öldükten sonra organlarını bağışlama hakkı mirasla nakledilen bir hak değildir. Çünkü bu hak, hayattayken kişinin faydasına bağlı olan ve öldükten sonraki başka faydalarına bağlı ve sadece sahibine ait (ihtisâs) bir haktır. Ölünün cesedinden bir organı kesip almak onun aleyhine bir fiildir. Kişi ölmeden önce vasiyet ederek buna izin vermediği müddetçe bir başkasının bu işleme izin verme hakkı yoktur.⁸⁴⁸

Bir kimse organ bağışına vasiyette bulunduğu vefatından sonra yakınları da bunu onayladığı zaman bağış işlemi için hukuken bir engel kalmamış görünmektedir. Ancak vasiyette bulunan kişi ile ölenin yakınları bağış hususunda muvafık olmazsa hangi talep esas alınacaktır?

Ârif el-Karadâgî bu hususta bağışa dair pozitif olan talebin esas alınacağını belirtir. Bu durumda verese karşı çıksa dahi kişinin bağışa dair vasiyeti uygulanır ve vasiyetten rücu hakkı vereseye verilemez. Ancak kişi organlarının alınmamasına dair bir vasiyet bırakmışsa, verese bağışta bulunmayı istese dahi insan bedeninde aslolanın dokunulmazlık olması sebebiyle ölenin talebi esas alınır.⁸⁴⁹ Mansûr Ali gibi kimi çağdaş araştırmacılar da organ naklini kolaylaştırmak adına zaruret anında haramların mübah olması gibi veresenin bağışa dair olumlu talebinin vefat edenin olumsuz talebine önceleneceğini belirtirler. Ancak kimilerine göre ise kişi organlarını bağışlamayı istemediğini beyan etmişken vereseye bağışa dair bir hak verilmesi caiz değildir.⁸⁵⁰

⁸⁴⁶ Bûtî, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, s. 132.

⁸⁴⁷ Karadâvî, *Fetâvâ muâsıra*, II, 536-7.

⁸⁴⁸ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 164.

⁸⁴⁹ Karadâgî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 168-9.

⁸⁵⁰ Ali, *Naklu 'l-a' dâ mine 'l-meyyiti ile 'l-hay*, s. 118-9.

Hukuk sistemlerinde bu çelişki farklı şekillerde çözülmekteyse de ölenin aksine beyanı bulunmadıkça Türk hukuku bağış kararını ölenin yakınlarına bırakmaktadır. Kişi organını bağışlamayı talep etmiş olsa dahi aile bunu kabul etmediği müddetçe ölüden organ alınmaz ve kişi aksine beyanda bulunmadığı müddetçe aile bağışa karar verebilir.⁸⁵¹ Kanaatimizce de kişinin aksine beyanı varken yakınlarının organ bağışlaması kabul edilemezdir. Dünyadaki bağış modellerine baktığımızda da ölünün izni olmaksızın bağışı kabul eden modellerde dahi aksine beyan bulunduğu kişilerin hayattaki iradesine saygı duyularak nakil işlemi hiçbir şekilde gerçekleştirilmemektedir. Veresenin organ bağışında yetkili olduğunu kabul eden alimler verese arasında anlaşmazlık olması halinde bunun nasıl çözümleneceği, hangi akrabalara öncelik tanınması gerektiği hususlarını da tartışmışlarsa da konunun ayrıntısına girmeden yukarıdaki temel tartışmaları vermekle iktifa ediyoruz.⁸⁵²

4.3.2.5. Kimliği Meçhul veya Kimsesiz Kişiden Organ Alımında Devletin Yetkisi

Kimliği belirsiz kişilerden organ alımı hususu, fikhî ve etik açıdan en çok tartışılan konulardan biri olmuştur. Böyle bir kimseden veya yakınlarından izin alma imkanı bulunmadığından dolayı bu bedenden organ alımı söz konusu olabilir mi? İslam dünyasında organ bağışını destekleyen isimler genel olarak, maslahat ve zaruret gereğince, kimliği meçhul veya kimsesiz kişilerden de devlet eliyle organ alınabileceğini söylerler.

İKÖ'ye bağlı İslam Fıkıh Akademisi, ölünün kimliğinin meçhul olması veya vârislerinin olmaması halinde devletin muvafakatı ile organ alınabileceğini belirtir.⁸⁵³ Ârif el-Karadâğî de vasiyet veya verese bulunmadığında “*Velisi olmayanın velisi sultandır*” kaidesi gereğince bu konuda devletin veli sıfatıyla hak sahibi olduğunu belirtir. Ancak kişinin veya veresesinin organ bağışlamak istemediğine dair bir bildirim varken devlet veya kaza sistemi böyle bir talepte bulunamaz.⁸⁵⁴ Çağdaş araştırmacılardan Mansûr Ali ise “*Raiyye (tebea) üzerine tasarruf maslahata menuttur*”⁸⁵⁵ kaidesi gereğince devlet başkanının halkın yararına olan tasarruflarda

⁸⁵¹ <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2238.pdf> [Erişim tarihi: 6 Aralık 2015]

⁸⁵² Bkz. Mahlâfî, *Hudûdü't-tasarruf*, s. 356-7.

⁸⁵³ *Karârâtu ve Tavsiyyâtu Mecmai'l-Fıkhî'l-İslâmî ed-Düvelî*, s. 140.

⁸⁵⁴ Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 172, 177-9.

⁸⁵⁵ *Mecelle*, md. 58.

bulunabileceğini belirterek hiçbir yakını olmadan vefat etmiş veya kimliği belirsiz kişiler konusunda Müslümanların maslahatını gözetmesi sebebiyle devlet başkanının yetkili olduğunu düşünür.⁸⁵⁶ Benzer şekilde Yusuf el-Karadâvî de kimliği bilinmeyen ve yakınları olmadığı belgelenen kişilerden organ alımı konusunda devlete yetki verilmesi gerektiğini belirtir.⁸⁵⁷

4.4. Bağışlanan Organ veya Doku Açısından Organ Nakli

Zaruret ve ihtiyaç teorilerini sunup nakil işlemi, alıcı, verici gibi organ naklinin unsurları hakkında bilgi verdikten sonra, bu bilgilerin pratiğe uygulandığı kısım olan hangi organ ve dokuların naklinin caiz olacağı tartışmalarına geçmiş bulunmaktayız. Bu başlık altında çeşitli tasnifler yapılması mümkün olsaydı da biz kolaylık açısından günümüz şartlarında nakli mümkün olan organ ve dokuları hayati olan ve olmayan şeklinde ayırıp bunların nakillerinin hükümlerini ayrı ayrı ele alacağız. Bunu yaparken alıcı ve verici açısından yarar-zarar dengesi ve İslam'ın temel prensiplerine aykırı olmama kurallarını dikkate alacağız.

Teknolojinin ilerlemesiyle birlikte akciğer, böbrek, karaciğer, pankreas gibi temel organlar canlı verici tarafından bağışlanabilir hale gelmiştir. Özellikle de böbrek nakli en sık yapılan solid organ nakli olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunların yanı sıra yalnızca hayati tehdit eden organ yetmezliği durumlarında değil, organ fonksiyon bozuklukları veya ciddi estetik bozukluklar nedeniyle de nakiller yapılabilmektedir. Bu anlamda alıcıyı ölümden kurtaracak ve vericide kalıcı zarar ve hasarlara yol açmayacak nakil türlerinin belli şartlarla İslam dünyasında caiz görüldüğünü genel olarak ifade edebiliriz. Ancak organın tek ya da çift olması, hayati veya yalnızca yaşam kalitesini artırıcı nitelikte olması, organa olan gereksinimin zaruret, ihtiyaç veya lüks seviyesinde olması, organın fonksiyonu gibi pek çok etmene göre verilecek hüküm değişiklik gösterecektir. Bu sebeple ilgili nakil türlerini tek tek ele alarak incelemek ve her birine ait özel hükümlerden söz etmek uygun olacaktır.

⁸⁵⁶ Ali, *Naklu 'l-a'dâ mine 'l-meyyiti ile 'l-hay*, s. 1119-21.

⁸⁵⁷ Karadâvî, *Fetâvâ muâsıra*, II, 537.

4.4.1. Hayati Organ ve Dokuların Nakli

Hayati organ ve dokulardan kasıt, vücutta tek olsun çift olsun temel hayati bir fonksiyon icra ediyor olması nedeniyle yaşamın kendisine bağlı olduğu kalp, akciğer, pankreas, karaciğer gibi solid organlar veya kan, ilik gibi vücutta kendiliğinden yenilenebilen bazı dokulardır. Kendiliğinden yenilenebilen ve böbrek gibi çift organların haricindeki hayati organlar, alıcı açısından olduğu gibi verici açısından da hayati olması nedeniyle bağışlanması kabul edilmemekte, zira bu durum vericinin açık bir şekilde intiharı anlamına gelmektedir. Vücuttan ayrılmaz bir şekilde organizmayı meydana getiren ve bedenden ayrılması halinde kişinin yaşamasının mümkün olmadığı yani yaşamın kendisine bağlı olduğu tek organların canlıdan nakledilmesinin haram olduğunda çağdaş alimler arasında ittifak vardır.⁸⁵⁸

Robert Veatch Batı'da vücudun tek olan ve yenilenmeyen organlarının bağışlanmasının kesin bir şekilde kabul görmediğini belirtmektedir. Hekim yardımıyla intiharı desteklemesiyle ünlü Jack Kevorkian gibi hekimler haricinde, yaşamın kendisine bağlı olduğu tek organları hayattayken vermenin kabul edilebilir olduğunu söyleyen kimse bulunmamaktadır.⁸⁵⁹

4.4.1.1. Kadavradan Temin Edilen Hayati Organlar

Özellikle kalp ve akciğer yetmezliği, hayatı tehdit eden organ yetmezlikleri arasında sayılmaktadır. Canlı vericiden bir kısmı alınıp nakledilebildiği halde verici açısından riski yüksek olduğu için pankreas nakilleri ise genellikle kadavradan yapılmaktadır. Kalp ve akciğer gibi yalnızca kadavradan temin edilebilen ve günümüz tıbbî şartlarında alternatif bulunmadığı için hastanın yaşamının kendisine bağlı olduğu organların nakillerinde temel tartışma alanı beyin ölümü durumunda nakil ve ölü bedenin saygınlığının çiğnenmesi olmaktadır.

Kalp nakli kalp yetersizliği probleminin son evresine gelmiş kişilere uygulanırken, akciğer nakli ise son dönem kronik akciğer hastalıklarında son yıllarda başarıyla uygulanan ve akciğer kanseri hastalar için umut olan bir nakildir. Bu açılardan her iki nakil de alternatif bulunmayan hayat kurtarıcı nakiller olarak görülmektedir. Bu

⁸⁵⁸ Karadâvî, *Fetâvâ muâsıra*, II, 533; Karadâği-Muhammedî, *Fikhü'l-kadâya't-tıbbîyyeti'l-muâsıra*, s. 490; Mahlâfî, *Hudûdü't-tasarruf*, s. 70; Karadâği, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 80-2.

⁸⁵⁹ Veatch, *Transplantation Ethics*, s. 185-6.

açılardan İslam dünyasında hayat kurtaran bu tür nakiller konusunda, beyin ölümünü hakiki ölüm kabul edenler arasında, alternatifini bulunmadığı ve hayat kurtarıcı olduğu için zaruret sebebiyle caiz olması gerektiğinde pek ihtilaf bulunmamaktadır.⁸⁶⁰

4.4.1.2. Kadavradan ve Canlıdan Temin Edilen Hayati Organlar

Bedenden bir kısmının alınması halinde dahi kendini yenileyebilen bir organ olması nedeniyle karaciğer hem canlı hem de kadavra vericiden temin edilebilmektedir. Akut karaciğer yetmezliği, siroz, tümör gibi nedenlerle karaciğeri iflasın eşiğinde olan hastalarda tek çözüm günümüz tıbbî şartlarında karaciğer nakli olarak ifade edilmektedir.⁸⁶¹ Karaciğer yetmezliğinin son evresinde olan hastaların %90'ının bir yıl içinde hayatını kaybettikleri, nakil alan hastaların bir yıl sonunda yaşama oranlarının %85 ve beşinci sene sonunda ise %65 olarak belirlendiği bildirilmektedir.⁸⁶² Bu anlamda karaciğer naklinin böbrek naklinden en temel farkı diyalize benzer bir alternatifinin -en azından şimdilik- bulunmamasıdır. Bu açıdan karaciğer aktarımının en azından uzun vadede hayat kurtarıcı bir müdahale olduğu söylenebilir. Yine nakilden sonra kişi sağlığına kavuşmakta ve kişisel ve sosyal sorumluluklarını yerine getirebilmektedir.⁸⁶³

Karaciğer beyin ölümü gerçekleşmiş kadavra vericiden sağlanabildiği gibi, kendini yenileyebilen bir organ olması sebebiyle canlıdan da karaciğerin bir kısmı nakledilebilmekte ve üç ay gibi kısa bir sürede vericinin organı eski haline dönebilmektedir. Karaciğer nakli açısından karşımıza çıkan güncel problem ise bu bağlamda canlı bir kimsenin karaciğerinin bir kısmının alınarak başka bir kimseye nakledilip edilemeyeceğidir.

Ürdün Fetva Kurulu alıcının günlük yaşamını olumsuz yönde etkilememesi, başka tedavi alternatifinin bulunmaması, alıcı ve verici açısından ameliyatların başarılı olması, karşılığında maddî bedel alınmaması şartlarıyla canlı kişinin karaciğerinden bir parçayı ihtiyaç sahibi kişiye bağışlamasını caiz görür.⁸⁶⁴ Çağdaş araştırmacılardan Yahyâvî ise, maslahat-mefsedet denkleminde mefsetet kısmının ağır basıyor olması nedeniyle

⁸⁶⁰ Ahmed, *Ahkâmu nakli 'l-a'dâi 'l-insân*, II, 492.

⁸⁶¹ Yahyâvî, *el-Muvâzene*, s. 204.

⁸⁶² Süveylim, *Ahkâmu zirâati 'l-kebed*, s. 30.

⁸⁶³ Yahyâvî, *el-Muvâzene*, s. 204-7.

⁸⁶⁴ http://alifitaa.jo/Decision.aspx?DecisionId=169#.WWoc_iN97Zs [Erişim tarihi: 10 Mayıs 2016]

canlıdan karaciğer naklinin günümüz tıbbî şartlarında caiz olmadığını belirtir. Zira verici zarar görmektedir, zarar ise zararla giderilmez. Karaciğer vericilerinin ameliyat esnasında veya sonrasında vefat etme oranlarının %1 olduğunu ve aslında bu ihtimalin yüksek bir oran olduğunu belirtir. Öyleyse vericinin hayatını kaybettiği, alıcının ise karaciğeri almadığında bir süre yaşayabileceği bir nakil ihtimali üzerinden düşünüldüğünde alıcıda ortaya çıkan zarar çok daha büyük olduğundan böyle bir nakil caiz değildir. Ona göre karaciğeri yenilenebilen bir organ olması itibarıyla, yenilenebilen bir doku olan kana kıyaslamak bir yandan doğru sayılabilecekken kan naklinde vericinin gördüğü zarar ile karaciğerini veren kişinin gördüğü zarar bir değildir. Ayrıca karaciğer nakli ameliyatlarının maddî olarak külfetinin yüksek olduğunu ve karaciğer yetmezliği yaşayan hastaların çoğunlukla içki, sigara gibi zararlı maddeleri tüketmeleri sonucu bu hastalıklara kendi elleriyle düştüklerini de belirterek karaciğer nakline sıcak bakmaz.⁸⁶⁵

Nakil sonrası alıcı açısından bağışıklık reddi (rejeksiyon) ve immunsupresanları kullanma zorunluluğu gibi ciddi sorunlar bulunmasına rağmen hayat kurtarıcı olması ve alternatifini bulunmaması nedeniyle kadavradan karaciğer nakli caiz olmalıdır. Canlıdan karaciğer nakli ise, tıbbî veriler ışığında verici açısından tolere edilebilir bir zarara yol açsa dahi ciddi komplikasyonlar veya mortalite riski doğurmadığı tıbbî veriler ışığında ispatlanabiliyorsa kanaatimizce zaruret sebebiyle caiz sayılmalıdır. Ayrıca vücudun diğer tek organlarından farklı olarak karaciğerin kısa sürede kendini yenilemesi sebebiyle bu tür bir nakilde, herhangi bir organın cinsi ve fonksiyonu bedenden tamamen yok edilmemektedir.

4.4.1.3. Kendiliğinden Yenilenebilen Beden Parçaları

Kan ve kemik iliği gibi vücutta kendiliğinden yenilenebilen ve vericiye herhangi bir ciddi zarar vermeyen, cerrahi müdahale gerektirmeden bedenden kolayca alınabilen beden parçalarının canlıdan zaruret ve ihtiyaç içindeki kişilere nakledilebileceği hususunda İslam dünyasında yaygın bir kanaat bulunmaktadır.⁸⁶⁶

⁸⁶⁵ Yahyâvî, *el-Muvâzene*, s. 214-7.

⁸⁶⁶ Ahmed, *Ahkâmu nakli 'l-a' dâi 'l-insân*, I, 422, 628..

Kan naklinin meşruiyeti probleminin İslam dünyasında uzun bir süre önce tartışılarak çözüme kavuşturulmuş olması nedeniyle⁸⁶⁷ bu hususta ayrıntılara girmeden İslam alimlerinin kısaca kan nakline bakış açısını ve zikrettikleri şartları vermeyi tercih ediyoruz.

Kanın İslamî açıdan necis sayılması sebebiyle kan nakli de ilk zamanlarda oldukça tartışılmış meselelerdendir. Ancak kanın vücuttan dışarı çıkıp açık hava ile bir süre temas ettiği zaman mikrop üreterek zararlı hale geldiği bilinmektedir. Dolayısıyla günümüz kan nakil teknolojilerinde söz konusu ihtimal bulunmadan steril bir şekilde aktarım yapılması sebebiyle bu tartışma anlamsızlaşmaktadır.⁸⁶⁸ Günümüzde organ bağışına cevaz vermeyen ulema da dahil olmak üzere belirli şartlar yerine geldiğinde kan naklinin caiz olduğu hususunda alimler, fetva sahipleri ve araştırmacılar arasında bir ittifak vardır. Zira kan nakli açık bir şekilde hayat kurtarıcı, zararı giderici ve zaruri görülmektedir.⁸⁶⁹ Kan nakline cevaz verenler bu görüşlerini, kanın yenilenebilir bir doku olması sebebiyle vericinin hiçbir şekilde zarar görmediği hatta kan vermenin vericiye faydalı olduğu, hacamat gibi yollarla vücuttan kan atılmasının da caiz görülmüş olması, kendisine kan aktarılan kişinin çoğu zaman zaruret içinde olup kanın verilmesiyle ondan büyük bir zarar ve sıkıntının giderildiğinin açık olması gibi gerekçelere dayandırır.⁸⁷⁰

Kan naklinin caiz olması için aranan şartlar ise mübah başka alternatifinin olmaması, naklin fayda vereceği hususunda zann-ı gâlibin oluşması, naklin vericiye zarar vermemesi, vericinin rızasının alınması, naklin uzmanlar tarafından gerçekleştirilmesi, alıcı açısından bir zaruret bulunması, alınacak kanın zaruret miktarını geçmemesi, karşılığında ücret alınmaması, vericinin bedeninin kan naklini kaldırabilecek durumda olması, vericide bulaşıcı hastalıklar bulunmamasıdır.⁸⁷¹

⁸⁶⁷ Günümüzde Yahova Şahitleri'nin kan nakline karşı olumsuz tutumları bilinmektedir. Bu grup organ naklini ise bir vicdan meselesi olarak görmekte ve tam kan nakline karşı çıkmakla birlikte albümin, immuglobin ve benzeri kan ürünlerinin naklini kabul etmektedirler. (Gündüz, "İslam Dışı Dini Geleneklerde Organ Nakli", s. 17)

⁸⁶⁸ Ahmed, *Ahkâmu nakli 'l-a'dâi 'l-insân*, I, 390-1.

⁸⁶⁹ Abdullah İbrahim Mûsa, *el-Mes'ûliyyetü 'l-cesediyye fi 'l-İslâm*, Dâru İbn Hazm, Beyrut 1995, s. 210-4; Karadâğî-Muhammedî, *Fikhü 'l-kadâya 't-tıbbiyyeti 'l-muâsıra*, s. 492; Ahmed, *Ahkâmu nakli 'l-a'dâi 'l-insân*, I, 385.

⁸⁷⁰ Sükkerî, *Naklu ve zirâ 'atü 'l-a'dâi 'l-âdemîyye*, s. 187-90; Abdülhasîb Abdüsselâm Yusuf Rıdvân, *el-Kavlü 'l-vadâ fi hükmi nakli 'd-dem ve 'l-a'dâ*, Demenhur 1997, s. 148-52; Ahmed, *Ahkâmu nakli 'l-a'dâi 'l-insân*, I, 386; Mahlâfî, *Hudûdü 't-tasarruf*, s. 131-44.

⁸⁷¹ Sükkerî, *Naklu ve zirâ 'atü 'l-a'dâi 'l-âdemîyye*, s. 184; Ebû Zeyd, *Fıkhü 'n-nevâzil*, II, 52.

Tek tedavinin kan nakli olup alternatifinin olmaması durumunda kan nakli zaruret kapsamında görülmeli ve kan bağıışı teşvik edilmelidir. Zira bedene zarar vermemesi ve yenilenebilen dokulardan olması sebebiyle kişinin izni dahilinde olduğu müddetçe kan bağıışı insan onuru ve saygınlığına aykırı sayılamaz. Dahası yapay kanlar veya kanın yerini tutabilecek herhangi bir alternatif bulunmadığı müddetçe kan nakli zaruri bir ihtiyaç olarak kalmaya devam edecektir.

Vericiye herhangi bir zararı olmaması ve yenilenebilir bir doku olması sebebiyle, İslam dünyasında canlıdan ilik nakli hususuna da sıcak bakılmaktadır. Kemik iliği nakline çeşitli lösemi tipleri, solid tümörler, farklı hematolojik hastalıklar, akut radyasyon zehirlenmesi, bazı otoimmün hastalıklar gibi durumlarda bazen diğer tedavilerin sonuçsuz kalması bazen de hastalığın son aşamasında tek çare olarak başvurulur⁸⁷² ve bu sebeple hayati nakiller arasında değerlendirilebilir. Vericide zarar oluşturmaması, işlemin kolaylıkla gerçekleşiyor olması, ilik nakline ihtiyacı olan hastaların sayısının fazla olması gibi nedenlerle hükmü kan naklinin hükmüne benzetilen ilik nakli caiz görülmektedir. Kemik iliği naklinde alıcı ve verici açısından yarar-zarar dengesine bakıldığında vericide gerçekleşen basit bir işlemle açık şekilde alıcının fizikî, ekonomik, sıhhî vs. pek çok zararı giderilmiş olmakta ve nakilden kısa süre sonra alıcının bağışıklık sistemi normale dönmektedir.⁸⁷³ Muhammed Naîm Yasin de kan, ilik, deri parçaları gibi sürekli yenilenen ve alınmasıyla vericinin kalıcı zararlar görmediği vücut parçalarının alıcı ve vericiye zarar vermediği müddetçe bağıışının kesin olarak caiz olduğunu söyler.⁸⁷⁴ Hatta kişiye zarar vermemesi nedeniyle bazı hukuk sistemleri, kardeşinin sağlığı için buluğa ermemiş eksik ehliyetli kişiden ilik naklinin ebeveyn veya kanuni temsilci izniyle yapılabileceğini kabul etmiştir.⁸⁷⁵

4.4.2. Hayati Olmayan Organ, Doku ve Hücrelerin Nakli

Organ nakli alanındaki çalışmalar 1998 yılındaki ilk el nakliyle birlikte hayat kurtarma amacının dışına taşınmış ve bu durum pek çok etik sorunla birlikte hayati olmayan tedavi tartışmalarını beraberinde getirmiştir. Hayat kurtarıcı olmayan tıbbî

⁸⁷² Nurdan Kırımlioğlu-Eren Gündüz, “Kemik İliği Transplantasyonunun Psikososyal Etkileri: Örnek Bir Çalışma”, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları: I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, ed. Ayşegül Demirhan Erdemir v.dğr., Nobel Tıp Kitapevleri, İstanbul 2007, s. 742.

⁸⁷³ Yahyâvî, *el-Muvâzene*, s. 224-9.

⁸⁷⁴ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 167, 185.

⁸⁷⁵ Sağîr, *Naklu ve zirâatü 'l-a 'dâi 'l-beşeriyye*, s. 342.

girişimlerdeki risk-yarar tartışması bu tür nakillerin doğurduğu temel tartışma odağıdır. Bu anlamda hastanın yaşam kalitesini arttırmak için yapılan bazı nakillerin, tedavi sürecinde doğan riskleri haklı çıkarıp çıkarmayacağı sorgulanmaktadır. Tıpta genel eğilim hayati tedavilerin sorgulanmadan kabulü yönünde olduğu için kalp, karaciğer, akciğer gibi organ aktarımları etik açıdan fazla tartışılmadan kabul görmüştür. Buna karşın yüz, el-kol, rahim, üreme organları gibi yaşam kalitesini yükseltmeyi hedefleyen nakiller etik açıdan pek çok tartışmaya konu olmuştur.⁸⁷⁶

4.4.2.1. Böbrek Nakli

Son dönem böbrek hastalıklarında veya kronik böbrek yetmezliklerinde gündeme gelen böbrek nakilleri, organ nakli alanında öncülüğünü sürdürmekte ve dünya genelinde 50 yılı, Türkiye genelinde ise 30 yılı aşkın bir süredir başarılı ve yaygın bir şekilde icra edilmektedir.⁸⁷⁷ Dünya üzerinde en çok nakli söz konusu olan organ olması nedeniyle esasında organ bağıyla ilgili tartışmaların hatırı sayılır çoğu böbrek nakli üzerinden dönmektedir. Temel fonksiyonu idrar üreterek vücuttan atıkları uzaklaştırmak olan böbreğin naklinin tıbbî endikasyonu ise yetmezlik olarak açıklanmaktadır.⁸⁷⁸

Gerek Batı ve gerekse İslam tıp dünyasında ve toplumlarında bir şekilde kabul gören ve canlıdan ve kadavradan yaygın olarak uygulanan böbrek nakilleri, vücudun çift organı olması ve vericide ciddi komplikasyonlarla hayati risklere sebebiyet vermiyor olması itibarıyla diğer nakillerden ayrılmaktadır. Uygulamaların başarı ile sonuçlandığının gözlenmesi sonrasında, ilk dönemlerde nakle sıcak bakmayan bazı çağdaş İslam alimleri dahi bu tıbbî başarı karşısında böbrek nakline sıcak bakmaya başlamıştır.

Ancak kanaatimizce böbrek nakli ile ilgili olarak üzerinde durulması gereken temel noktalar, canlı verici açısından gerçek bir ciddi sağlık riski olup olmadığının tahkik edilmesi, kadavradan verici açısından beyin ölümü kavramı standart tartışmaları ve alıcı açısından ise diyaliz alternatifleri bulunan böbrek naklinin alıcının ömür boyu mahkum olacağı ve ciddi komplikasyonları bulunan, hatta hayatı açıkça kısalttığı bilinen immunsupresanları tüketmek zorunda kalmasına değip değmeyeceğidir. Hayat kurtarıcı olduğu açık olan ve alternatifi bulunmayan kalp, akciğer gibi nakillerde her ne kadar

⁸⁷⁶ Kadioğlu, “Yüz Aktarımında Etik Sorunlar”, s. 822, 827.

⁸⁷⁷ Okuyaz v.dğr., “Böbrek Nakli ve Etik”, s. 628.

⁸⁷⁸ Bayhan, “İmmunsupresif Tedaviye Uyum Ölçeği”, s. 25.

organ alıcısı uzun ve kısa vadede birtakım risk ve komplikasyonlarla karşılaşacak olsa da hayat kurtarmayan nakillerdeki gibi bu durum etik tartışmalara yol açmamaktadır. Hayat kalitesini artırıcı nitelikteki el, yüz, alt ve üst ekstremiteler, üreme organlarının nakli konusu ise böbrek nakline oranla bu anlamda çok daha tartışmalıdır. Bu açıdan böbrek nakli, bizim daha önce açıkladığımız zaruret ve ihtiyaç teorileri açısından bir bakıma hayat kurtarıcı olması itibarıyla zaruret kategorisinde görülebilecekken, alternatif bulunması sebebiyle zaruret kategorisinden çıkarak ihtiyaç kategorisine geçmektedir. Yine böbrek nakli alan hastanın hayatı büyük oranda kolaylaşıp sıkıntıları çoğunlukla azalsa da nakil sonrası alıcıyı bekleyen başka sorunların da olması sebebiyle bu noktada önemli olan, nakil sonrası yaşanan sorunların ve ortaya çıkan zararların nakil öncesine kıyaslanması ve yine alıcı-verici arasında maslahat-mefsedet karşılaştırılması yapılmasıdır.

Kadavradan nakil konusunu beyin ölümüne dair tartışmalarda sunduğumuzdan ötürü burada canlı verici açısından böbrek naklini değerlendireceğiz. Öncelikle tıbbî açıdan canlıdan böbrek naklinin kadavradan nakilden çok daha iyi sonuçlar verdiği belirtilmektedir. Zira canlıdan alınan böbrek, beyin ölümü durumunda olduğu gibi kardiovasküler, metabolik veya hormonal bozulmalara maruz kalmamaktadır. Ayrıca organın alındıktan sonra nakledilene kadar soğukta saklanma süresi (soğuk iskemi zamanı) de bir saat veya daha az gibi kısa bir zamana inebilmektedir.⁸⁷⁹ Diğer yandan tek böbreği ile yaşamını sürdüren kişilerle iki böbreği olanlar arasında yaşam süresi açısından önemli bir fark bulunmaması canlıdan böbrek naklini kabul edilebilir olmasını sağlamaktadır.⁸⁸⁰ Zira diğer organlardan istisna olarak böbrek ve karaciğer naklinde vericinin ciddi bir zarar görmediği, böbrek ve karaciğerin vericinin bedeninde fonksiyonlarını sağlıklı bir şekilde devam ettirdiği bilinmektedir.⁸⁸¹ Tıbbî açıdan böbrek vermenin hayatı tehdit eden bir yönü olmadığı belirtilmekte, ancak cerrahi prosedürün ve tek böbrekle yaşamak zorunda kalmanın potansiyel zararlarından söz edilmektedir. Kan ve ilik gibi yenilenebilen vücut hücreleri için aynı şey söz konusu olmasa da böbrek gibi solid organların naklinde vericinin hiç zarara uğramadığını söylemek mümkün değildir. Fakat neticede alıcıda gerçekleşen potansiyel yararlar, vericinin

⁸⁷⁹ Michael L. Nicholson- J.Andrew Bradley, “Renal Transplantation from Living Donors”, *BMJ*, 318 (1999), s. 409.

⁸⁸⁰ Okuyaz v.dğr., “Böbrek Nakli ve Etik”, s. 629.

⁸⁸¹ Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 110.

potansiyel zararlarına ağır bastığı için etik çevreler böyle bir nakli ahlâkî bulmaktadır.⁸⁸²

Ancak kimi çağdaş alimler ve araştırmacılar açık bir şekilde gerek canlıdan ve gerekse beyin ölümü gerçekleşmiş kişiden böbrek naklinin caiz olmadığını belirterek bunu zaruret bulunmaması ve diyaliz alternatifinin bulunması ile gerekçelendirirler.⁸⁸³

Çağdaş dönemde organ nakline cevaz verenler nakil için başka alternatifin olmaması gerektiğini söylerler. Hekimin mesleki sorumluluğu gereği daha kolay ve basit bir tedavi dururken daha üst bir tedaviyi hastada uygulamaması gerekir. Buna göre, ilaç tedavisi ve diyaliz gibi tıbben daha hafif seçenekler denendikten sonra, hala bir ihtiyaç olarak devam etmesi halinde nakil işlemi gerçekleştirilebilir. Öyleyse bu görüşe göre, hasta üzerinde diyaliz sonuç veriyorsa bir başkasından organ nakline gerek kalmayacaktır.⁸⁸⁴

İbn Üseymin, Muhammed el-Gumârî, Şa'râvî gibi alimler canlıdan böbrek nakline cevaz verirken, Yusuf el-Karadâvî, Mennâu'l-Kattân gibi alimler buna cevaz vermemiştir. Abdulaziz b. Bâz ise böbrek naklinin önce caiz olduğunu belirtmiş, sonra bu görüşünden dönmüştür. İKÖ'ye bağlı İslam Fıkıh Akademisi, Râbitatu'l-Âlemi'l-İslâmî'ye bağlı İslam Fıkıh Akademisi ve Büyük Alimler Kuruluşu (*Hey'etu Kibâri'l-Ulemâ*) gibi kurullar ise canlıdan böbrek naklini bazı şartlar çerçevesinde caiz saymışlardır.⁸⁸⁵ Sükkerî ise sağlıklı bir insanın bir başkasına böbreğini vermesinin yaygınlaşmasıyla toplumdaki dengenin bozulacağını, zira bunun, hasta sayısının bir iken ikiye çıkması anlamına geleceğini iddia eder.⁸⁸⁶ Kimileri ise bir insandan bir organın eksilmesiyle diğer insanlarla eşitliğinin bozulduğunu, insanın çift böbrekle yaratılmasının bir hikmeti olduğunu söylerler.⁸⁸⁷ Ancak vericinin hasta sayılması gibi bir durum gözlenmediği için bu iddia geçersiz görünmektedir. Esasında bedenden böbrek nakledildiğinde diğer böbreğe daha fazla yük binmesi sonucu hacminin büyüyerek daha fazla çalıştığı gözlenmekteyse de tıbben bunun vericiye açık bir zararı

⁸⁸² Ghahramani, "Living Organ Donation", s. 59.

⁸⁸³ Ahmed, *Ahkâmu nakli 'l-a'dâi 'l-insân*, II, 467-78.

⁸⁸⁴ Yahyâvî, *el-Muvâzene*, s. 171.

⁸⁸⁵ Ahmed, *Ahkâmu nakli 'l-a'dâi 'l-insân*, II, 467, 475.

⁸⁸⁶ Sükkerî, *Naklu ve zirâ'atü 'l-a'dâi 'l-âdemiyye*, s. 145.

⁸⁸⁷ Umer, "et-Tasarrufâtu 'l-vâride", s. 81.

olduğu bilinmemektedir.⁸⁸⁸ Her ne kadar böbrek vericisinin diğer böbreğine ileride zarar gelmesi durumunda potansiyel olarak zarar göreceği muhtemel olsa da, bu ihtimalin ön plana çıkarılarak mevcut ve kesin olan bir yararın önüne geçirilmemesi gerektiği ifade edilmektedir.⁸⁸⁹

Kimileri ise böbrekten birini yedek parçaymışçasına bağışlayan kişinin bir süre sonra kendi böbreğinin hastalanması ya da tahrip olması sonucu kişinin böbrek yokluğundan ölmesi halinde, intihar etmiş sayılacağını söyleyerek canlıdan böbrek naklini kabul etmezler.⁸⁹⁰ Ancak iyilik niyetiyle yapılan böyle bir eylemi varsayımlardan hareketle intiharla eşleştirmek kanaatimizce yanlıştır.

Sonuç olarak organ naklinde fayda-zarar orantısına bakıldığında (canlı) verici açısından fiziksel fayda ve tıbbî endikasyon görülmemekte, aksine küçük çaplı da olsa zarar (cerrahi müdahale, müdahale sonrası bakım, ameliyat izleri vs.) bulunmaktadır. Alıcı açısından ise fayda bulunmasına rağmen zararın (immunsupresan ilaçların kullanımının zararları vs.) yanı sıra yeniden böbrek nakli ihtiyacını gerektiren bir unsur olan rejeksiyon riski de bulunmaktadır. Esasında böbrek nakli durumu, bunun alternatifi olan haftada birkaç gün diyalize girmek zorunda kalarak bazı temel sosyal, iktisâdî ve psikolojik sıkıntılar yaşanması karşısında nakilden sonra ömür boyu bağışıklık sistemini baskılayan ilaçları kullanmak zorunda kalıp bunun olumsuz sonucuna katlanmak arasında bir seçim yapmak anlamına gelmektedir.

Böbrek nakli alanlarla diyaliz tedavisine devam edenlerden hangilerinin daha sağlıklı ve uzun bir ömür geçirdiği de maslahat-mefsedet dengesi açısından bir kriter olabilirdi. Ancak yaptığımız araştırmalardan anladığımız kadarıyla bu konuda net sonuçlar bulunmamaktadır.⁸⁹¹ Nitekim haftada birkaç kez diyaliz makinasına mahkum olmak zorunda kalan böbrek hastalarının fiziksel, sosyal, psikolojik, maddî pek çok sıkıntı ile karşılaştıkları yadsınamaz bir gerçekliktir. Diyaliz, hasta için yorucu olmakta ve bazen hasta ailevi, sosyal, mesleki, sorumluluklarını yerine getirmekte zorlanmakta veya günlük rutinlerini yapmaya dahi güç yetirememektedir. Ayrıca diyete dikkat etme zorunluluğu, bazen çocuk sahibi olamama türünden sorunlar da böbrek hastalarının

⁸⁸⁸ Sükkerî, *Naklu ve zirâ'atü'l-a'dâi'l-âdemiyye*, s. 145.

⁸⁸⁹ Sağîr, *Naklu ve zirâatü'l-a'dâi'l-beşeriyye*, s. 70.

⁸⁹⁰ Önder, *İslam Fıkında Organ Naklinin Hükmü*, s. 48.

⁸⁹¹ Ahmed, *Ahkâmu nakli'l-a'dâi'l-insân*, II, 474.

karşılaştıkları zorluklardandır. Bu açılarından diyalizin iyi bir alternatif olmadığı belirtilmektedir.⁸⁹²

Tüm bu tartışmalar neticesinde kanaatimiz, taşınabilir diyaliz veya kök hücre gibi alternatifler gündeme geldiğinde böbrek nakli konusunun yeniden ele alınması, tıbbî gelişmeler karşısında bakış açımızın dinamik olması ancak diyalizden daha iyi alternatifler ortaya çıkana kadar böbrek nakli uygulamalarına sıcak bakılması yönündedir.

4.4.2.2. Bazı Kompozit Dokuların Nakli

2000’li yılların başında organ naklinde kat edilen bir aşama olarak bağırsak, karın boşluğu, rahim, el, üst ve alt ekstremiteler, diz eklemi, yüz, saçlı deri, gibi damar, sinir, kıkırdak, kemik türünden çoklu doku ve organ parçalarının aynı anda aktarımı anlamında kompozit doku nakilleri yapılmaya başlanmıştır. Bu anlamda Türkiye’de yaşanan bazı olgular dünyadaki ilk örnekleri temsil etmesi açısından önemlidir.⁸⁹³

Ancak kompozit doku nakillerinden bazıları Gerek Batı’da gerekse İslam dünyasında ciddi tartışmalara yol açmıştır. Bu sebeple kompozit nakil türlerinden üzerinde en çok tartışmanın döndüğü yüz, el, alt-üst ekstremiteler ve rahim naklini özel olarak ele alıp inceleyeceğiz. Ancak üreme sistemi organları başlığı altında diğer tartışmalı organlarla birlikte sunacağımızdan dolayı rahim nakline burada değinmeyeceğiz.

4.4.2.2.1. Yüz Nakli

Gerek tıp ve gerekse etik camialarını son yıllarda en çok meşgul eden konulardan biri yüz nakli olmuştur. En çok göz önünde olan ve ifade yeteneği bulunan bir kompozit (birleşik) doku olması, toplumsal ilişkilerde etkin bir görevi bulunması ve insanın kimliği ile yakından alakası gibi nedenlerle kompleks bir yapıya sahip yüzün nakli, diğer nakillerden farklılık arz etmekte olup birçok psikososyal ve etik sorun doğurmuş ve bu özelliğiyle pek çok araştırmaya konu olmuştur.⁸⁹⁴

⁸⁹² Yahyâvî, *el-Muvâzene*, s. 189-90.

⁸⁹³ *Kompozit Doku Nakilleri Raporu*, s. 5.

⁸⁹⁴ Örnek olarak bkz. Swindell, J. S., “Facial Allograft Transplantation, Personal Identity and Subjectivity”, *Journal of Medical Ethics*, 33/8 (2007): 449-453; Svenaeus, Fredrik, “Organ Transplantation and Personal Identity: How Does Loss and Change of Organs Affect the Self?”, *Journal of Medicine and Philosophy*, 37 (2012): 139–158.

Yüz estetiğini bozan herhangi bir anomali bireyi sosyal ve psikolojik açılardan yıkıma sürükleyebilmektedir. Bu sebeple yüz nakli teknolojisi gelişmeden önce de uzun yıllardır plastik cerrahlar yanık, ateşli silahla yaralanma, kaza, tümör vs. nedeniyle yüzünde ciddi biçim bozuklukları olan hastaların tedavisi için çabalamaktaydı. Rekonstrüktif cerrahide hastanın yüzündeki deformasyonlar kendi derisi ile giderilmektedir. Fakat bu yöntemlerle birey her ne kadar sağlığına kavuşsa da yüzün estetiği, ifadesi, mimikleri ve fonksiyonları yeterince başarılı olmamaktadır. Bu işlemlerin en büyük avantajı ise, kişinin kendi derisi kullanıldığı için müdahaleden sonra bağışıklık sistemini baskılayan ve hastanın hayatını tehdit eden ilaçların kullanımının gerekmemesidir.⁸⁹⁵

İlk olarak 2005 yılında Fransa’da, 2006 yılında Çin’de uygulaması başlayan, 2012 yılına gelindiğinde 23 kişiye uygulandığı bilinen⁸⁹⁶ yüz nakli hususunda gördüğümüz kadarıyla İslam dünyasında ciddi çalışmalar yapılmış olmayıp, yalnız genel olarak deri naklinin caiz olduğuna dair fakat yüzeysel kalan görüşler bulunmaktadır. Örneğin İslam Fıkıh Akademisi gibi bazı kurullar ve çağdaş araştırmacılar, sürekli yenilenmesi ve alınmasıyla vericinin kalıcı zararlar görmemesi nedeniyle deri parçalarının bağışının caiz olduğunu söylerler.⁸⁹⁷ Yahyâvî gibi bazı araştırmacılar ise deri naklinin, alıcının zaruret veya hâcet içinde olması, vericinin işlemde zarar görmemesi, sırasıyla yapay deri, hayvan derisi, kişinin kendi derisi gibi diğer alternatiflerin öncelenmesi gibi şartlarla caiz olduğunu belirtmişlerdir.⁸⁹⁸

İslam dünyasında hal böyleyken, yüz naklini tıbbî ve etik açıdan ele alan pek çok çağdaş araştırma bulunup bu çalışmalar söz konusu nakle ilişkin ciddi komplikasyon ve olumsuz sonuçlara işaret etmektedir. Yüz nakli günümüz şartlarında en üst düzey cerrahi girişimlerden biridir. Ancak bu tür nakillerde karşı karşıya kalınan en temel sorun bağışıklık sisteminin bir ömür boyu baskılanmasıdır. Esasında bu, tüm organ nakillerinde uygulanan rutin bir durumsa da, daha önce de ifade ettiğimiz üzere zaruri ve hayat kurtarıcı nakillerde yarar-zarar dengesinde yararın ağır bastığı düşünülerek bu zararlara katlanılmaktadır. Ayrıca yüz dokusu antijenitesi en yüksek organ olması ve

⁸⁹⁵ Kadioğlu, “Yüz Aktarımında Etik Sorunlar”, s. 822-5.

⁸⁹⁶ *Kompozit Doku Nakilleri Raporu*, s. 5.

⁸⁹⁷ *Karârâtü ve Tavsiyyâtü Mecma’i’l-Fıkhî’l-İslâmî ed-Düvelî*, s. 139; Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 167, 185; Ahmed, *Ahkâmu nakli’l-a’dâi’l-insân*, I, 406.

⁸⁹⁸ Yahyâvî, *el-Muvâzene*, s. 223.

redde daha fazla duyarlı olması nedeniyle yüz naklinde, diğer organ nakillerine oranla, çok daha güçlü ve yüksek dozda immün sistemi baskılayıcı ilaçlar gerekli olacaktır. Yüz gibi kompozit bir dokunun aktarımında doku canlı kalma süresinin uzatılması ve doku reddinin uzun süre geciktirilip geciktirilemeyeceği konusunda da güvenilir sonuçlar bulunmamaktadır.⁸⁹⁹ Zira yüz nakli alan hastaların yaşam kalitesinin yükseleceğine veya alınan immün sistemi baskılayıcı ilaçlar sayesinde vücudun yüzü bir süre sonra reddetmeyeceğine dair uzun süreli araştırmalar yoktur.⁹⁰⁰

Yine yüz naklinde mortalite riskinin yüzde yirmilerde olduğu belirtilmekte,⁹⁰¹ bu ise ciddi bir oranı ifade etmektedir. Bu sebeple Türk Tabipler Birliği gerçek yüz nakli adaylarının basit yara izlerine vs. sahip kişiler değil; ağız, burun veya yüz kemiklerindeki kayıplardan dolayı yeme, içme ve nefes alma fonksiyonları bozulmuş ve bu konuda plastik cerrahinin tüm imkanlarını denemesine rağmen sonuç alamamış kişiler olması gerektiğini belirtir. Diğer yandan medyatik açıdan ilgi çeken bu nakiller bazen alıcının mahremiyet sınırları aşarak sansasyonel hale getirilmektedir. Bu nakiller hakkında kat edilmesi gereken çok yol bulunduğu bir gerçektir. Nakillerin komplikasyonlarının hayati olabildiği veya kişinin hayatını kısaltabileceği gibi konularda halkın doğru bilgilendirilmesi ve ilgili uygulamaların sorunsuz ve mükemmel çözümler gibi, hatta adeta bir mucize gibi sunulmaması gerekmektedir.⁹⁰² Nitekim yüz nakli günümüz şartlarında, henüz getirilerinden çok risklere sahip hayati olmayan deneysel bir girişim olarak görülmektedir. Bu sebeple yüz nakli konusu bir bakıma klinik araştırmalarda insanların denek olarak kullanılması konusuyla da yakından ilgilidir.⁹⁰³ Tıbbî problemler bir şekilde aşılsa dahi yüz naklinde yabancı bir kimsenin kimliğinin bir parçasının aktarımı söz konusu olduğundan alıcı ve verici ya da yakınları açısından nasıl bir psikolojik etki doğuracağı ya da bu naklin bireysel ve sosyal sonuçları da henüz bilinmemektedir.⁹⁰⁴ Bu açılardan yüz nakli için bir yarar-risk değerlendirmesi yapıldığında, hastanın yaşam kalitesinin artması, estetik görünüm kazanımı ile birlikte gelen özgüven, sosyal ve psikolojik iyilik gibi olumlu durumlar bir

⁸⁹⁹ Kadioğlu, “Yüz Aktarımında Etik Sorunlar”, s. 825-6.

⁹⁰⁰ Edwards-Mathes, “Facial Transplantation”, s. 114.

⁹⁰¹ Christian J. Vercler, “Ethical Issues in Face Transplantation”, *American Medical Association Journal of Ethics*, 12/5 (2010), s. 379.

⁹⁰² *Kompozit Doku Nakilleri Raporu*, s. 19.

⁹⁰³ Vercler, “Ethical Issues in Face Transplantation”, s. 378.

⁹⁰⁴ Kadioğlu, “Yüz Aktarımında Etik Sorunlar”, s. 826-7; Vercler, “Ethical Issues in Face Transplantation”, s. 380.

tarafıta dururken, nakledilen dokuyu korumak için ömür boyu mahkum olunan ilaçlar ve bu ilaçların ölümcül olabilecek zararlı yan etikleri diğer tarafıta olacaktır.⁹⁰⁵

Kanaatimiz insan onuru gereğince özellikle yüzünde ciddi bir bozukluk olan hastanın normal sınırlarda estetik bir yüze sahip olmaya hakkı olduğu ve ona bu yönde bir şans verilmesi gerektiği yönündedir. Ancak yüz nakli teknolojisi sonucu elde edilen bu yüz, günümüz şartlarında kişinin hayatının sonlanması, kısalması veya tehlikeye girmesi gibi ciddi komplikasyonlar oluşturmakta olduğundan yüz nakli teknolojisinin ancak ağız, burun gibi organların zorunlu işleyişinin durması gibi zaruret hallerinin oluşması ve tedavi için alternatifin bulunmaması durumlarında kullanılabileceğini düşünmekteyiz. Bunun yerine naklin alternatifi olarak rekonstrüktif cerrahiye başvurulması tercih edilebilir. Bu açıdan yüz nakline dair tartışmaların merkezinde yarar-zarar denklemi olmalı ve “İmmunsupresanları ömür boyu kullanmak zorunda kalan hastanın yaşayacağı sağlık sorunları, yeni bir yüze sahip olması karşısında tolere edilebilir mi?” sorusunun cevabı aranmalıdır. Hastanın karşılaşması olası olan böbrek yetmezliği, kalp yetmezliği, kanser gibi ciddi komplikasyonlar bir tarafıta dururken, günümüz şartlarında ve en azından şimdilik, zararın zararla giderilemeyeceği genel kaidesi temelinde⁹⁰⁶ yüz nakline ihtiyatlı yaklaşıması faydalı olacaktır.

4.4.2.2.2. El ve Ekstremitte Nakilleri

Son yıllarda nakil cerrahisi alanında önemli bir gelişme olan el ve üst-alt ekstremitte (kol, bacak) nakilleri popüler hale gelmekte ancak bu durum pek çok etik sorunu da beraberinde getirmektedir. Muhtemelen henüz fazla uygulama alanı olmaması ve yeni bir teknoloji olması sebebiyle İslam dünyasında bu konuda verilmiş fetvalara veya hatırı sayılır akademik tartışmaya rastlamamış olsak da Batı dünyasında ve ülkemizde sınırlı da olsa etik açıdan konuyu ele alan bazı çalışmalar mevcuttur.

İnsanın temel ve en fonksiyonel bir organı olması nedeniyle el kaybının, insan yaşamını ve kişileri gerek fiziksel gerekse psikolojik açıdan ciddi anlamda etkileyeceği bir gerçektir. Geleneksel olarak protezlerle sağlanan bu kayba nakil gibi bir alternatif gündeme geldiğinde, bu gelişme hastalar için bir umut ışığı olmaktadır. Protez

⁹⁰⁵ Osborne P. Wiggins v.dđr., “On the Ethics of Facial Transplantation Research”, *The American Journal of Bioethics*, 4/3 (2004), s. 3-5.

⁹⁰⁶ Suyûtî, *el-Eşbâh ve 'n-nezâir*, s. 86; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve 'n-nezâir*, s. 96.

yöntemine göre renk ve boyut uyumu, fonksiyonellik, his ve hareket kabiliyetleri gibi açılardan çok daha üstün ve ileri bir teknoloji olsa da, ilgili naklin hastaya getirdiği komplikasyonlar karşısında yine de tercih edilebilir olup olmadığı tartışmalıdır.⁹⁰⁷

İlk el nakli 1998 yılında Fransa’da ve ABD’de başlamış, bugüne kadar elliden fazla kişiye el ve ön kol nakli uygulanmıştır.⁹⁰⁸ Şimdiye kadar dünya üzerinde 76 kişiye toplamda 113 kompozit el nakli yapılmıştır.⁹⁰⁹ Türkiye’de ise 2010 yılında Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde kadavradan çift kol nakli yapılmıştır. 2012’de aynı vericiden iki ayrı hastaya ilk yüz nakli ve çift kol-tek bacak nakli yapılmışsa da nakledilen bacak hastadan geri alınmak zorunda kalınmıştır. Yine 2012 yılında Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi’nde iki ayrı hastaya yüz nakli ile iki kol, iki bacak nakli yapılmış, ancak dört ekstremitenin birden nakledilmesini kaldıramayan hasta operasyondan üç gün sonra hayatını kaybetmiştir.⁹¹⁰ Ülkemizdeki nakiller sonrasında ortaya çıkan bu olumsuz sonuçlar el ve ekstremitelik nakillerinin etik açıdan ele alınıp değerlendirilmesine sebebiyet vermiştir.

Yüz nakillerinde olduğu gibi kol-bacak nakilleri de, hastanın hayatını kurtarmak için değil bağımsız yaşamasını kolaylaştırıp hayat kalitesini artırmak amacıyla gerçekleştirilmektedir.⁹¹¹ Başarılı bir nakil operasyonu sonrası elde edilen sonuçların üst ekstremitelik protezlerine oranla daha fonksiyonel olduğu belirtilmekteyse de buna rağmen hayati bir endikasyonu olmayıp hayati komplikasyonları olan böyle bir işlemi yapmanın ne kadar etik olduğu tartışılmalıdır.⁹¹² Yaşam kalitesini yükseltmekle birlikte hayatın devamı için öncelikli bir organ olmayan ve biyolojik anlamda yokluğu yaşamı tehdit etmeyen el, ayak, kol, bacak gibi kompozit dokuların nakli ne kadar etikdir? Karaciğer, kalp gibi hayati organların naklinde bağımsızlığı baskılayan ilaçların komplikasyonları hasta ve toplum tarafından da kolay kabul edilirken hayat kalitesini artıran nakillerde durum farklı olmaktadır.⁹¹³

⁹⁰⁷ Alolabi v.dğr., “Hand Transplantation”, s. 24.

⁹⁰⁸ *Kompozit Doku Nakilleri Raporu*, s. 5.

⁹⁰⁹ Alolabi v.dğr., “Hand Transplantation”, s. 23.

⁹¹⁰ Türkiye Biyoetik Derneği Organ Nakli ve Etik İlkeler Görüşü, (haz. Yeşim Işıl Ülman), http://www.biyoetik.org.tr/wp-content/uploads/2015/08/TBD_OrganNakli_Raporu.pdf [Erişim tarihi: 12 Temmuz 2017]

⁹¹¹ *Kompozit Doku Nakilleri Raporu*, s. 8.

⁹¹² Haldun Orhun, “Üst Ekstremitelik Transplantasyonu: Sorunları ve Geleceği”, *TOTBİD (Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği) Dergisi*, 2/1-2 (2003), s. 69.

⁹¹³ Kadioğlu, “Yüz Aktarımında Etik Sorunlar”, s. 828.

El naklinin kişilere yeniden hissetme, motor kontrolü sağlama, psikolojik rahatlık gibi faydalar sağlayacağı açıktır. Ancak bu faydaların yanı sıra rejeksiyon ihtimali ve ömür boyu kullanımı şart olan immunsupresanların komplikasyonları da bulunmaktadır.⁹¹⁴ Bu açıdan ilgili uygulamaların tıbbî endikasyonlarının daha net bir şekilde ortaya konması gerekmektedir. Yine el nakli ile ilgili bir diğer temel sorun, deri, kas, sinir, tendon, kemik gibi birden fazla yani kompozit dokuyu içeren bir nakil olması sebebiyle diğer solid organ nakillerine göre bağışıklık baskılanmasına daha fazla ihtiyaç bulunmasıdır.⁹¹⁵ Çünkü cildin, rejeksiyonun en belirgin şekilde olduğu bir doku olması nedeniyle el naklinde organ reddi oranı çok yüksek olmaktadır.⁹¹⁶ Dünya Tabipler Birliği organ naklinin yalnızca estetik bir problemi ortadan kaldırmak amacıyla yapılmasının uygun olmayıp ciddi bir sağlık problemini ortadan kaldırmak veya fonksiyon kaybını gidermek amacıyla başvurulabilecek en son yöntem olması gerektiğini belirtir. Bu şartlar sağlandığında nakiller kişinin sağlık hakkının bir parçasıdır.⁹¹⁷ Ayrıca bu tür aktarımlarda cerrahların kariyer beklentileri ve maddî hırslarının devreye girme ihtimali de söz konusu olabilmektedir. Yine bu nakillerin hasta ve devlet açısından oldukça maddî külfeti olduğu da unutulmamalıdır.⁹¹⁸

Sonuç olarak burada ele aldığımız yüz, el ve ekstermiteler gibi kompozit doku nakillerinin her birinin yol açtığı özel problemlerin yanı sıra, zaruret teşkil etmemesi ve uzmanların belirttiği üzere nakil sonrası alıcının hayatı boyunca kullanması gereken bağışıklık sistemini baskılayan ilaçların zararlı yan etkileri ortak paydası sebebiyle, günümüz tıbbî şartlarında yarar-zarar dengesi dikkate alınarak dakik bir incelemeye tâbi tutulması gerekmektedir. Kaybettiği el, kol, yüz gibi organ ve dokuları hayat süresinin kısılması pahasına yeniden kazanmayı arzulayan hastanın ise ne kadar sağlıklı bir karar vereceği tartışmalıdır. Hiçbir tıbbî uygulama tıbbın amacına muhalif olacak şekilde hastaya zarar verici olmamalıdır. Bu sebeple bir yandan hasta özerkliğine (otonomi) ve kendi geleceğini belirleme hakkına (self determinasyon) saygı duymanın gerekliliğine inanırken diğer yandan hastanın sağlıklı bir karar vermesi sürecine uzman hekimlerin, din adamlarının ve aile yakınlarının pozitif katkı yapmasının faydalı olacağı

⁹¹⁴ Alolabi v.dğr., “Hand Transplantation”, s. 23.

⁹¹⁵ Elliott v.dğr., “Upper Extremity Transplantation: Current Concepts and Challenges in an Emerging Field”, s. 86.

⁹¹⁶ Leblebicioğlu v.dğr., “El Transplantasyonu”, s. 230-1.

⁹¹⁷ *Kompozit Doku Nakilleri Raporu*, s. 10.

⁹¹⁸ Kadioğlu, “Yüz Aktarımında Etik Sorunlar”, s. 829-30.

kanaatindeyiz. Ayrıca bu bağlamda “yaşamın kalitesi” kavramının da yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir.

4.4.2.3. Kornea Nakli

Normal anatomik şekli bozulmuş veya şeffaflığını kaybetmiş kornea dokusunun çıkarılarak yerine ölüden alınan sağlıklı korneanın yerleştirilmesi işlemine kornea nakli denilmektedir. Halk arasında göz nakli ifadesi kullanılsa da günümüz tıbbî imkanları içinde henüz göz küresinin nakli söz konusu değildir.⁹¹⁹ Kornea bir doku olması nedeniyle organlardan farklı olarak yalnızca beyin ölümü gerçekleşenlerden değil diğer nakillerden farklı olarak kalp ölümü gerçekleşen kişilerden de on iki saate kadar alınabilmektedir.⁹²⁰ Ayrıca damarsız olması sebebiyle kornea dokusunda diğer organ ve dokulara nispetle doku reddi çok az olmaktadır ve kornea nakli bu açıdan avantajlıdır.⁹²¹ Çağdaş İslam alimleri arasında kadavradan kornea nakli konusunun cevazı hakkında fazla bir ihtilaf yoktur. Dünyanın önemli fetva akademileri korneanın bedenden alınmasının müsleye benzer bir eylem olmadığını ifade ederek kornea naklini caiz görürler. Fakat Abdulaziz b. Bâz ve Sâlih b. Fevzân gibi bazı alimler bu tür bir nakli caiz görmezler.⁹²²

Ancak İslam dünyasında tartışmalı bir konu olarak canlıdan kornea nakli konusunda ihtilaflar bulunmaktadır. Çoğunluk buna cevaz vermezken bazı çağdaş alimler canlıdan kornea gibi çift organlardan birinin naklini caiz görmektedirler.⁹²³ Örneğin Saîd Ramazan el-Bûtî bu konuda derinlemesine düşündüğünü ve araştırma yaptığını, ancak kişinin sağlam gözünü/korneasını gözü görmeyen bir insana vererek ona görme fonksiyonu kazandırmasının yasak olmasını gerektirecek bir sebep bulamadığını ifade eder.⁹²⁴

Kanaatimize göre, kişinin iki gözünden birinin korneasını vermesi esasında hayati bir fonksiyonun kaybı anlamına gelmemekle birlikte, Allah’a sağlıklı bir vücutla ve hakkıyla kulluk yapabilmesi, ibadetlerinin yanı sıra bireysel ve sosyal görevlerini yerine

⁹¹⁹ Keskinbora, “Kornea Transplantasyonu”, s. 794.

⁹²⁰ Ahmed, *Ahkâmu nakli 'l-a' dâi 'l-insân*, II, 501.

⁹²¹ Keskinbora, “Kornea Transplantasyonu”, s. 796.

⁹²² Ahmed, *Ahkâmu nakli 'l-a' dâi 'l-insân*, II, 501-2.

⁹²³ Karadâgî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 110.

⁹²⁴ Bûtî, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra*, s. 125-6.

getirebilmesi için, yani Allah'ın insan bedeni üzerindeki hakkı olarak ifade edilen haktan dolayı kişi bedeninden bu tür bir bağışa izin vermemelidir. Bu durum kişinin böbreğe ihtiyacı olan kişiye sağlam böbreklerinden birini bağışlamasından farklıdır. Çünkü sağ böbrek ve sol böbrekten farklı olarak sağ göz ve sol gözün fonksiyonu birbirinden oldukça farklılık gösterir ve bunlardan birinin yitirilmesi kişinin hayat kalitesini oldukça düşürecektir. Yine kanaatimizce korneanın böbrekten farklı olarak dış organ olması, kişinin farkında olmadan organ kaybı nedeniyle psikolojik sorunlar yaşayabileceği, gözün böbrek kadar hayati bir organ olmaması, gelişen teknolojiye alternatif tedavilerin bulunması gibi sebeplerden dolayı böbrek nakline kıyaslanması doğru olmayacaktır.

Gözleri sağlam bir kimsenin, kendisi görme fonksiyonlarını yitirecek şekilde iki gözünün korneasını bir başkasına bağışlaması konusu da çağdaş dönem İslam alimleri arasında tartışılmıştır. İKÖ'ye bağlı İslam Fıkıh Akademisi bunun caiz olmadığını belirtmiştir. Ancak Akademi'ye göre, bir hastalık sebebiyle operasyonla gözü alınan kişinin korneasının kullanılması örneğinde olduğu gibi, hastalık sebebiyle bir kimsenin vücudundan alınan bir organın bir parçasından başka birinin yararlanması caizdir.⁹²⁵ Kimi çağdaş kurul ve araştırmacılara göre de canlıdan kornea nakli yalnızca, korneanın vericiye zarar veriyor olması sebebiyle tıbben bedenden ayrılmasının gerekli olduğu durumlarda caizdir (*Hey'etu Kibâri'l-Ulema*).⁹²⁶

4.4.2.4. Üreme Sistemi Organlarının Nakli

Son yıllarda transplantasyon cerrahisinde meydana gelen gelişmeler sayesinde bazı üreme sistemi organlarının nakli de gündeme gelmiştir. Nakli mümkün olan üreme organlarından kasıt yumurtalık, testis, rahim ve cinsel organlar gibi üremeye bir şekilde katkısı olan organlardır. Üreme organları, şeriatın maksatlarından biri olan “neslin korunması” ilkesi ile doğrudan bağlantılı olması sebebiyle bedenin diğer organlarından farklılık gösterirler.⁹²⁷ Dolayısıyla bu konu ile ilgili değerlendirmelerde bulunurken, nesillerin karışmasına sebebiyet verecek herhangi bir uygulamanın İslamî açıdan kabul edilemez olduğu gerçeğinden hareket edilmelidir.

⁹²⁵ *Karârâtü ve Tavsiyyâtü Mecma'i'l-Fıkhi'l-İslâmî ed-Düvelî*, s. 140.

⁹²⁶ Ahmed, *Ahkâmu nakli'l-a'dâi'l-insân*, II, 507; Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 110-1.

⁹²⁷ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 174.

Sperm ve yumurta gibi üreme hücrelerinin naklinin, nesillerin karışmasına yol açacak olması gerekçesiyle İslamî açıdan caiz görülmediği açıktır. Bu sebeple hükmü bariz olan ve aynı zamanda organ ve doku naklinden ziyade yardımcı üreme teknikleriyle alakalı bu konuların tartışmasına girmeden organ nakli bağlamında tartışılan testis, yumurtalık, rahim ve cinsel organların nakli konularını ele alıp çağdaş İslam alimlerinin bu konudaki yaklaşımlarını sunacağız.

Üreme organları neslin oluşması ve cinsel ihtiyaçların giderilmesi gibi temel fonksiyonları sağlamakta olduğundan bunların veya fonksiyonlarının bulunmaması kişide birtakım sosyal, psikolojik ve ailevi sorunlar ortaya çıkarmaktadır.⁹²⁸ Bu sebeple elbette ki tıbbî, ahlâkî ve dinî açıdan olumsuz sonuçlar doğurmaması kaydıyla bu tür rahatsızlıklar tedavi edilmelidir. Fakat üreme sistemin organlarının nakli şeklinde bir çözüm gündeme geldiğinde pek çok soru işareti oluşmaktadır. Bunların naklinin hayat kurtarıcı olmaması sebebiyle alıcının nakil sonrası ciddi komplikasyonlara ve risklere katlanması, canlıdan bu tür nakillerin söz konusu olup olamayacağı ve bu organların nakli ile genetik aktarımın gerçekleşip gerçekleşmediği sorunları bunlardan bazılarıdır. Genetik aktarımın bulunduğu organların nakli caiz olmamakla birlikte gördüğümüz kadarıyla İslam alimleri arasında hangi üreme organlarında genetik aktarım olduğuna dair bir fikir birliği olmadığı için bu organların naklinin hükmü konusunda ihtilaflar bulunmaktadır. Öyle görünmektedir ki bu ve benzeri konularda hüküm verebilmek için gerçek tıbbî bilgiye şiddetle ihtiyaç vardır.

Testis ve ovaryum (yumurtalık) gibi üreme bezlerinin nakli, nakil sonucu vericinin genetik özelliklerinin alıcıya aktarılması ve alıcının nesillerine aktarılması ihtimalinden dolayı tartışılmıştır. Çağdaş ulemanın çoğu, testis ve yumurtalık gibi üreme sistemi parçalarının naklinin caiz olmadığı kanaatindeyken buna cevaz veren bir azınlık da bulunmaktadır. Testis ve yumurta naklini caiz görmeyenlerin temel iddiası, bunların nakledilmesiyle tıbbî açıdan vericinin genetik özelliklerin alıcının nesline intikal edeceği ve alıcının nakilden sonra doğan çocuklarının vericinin genetik özelliklerini taşıyacağını yönündedir.⁹²⁹ Bu sebeple İslam'ın temel prensiplerine aykırı bir sonuç

⁹²⁸ Ahmed, *Ahkâmu nakli 'l-a 'dâi 'l-insân*, II, 539.

⁹²⁹ Şinkîti, *Ahkâmu 'l-cerâhati 't-tubbîyye*, s. 393-4; Mûsa, *el-Mes 'ûliyyeti 'l-cesediyye fi 'l-İslâm*, s. 201; Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 175; Ahmed, *Ahkâmu nakli 'l-a 'dâi 'l-insân*, II, 542; Sağır, *Naklu ve zirâatü 'l-a 'dâi 'l-beşeriyye*, s. 339.

doğacak şekilde nesillerin karışması ihtimalinden dolayı sedd-i zerfa açısından testisler ve yumurtalıklar nakledilmemelidir.⁹³⁰ Muhammed Tayyib en-Neccâr, Abdulcelil Şelebî, Ahmed Hasan Müslim, Muhammed Ahmed Cemâl, Muhammed Naîm Yasin gibi alimler testislerin naklini hiçbir şekilde caiz görmemektedirler.⁹³¹

İKÖ'ye bağlı İslam Fıkıh Akademisi Meclisi'nin 57 (6/8) numaralı kararına göre de testis ve yumurtalıklar alıcıya nakledildikten sonra dahi vericinin genetik özelliklerini taşımaya ve salgılamaya devam ettiği için bunların nakli şer'an haramdır.⁹³² Çağdaş araştırmacılardan Mansûr Ali de bu konuda şahsi kanaatinin, gen aktarımı ve ortaya çıkaracağı diğer olumsuz sonuçlardan dolayı üreme organlarının naklinin caiz olmadığı yönünde olduğunu belirtir.⁹³³ Yine çağdaş araştırmacılar, yumurtalık naklinde de vericinin yumurtalarının işlev görmeye devam ettiğini ifade ederek yumurtalık naklini caiz görmezler.⁹³⁴ Bu sebeple Ârif el-Karadâğî bu şekilde meydana gelen çocuğun nesebinin yumurtalığın gerçek sahibi olan verici kişiye nispet edileceğini söyler ve üremeyi sağlamak için hormon tedavisi türünden alternatifler bulunduğu için testis naklinin caiz olmadığını belirtir.⁹³⁵

Kimi çağdaş alimlere göre ise, üreme organlarının nakli nesli sürdürmek, cinsel fonksiyonları yerine getirmek veya fiziksel deformasyonları gidermek gibi amaçlarla yapılacağından ötürü bu tür zaruri olmayan ve ancak yaşam kalitesini arttırıcı nitelikteki nakillerde ölünün saygınlığının çiğnenmesi, avretlerin açılması veya canlının beden bütünlüğünün bozulması caiz değildir.⁹³⁶

Testis naklini caiz görenler ise nakilden sonra asıl itibariyle meni sahibinin alıcının kendisi olmasından yola çıkarak nesillerin karışmasının söz konusu olmayacağını söylemektedirler.⁹³⁷ Bir kısım araştırmacılar ise testislerin artık sperm üretmeyi tamamen durdurması ancak hormon üretmeye devam etmesi şeklindeki bir durumda genetik aktarıma etki olmayacağından dolayı testis naklinin caiz olduğunu söylerler. Bu

⁹³⁰ Sağîr, *Naklu ve zirâatü'l-a'dâi'l-beşeriyye*, s. 338-9; Şinkîti, *Ahkâmu'l-cerâhati't-tıbbiyye*, s. 393-4.

⁹³¹ Şinkîti, *Ahkâmu'l-cerâhati't-tıbbiyye*, s. 392-3; Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 175.

⁹³² *Karârâtu ve Tavsiyyâtu Mecmai'l-Fıkhî'l-İslâmî ed-Düvelî*, s. 206.

⁹³³ Ali, *Naklu'l-a'dâ mine'l-meyyiti ile'l-hay*, s. 132-3.

⁹³⁴ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 175; Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 86.

⁹³⁵ Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 87-8.

⁹³⁶ Ali, *Naklu'l-a'dâ mine'l-meyyiti ile'l-hay*, s. 127.

⁹³⁷ Şinkîti, *Ahkâmu'l-cerâhati't-tıbbiyye*, s. 394.

araştırmacılara göre vefatından sonra bir süre beklenmesi suretiyle kadavradan testis nakli bu şekilde caiz olabilir.⁹³⁸

Diğer yandan çağdaş dönem İslam dünyasında canlıdan testis nakli ihtimali de ihtilaflı bir şekilde gündeme gelmiştir. Çoğu alim bu tür bir nakli, vericinin bedeninde görüntü bozukluğu oluşturacağı ve hadım edilme ve müslle anlamını içerdiği için insan yaratılışının deformasyonu olarak görmektedir.⁹³⁹ Ancak Ezher meşihati, ilginç bir şekilde, iki böbrekten birini vermenin caiz oluşu gibi iki testisten birini vermenin de caiz olacağı kanaatindedir.⁹⁴⁰

Tartışmalarda görüldüğü üzere esasında testis ve yumurtalık naklinin cevazı probleminin özü, bilimsel olarak alıcının nesillerine vericinin genetik özelliklerinin geçip geçmeyeceğine dair tıbbî bilgilerin net olmamasına ilişkindir. Örneğin Muhammed Naîm Yasin kendisine testis nakledilen kişinin meni üretiminde bir katkısı olmadığı, meniye üretenin tamamen vericinin testisi olduğu, alıcının hipofiz bezlerinden gelen emir sayesinde, alıcının cinsel fonksiyonları devam ettikçe dışarıdan başka bir etki olmaksızın testisin meni ürettiği ancak döllenme gerçekleştiğinde yumurta ile birleşenin aslında vericinin menisi olduğu yönündeki bilgi üzerinden naklin caiz olmadığını söylemektedir.⁹⁴¹ Yusuf el-Karadâvî de uzmanların, insanın soyuna geçen ve onların renk, uzunluk, cinsiyet gibi genetik özelliklerinin saklandığı bir bölge olmasını belirtmeleri sebebiyle testislerin naklinin caiz olmadığını, çünkü bunun soyların karışmasına yol açacağını ifade eder.⁹⁴² Buna karşın Muhammed Süleyman el-Eşkar nakledilmiş olan testis ya da yumurtalıkların nesebe etkisi olmadığını, nakilden sonra meydana gelen çocukların alıcıya ait olduğu bilgisine dayanarak böyle bir naklin caiz olabileceğini belirtir.⁹⁴³

Öyle görünmektedir ki, üreme organlarının nakli, hayat kurtarıcı olmaması ve çocuk sahibi olmanın hayati bir zorunluluk olmaması sebebiyle zaruret kapsamında değildir. Her insanın çocuk sahibi olma ve üreme ihtiyacına saygı duyulması ve meşru dairede tedavi çözümlerine fırsat verilmesi gerektiğine inanmakla birlikte, bunu yaparken genel

⁹³⁸ Karadâgî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 87-8.

⁹³⁹ Şinkîti, *Ahkâmu'l-cerâhati't-tıbbîyye*, s. 393-4; Karadâgî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 87; Ali, *Naklu'l-a'dâ mine'l-meyyiti ile'l-hay*, s. 132-3.

⁹⁴⁰ Şinkîti, *Ahkâmu'l-cerâhati't-tıbbîyye*, s. 395.

⁹⁴¹ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 175.

⁹⁴² Karadâvî, *Fetâvâ muâsıra*, II, 539-40.

⁹⁴³ Ahmed, *Ahkâmu nakli'l-a'dâi'l-insân*, II, 544.

ahlak kuralları, toplumsal düzen ve dinî hükümler ile çelişecek sonuçlar doğmamasına özen gösterilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca bu tür nakillerin günümüz şartlarında alternatif tedavi yöntemleri bulunmaktadır ve bu sebeple varsa nesillerin karışması gibi ve var olduğu kesin bilinen immunsupresanların komplikasyonları gibi naklin zararlı sonuçları göz ardı edilemez. Diğer taraftan günümüz tıbbının, testis ve yumurtalık gibi üreme hücrelerinin nakli sonucunda genetik özelliklerin alıcının doğacak çocuklarına etki ettiğini doğrulaması halinde, verici ile alıcının çocukları arasında bir akrabalık bağı oluşup oluşmadığı yani nesillerin karışması ihtimali hususu kritik olacaktır. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere, bu konuda verilecek fikhî hüküm, doğru bir tıbbî bilgiye muhtaçtır.

Kadınlarda menstrasyonu ve gebelik oluşumunu sağlayan bir organ olan uterus (rahim) nakli de yakın zamanda gündeme gelmiş ve infertilite (kısırlık) sorununa çözüm olarak evlat edinme ve taşıyıcı annelik alternatifleri yerine üçüncü bir seçenek olarak eklenmiştir. Bir çok çift için umut ışığı olsa da bu durum, hayat kurtarıcı bir işlem olmayıp yalnızca yaşam kalitesini artıran bu tür bir transplantasyon sonrası uygulanan immunsupresif tedavilerin yan etkileri nedeniyle, alıcı ve doğacak bebeğin sağlığı açısından yarar-risk dengesi bağlamında etik ikilemleri ve ciddi tartışmaları başlatmıştır. Zira henüz rahim nakli sonrası dünyaya gelen bir bebek bulunmamakta olup immunsupresif tedavinin gebelik durumunda gelişmekte olan fetüs üzerindeki etkileri ve riskleri de bilinmemektedir. Diğer yandan başarılı bir gebelik ve doğum sonrasında uterusun çıkarılması da öneriler arasındadır.⁹⁴⁴

Dünyada ilk defa Müslüman bir ülke olan Suudi Arabistan'da denenen rahim nakli (2000) infertilite için bir çıkar yol ve taşıyıcı anneliğe alternatif olarak gündeme gelmiş ve İslam dünyasında tartışmalara yol açmıştır.⁹⁴⁵ Dünyadaki ilk başarılı uterus nakli olarak görülen Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde gerçekleştirilen kadavradan nakilde ise gebelik devam etmemiş, nakil sonrası sekizinci haftada gebelik sonlandırılmak zorunda kalınmıştır.⁹⁴⁶

⁹⁴⁴ Ruşen Öztürk-Ümran Sevil, "Uterus Transplantasyonu ve Etik", *Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, 2/4 (2013), s. 536, 539-41.

⁹⁴⁵ Atighetchi, *Islamic Bioethics: Problems and Perspectives*, s. 180-1.

⁹⁴⁶ Öztürk-Sevil, "Uterus Transplantasyonu ve Etik", s. 539.

İslam dünyasında kimilerince rahim nakli, verici kadının genetik özelliklerinin bebeğe geçtiği gerekçesiyle kabul görmemekte ancak bu bilgi tıp çevrelerince doğrulanmadığından dolayı ilgili gerekçe geçersiz görünmektedir. Bebeğe DNA geçişi olmayacağı görüşünden yola çıkan alimler ise rahim naklini caiz görmüşlerdir. Hatta İslam dünyasında canlıdan rahim nakli konusu da tartışılmıştır. Muhammed Naîm Yasin canlıdan rahim naklinin ancak, yumurtalıkları geri dönüşü olmayacak şekilde telef olmuş ve rahmi kendisine fayda sağlamayan kişiden yapılabileceğini söyler. Bu kişi, sağlıklı yumurtalıklara sahip ama rahmi telef olmuş kişiye rahmini bağışlayabilir. Yine Yasin'e göre -çok nadir olsa da imkan dahilinde olan- bir kadının birden fazla sağlıklı rahmi olması halinde de bu organlardan birini bağışlaması caizdir. Fakat ona göre rahim naklinin caiz olması, rahmin neseplerin karışmasına bir etkisinin olmadığı bilim tarafından kesin olarak söylenmesi şartına bağlıdır. Ayrıca rahmin kendisinden ameliyatla alındığı kişinin bu durumdan zarar görmemesi, verilen rahmin alan kişiye faydalı olması, nakledilen rahmin içinde hiçbir şekilde meni veya yumurta kalmamış olması da Yasin'in zikrettiği şartlar arasındadır.⁹⁴⁷

Fertilite (üreme) yeteneğini kaybetmiş veya gebe kalmak istemeyen kişilerin rahimlerini bir başkasına çocuk sahibi olması için bağışlaması konusu da etik açıdan tartışılmıştır. Ancak geri dönüşü olmayan böyle bir uygulamanın doğuracağı tıbbî ve etik problemler henüz net değildir.⁹⁴⁸ Bununla birlikte İslam dünyasında menopoza yaşı gelmiş veya zaten herhangi bir sebeple yumurtalıklara sahip olmayan yaşayan kadından rahim nakline cevaz verenler bulunmaktadır.⁹⁴⁹

İKÖ'ye bağlı İslam Fıkıh Akademisi Meclisi'ne göre, testis ve yumurtalık gibi genetik özellikler taşımayan ve galîz avret olmayan bazı üreme organlarının nakli, meşru zaruret bulunması sebebiyle caizdir.⁹⁵⁰ Akademi'nin bu kararı rahim nakli konusunda net olmamakla birlikte, kararda yer alan genetik özelliklerin taşındığı testis ve yumurtalıklar ile üreme sisteminde yer alıp galîz avret sayılmayan organların nakledilebileceğine dair ifadeden rahim naklinin caiz kabul edildiği sonucu çıkarılabilecektir. Ancak kanaatimizce Akademi'nin yalnızca genetik özelliklerin taşınıp taşınmadığını kriter

⁹⁴⁷ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 170, 174.

⁹⁴⁸ Öztürk-Sevil, "Uterus Transplantasyonu ve Etik", s. 542.

⁹⁴⁹ Karadâğî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 111-2.

⁹⁵⁰ *Karârâtü ve Tavsiyyâtü Mecmai'l-Fıkhî'l-İslâmî ed-Düvelî*, s. 206.

olarak dikkate aldığı bu fetva, zaruret değil de ihtiyaç kategorisinde değerlendirilebilecek bu nakil türünde alıcıda meydana gelen zararlar göz önünde bulundurulmadığından eksik kalmaktadır.

Rahim naklinde neseplerin karışması gibi bir tehlike bulunmadığı için neslin korunması genel üst ilkesine aykırı bir durum görünmemektedir. Ancak taşıyıcı annelik hususunda olduğu gibi bu konunun tıbbî, hukukî, sosyal ve psikolojik pek çok boyutu da göz ardı edilmemelidir. İslam dünyasındaki mevcut görüşler ise temelde alıcıda meydana gelen zararları dikkate almadığı için yetersizdir. Kanaatimizce meşru sınırlar içerisinde üreme ve insan onuruna yaraşır bir yaşam sürme her insan için bir hak olsa da, organ nakli gibi kritik bir konu söz konusu olduğunda, zaruret kapsamına girmeyen ve duruma göre ihtiyaç veya tahsiniyyât sayılabilecek rahim nakline cevazlık hakkında hüküm vermek kolay görünmemektedir. Elbette esas olan, insanın Allah'ın yarattığı en güzel surette ve bedenle hayatını devam ettiriyor olmasıdır. Fakat maslahat-mefsedet dengesini gözetmemek uzun veya kısa vadede bireysel veya toplumsal başka problemlere yol açabilecek ve asıl o zaman insan onuruna yakışmayacak durumlar ortaya çıkabilecektir. Diğer taraftan, rahim naklinden sonra henüz çocuk sahibi olan bir örnek bilinmediği için henüz deney aşamasındaki böyle bir naklin ne kadar başarılı olduğu da net değildir.

Üreme organları ile bağlantılı olarak tartışılan nakil türlerinden biri ise canlıdan veya kadavradan cinsel organların naklidir. Çağdaş dönem araştırmacılarının bu konuya yaklaşımı, cinsel istifade konusunda aslolanın haramlık olduğu kaidesinden yola çıkarak cinsel organların naklinin haram olduğu yönündedir. Buna göre gerek kişinin kendisi gerekse vereseşi kişinin üreme organlarını bağışlama hakkına sahip değildir. Ayrıca yine bu tür nakiller ırzın korunması kaidesine aykırıdır.⁹⁵¹ İKÖ'ye bağlı İslam Fıkıh Akademisi de, daha önce aktardığımız üzere, genetik özellikler taşımaya dahi galiz avret sayılan organların naklini caiz görmez.⁹⁵² Bizim kanaatimiz de gerek konunun hassasiyeti ve gerekse hayatı tehdit eden zaruret bulunmaması nedeniyle canlıdan veya kadavradan cinsel organların naklinin caiz olmaması yönündedir. Henüz bu konuda bir tartışma İslamî akademide mevcut değilse de kanaatimizce yakın bir zamanda tartışma cinsiyet değiştiren bireylerin üreme organı nakli almasına doğru evrilecektir.

⁹⁵¹ Yasin, *Ebhâsun fikhîyye*, s. 174-5; Karadâgî, *Kadâyâ fikhîyye*, s. 115-6.

⁹⁵² *Karârâtü ve Tavsiyyâtü Mecmai'l-Fıkhî'l-İslâmî ed-Düvelî*, s. 206.

4.4.2.5. Beyin Hücrelerinin ve Sinir Sisteminin Nakli

Henüz tıbbî olarak mümkün olmayan ya da en azından henüz gerçekleşmemiş olan beyin hücrelerinin nakli hususunda pek bir İslamî literatür oluşmamıştır. İKÖ'ye bağlı İslam Fıkıh Akademisi Meclisi'nin 54 (6/5) numaralı kararı ise beyin hücrelerinin ve sinir sisteminin nakline dairdir. Ancak beyin hücrelerinin naklinden kasıt, insan beyninin başka bir insana nakli olmayıp beyindeki belirli hücrelerin kimyasal veya hormonal maddelerini normal ölçülerde salgılayamamasını tedavi etmek amacıyla, başka bir kaynaktan alınan benzer hücrelerin bunların yerine konması veya alınan bazı hasarlar sonucu sinir sisteminde oluşan boşluğun tedavi edilmesidir. Buna göre bağışıklık kabul özelliği bulunduğu müddetçe, doku elde etmek amacıyla hastanın kendi böbreküstü bezinin kaynak olarak kullanılmasında şer'an bir sakınca yoktur. Zira hücreler kişinin kendi bedeninden alınmaktadır. Yine Akademi'ye göre, başarılı olması mümkünse ve şer'î açıdan bazı sakıncalar doğurmuyorsa, kaynağın bir hayvan cenininden elde edilmesinde herhangi bir sakınca yoktur. Hekimler farklı hayvan türleri arasında bu yöntemin başarıyla gerçekleştirildiğini ifade etmişlerdir. Bağışıklık sistemi tarafından reddedilmesini engellemek için gerekli tıbbî önlemlerin alınmasıyla bu yöntemin insan için de başarılması ümit edilmektedir.⁹⁵³

Doku elde etmek amacıyla erken dönemdeki ceninin (10-11. haftalardaki cenin) canlı beyin hücrelerinin kaynak olarak kullanılması konusunda ise Akademi, rahmin cerrahi müdahale ile açılarak anne karnındaki insan cenininden beyin hücrelerinin doğrudan alınması şeklindeki bir yöntemi ceninin ölümüne yol açacağı gerekçesiyle haram görür. Ancak kasıtlı olmayan doğal düşük veya annenin hayatını kurtarmak ve ceninin ölümünü incelemek için yapılan meşru kürtaj hallerinden sonra, bazı şartların gözetilmesi kaydıyla ceninden beyin hücresi alınması caizdir. Yine yakın gelecekte gerçekleşmesi mümkün olan, kendilerinden faydalanmak amacıyla beyin hücrelerinin yapay ortamlarda elde edilmesi yöntemi de caizdir. Elde edilen hücrelerin kaynağı meşru olduğu ve hücreler meşru şekilde elde edildiği müddetçe bu yöntemde şer'an bir sakınca yoktur.⁹⁵⁴

⁹⁵³ *Karârâtü ve Tavsiyyâtu Mecmai'l-Fıkhî'l-İslâmî ed-Düvelî*, s. 199.

⁹⁵⁴ *Karârâtü ve Tavsiyyâtu Mecmai'l-Fıkhî'l-İslâmî ed-Düvelî*, s. 200.

Bu konu İslam dünyasında fazla tartışılmamış olsa da beyin nakli konusunda fikir yürüten bazı çağdaş araştırmacılar beyin veya beyin hücrelerinin naklinin alıcının algılarını etkileyeceği gerekçesiyle caiz olmadığını belirtirler. Bu işlem caiz olmadığı için işlemi gerçekleştiren hekim de dinen sorumlu olur.⁹⁵⁵ Böyle bir nakil durumunda kişinin duygu, düşünce, idrak, irade, şuur, hafıza gibi özelliklerinin de alıcıya geçip geçmeyeceği hem etik hem de tıp dünyasında merak konusudur. Fakat günümüz tıp teknolojilerinin imkanları dahilinde bu tür bir naklin uygulaması olmadığı için, şimdilik bu tartışmaların pratikte bir karşılığı bulunmamaktadır.

⁹⁵⁵ Abdüssemi', *Naklu ve zirâatü'l-a'dâi'l-âdemiyye*, s. 68-9.

SONUÇ

Bu tez temelde, günümüzde transplantasyon tıbbının gelişmesi sonucu pek çok insana umut ışığı olan önemli bir devrim niteliğindeki organ naklinin hükmünü tartışmaktadır. Ancak basit bir şekilde organ nakli caiz midir sorusuna cevap aramaktan öte farklı şartlar, zaman ve zemine göre hükmü değişebilecek organ nakli işlemini bir bütün olarak tüm yönleriyle ele almayı hedeflemektedir. Bunun için ise öncelikle organ bağıışı ve naklinin önünde İslamî açıdan bir engel gibi görünen insan bedeninin emanet oluşu, kulun kendi bedeni üzerinde tasarruf hakkı olmadığı gibi iddiaları sorgulayıp organ naklinin teorik zeminini eleştirel olarak ele almaktadır.

Çalışmamız neticesinde, organ nakline dair tıbbî, hukukî ve etik tartışmaları dikkate aldıktan ve konuya ilişkin mevcut görüşleri değerlendirdikten sonra, hayat veya bir organı kurtarma zarureti bulunmasının söz konusu olduğu hallerde organ bağıışının caiz olduğu neticesine ulaştık. Ancak böyle bir iddiada bulunan kişinin bu görüşünü birkaç açıdan temellendirmesi gerekmektedir. Böyle bir kişinin, öncelikle insan bedeni üzerindeki Allah hakkının nasıl görmezden gelinebileceğini açıklaması ve zaruret kavramını netleştirerek, sınırına hangi organların naklinin dahil olduğunu belirtmesi gerekir. Ayrıca kadavradan nakil söz konusu olduğunda ise beyin ölümünün gerçek bir ölüm olup olmadığına dair tavırlar da ehemmiyet kazanmaktadır. Bu sebeple bu iddiayı ve teorimizi ilgili üç açıdan kısaca ifade etmekle iktifa edip ardından çalışmamız esnasında elde ettiğimiz bazı tespit ve neticeler ile sonraki araştırmacılar için bazı çalışma alanı tavsiyeleri sunacağız.

İddiamızın organ naklinin beden üzerinde tasarruf ile bağlantılı olan ilk temellendirmesi için teorimiz şu şekildedir: İnsan bedeni, üzerinde hem yaratıcının hem de bireyin kendi haklarının tecelli ettiği bir alandır. Organ bağıışı açısından düşündüğümüzde, organ naklini toptan reddedenlerin sıklıkla tutunduğu bir argüman olarak organ vericisi üzerinde Allah hakkının bulunmasının yanı sıra, sağlığını ve hayatını kaybetme tehlikesi bulunan zaruret içindeki organ alıcısının bedeni üzerinde de Allah hakkı bulunmaktadır. Kimi soyut yorumlar bir kenara bırakıldığında, beden üzerindeki Allah hakkından kastımız kişinin ibadet gibi doğrudan, sosyal yükümlülükler gibi dolaylı olarak yaratıcısına karşı sorumlu olduğu durumlardır. Öyleyse organ naklinde alıcı üzerindeki Allah hakkı ile verici üzerindeki Allah hakkı karşı karşıya gelmektedir. Burada esas alınması gereken nokta ise maslahat-mefsedet (yarar-zarar) dengesi açısından

bakıldığında, canlı vericinin organını bağışlaması sonucu kendi bedeni üzerindeki Allah haklarının ihlal edilmemesi ve alıcının bedeninde makâsıdu’ş-şerîadan olan “canın korunması” ilkesinin sağlanmasıdır.

Bahsettiğimiz karşılıklı dengenin yanı sıra, zaruretin ve bağışın vericide kalıcı veya ciddi bir hasara yol açmaması, vericinin bağışa rızası, organların satım akdine konu edilmemesi gibi diğer önemli şartların da var olduğu bu tür durumlarda kural olarak organ bağışı caiz olmalıdır. Verici üzerindeki kul hakkı ise kişinin rızasına tekabül etmektedir ve kişi kendi bedenine açık bir zarar vermemek kaydıyla bazı tıbbî müdahalelere rıza gösterebilir. Canlı vericinin organ bağışına dair meşruiyet temeli ise îsâr düşüncesi gibi görünmektedir. Ölüden organ bağışı durumunu ise kişinin kendi bedeni üzerinde organ nakline dair vasiyet hakkı üzerinden temellendirebiliriz. Bunun yanı sıra, “canlının saygınlığının ölünün saygınlığına önceleneceği”, “canlının dokunulmazlığının ölünün dokunulmazlığından üstün olduğu” gibi gerek doğrudan klasik fıkıh eserlerinde yer alan gerekse fûru meselelerden çıkarılabilecek ilkeler ile de görüşümüzü destekleyebilmekteyiz. Normalde klasik fıkıh bu hususta katı ilkeler benimsiyor olmasına rağmen, zaruret durumlarında ölü bedeninin saygınlığı ve dokunulmazlığı prensiplerinin çiğnenebilmesi, ana kaide anlamındaki kıyastan vazgeçilerek zaruret sebebiyle istihsâna gidilebileceğini göstermesi açısından önemlidir. Halbuki esasında klasik eserler insan bedeninin saygınlığı, dokunulmazlığı ve bedeninin her türlü değersizleştirme ve aşağılanmadan korunması şeklinde çok geniş bir ilke benimsemektedirler. Hatta tezimiz boyunca sunduğumuz bilgilerden yola çıkarak, klasik fıkhıta beden üzerinde tasarruf konusunda aslolanın haramlık olduğunu ve bedeninin saygınlığının çiğnenmemesinin esas olduğunu ifade edebiliriz.

İddiamızın ikinci gerekçe temeli ise organ naklini meşru hale getiren esas delilin zaruret olduğu, bazı durumlarda ise zaruretin kapsamının genişletilerek ihtiyacın da bu kapsama dahil edilebileceği yönündedir. O halde canlıdan veya kadavradan ayrımı yapmaksızın bir bütün olarak tıbben bağışlanması imkan dahilinde olan organ ve beden parçaları açısından düşündüğümüzde kalp, akciğer, karaciğer, kemik iliği, böbrek, kornea gibi organ ve beden parçalarının -bahsettiğimiz şartlar gerçekleştiğinde- nakledilebileceği kanaatindeyiz. Bunların dışındaki bazı organların nakli konusuna, kimilerinde zarurete ilişkin diğer şartlar gerçekleşmesine rağmen alternatifinin bulunması, kimilerinde ise ihtiyaç kapsamında olmalarına rağmen maslahat-mefsedet ölçümünde sonucun negatif

çıkması gibi tahlillerimiz neticesinde, mesafeli durulması ve titiz bir şekilde yaklaşılması gerektiğini düşünmekteyiz. Kişilerin tedavi hakkının bulunduğu ve insan onuruna yaraşır bir hayat sürmelerinin esas olduğunu kabul etmekle birlikte, ilk etapta fark edilemeyecek veya uzmanların uzun vadeli risk ve komplikasyonları bulunduğunu belirttikleri nakil türleri böyledir. Örneğin yüz, el ve ekstremiteler (kol-bacak) gibi -ne kadar iyi alternatifleri olduğu tartışılrsa dahi- tıbben alternatifleri bulunması sebebiyle zaruret kapsamında görülemeyecek ve aynı zamanda nakil sonrası alıcının sağlığını ciddi anlamda olumsuz etkilediği tıp çevrelerince belirtilen immunsupresan kullanımı gibi ağır basan zararlar ve riskler nedeniyle bu tür organ ve dokuların nakline ihtiyatla yaklaşılmasında fayda mülâhaza ediyoruz. Ayrıca kimi nakil uygulamaları tıbben çok yeni olması ve tecrübe eksikliği nedeniyle insan bedeninin denek olarak kullanılması kapsamına girmektedir ki bu konu etik açıdan yoğun tartışmalara medar olmuştur. Bu anlamda nakil işleminin her aşamasında, yararlı olma, zarar vermeme, aydınlatılmış onam, rıza, tıbbî mahremiyet, özel yaşama saygı, hakkaniyet, insan onurunun korunması gibi prensiplere mutlaka dikkat ediliyor olmalıdır.

Kadavradan nakil söz konusu olduğunda ise, bugün tıbbî uygulamanın beyin ölümü gerçekleşen kişiden organ alımı şeklinde cereyan etmesi sebebiyle, beyin ölümü kavramına bakış açısı önemli hale gelmektedir. Bu konunun ruh kavramı, ruh-beden ilişkisi, insan yaşamının başladığı ve tam olarak bittiği noktanın tespiti, insanı insan yapan özün ne olduğu, beden merkezinin kalp mi yoksa ruh mu olduğu düalizmi, ölümün kültürel, sosyal ve dinî anlamları gibi pek çok açıdan müstakil ve derinlemesine ele alınması gerektiği kanaatimizle birlikte araştırmalarımız neticesinde birtakım temayüllere ulaştık. Kompleks bir kavram olması nedeniyle ölümün hukuk, felsefe, din ve etik uzman ve çevrelerini de ilgilendiren boyutları olmakla birlikte, kanaatimiz bir kişinin ölü olduğunu tespit edecek yetkili grubun, alanında uzman hekimler olması gerektiği yönündedir. Günümüz tıbbî eğiliminin bir neticesi olarak hukuk sistemlerinin baskın kanaati ise beyin ölümü gerçekleşen kişinin ölü sayılacağı yönündedir. Ancak ölümü belirleme yetkisini tıba vermenin bu alana sorgulanamaz ve denetlenemez mutlak bir otorite verildiği anlamına gelmediğini ise burada özellikle belirtmeliyiz.

Organ nakli ve bununla yakından bağlantılı olan beyin ölümü konusundaki görüşlerimizi bu şekilde serdettikten sonra, çalışmamız esnasında fark ettiğimiz birtakım tespitler ve ulaştığımız neticeleri de paylaşmak istiyoruz. Öncelikle

belirttiğimiz bu neticeler, bizim ulaşabilip tahlil ettiğimiz tıbbî gerçeklikler etrafında ve günümüz şartlarında bu şekilde şekillenen şahsi kanaatler olup, matematiksel kesinliğe ulaşmanın mümkün olmadığı bu alanda, tıbbî ilerlemelere ve içinde bulunulan zaman ve zeminin gerçekliklerine paralel olarak dinamik bir şekilde sürekli olarak güncellenmesi gereken neticelerdir. Zira biyoetik alanı statik değil çağın, şartların, toplumların ihtiyaçlarına, bilimsel ve tıbbî alandaki ilerlemelere bağlı olarak sürekli değişen ve gelişen aktif bir yapıya sahiptir. Diğer taraftan, günümüz İslam dünyasının “nevâzil” bir meselesi olan organ nakli konusunda ulaşılan neticeler ve yapılan tercihler zannî kategorisinde olmaya mahkum olup eleştiriye açıktır.

Burada şunu da ifade etmemiz gerekir ki, mutlak olarak organ naklinin caiz olup olmadığını söylemek mümkün olmadığı gibi, teorik olarak doğru da değildir. Zira hangi amaç ve şartlar dahilinde organların nakledildiğine veya naklin sonucuna göre naklin hükmü de değişkenlik gösterecektir. Belki her ikisinin de ortak noktası beden üzerinde tasarruf olan aynı iki işlem, bir yerde zaruret sebebiyle caiz sayılırken başka bir yerde ihtiyaç sebebiyle caiz sayılabilecek veya ihtiyaç olmasına rağmen maslahat-mefsedet dengesinin olumsuz çıkması, dinin ana amaçlarıyla çatışıyor olması gibi başka sebeplerden dolayı benzer mâhiyet taşıyan bir işlem caiz sayılmayabilecektir. Bu sebeple esasında organ naklinin cevazından ziyade, hangi organların hangi şartlar altında nakledilmesinin hangi gerekçelerle caiz olup olmayacağını tartıştığımızı söylemek daha uygun olacaktır. Bu anlamda çağdaş alimlerin veya fetva kurumlarının organ naklinin dinî hükmüne dair genellemeler yapmaları -ki yaygın olan fetva usulü maalesef budur- kanaatimizce bizi yanlış bir yere götürmektedir. İyilikseverlik, yardımlaşma gibi ilkeleri temele alıp mutlak olarak organ naklini caiz sayan kişi ve kurumlar ile bedenin emanet oluşu ve dokunulmazlığı gibi argümanlarla organ naklini toptancı bir mantıkla reddeden zihniyetin bu eylemleri ancak halkın zihin karışıklığı ve din adamlarına güvenin yitirilmesi ile sonuçlanmaktadır. Halbuki fıkıh ilmi dahilinde meselenin her boyutunu ve günümüz gerçekliklerini dikkate alarak her bir meseleyi kendi şartları içinde ve ayrı ayrı değerlendirmemiz gerekecektir. Bunu yaparken ise her şeyden önce yapılacak nakil işleminin İslam dininin maksatlarına aykırı olmamasının sağlanması gerekir. Örneğin insan onuruna aykırı olacağı gerekçesiyle organ ticareti, nesillerin karışmasına sebebiyet verecek olması gerekçesiyle bazı üreme organlarının

nakli, uzun vadede alıcıda hasar oluşturacak olması veya alternatiflerinin bulunması sebebiyle ve fitrata müdahale gerekçesiyle kimi organların nakli caiz olmamalıdır.

Bugün tıpta “hastalık yoktur, hasta vardır” şeklinde ifade edilen ve konusunun insan bedeni olması nedeniyle en temel özelliği izafilik ve bireysellik olan tıp ilmini yakından ilgilendiren bir mesele olan organ nakli konusu da zamana ve şartlara göre hükmü değişebilecek bir olgudur. Dolayısıyla bu alanı stabil olarak değil sürekli aktif olarak şartlara göre değişen ve gelişen bir alan olarak görmek, tıp teknolojilerindeki gelişmeleri adım adım takip etmek ve buna göre bakış açılarına yön vermek gerekmektedir. Örneğin yapay organların gündeme gelmesi ile alternatifsizlik sebebiyle caiz görülen insandan organ nakli uygulamaları sonlandırılmalı mıdır? Veya hayvandan nakil kadavradan nakle alternatif olabilir mi? İşte önümüzdeki on yılda gerçekleşmesi umulan tüm bu yeni gelişmeler karşısında fıkıh takipte kalmalı ve yarar-zarar dengesi yeni şartlara göre yeniden şekillendirilmelidir. Dolayısıyla bu çalışmanın pratik değerlendirmelerde bulunduğumuz kısımlarının hükmü geçici olabilecektir. Ancak sunduğumuz genel ve teorik ilkeler ve yöntemimizin sonraki çalışmalar için geliştirilmek üzere bir örnek teşkil edebileceği umudunu taşımaktayız.

Organ nakli konusu İslam dünyasında en çok insan bedeni üzerinde tasarruf hakkının sınırı, beden bütünlüğü ve beden dokunulmazlığı hakları bağlamında tartışılmıştır. Batı’da ise bunun yanı sıra insan onuru, insan hakları, kişinin kendi kaderini belirleme hakkı (self-determinasyon), özerklik (otonomi) konularıyla yakından alakalı görülmüş ve pek çok etik tartışmaya konu olmuştur. İlgili meselenin sadece bireysel değil toplumsal pek çok boyutu da vardır. Organ naklindeki etik problemler her ne kadar Batı’ya nispetle İslam dünyasında daha sonra tartışılmaya başlansa da, konunun Müslümanların gündemine de uzun süre önce girdiği anlaşılmaktadır. Ancak Batı’daki organ nakline dair temel tartışma alanları ile İslam dünyasındaki tartışmaların birebir paralellik arz ettiğini iddia etmek zor görünmektedir. Nitekim her toplumun sosyal, kültürel ve bazen iktisâdî, siyasî vs. durumları tartışmanın seyrini etkilemektedir. Batı’daki tartışmalar dinî ve seküler olmak üzere gruplandırıldığında dinî tartışmalar İslam dünyasındakilere teorik anlamda yakın olsa da seküler tartışmalar daha ziyade organ naklinde arz-talep dengesizliği, organ bağışının artırılması için yapılabilecek sosyal, eğitim ve hukuk alanlarındaki çalışmalar, organ bağışında yetkinin kime ait olduğu, nakilde din ve ırk ayrımcılığının yapılmasının engellenmesi, organ vericilerinin

ne şekilde ödüllendirilmesi gerektiği, çocuklara ve çocuklardan organ nakli sorunu, organ alıcıları arasında öncelik hakkının belirlenmesi, organ bekleme listesindeki kişiler arasında nasıl bir adil dağıtım yapılacağı, dağıtımda yaş, ırk, cinsiyet, din, cemaat, elde edilecek fayda gibi kriterlerin dikkate alınıp alınmayacağı (örneğin alkolik kişilere karaciğer nakli yapılması), yine yeterli bağış bulunmaması nedeniyle organ karşılığı finansal teşvik verilmesi türünden pratik konulara yoğunlaşmakta ve bu konudaki çalışmalar literatürün ciddi bir çoğunluğunu oluşturmaktadır. Ayrıca ABD gibi sağlık harcamalarının oldukça maliyetli olduğu bazı ülkelerde tedavi alma hakkında eşitlik gibi konular da sıklıkla tartışılmaktadır. Ayrıca transplantasyon teknolojisi ilerledikçe ve uygulama yaygınlaştıkça pek çok yeni problem de gündeme gelmektedir.

Gerek Batı gerek Arap-İslam dünyasında organ nakli pek çok araştırmaya konu olmasına rağmen, bizim tespitimiz Batı'da konuyu İslamî açıdan ele almaya çalışan çalışmaların derin olmaktan uzak olması ve çoğu zaman yazarların İslam'ı bir din olarak değil bir kültür olarak görüp konuyu bu açıdan ele aldıkları ve bazen de yanlış bilgi aktardıkları yönündedir. İslam dünyasında ise bu alanda verilen bazı fetvalar günü kurtarmaya yönelik olup bazen hiçbir şekilde tıp alanıyla istişare edilmeden ve en temel tıbbî bilgilerden dahi yoksun bir şekilde fetvaya cesaret edildiği görülmektedir. Öyle ki örneğin beyin ölümü durumunda organ nakline dair fetva veren bazı çağdaş araştırmacılar ve bazı kurullar dahi ne yazık ki beyin ölümü kavramını bitkisel yaşam, koma, anensefali gibi diğer kavramlarla karıştırmaktadır. Batı'daki kimi fetva kurullarının ise dinî ilimlerde yetkin olmayan kişilerden oluşması ayrı bir problemdir.

Şunu da belirtmek gerekir ki, organ nakli konusunun kompleks oluşu ve farklı uzantıları nedeniyle çalışmanın içindeki her bir başlık esasında birer müstakil çalışmayı hak eden geniş konulardandır. Ayrıca çalışmamızda bazı meselelerin sonuçlanabilmesi, başka bir güncel tıbbî problemin çözüme kavuşturulmuş olmasına bağlı olabilmektedir. Örneğin ceninden organ naklinin caiz olup olmadığını söyleyebilmek, bu konuda yapılmış ve sonuçlandırılmış müstakil çalışmalara bağlıdır. Cenine ruh üflenme zamanından, cenin üzerinde tasarruf hakkına kadar pek çok tartışmalı konu sonuçlanmadıkça ceninden organ alımı konusu da netleşmeyecektir. Yine hayvandan insana organ nakli gibi konulara cevap üretebilmek için hayvan hakları, hayvandan istifadenin sınırları, fitrata müdahale konularında ciddi bir birikime ihtiyaç vardır. Bu anlamda bir bütün olan insan bedeni üzerine konuşabilmek de esasında bütüncül bir bakış açısına muhtaç

kalmaktadır. Fakat İslam dünyasında emekleme aşamasında olan bu alanda maalesef ki bu bütünlüğü yakalamamızı ve büyük resmi görmemizi sağlayacak kaliteli bir birikim henüz oluşmamıştır. Bu birikim ise bireysel çabalardan ziyade disiplinlerarası çalışmalar, projeler ve kurul toplantıları gibi ciddi çabalar sonucu oluşmayı beklemektedir.

Diğer yandan, İslam dünyasında organ nakli bağlamında tartışma konusu olmuş kimi meselelere çalışmamızda yer vermediğimizi de ifade etmeliyiz. Örneğin had veya kısas gibi sebeplerle kesilen bir organın sahibine yeniden nakledilip edilemeyeceği veya sahibinden ayrılan bu organın ilgili organa muhtaç başka bir kimseye naklinin caiz olup olmadığı gibi konular günümüz İslam alimleri arasında tartışılmıştır. Fakat had veya kısas cezalarının uygulandığı bölgeler için bu tartışmaların anlamlı olduğu gerçeğinden hareketle bu husustaki tartışmaların ayrıntısına girme gereği duymadığımız için ilgili tartışmanın mevcudiyetini belirtmekle iktifa ediyoruz. Yine organların haşri, ahirette sorgulanması ve şahitliği gibi kelam alanını daha yakından ilgilendiren meselelere de tezimizde yer vermedik. Organ naklinin İslam dünyasında gündeme geldiği ilk zamanlarda tartışılan ve Müslümanların artık mutmain olduğu bu konulara girmek yerine, İslam dünyasında organ bağışının önündeki daha büyük bir engel olarak gördüğümüz bedenin Allah'ın mülkiyetinde olduğu ve insanın bedeninin yalnızca bir emanetçisi konumunda olup dolayısıyla istediği gibi bir başkasına organını bağışlamasının doğru olmayacağı yönündeki iddialar üzerinde durmayı tercih ettik ve standart tartışmalar yerine problemler alanlara dikkat çekmeye çalıştık. Bu anlamda çalışmamızda, problematik olarak literatürde çokça tartışılan konuları merkeze alarak inceledik ve organ naklinde yarar-zarar dengesi açısından nakillerin fikhî ve ahlaki boyutunu değerlendirdik.

Son olarak İslamî biyoetik alanına ilgi duyan araştırmacılar için organ nakli ile bağlantılı olarak işaret edebileceğimiz çalışma konuları olabilecektir. Doktora tez çalışmamızın sınırlı bir süre ve kapsamda olması gerçeğinden hareketle tezimizde belli oranda değindiğimiz ancak farklı uzantıları nedeniyle müstakil olarak çalışılmayı hak eden bazı konu başlıklarına işaret etmekte fayda görüyoruz. Örneğin hayvan hakları ve fitrata müdahale temele alınarak günümüzde henüz deney aşamasında tatbik edilen xenotransplantasyon (hayvandan insana organ nakli) konusunun ele alınması böyledir. Yine İran İslam Cumhuriyeti'nde bedel karşılığı nakille ilgili uygulamanın ayrıntısı ve

bu görüşlerin organ ve beden parçalarının akde konu olması bağlamında Şif hukukundaki dayanakları hususları organ nakli ile ilgili titiz araştırmaya ihtiyaç duyan konulardandır. Günümüzde naklin alternatifleri olarak görülen sünî organ kullanımı ve kök hücre çalışmaları gibi imkanların gelişmesi halinde ise, bunların her biri yeni tartışmaları beraberinde getirecek ve yakın zamanda organ naklinin bu boyutları da akademik çalışmalara konu olacaktır. Bu vesile ile belirtmek gerekirse, çalışma sürecimiz bize insandan insana organ nakli pratiğinin mükemmel veya nihai bir çözüm olmadığını, bir başkasının hayatını kurtarmak veya hastalığını tedavi etmek şeklindeki zaruret sebebiyle ve hayatın ve sağlığın korunması ilkesine dayalı olarak meşru olduğunu düşündürmüştür. Bu nedenle organ nakline alternatif uygulamalara sıcak bakmakta ve insandan insana organ naklinin geçici bir uygulama olarak tarihte kalmasını ummaktayız.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Abdülazîz el-Buhârî, Alâüddîn b. Ahmed b. Muhammed Abdülazîz (730/1330), *Keşfü'l-esrâr alâ Usûli'l-Pezdevî* (göz.geç. Hasan Hilmi Rizevî), Mekteb-i Sanayi Matbaası, İstanbul 1890/1307.
- Abdürrahim Efendi, Mentешzâde (ö.1154/1716), *Fetâvâ-yı Abdürrahim I-II*, Dârü't-Tibâati'l-Ma'mûre, İstanbul 1243.
- Abdüssemi', Üsâme es-Seyyid, *Naklu ve zirâatü'l-a'dâi'l-âdemiyye beyne's-şerîa ve'l-kânûn*, Dâru'l-Kütübi'l-Kânûniyye; Dâru Şetât, Kahire 2010.
- Ahmed, Yûsuf b. Abdullah b. Ahmed, *Ahkâmu nakli'l-a'dâi'l-insân fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Dâru Künûzi İşbilyâ, Riyad 2006, I-II.
- Al-Bar, Mohammed Ali-Chamsi-Pasha, Hassan, *Contemporary Bioethics: Islamic Perspective*, Springer 2015.
- Ali, Abdülhalîm Muhammed Mansur, *Naklu'l-a'dâ mine'l-meyyiti ile'l-hay beyne's-şerîati'l-İslâmiyye ve'l-kânûni'l-vaz'i: dirâse mukârane*, el-Mektebu'l-Câmiyyi'l-Hadîs, İskenderiye 2012.
- Ali Haydar Efendi, Eminefendizade (Küçük) (1354/1935), *Dürerü'l-hükkâm şerhi Mecelleti'l-ahkâm*, Matbaa-i Tevsî-i Tıbbât, İstanbul 1330, I-IV.
- Akpolat, Tekin, *Organ Bağışı ve Medya*, Ceylan Ofset, Samsun 2007.
- Âmidî, Ebû'l-Hasan Seyfuddin Ali b. Muhammed b. Sâlim (631/1233), *el-İhkâm fi usûli'l-ahkâm*, [y.y.] [t.y.], I-IV (1 c.'de 2 c.).
- Atighetchi, Dariusch, *Islamic Bioethics: Problems and Perspectives*, Springer, New York 2007.
- Ayan, Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1991.
- Aydın, Murat, "Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu" (yüksek lisans tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008).
- Bâbertî, Ekmeluddin Muhammed b. Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed (786/1384), *el-İnâye fi şerhi'l-hidâye*, el-Matbaatü'l-Kübra'l-Emîriyye, Bulak 1315-1318, I-VIII (*Fethü'l-kadîr* içinde).
- Bâhuseyn, Ya'kûb b. Abdülvehhab, *Kâidetü'l-meşakka teclibü't-teysîr: dirâse nazariyye-te'siliyye-tatbikiyye*, Mektebetü'r-Rüşd, Riyad 2005.

- Baktır, Mustafa, “İslam Hukukunda Zaruret Hali”, *Hükümlere Etkisi Bağlamında İhtiyaç ve Zaruret (İslam Hukuku Anabilim Dalları IX. Koordinasyon Toplantısı)*, ed. Osman Şahin, Samsun 2012: 18-29.
- Baktır, *İslam Hukukunda Zaruret Hali*, Akçağ Yayınları, [t.y.] Ankara.
- el-Bâr, Muhammed Ali, *el-Mevkîfû'l-fikhî ve'l-ahlâkî min kadîyyeti zer'i'l-a'dâ*, Dârü'l-Kalem, Dimaşk; ed-Dârü'ş-Şâmiyye, Beyrut 1994.
- Başpınar, 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*, ed. Ayşegül Demirhan Erdemir v.dğr., Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2007: 191-215.
- Bayhan, Bahar, “Organ Nakli Hastalarında İmmünespresif Tedaviye Uyum Ölçeği'nin (ITUÖ) Türkiye'de Geçerlik Güvenirliği” (yüksek lisans tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2014).
- Beauchamp, Tom L.-Childress, James F., *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, Oxford 2009.
- Beki, Abdulaziz, “İslam Hukuku Prensipleri Işığında Organ Nakli” (yüksek lisans tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1991).
- Bekru, Kemâluddin Cum'a, *Hükümü'l-intifâ' bi'l-a'dâi'l-beşeriyye ve'l-hayvâniyye*, Dârü'l-Hayr, Dimaşk 2001.
- Berki, Ali Himmet (1882-1976), *Hukuk Mantığı ve Tefsir: Kanun ve Mukavelelerin Tanzim ve Tefsirine Ait Kaide ve Asıllar*, Güney Matbaacılık ve Gazetecilik, Ankara 1948.
- Buhârî, Burhânüddin Mahmûd b. Ahmed b. Abdilaziz b. Ömer el-Mergînânî (616/1219), *el-Muhîtü'l-Burhâni fi'l-fıkhi'n-Nu'mânî* (thk. ve tlk. Ahmed İzzu İnâye ed-Dimaşki), Dârü İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut 2003, I-XI.
- Buhûtî, Mansûr b. Yunus b. Salâhuddîn (1051/1641), *Keşşâfu'l-kınâ' an metni'l-İknâ'*, thk. İbrâhim Ahmed Abdülhamid, Dârü Âlemi'l-Kütüb, Riyad 2003, I-X.
- Bûtî, Muhammed Saîd Ramazan, *Kadâyâ fikhiyye muâsıra*, Mektebetü'l-Fârâbî, Dimaşk 1994.
- Câdulhak, Câdulhak Ali, *Buhûs ve fetâva İslâmiyye fi kadâyâ muâsıra*, Dârü'l-Hadis, Kahire 2004, I-III.

- Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Alî er-Râzî (370/981), *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Matbaatü'l-Evkâfi'l-İslâmiyye, 1335.
- Cuschieri, Alfred v.dğr., *Clinical Surgery*, Blackwell Science, Oxford 2003.
- Çalış, Halit, *İslam'da Kolaylaştırma İlkesi: Azimet Ruhsat İlişkisi*, Yediveren Kitap, Konya 2004.
- Çalış, “İhtiyaç Kavramı ve Hükme Etkisi”, *Hükümlere Etkisi Bağlamında İhtiyaç ve Zaruret (İslam Hukuku Anabilim Dalları IX. Koordinasyon Toplantısı)*, ed. Osman Şahin, Samsun 2012: 31-57.
- Debûsî, Ebû Zeyd Ubeydullah b. Ömer b. İsâ (430/1039), *Takvîmü'l-edille fî usûli'l-fikh* (thk. Halil el-Meys), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2001.
- Demmy, Tod L.-Magovern, George A., “History of Transplantation and Future Trends”, *New Harvest: Transplanting Body Parts and Reaping The Benefits* (ed. C. Don Keyes), New Jersey 1991: 79-89.
- Derdîr, Ebu'l-Berekât Ahmed b. Muhammed b. Ahmed Adevî, *eş-Şerhu'l-kebîr alâ Muhtasari Halîl* (göz. geç. Kemaleddin Abdurrahman Kâri), el-Mektebetü'l-Asriyye, Beyrut 2006, I-II.
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1986, I-III.
- Dunning, John-Calne, Sir Roy, “Historical Perspectives”, *Organ Transplantation: A Clinical Guide*, ed. Andrew A. Clein v.dğr., Cambridge University, Cambridge 2011: 1-8.
- Ebû Zehra, Muhammed b. Ahmed b. Mustafa Muhammed, *Usûlu'l-fikh*, Tebliğ Yayınları, İstanbul [t.y.].
- Ebû Zeyd, Bekr b. Abdullah, *Fikhu'n-nevâzil: Kadâya fikhîyye muâsıra*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1996, I-II.
- Erdebilî, Cemaluddin Yusuf b. İbrâhim (779/1377), *el-Envâr li-a'mâli'l-ibrâr*, el-Matbaatü'l-Meymeniyye, Kahire 1908, I-II.
- Erer, Sezer-Atıcı, Elif, “Türkiye’de Organ ve Doku Nakli Merkezleri”, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları: I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, ed. Ayşegül Demirhan Erdemir v.dğr., Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2007: 971-4.

- Eşkar, Ömer Süleyman v.dğr., *Dirâsâtun fıkhiyye fî kadâyâ tibbiyye muâsıra*, Dârü'n-Nefâis, Amman 2001, I-II.
- Faith Perspectives on Organ and Tissue Donation and Transplantation*, The Canadian Council for Donation and Transplantation, Canada 2006.
- Fetâva'l-Alemgîriyye: el-Fetâva'l-Hindiyye* (haz. Burhanpurlu Şeyh Nizam), Matbaatü'l-Kübra'l-Emîriyye, Bulak 1310, I-VI.
- Feyzullah Efendi, Seyyid (ö.1115/1703), *Fetâvâ-yı Feyziyye maa'n-nukûl*, Dârü't-Tibâati'l-Âmire, İstanbul 1266.
- Gazâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed (505/1111), *el-Mustesfâ min ilmi'l-usûl*, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut 1324, I-II.
- Gir, Onur, “Türk Ceza Yasası'nın (2004) Organ Aktarımı ile İlgili Maddelerinin Tıp Etiği Açısında Değerlendirilmesi” (yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2006).
- Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin, “İslam Hukukunda Şahsiyet Hakları” (doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1991).
- Gündüz, Şinasi, “İslam Dışı Dini Geleneklerde Organ Nakli”, *Tıp, Etik, Din, Sosyoloji ve Hukuk Bağlamında Organ Nakli: Sorunlar ve Çözüm Önerileri (09 Mayıs 2014)*, Hayat Vakfı Malatya Şubesi, Malatya 2014: 10-24.
- Hacak, Hasan, “İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi” (doktora tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2000).
- Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Seçkin Yayınevi, İstanbul 2016.
- Hamel, Ronald P. (updt. Kevin O'Rourke), “The Roman Catholic Tradition: Religious Beliefs and Healthcare Decisions”, *Park Ridge Center for the Study of Health, Faith and Ethics*, Illinois 2002.
- Hanoğlu, Lütfi, “Nörolojik Açıdan Hayatın Sonu: Ölüm”, *Hayatın Başlangıcı ve Sonu: Tıbbî, Dinî ve Etik Sorunlar*, ed. Hakan Ertin-Merve Özdemir, İSAR Yayınları-Ensar Neşriyat, İstanbul 2013: 105-26.
- ed. Healey, Justin, *Organ and Tissue Donation*, The Spinney, Australia 2011.
- İbn Abdüsselâm, Ebû Muhammed İzzuddin Abdülazîz b. Abdüsselâm b. Ebü'l-Kâsım es-Sülemî (660/1262), *Kavâidü'l-ahkâm fî mesâlihi'l-enâm*, Dârü'l-Ma'rife, Beyrut [t.y.], I-II (1 c.'de 2 c).

- İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülazîz ed-Dımaşkî (1252/1836), *Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr: şerh-i Tenvîri'l-epsâr: Hâşiyetu İbn Âbidîn* (thk. ve tlk. Âdil Ahmed Abdülmevcûd, Ali Muhammed Muavviz), Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 2003, I-XII (*Hâşiyetu kurretü uyûni'l-ahyâr tekmileti Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr ile birlikte*).
- İbn Âbidîn, *Mecmûatu Resâil-i İbn Âbidîn*, [y.y] [t.y.], I-II.
- İbn Hazm, Ebû Muhammed b. Ali b. Ahmed b. Saîd (456/1064), *el-Muhallâ, İdâretü't-Tıbâati'l-Münîriyye*, Kahire 1347-1352, I-XI
- İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme el-Cemmâilî el-Makdisî (620/1223), *el-Muğni* (thk. Abdullah b. Abdülmuhsin et-Türkî, Abdülfettah Muhammed el-Hulv), Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad 1999, I-XV.
- İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrâhim b. Muhammed el-Mısırî el-Hanefî (970/1563), *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik* (thr. Zekeriyâ Umeyrât), Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1997, I-VII.
- İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir* (thk. Muhammed Muti' el-Hâfız), Dârü'l-Fikr, Dımaşk 1983.
- İbnü'l-Hümâm, Kemâleudin Muhammed b. Abdülvâhid b. Abdülhamid (861/1457), *Şerhu Fethü'l-kadîr*, el-Matbaatü'l-Kübra'l-Emîriyye, Bulak 1315-1318, I-VIII.
- İlkılıç, İlhan, “Beyin Ölümü İnsanın Ölümü müdür?”, *Hayatın Başlangıcı ve Sonu: Tıbbî, Dinî ve Etik Sorunlar*, ed. Hakan Ertin-Merve Özdemir, İSAR Yayınları-Ensar Neşriyat, İstanbul 2013: 127-43.
- İskilibî, Veli b. Yusuf (der. ö.998/1590), *Mecmau'l-fetâvâ*, Süleymaniye Ktp., İsmihan Sultan, nr. 226, [y.y.] [t.y.], vr. 283.
- Kadioğlu, Funda v.dğr., “Yüz Aktarımında Etik Sorunlar”, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları: I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, ed. Ayşegül Demirhan Erdemir v.dğr., Nobel Tıp Kitapevleri, İstanbul 2007: 821-32.
- Kalabalık, Halil, *İnsan Hakları Hukuku*, Değişim Yayınları, İstanbul 2004.

- Karadâgî, Ali Muhyiddin-Muhammedî, Ali Yusuf, *Fikhü'l-kadâya't-tibbiyyeti'l-muâsıra: dirâse fikhîyye tibbiyye mukârana*, Dârü'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrut 2005.
- Karadâgî, Ârif Ali Ârif, *Kadâyâ fikhîyye fî nakli'l-a'dâi'l-beşeriyye*, el-Câmiatu'l-İslâmiyye [HUM], Kuala Lumpur; Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 2012.
- Karadâvî, Yûsûf, *Min Hedyi'l-İslâm Fetâvâ muâsıra*, Dârü'l-Vefâ, Mansura 1993, I-III.
- Karâfî, Ebü'l-Abbas Şihâbuddin Ahmed b. İdris b. Abdürrahîm (684/1285), *el-Furûk: Envarü'l-burûk fî envâ'i'l-furûk*, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut [t.y.], I-IV (1 c.'te 2 c.).
- Kâsânî, Ebû Bekr Alaeddin Ebû Bekr b. Mes'ud b. Ahmed el-Hanefî (587/1191), *Bedâiü's-sanâi' fî tertîbi's-şerâi'*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1982-6, I-VII.
- Keskinbora, H. Kadircan, "Kornea Transplantasyonunda (Keratoplasti) Tıbbi ve Etik Sorunlar", *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları: I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, ed. Ayşegül Demirhan Erdemir v.dğr., Nobel Tıp Kitapevleri, İstanbul 2007: 793-801.
- Kırımlıoğlu, Nurdan-Gündüz, Eren, "Kemik İliği Transplantasyonunun Psikososyal Etkileri: Örnek Bir Çalışma", *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları: I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, ed. Ayşegül Demirhan Erdemir v.dğr., Nobel Tıp Kitapevleri, İstanbul 2007: 741-56.
- Kittredge, Mary, *Organ Transplants*, Chelsea House, New York/Philadelphia 1989.
- Kocatürk, Utkan, *Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü*, Atatürk Üniversitesi Basımevi, Erzurum 1981.
- Kompozit Doku Nakilleri Raporu*, Türk Tabipleri Birliği, 2012.
- Kootstra, Gauke, "History of Non-heart Beating Donation", *Organ Donation and Transplantation After Cardiac Death*, ed. David Talbot-Anthony M.D' Alessandro, Oxford University, Oxford 2009: 1-6.
- Lahdar, Maâşu, "en-Nizâmu'l-kânûnî li-nakli ve zer'i'l-â'dâi'l-beşeriyye: dirâse mukârana" (doktora tezi, Ebu Bekr Belkâyıd Üniversitesi, 2014).
- Legislative Responses to Organ Transplantation*, Martinus Nijhoff Publishers, Hollanda 1994.

- Mahlâfî, İftikâr Mehyûb Debvân, *Hudûdü't-tasarruf fi'l-a'dâi'l-beşeriyye fi'l-fikhi'l-İslâmî ve'l-kânûni'l-medenî: dirâse mukârane muâsıra* (matbu doktora tezi), Darü'n-Nehdati'l-Arabiyye, Kahire 2006.
- Marcovitz, Hal, *Organ and Body Donation*, ABDO, Minnesota 2011.
- Mâverdî, Ebü'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Habîb el-Basrî (450/1058), *el-Hâvi'l-kebîr Şerhu Muhtasari'l-Müzenî* (thk. Ali Muhammed Muavviz, Adil Ahmed Abdülmevcud), Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1994, I-XVIII.
- Mecmau'l-Fikhi'l-İslâmî ed-Düvelî, *Karârâtu ve Tavsiyyâtu Mecmai'l-Fikhi'l-İslâmî ed-Düvelî*, (haz. Ahmed Abdulalîm Ebu Uleyv), Birleşik Arap Emirlikleri 2011.
- Mergînânî, Ebü'l-Hasan Burhânuddîn Ali b. Ebî Bekr (593/1197), *el-Hidâye şerhu Bidâyetü'l-mübtedî*, Kahraman Yayınları, İstanbul 1986, I-IV (1 c.'te 2 cilt).
- Metin, Sevtap, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Meydânî, Abdulğani el-Ğanîmî ed-Dimeşkî (1298/1881), *el-Lübâb fî şerhi'l-Kitâb*, el-Mektebetü'l-İlmiyye, Beyrut [t.y.], I-IV (1 c.'te 2 cilt).
- Mûsa, Abdullah İbrahim, *el-Mes'ûliyyetü'l-cesediyye fî'l-İslâm*, Dâru İbn Hazm, Beyrut 1995.
- Myrzaibraimov, Samagan, “İslam Hukukunda Kişilik Hakkının Temellendirilmesi (Hanefî ve Şâfiî Mezhepleri Bağlamında)” (doktora tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008).
- Nesefî, Ebu'l-Berekât Hâfizuddin Abdullah b. Ahmed b. Mahmûd (710/1310), *Keşfü'l-esrâr Şerhü'l-Musannif ale'l-Menâr*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1986, I-II.
- Nevevî, Ebü Zekeriyâ Muhyiddin Yahyâ b. Şeref (676/1277), *el-Mecmû' şerhü'l-Mühezzeb*, Dârü'l-Fikr, Beyrut [t.y.], I-IX.
- Nevevî, *Minhâcu't-Tâlibîn*, Dârü'l-Fikr, [y.y.] [t.y.], I-IV (*Muğni'l-muhtâc* içinde).
- Oğuz, Yasemin N. v.dğr., *Biyoetik Terimleri Sözlüğü*, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara 2005.
- Oğuzman, M.Kemal-Barlas, Nami, *Medenî Hukuk: Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015.
- Okuyaz, Selda v.dğr., “Böbrek Nakli ve Etik”, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları: I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri*

- Kitabı*, ed. Ayşegül Demirhan Erdemir v.dğr., Nobel Tıp Kitapevleri, İstanbul 2007: 627-32.
- On the Ethics of Organ Transplantation: A Catholic Perspective (The report of a working party)*, The Anscombe Bioethics Centre, Oxford 2014.
- Önder, Muhammed, *İslam Fıkında Organ Naklinin Hükmü*, Gonca Yayınevi, İstanbul [t.y.].
- Özbilen, Arif Barış, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- Özsunay, Ergun, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1974.
- Pezdevî, Ebü'l-Hasen Ebü'l-Usr Fahrü'l-İslâm Alî b. Muhammed b. el-Hüseyn b. Abdilkerîm (482/1089), *Keşfü'l-esrâr alâ Usûli'l-Pezdevî* içinde (göz.geç. Hasan Hilmi Rizevî), Mekteb-i Sanayi Matbaası, İstanbul 1890/1307.
- Râbitatu'l-Âlemi'l-İslâmî, *Karârâtu Mecmai'l-Fıkhiyyi'l-İslâmî li-Râbitati'l-Âlemi'l-İslâmî*, 1412.
- Randle, Henry W., “The History of Organ Transplantation”, *Skin Disease in Organ Transplantation*, ed. Clarck C. Otley v.dğr., Cambridge University, Cambridge 2008: 9-12.
- Remlî, Şemsuddin Muhammed b. Ahmed b. Hamza el-Ensârî (1004/1596), *Nihâyetü'l-muhtâc ilâ şerhi'l-minhâc*, Dârü'l-Fikr, Beyrut 1984, I-VIII.
- Rispler-Chaim, Vardit, *Islamic Medical Ethics in the Twentieth Century*, Brill, Leiden 1993.
- Sabri, Masoud, “İslam Fıkında Beyin Ölümü” (çev. Tuncay Sandıkçı), *Hayatın Başlangıcı ve Sonu: Tıbbî, Dinî ve Etik Sorunlar*, ed. Hakan Ertin-Merve Özdemir, İSAR Yayınları-Ensar Neşriyat, İstanbul 2013: 157-86.
- Sağîr, Abdülaziz b. Muhammed, *Naklu ve zirâatü'l-a'dâi'l-beşeriyye fi dav'i ş-şerîati'l-İslâmiyye ve'l-kanuni'l-vaz'i*, el-Merkezü'l-Kavmî li'l-İsdârâti'l-Kânûniyye, Kahire 2015.
- Sarı, Nil-Gürkan, Mahmut, “Organ Bağışına Dair Çekinceler Bağlamında İslam Düşüncesinde Ölüm ve Günümüz Sağlık Hizmetlerinde Güven Sorunu”, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları: I. Uluslararası*

- Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, ed. Ayşegül Demirhan Erdemir v.dğr., Nobel Tıp Kitapevleri, İstanbul 2007: 55-72.
- Semerkindî, Ebû Bekr Alâuddin Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed (539/1144), *Tuhfetü'l-fukahâ*, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1984, I-III.
- Senbehlî, Muhammed Burhânuddîn, *Kadâyâ fikhîyye muâsıra* (matbu doktora tezi), Dârü'l-Kalem, Dimaşk 1988.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl (483/1090), *el-Mebsût*, Dârü'l-Ma'rife, Beyrut [t.y.], I-XXX.
- Serahsî, *Usûl* (thk. Ebü'l-Vefâ el-Efgânî), Dârü'l-Kitâbi'l-Arabî, Kahire 1954.
- Sert, Selin-Cihan, Ali Hulki, *Türk Medeni Hukukunda Organ ve Doku Nakline İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar Üzerine Bir Deneme*, Beta Yayınları, İstanbul 2013.
- Stuart, Frank P., "Overview of Living and Deceased Organ Donors, Immunosuppression and Outcomes", *Organ Transplantation*, ed. Frank P. Stuart v.dğr., Landes Bioscience, Texas 2003: 44-65.
- Suyûtî, Ebü'l-Fazl Celâluddin Abdurrahman b. Ebî Bekr (911/1505), *el-Eşbâh ve'n-nezâir fî kavâidi ve fîrû'i fikhî's-Şâfi'iyye*, Mustafa el-Bâbî el-Halebî, Kahire 1959.
- Sükkerî, Abdüsselâm Abdurrahîm, *Naklu ve zirâ'atü'l-a'dâi'l-âdemiyye min manzûrin İslamîyyin*, Dârü'l-Menâr, [y.y.] 1988.
- Süveylim, Muhammed Muhammed Ahmed, *Ahkâmu zirâati'l-kebed fî'l-kânûni'l-medenî ve'l-fikhî'l-İslâmî: dirâse mukârana*, Münşetü'l-Maârif, İskenderiye 2009.
- Şahin, Nurten Zeliha, "İslam Hukuku ve Biyoetik (Sorumluluk ve Özerklik Ekseninde Biyoetik Tartışmalar)" (doktora tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013).
- Şâtıbî, Ebû İshak İbrâhim b. Musa b. Muhammed el-Gırnatî (790/1388), *el-Muvâfakât fî usûli's-şerîa* (şrh. Abdullah Dirâz), el-Mektebetü't-Ticâriyyetü'l-Kübrâ, Mısır [t.y.], I-IV.
- Şaylıgil Elçioğlu, Ömür, "Organ Aktarımı ve Etik", *Çağdaş Tıp Etiği*, ed. Ayşegül Demirhan Erdemir v.dğr., Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2003: 309-27.
- Şehsuvaroğlu, Bedi N., *Tıbbi Deontoloji Dersleri*, Diyarbakır Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1975.

- Şinkîti, Muhammed el-Emîn b. Muhammed el-Muhtâr el-Cekenî, *Ahkâmu'l-cerâhati't-tbbiyye ve'l-âsâru'l-müterettibe aleyhâ* (matbu doktora tezi), Mektebetü's-Sahâbe, Cidde 1994.
- Şîrâzî, Ebû İshak Cemaleddin İbrâhim b. Ali b. Yusuf (476/1083), *el-Mühezzeb fî fikhi'l-İmâm eş-Şâfî* (thk. Muhammed ez-Zuhayli), Dârü'l-Kalem, Dımaşk 1996, I-VI.
- Şîrbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Ahmed el-Hatîb el-Kâhirî (977/1570), *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meâni elfâzi'l-Minhâc*, Dârü'l-Fikr, [y.y.] [t.y.], I-IV.
- Reşîd, Ahmed b. Abdurrahman b. Nâsır, *el-Hâce ve eseruhâ fî'l-ahkâm: dirâse nazariyye tatbikiyye*, Dâru Künûzi İşbiliyâ, Riyad 2008, I-II.
- Rıdvân, Abdülhasîb Abdüsselâm Yusuf, *el-Kavlu'l-vadâ fî hükmi nakli'd-dem ve'l-a'dâ*, Demenhur 1997.
- Tarîkî, Abdullah b. Muhammed b. Ahmed, *Naklu'l-a'dâ mine'l-mahkûm aleyh bi'l-katl*, [m.y], Riyad 2008.
- Taşkın, Ahmet, *Organ ve Doku Nakillerinde Hekimin Cezai Sorumluluğu*, Adil Yayınevi, Ankara 1997.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- Tubbs, Jr-James, B., *A Handbook of Bioethics Terms*, Georgetown University, Washington D.C. 2009.
- Ûdeh, Abdülkâdir (1373/1954), *et-Teşrîü'l-cinâiyyü'l-İslâmî: mukârenen bi'l-kânûni'l-vaz'î*, Dârü't-Tûras, Kahire 1977, I-II.
- Umer, Nedâ Abdulvedûd Muhammed, “et-Tasarrufâtu'l-vâride alâ ameliiyeti nakli'l-a'dâi'l-beşeriyye ve zirâatiha” (yüksek lisans tezi, Câmîiatu Aden Kulliyetu'l-Hukûk, 2007).
- Umerî, İsmail, *el-Hak ve nazariyyetü't-teassüf fî isti'mali'l-hak fi's-şerîa*, Matbaatü'z-Zehrâi'l-Hadîse, Musul 1984.
- Ünsal, Ahmet, *İslam Hukukunda Fayda İlkesi*, Nüans Yayınevi, İstanbul 2006.
- Üskübî, Pîr Mehmed (ö.1020/1611), *Fetâvâ-yı Üskübî*, Süleymaniye Ktp., Âşîr Efendi, nr. 133, 1167, vr. 1a-356b.

- Vatanoğlu, Emine Elif, “Türkiye’de Yasal ve Etik Boyutuyla Organ Nakli Hakkında Anket Araştırması ve Sonuçları” (doktora tezi, İstanbul Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, 2007).
- Veatch, Robert M., *Transplantation Ethics*, Georgetown University Presss, Washington D.C. 2000.
- Yahyâvî, Abdülğani, *el-Muvâzene beyne’l-mesâlih ve’l-mefâsid fi’t-tedâvî bi-nakli’l-a’dâi’l-beşeriyye*, Müessesetü’l-Furkân li’t-Türâsi’l-İslâmî, Londra 2016.
- Ya’kûbî, İbrâhim, *Şifâü’t-tebârîh ve’l-edvâ fi hükmi’t-teşrîh ve nakli’l-a’dâ, Mektebetü’l-Gazâlî*, Dımaşk 1986.
- Yaran, Rahmi, *İslam Fıkhiında İhtiyaç Kavramı ve Kurumsallaşması*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı (İFAV), İstanbul 2007.
- Yasin, Muhammed Naîm, *Ebhâsun fıkhiyye fi kadâyâ tıbbiyye muâsıra*, Dârü’n-Nefâis, Amman 1999.
- Yazıcı, Mehmet, “Ölüm ile İlgili İki Modern Problem: Beyin Ölümü ve Ötanazi” (uzmanlık tezi, Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığı, 2015).
- Yıldırım, Nuran, “Türkiye’de İlk Böbrek Nakilleri ve Organ Nakillerinde Etik Duyarlılığın Başlaması”, *Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları: I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı*, ed. Ayşegül Demirhan Erdemir v.dğr., Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul 2007: 711-28.
- Yıldız, Kemal, *İslam Sorumluluk Hukuku: Akit Dışı Sorumluluk*, Hacegan Akademi Kitaplığı, İstanbul 2005.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Fikhü’l-İslâmî fi sebihi’l-cedid: el-medhalü’l-fıkhiyyü’l-âm*, Dârü’l-Fikr, Dımaşk 1967-8, I-III.
- Zerkeşî, Ebû Abdullah Bedruddin Muhammed b. Bahâdır (794/1392), *el-Mensûr fi’l-kavâ’id* (thk. Teysîr Fâik Ahmed Mahmûd; göz. geç. Abdüsettar Ebû Gudde), Vizâratü’l-Evkâf ve’s-Şuûni’l-İslâmiyye, Kuveyt 1982, I-III.
- Zevkliler, Aydın, *Medeni Hukuk-Giriş ve Başlangıç Hükümleri: Kişiler Hukuku-Aile Hukuku*, Savaş Yayınları, Ankara 1992.
- Zeydân, Abdülkerim, *el-Medhal li-dirâseti’s-şerîati’l-İslâmiyye*, Mektebetü’l-Kuds, Bağdat 1982.

- Zeydân, *Hâletü 'z-zarûra fi 'ş-şerîati 'l-İslâmiyye*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1988.
- Zeylaî, Fahrudin Usman b. Ali b. Mihcen (743/1342), *Tebyînü 'l-hakâik fî şerhi Kenzi 'd-dekâik*, el-Matbaatü'l-Kübra'l-Emîriyye, Bulak 1313-1315, I-VI.
- Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhü 'l-İslâmî ve edilletuhu*, Dârü'l-Fıkr, Dımaşk 1997, I-XI.
- Zuhaylî, *Nazariyyetü 'z-zarûreti 'ş-şer'iyye mukârenen maa 'l-kânûni 'l-vaz'î*, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut 1982.

Sürelî Yayınlar

- Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death, "A Definition of Irreversible Coma: Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death", *JAMA*, 205/6 (1968): 337-40.
- Albar, Mohammed Ali, "Islamic Ethics of Organ Transplantation and Brain Death", *Saudi Journal of Kidney Diseases and Transplantation*, 7/2 (1996): 109-14.
- Alolabi, Noor v.dğr., "Hand Transplantation: Current Challenges and Future Prospects", *Transplant Research and Risk Management*, 9 (2017): 23-9.
- Altaca, G., "Akraba Olmayan Canlı Vericili Böbrek Nakli", *Diyaliz, Transplantasyon ve Yanık*, 15/1 (2004): 16-22.
- Blaicher, W. v.dğr., "Organ Transplantation in Austria", *Ann Transplant*, 1/3 (1996): 41-4.
- Boobes, Y.-Al Daker, N.M., "Should We Have Live Unrelated Donor Transplantation in the MESOT Countries? Islamic Perspective", *Transplantation Proceedings*, 35 (2003): 2539-41.
- Childress, James F., "The Failure to Give: Reducing Barriers to Organ Donation", *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 11/1 (2001): 1-16.
- Druml, Wilfred-Druml, Christiane, "Emerich Ullmann (1861-1937): Not Only A Pioneer of Kidney Transplantation", *J Nephrol*, 17 (2004): 461-6.
- Edwards, James A.-Mathes, David W., "Facial Transplantation: A Review of Ethics, Progress, and Future Targets", *Transplant Research and Risk Management*, 3 (2011): 113-25.
- Ertin, Hakan, "Organ Bağışı ve Transplantasyon Tıbbı: Etik Çerçeve ve Çözüm Tartışmaları", *İş Ahlakı Dergisi*, 7/2 (2014): 91-120.

- Feld, Jordan v.dğr., “Barriers to Organ Donation in the Jewish Community”, *Journal of Transplant Coordination*, 8/1 (1998): 19-24.
- Genç, Ruhet, “Türkiye’de ve Dünyada Organ Transplantasyon Cerrahisi: Transplantasyon Lojistiğinin Yönetimi”, *Ulusal Cerrahi Dergisi*, 25/1 (2009): 40-4.
- Ghahramani, N., “Living Organ Donation: An Ethical Evolution or Evolution of Ethics?”, *International Journal of Organ Transplantation Medicine*, 1/2 (2010): 57-62.
- Ghotbi, Nader, “The Ethics of Organ Transplantation in the Islamic Republic of Iran”, *Eubios Journal of Asian and International Bioethics*, 23 (2013): 190-3.
- Glannon, Walter-Ross, Lainie Friedman, “Do Genetic Relationships Create Moral Obligations in Organ Transplantation?”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 11 (2002): 153-9.
- Gökçen, Ahmet, “Organ ve Doku Nakli Üzerine Düşünceler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Milenyum Armağanı*, 8/1-2 (2000): 63-85.
- Haberal, Mehmet, “Development of Transplantation in Turkey”, *Transplantation Proceedings*, 33/7-8 (2001): 3027-9.
- Hacak, Hasan, “Mal”, *TDV İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, XXVII, 461-5.
- Hacak, “Mülkiyet”, *TDV İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, XXXI, 543-8.
- Hamdy, Sherine, “The Organ Transplant Debate in Egypt: a Social Anthropological Analysis”, *Actualités du Droit Musulman: Genre, Filiation et Bioéthique*, 59 (2010): 357-65.
- Israeli, Rabbi Saul, “Organ Transplants: Responsa”, *Jewish Medical Ethics*, 3/1 (1997): 14-7.
- Jansen, Lynn A., “Child Organ Donation, Family Autonomy, and Intimate Attachments”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 13 (2004): 133-42.
- Kamal, M. Mostafa, “Ethical Issues of Organ Transplantation in Islam”, *The Journal of Teachers Association*, 21/1 (2008): 97-103.
- Kimura, Rihito, “Anencephalic Organ Donation: A Japanese Case”, *The Journal of Medicine and Philosophy*, 14 (1989): 97-102.
- Larijani, B. v.dğr., “Ethical and Legal Aspects of Organ Transplantation in Iran”, *Transplantation Proceeding*, 36 (2004): 1241-4.

- Leblebicioğlu, Gürsel v.dğr., “El Transplantasyonu”, *Hacettepe Tıp Dergisi*, 37 (2006): 230-40.
- Mackler, Aaron L., “Respecting Bodies and Saving Lives: Jewish Perspectives on Organ Donation and Transplantation”, *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 10 (2001): 420-9.
- Matesanz, Rafael v.dğr., “Spanish Experience as a Leading Country: What Kind of Measures were Taken?”, *Transplant International*, 24 (2011): 333-43.
- Miranda, B. v.dğr., “Organ Donation in Spain”, *Nephrology Dialysis Transplantation*, 14 (1999): 15-21.
- Moray, G. v.dğr., “The History of Liver Transplantation in Turkey”, *Experimental and Clinical Transplantation*, 1 (2014): 20-3.
- Mo’zemî, Şehlâ v.dğr., “Berresî-yu tehlîl-i kevânînu mukerrerrât-ı murtebit bâ peyvend-i a’zâ der İran”, *Mecelle-i İrânî Ehlâku Târîh-i Pezeşkî*, 6/4 (2013): 1-16.
- Nicholson, Michael L.-Bradley, J.Andrew, “Renal Transplantation from Living Donors”, *BMJ*, 318 (1999): 409-10.
- Oliver, Michael v.dğr., “Organ Donation, Transplantation and Religion”, *Nephrol Dial Transplant*, 2010: 1-8.
- Orhun, Haldun, “Üst Ekstremité Transplantasyonu: Sorunları ve Geleceği”, *TOTBİD (Türk Ortopedi ve Travmatoloji Birliği Derneği) Dergisi*, 2/1-2 (2003): 63-70.
- Öncel, Mehmet Yekta v.dğr., “Anansefalik Yenidoğanların Organ Naklindeki Yeri: Bir Olgu Nedeniyle”, *Türk Pediatri Arşivi*, 48 (2013): 165-8.
- Öztürk, Ruşen-Sevil, Ümran, “Uterus Transplantasyonu ve Etik”, *Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, 2/4 (2013): 535-46.
- Roels, B.-Vanrenterghem, Y., “Legislative Aspects of Organ and Tissue Donation in Belgium”, *Ann Transplant*, 1/4 (1996): 39-43.
- Shewmon, D. Alan, “Chronic ‘Brain Death’: Meta-analysis and Conceptual Consequences”, *Neurology*, 51 (1998): 1538-45.
- Ubeyd, Emced Murâkıb Dâvud, “el-Akvâlu’l-fikhiyye fî nakli ve zer’i’l-â’dâi’l-beşeriyye”, *Mecelletü Külliyyeti’l-Ulûmi’l-İslâmiyye*, 2009: 343-96.
- Ünal, Süheyla v.dğr., “Sağlık Personelinin Beyin Ölümü ve Organ Bağışıyla İlgili İnanç ve Tutumları”, *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 20/1 (2010): 389-400.

Vercler, Christian J., “Ethical Issues in Face Transplantation”, *American Medical Association Journal of Ethics*, 12/5 (2010): 378-82.

Verheijde, Joseph L.-Potts, Michael, “Commentary on the Concept of Brain Death within the Catholic Bioethical Framework”, *Christian Bioethics*, 16/3 (2010): 246-56.

Wiggins, Osborne P. v.dğr., “On the Ethics of Facial Transplantation Research”, *The American Journal of Bioethics*, 4/3 (2004): 1-12.

Yağdı, Tahir v.dğr., “Türkiye’de Kalp Transplantasyonunun Güncel Durumu”, *Türk Kardiyoloji Derneği Arşivi*, 42/8 (2014): 771-8.

Yaran, Rahmi, “İhtiyaç”, *TDV İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, XXI, 573-4.

Diğer Yayınlar

<http://www.members.tripod.com/ppim/resolusi.htm> [Erişim tarihi: 12 Şubat 2014]

<http://www.onislam.net/english/ask-the-scholar/health-and-science/medicine/174946>
[Erişim tarihi: 20 Mart 2014]

<http://islamset.net/bioethics/vision/index.html> [Erişim tarihi: 22 Nisan 2014]

<http://www.fiqhacademy.org.sa/qrarat/4-1.htm> [Erişim tarihi: 4 Mayıs 2014]

www.tdk.gov.tr [Erişim tarihi: 5 Ağustos 2015]

<https://www.kidney.org/transplantation/transaction/Milestones-Organ-Transplantation>
[Erişim tarihi: 5 Ağustos 2015]

https://en.wikipedia.org/wiki/Organ_transplantation#Split_transplants [Erişim tarihi: 5 Ağustos 2015]

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2238.pdf> [Erişim tarihi: 6 Ağustos 2015]

http://www.mehmethaberal.com.tr/basindan/Transplantation_in_Turkey.pdf [Erişim tarihi: 11 Ağustos 2015]

<http://www.tonkkd.org/tr/content.asp?PID=%7B9DC0F17F-435A-4B5B-BD61-FD88836618B2%7D> [Erişim tarihi: 15 Ağustos 2015]

<http://www.saglik.gov.tr/TR/belge/1-6882/ulusal-organ-ve-doku-nakli-koordinasyon-sistemi-yonerge-.html> [Erişim tarihi: 15 Ağustos 2015]

https://organ.saglik.gov.tr/web/Nakil_Merkezleri.aspx [Erişim tarihi: 15 Ağustos 2015]

<https://organ.saglik.gov.tr/web/> [Erişim tarihi: 23 Ağustos 2015]

http://www.vatican.va/archive/ccc_css/archive/catechism/p3s2c2a5.htm [Erişim tarihi: 2 Kasım 2015]

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2238.pdf> [Erişim tarihi: 6 Aralık 2015]

<https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html> [Erişim tarihi: 14 Aralık 2015]

<http://www.mfa.gov.eg/Arabic/Ministry/TraffickinginPersons/low/Pages/na2ela2282010.aspx> [Erişim tarihi: 15 Aralık 2015]

<http://organdonation-jo.org/LawORG.html> [Erişim tarihi: 20 Aralık 2015]

<http://www.moh.gov.jo/AR/Pages/HumanOrganDonationandUsageLaw.aspx> [Erişim tarihi: 20 Aralık 2015]

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> [Erişim tarihi: 20 Aralık 2015]

<http://www.swaidalawyer.org/modules.php?name=News&file=article&sid=154> [Erişim tarihi: 20 Aralık 2015]

http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=906:organ-ve-doku-nakl-hzmetler-yoenetmel&catid=2:yamelik&Itemid=49 [Erişim tarihi: 24 Aralık 2015]

<http://old.noroloji.org.tr/UserFiles/file/beyin/TND-KILAVUZ-rev5.pdf> [Erişim tarihi: 25 Aralık 2015]

<http://rc.majlis.ir/fa/law/show/93297> [Erişim tarihi: 28 Aralık 2015]

<http://rc.majlis.ir/fa/law/show/121984> [Erişim tarihi: 28 Aralık 2015]

https://organ.saglik.gov.tr/web/Nakil_Merkezleri.aspx [Erişim tarihi: 4 Ocak 2016]

https://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=about_brief [Erişim tarihi: 10 Mart 2016]

https://www.eurotransplant.org/cms/index.php?page=et_region [Erişim tarihi: 10 Mart 2016]

<https://www.unos.org/about/> [Erişim tarihi: 12 Mart 2016]

<https://www.government.nl/topics/organ-tissue-donation/contents/rules-organ-tissue-donation> [Erişim tarihi: 14 Mart 2016]

<https://www.eurotransplant.org/cms/mediaobject.php?file=legislation.pdf> [Erişim tarihi: 14 Mart 2016]

<http://www.drze.de/in-focus/organ-transplantation/legal-aspects> [Erişim tarihi: 19 Mart 2016]

<http://www.onlinegcp.es/Lessons/GCP/Doc/Human%20Tissue%20Act%202004%20-%20Summary.pdf> [Erişim tarihi: 19 Mart 2016]

http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1961/54/pdfs/ukpga_19610054_en.pdf [Erişim tarihi: 19 Mart 2016]

http://www.belgium.be/en/health/organ_donations [Erişim tarihi: 21 Mart 2016]

http://www.drze.de/in-focus/organ-transplantation/modules/rechtliche-regelung-in-oesterreich?set_language=en [Erişim tarihi: 22 Mart 2016]

<http://www.organdonor.gov/legislation/legislationhistory.html> [Erişim tarihi: 22 Mart 2016]

<https://history.nih.gov/research/downloads/PL98-507.pdf> [Erişim tarihi: 22 Mart 2016]

http://aliftaa.jo/Decision.aspx?DecisionId=169#.WWoc_iN97Zs [Erişim tarihi: 10 Mayıs 2016]

<http://islamset.net/arabic/aioms/injazat1.html> [Erişim tarihi: 10 Ocak 2017]

<http://www2.diyenet.gov.tr/diniseriyuksekkurulu/Sayfalar/KisininYasamDestek.aspx> [Erişim tarihi: 15 Ocak 2017]

http://www.biyotetik.org.tr/wp-content/uploads/2015/08/TBD_OrganNakli_Raporuus.pdf [Erişim tarihi: 12 Temmuz 2017]

<https://organkds.saglik.gov.tr/KamuyaAcikRapor.aspx?q=YOBIS> [Erişim tarihi: 10 Ağustos 2017]

<http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=24649> [Erişim tarihi: 10 Ağustos 2017]

<https://organkds.saglik.gov.tr/KamuyaAcikRapor.aspx?q=ORGANBEKLEME> [Erişim tarihi: 30 Ağustos 2017]

ÖZGEÇMİŞ

2008 yılında Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nden mezun olan Merve Özdemir 2010 yılında aynı üniversitenin İslam Hukuku Anabilim Dalı'nda "Cessâs'ın Nesih Anlayışı" başlıklı teziyle yüksek lisans eğitimini tamamladı. 2009-2013 yılları arasında İSM (İlimler ve Sanatlar Merkezi) bünyesinde Valide Atik Medresesi'nde klasik İslamî ilimler okudu. 2013 Eylül-2014 Eylül tarihleri arasında Georgetown Üniversitesi'ne bağlı *The Kennedy Enstitute of Ethics*'te (Kennedy Etik Enstitüsü) misafir araştırmacı olarak bulundu ve biyoetik eğitimi aldı. Muhtelif zamanlarda Mısır, Suriye ve Ürdün'de eğitim amaçlı bulundu. 2016 yılında İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi Tıp Tarihi ve Etik Anabilim Dalı'nda "Osmanlı Fetva Mecmualarında Tıp" konulu yüksek lisans tezini tamamladı. Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nde başladığı doktora eğitimine Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nde devam eden Özdemir, halen bu fakültede araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır.