

ORDU ÜNİVERSİTESİ  
İLAHİYAT FAKÜLTESİ

Din, Gelenek ve Ahlak Bağlamında  
**MAHREMİYET ALGILARI**  
**SEMPOZYUMU**

27-29 MART 2015

**I**

Editörler

Yavuz Ünal  
Yusuf Bahri Gündoğdu  
Şevket Pekdemir  
Hasan Atsız

Samsun 2016

# MAHREMİYET ALANI OLARAK İNSAN BEDENİ

Nurten Zeliha ŞAHİN\*

## Özet

İnsanın yaşamı ve bedensel bütünlüğü hukukta dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez kişilik hakları içinde tanımlanmıştır. İnsanın özerklik alanının genişlemesi ise, en özel alanı bedeni üzerinde tam tasarruf hakkı talebini getirmiştir. Bu talep, hukukun dokunulamaz ve vazgeçilemez bir hak olarak kabul ettiği insan yaşamı ve bedensel bütünlüğünü, insanın sadece kendi tasarrufu dahilinde olan, kişinin kendisi dışında karar veremediği, mahrem alan tanımlamasına sokmasından kaynaklanmaktadır. Bu özel alan tanımı, kişinin kendi bedenine dair her türlü kararda kendi özgür iradesine dayanması anlamına gelmektedir. Bu da "benim bedenim bana aittir" ile ürememe hakkı bağlamında kürtaj, "ben kendimi nasıl tanımlarsam, aslında ben o'yum" ile eşcinsellik, "kendi bedenime dair son karar bana aittir" ile ötanazi taleplerinin hukuksallaştırılmasının yolunu açmaktadır. İslam hukuku insan bedenine öncelikle "mükerrerlik" şeklinde bir değer yüklemiştir. Bu vasıf, kişinin kendisi ile beraber toplumunda kişiye ait bu değeri koruma sorumluluğunu getirmiştir. İnsan bedeni insana ait mahrem bir alan olmakla beraber bu özel alan, korunması gereken üstün bir değere sahip olduğu için bunu korumak kul hakkı ile beraber Allah hakkı içinde tanımlanmıştır. İnsan bedeni üzerinde kul hakkının bulunması, kişinin kendi bedeninden faydalanmasını ve bedensel sağlığını korumada yapacağı davranışlarını meşrulaştırırken; Allah hakkının bulunması "benim kendi mahrem alanım" diyerek onun üzerinde istediği gibi tasarrufta bulunma hakkını elinden almaktadır. Bu tasarruf hakkı, kanun koyucunun gerçekleştirmeyi amaçladığı maksatlar çerçevesinde belirlenmektedir. Özellikle bu maksatlardan insan yaşamının, bedensel bütünlüğünün ve fitratin korunması ile neslin korunması, insanın bedeni ile ilgili tasarrufların meşru çizgisinin ve korunması gereken zaruret alanının belirlenmesinde önemli olduğu söylenilebilir..

**Anahtar Kelimeler:** Mahremiyet, Özerklik, Sorumluluk İnsan Onuru, Mükerrerlik.



## Human Body as Private Life

## Abstract

Human life and bodily integrity is defined inviolable, non-transferable and inalienable as individual rights in the law. The expansion of the field of human autonomy, brought the right to demand the full savings on the most private field of the body. This demand, the human life and physical integrity adopted as a right stems from defined as a private field inviolable and inalienable of the law which is just within their

\* Dr., İslam Hukuku Anabilim Dalı, nurtenzeliha@gmail.com

own savings of the people, who have decided itself. With this particular field definition, people means rely on their own free will that any decision about his own body. This, abortion in the context of the reproductive rights with "my body belongs to me"; homosexuality with "in fact it is me how I define myself"; paves the way to a lawful demand of euthanasia with "The final decision about my own body belongs to me". Islamic law is primarily imposed a value the human body as "al-mukarram". These qualities have made responsible for protecting the value of the person together with people in the community. The person's body as field of the private life have been identified in the right of God together with the right of slave because it has an outstanding value. Finding the right of slave on the human body legitimized person's behaviors utilized from own body and physical health protection; Finding the right of God, "I'm on my own private field," saying takes away the right to dispose as he wants on it. This right of disposition, determined by the purpose of the framework is intended to perform of the legislator. In particular, to protection of this human life, bodily integrity and human nature can be said to be important to determination of the necessity to be protected and the legitimate line of savings related to the human body.

**Keywords:** Privacy, Autonomy, Responsibility, Human Dignity, al-Mukarram.

Mahremiyet, kişiye ait özel alana işaret eder. Bu özel alan, kişinin, ailesi ve yakınları gibi istediği kimseler ile paylaştığı, tercihleri doğrultusunda istediği gibi yönlendirdiği, devlette dâhil üçüncü kişilerin müdahalesinden hukuken korunmuş bir yaşam alanıdır.<sup>1</sup> Bu alan içinde yapılan davranışlar, baskıdan, cezalandırılmadan, kınanmaktan, alay edilmekten bağımsızdır.<sup>2</sup> Bu tanımlamanın üç önemli ayağı bulunmaktadır. Birincisi, kişinin bu özel alan içinde yer alan seçimlerinin özellikle devletten ve kitle iletişim araçlarından korunmuşluğudur. Bu korunmuşluk, bu alan içinde kabul edilen kişisel seçimleri hukuken dokunulmaz kılmaktadır. Bu nedenle devletin bu alana karışmama şeklinde negatif bir sorumluluğu olduğu gibi bu alana karışanları önleme şeklinde pozitif bir sorumluluğu da bulunmaktadır.<sup>3</sup> İkincisi de, söz konusu alanda yer alan hakların, hukukta dokunulamaz ve vazgeçilemez olan kişilik hakları içinde tanımlanmasıdır.<sup>4</sup> Üçüncüsü; belirtilen alan kişiye ait özel bir alan olduğundan, bu alan içinde yer alan haklar bağ-

<sup>1</sup> Güçlü Akyürek, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, Seçkin yay., Ankara, 2011, s. 47; Betty Mensch, Alan Freeman, "Liberalism's Public Private Split", *TIKKUN*, volume: 3, no. 2, 24-30, s.25; Teoman Alpay Demirel, "Etik İlkelerden Hasta Mahremiyetine Saygı", *Şurup Ücretsiz Sağlık Aktüel Dergi*, Temmuz 2014, yıl.5, sayı: 18, s.4-6.

<sup>2</sup> Ruth Gaviso, "Privacy and the Limits of Law", *The Yale Law Journal*, volume: 89, Num. 3, January 1980, ss. 421-471, s.448.

<sup>3</sup> Devletler mahremiyet haklarını korumak için aktif adımları atmaları için pozitif sorumlulukları olduğu gibi mahremiyet haklarına karışmayı sakındırmak için negatif zorunlulukları da vardır. Avrupa insan hakları sözleşmesinde "herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna saygı gösterilmesi hakkına sahiptir." Ve devletinde etkin olarak bu hakları koruma sorumluluğu bulunmaktadır. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104712#{"itemid":\["001-104712"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-104712#{), (05/01/2015).

<sup>4</sup> Gürkan Sert, *Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı*, Babil Yay., İstanbul, 2008, s..44

lamında özgürce seçimlerde bulunma ve seçimlerini kişinin kendisinin kontrol etme hakkı yer almaktadır.<sup>5</sup> Bu bağlamda öteki kişilere ve hatta kişinin kendi eylem ve işlemlerine karşı kişiyi koruyan kişilik hakları, kişinin kendi tercihleri doğrultusundaki eylem ve işlemlerine açık hale gelmektedir.<sup>6</sup>

Uluslararası sözleşmelerde kişinin özel hayatının dokunulmazlığını koruyucu maddelere yer verilmiştir. İnsan hakları evrensel beyannamesinin 12. Maddesinde<sup>7</sup>, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 17. Maddesinde<sup>8</sup> hiç kimsenin özel yaşantısına, ailesine, konutuna ve haberleşmelerine kanunsuz olarak dokunulamayacağı hükmü yer almaktadır. Bu tanımlamada özel hayatın ayrı bir hak olarak tanımlandığı görülmektedir. Aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesinde özel hayat, aile hayatının korunması ile birlikte yer alsa da, İnsan Hakları Mahkemesinin bu maddeyi yorumlayışından yola çıkılarak, özel hayat ve aile hayatının farklı hak ve özgürlükleri içerdiği kabul edilmektedir.<sup>9</sup> Özel hayat, aile hayatı, konut dokunulmazlığı, içerikleri yönü ile birbiri ile çakışsa da, her biri korunması gereken ayrı hak ve özgürlüklerdir. Bu bağlamda kişinin özel hayatının “kişinin kimliğini, onur ve şöhretini, kişisel verilerini, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü, cinsel hayatını” kapsadığı söylenebilir.<sup>10</sup>

159

Özel hayat kapsamı içinde yer alan bu hakları beden mahremiyeti açısından değerlendirecek olursak:

1. Kişinin Kimliği: Kişiyi diğer kişilerden ayıran özelliğidir. Bu özellikler ile kişi kendisini tanımlar ve bu tanımlayış şekli ile de tanınmak ister. Kişinin kimliğinde kişinin resmi, ismi, etnik kimliği ve kişinin cin-

<sup>5</sup> Adam Moore, “Defining Privacy”, *Journal of Social Philosophy*, volume: 39 no. 3, Fall 2008, ss. 411–428, s. 215.

<sup>6</sup> Abdülkadir Arpacı, *Kişilik Hukuku (Gerçek Kişilik)*, Beta Basım AŞ, İstanbul, 2000, s.104-105; Gürkan Sert, *Tıp Etiği ve Mahremiyet hakkı*, s.37; James H. Moor, “The Ethics of Privacy Protection”, *Library Trends /Summer&Fall*, 1990, 69-82, s.79.

<sup>7</sup> “Madde 12

Hiç kimsenin özel yaşamına, ailesine, evine ya da yazışmasına keyfi olarak karışamaz, onuruna ve adına saldırılamaz. Herkesin, bu gibi müdahale ya da saldırılara karşı yasa tarafından korunma hakkı vardır.”

<sup>8</sup> “1. Hiç kimsenin özel hayatına, ailesine, evine ya da haberleşmesine keyfi ya da yasadışı olarak müdahale edilemez; hiç kimsenin şeref ve itibarına yasal olmayan tecavüzlerde bulunulamaz.

2. Herkesin, bu gibi müdahalelere ya da tecavüzlere karşı yasalarca korunma hakkı vardır.”

<sup>9</sup> Halil Kalabak, *İnsan Hakları Hukuku Kavram-Uygulama- Hak ve Ödevler*, Seçkin yay., İstanbul, 2013, s.428.

<sup>10</sup> Gürkan Sert, *Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı*, 44; Yaşar Salihpaşaoğlu, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. XVII, y. 2013, sayı: 3, ss. 227-266, s.237.

siyeti yer almaktadır.<sup>11</sup> Bu cinsel kimliği, kişinin doğuştan getirdiği bir özelliği olması ile beraber bugün için kişi kendisinin cinsel kimliğini biyolojik kimliğinden ayrı olarak tanımlayabilme ve bu tanımlayış şekli doğrultusunda cinsel yönelimini<sup>12</sup> belirleyebilme hakkının, kimlik tanımını içinde bir hak olarak kabul edilmesini de istemektedir.

Avrupa insan hakları mahkemesi kişinin kendi “cinsel tercih ve faaliyetlerinin, özel hayatın kişisel bir unsurunu oluşturduğunu” kabul etmekte, kişinin kendisini tanımladığı cinsiyet kimliğini özel hayata saygı içinde tanımlamaktadır. İnsan Hakları Mahkemesi Van Kück v. Germany davasında İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesinde yer alan “herkes kendi özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”<sup>13</sup> ifadesine “kendisinin belirlediğine saygı” şeklinde yorum getirerek, kişinin kendi cinsel kimliğini belirlemede özerkliği<sup>14</sup> öne çıkartmıştır. Buna göre insanın kendisini biyolojik kimliğinden bağımsız olarak, kadın veya erkek olarak tanımlamasına saygı, insan özgürlüğü ve onun onuruna saygı anlamına gelmektedir. Mahkeme, madde 8’e dayanarak devletin bu yöndeki kişisel tercihlere karşı bireyin korunmasına taraf olması ile birlikte bu konudaki düzenlemeleri devletlerin iç hukuklarına bırakmıştır.<sup>15</sup>

160

Uluslararası sözleşmelerde de özel yaşama saygı tanımının içinde, kişinin kendi cinsel kimliğini tanımlamasına saygıya yer verildiği görülmektedir. Bu sözleşmeler doğrultusunda, kişinin kendi cinsel yönelim tercihine saygı gösterilmesini isteme hakkını kabul etmeyen devlet-

<sup>11</sup> Yaşar Salihpaşaoğlu, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme”, s.238-242.

<sup>12</sup> Cinsiyet yönelimi “belli bir cinsiyetteki bireye karşı süregelen duygusal, romantik ve cinsel çekim olarak tanımlanabilir. Bunlar Heteroseksüellik, eş-cinsellik (homosexual), biseksüellikdir. Bu üç cinsel yönelime göre kişinin karşı cinsiyetten birine yönelimi Heteroseksüellik, kişinin her iki cinsiyete de yönelmesi biseksüelliktir.” Kişinin, kendi cinsiyetinde olan kişilere cinsel duygular ile yönelimi ise eşcinsellikdir. Eşcinsel yönelimli bireylerde erkekler gay; kadınlar lezbiyen olarak isimlendirilmektedir. LGBT kısaltması da Lezbiyen, gay, biseksüel, trans (travesti ve transseksüel); zaman zaman ‘cinsel azınlıklar’ diye anılan grup ve kimliklerin tümünü kapsayan bir terim olarak kullanılmaktadır. LGBT Hakları İnsan Haklarıdır, [http://www.kaosgldernegi.org/resim/kutuphane/dl/lgbt\\_haklari\\_in\\_san\\_haklaridir\\_saglik.pdf](http://www.kaosgldernegi.org/resim/kutuphane/dl/lgbt_haklari_in_san_haklaridir_saglik.pdf), s.6, (18/06/2014).

<sup>13</sup> Ursula Kilkelly, “Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı”, *İnsan Hakları El Kitapları*, No: 1, Almanya, 2001, s.18.

<sup>14</sup> “Kişinin kendisinin belirlemesinden, yönlendirmesinden, yönetmesinden oluşan ve her tür baskı ve zorlamadan bağımsızlıkla belirlenen hali; bir insanın kendi kendisini belirleme gücü; kendisini tabi olduğu bir ahlak yasasının koruyucusu olarak görebilme yeteneği” Ahmet Cevzici, *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, Pradigma yay., İstanbul, 2003, s.310-311.

<sup>15</sup> Case of Van Kück V. Germany, 12/09/2003, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61142#{"itemid":\["001-61142"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61142#{); Yaşar Salihpaşaoğlu, “Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme” s.239.

lerin, demokratik olmadığı ve insan haklarını ihlal ettiği kabul edilmektedir.<sup>16</sup> Örneğin Uganda, 2014 Mart ayında yürürlüğe koyduğu ceza kanunu ile eşcinselliği suç olarak tanımlayınca, ABD, İngiltere, Norveç ve Danimarka bu ülkeye yaptıkları yardımı askıya alacaklarını duyurmuşlardır. Neden olarak da bu yasayla, Uganda'nın müdahil olduğu "Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesini" ve "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesini" ihlal ettiğini savunmuşlardır. Farklı cinsel yönelimler uluslararası sözleşmelerde eşcinselliğin; "kişi güvenliği", "özel hayat", gibi haklar içine dahil edilerek insan hakkı şeklinde tanımlanmasıyla, eşcinselliğe karşıtlığın insan haklarının ihlali olarak kabul edilmesini getirmiştir.<sup>17</sup>

17 Mayıs 1990'da Dünya Sağlık Örgütü'nün eşcinselliği zihinsel hastalıklar bölümünden çıkartması,<sup>18</sup> farklı cinsel yönelimlerin kişinin şekli ve etnik kimliği gibi doğuştan gelen bir özellik olarak kabul edilmesinin yolunu açmıştır. Bu tanımlama değişikliğinden sonra farklı cinsel yönelimler, özel hayat kapsamı içinde değerlendirilmiştir. Bu nedenle uluslararası antlaşmalara imza koyan ülkelerin kamu yararına da olsa farklı cinsel yönelimleri cezalandırıcı bir düzenlemeye gitmesi, taraf oldukları bu sözleşmeleri ihlali anlamına gelmektedir. Türkiye'nin de üye olduğu Avrupa Konseyinin Danışma Meclisi olan Parlamenterler Meclisi (AKPM), Strasbourg'da tavsiye kararı olarak, eş cinselliğe yönelik ayrımcılığı, sözleşmenin 8. Maddesinde yer alan özel yaşama müdahale olarak kabul etmiş ve eşcinselliğin suç tanımı içinde yer verilmesini sözleşmenin ihlali olarak görmüştür.<sup>19</sup> Avrupa'da ki birçok ülkede, devletin özel yaşamı korumadaki pozitif sorumluluğundan yola çıkarak, eşcinsellerinde evlilik ve evlat edinme gibi medeni haklardan normal diğer evli çiftler gibi faydalanmalarına yönelik düzenlemeler yapmaya başladıkları görülmektedir. Bu bağlamda gelecekte İnsan Hakları Mahkemesine eşcinsellerin, diğer evli çiftler gibi medeni haklarının tanınması için yaptıkları başvurularının, madde 8'de yer alan özel hayata saygı kapsamı içinde değerlendirilerek, hak taleplerini içeren düzenlemeler yapmayan ülkeleri mahkum edebileceklerini söylemek, çokta kehanet olmasa gerek. Bugün için farklı cinsel yönelimlerin meşruiyeti-

<sup>16</sup> Robert A. Ermanski , "The Right to Privacy for Gay People Under International Human Rights Law", *Boston College International and Comparative Law Review*, volume: 15, ss. 141-164, s.164.

<sup>17</sup> *Jogjacarta (Yogyagarta) İlkeleri*, İnsan Hakları Gündemi Derneği, [http://www.rightsagenda.org/attachments/479\\_Yogyakarta%20%C4%B0lkeleri.pdf](http://www.rightsagenda.org/attachments/479_Yogyakarta%20%C4%B0lkeleri.pdf), (22/06/2014).

<sup>18</sup> Ataman, Hakan, *LGBTT Hakları İnsan Haklarıdır*, İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayınları, Ankara, 2009, s.6.

<sup>19</sup> Gülay Arslan Öncü, *Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, s.210; Eşcinsellerin Avrupa Konseyi Zaferi, <http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/33212.asp>, (17/06/2014).

nin özel yaşam alanına saygı bağlamında sağlanmaya çalışılması gelecekte, ensest ilişki şeklinde tanımlanan evlenilmesi yasak olanlar ile cinsel ilişki içinde bulunanların da özel hayata saygı hakkına dayanarak meşruiyet zeminini arayacakları söylenebilir. Çünkü kişinin eşcinsel yönelimini doğuştan getirdiğini kabul etmekle, farklı cinsel yönelimlere bu alan içinde meşruiyet zemini sağlanmış olmaktadır.

2. Kişinin Fiziksel ve Psikolojik Bütünlüğünü Koruma Hakkı: Hukuk açısından yaşam ve fiziksel bütünlük, kişilik hakları içinde tanımlanan dokunulmaz ve devredilemez haklardandır.<sup>20</sup> Bu nedenle insan bedeninin maddi bir gerçekliği olmakla birlikte, kişilik hakları içinde korunduğundan eşya hukuku hükümleri uygulanmaz. Çünkü insan bedeni bir eşya değildir.<sup>21</sup> Aynı şekilde insana bağlı organ ve parçalar da, organlar suni de olsa, bu hak çerçevesi içinde ele alınmaktadır.<sup>22</sup>

Kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü, kişilik hakları içinde korunan bir hak olmakla birlikte II. Dünya Savaşında insanın rızası alınmaksızın insan bedeninin deney amaçlı kullanılması, rıza alınmadan bedene yapılacak tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı kılmıştır. Kişinin rızası dışında insan bedenine müdahale edilememesi, insanın fiziksel bütünlüğünü koruma açısından önemli bir gelişmedir.

Bununla birlikte fiziksel ve ruhsal bütünlüğü koruma hakkı özel yaşama saygı içinde bir hak olarak tanımlanınca, kişinin kendisinin bile dokunamadığı bu hak, kişinin tercih edebileceği bir hakka dönüşmüştür. Bu bağlamda tartışılacak önemli bir konu, kişinin fiziksel bütünlüğünü koruma hakkı içinde kabul edilen ürememe hakkıdır. Kişinin çocuk sahibi olup olmaması, özel yaşam tercihi olması ile birlikte, bu tercih hakkı kürtajın bir hak olarak talebini de beraberinde getirmiştir. Ürememe hakkını özel yaşama saygı açısından ele alarak değerlendiren dikkate değer bir karar, 1973 yılında, ABD'de Yüksek Mahkemesi tarafından verilmiştir. Bu karar ile kürtaja, mahremiyet hakkı içinde kadının bedeni ile ilgili özerk seçimine saygıya dayanarak izin verilmiştir. Amerika Yüksek Mahkemesi, Roe v. Wade olayında, hamileliği üç aylık sürelerle ayırmış, ilk üç aylık dönemi annenin mahremiyet hakkı içine

<sup>20</sup> Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yay., Ankara, 2009, s.172.

<sup>21</sup> Turhan Esener - Kudret Güven, *Eşya hukuku*, Gazi Büro Kitabevi, Ankara, 1996, s.37.

<sup>22</sup> Fikret Eren, *Mülkiyet Hukuku*, Yetkin Yay., Ankara, 2012, s. 53.

dâhil ederek, bu dönemde kürtajı tamamen doktor ile hamile kadın arasında verilmesi gereken bir karar olarak kabul etmiştir.<sup>23</sup>

Bu kararın o gün tartışılması ile birlikte, bugün için kürtajın, özel yaşam alanı içinde bir hak olarak kadınların kendi bedenleri ve doğurganlıkları üzerinde söz sahibi olmasının ayrılmaz bir parçası şeklinde değerlendirildiği görülmektedir.<sup>24</sup> “Benim bedenim bana aittir” söyleminin, kürtajın kadının hakkı olduğunu ifade eden bir slogan haline dönüşmesi, fiziksel bütünlük hakkı olarak özel yaşam alanı içinde değerlendirildiği anlamına gelmektedir. İnsan hakları mahkemesi kürtaj ile ilgili düzenlemeleri devletlerin iç hukuklarına bırakmakla birlikte, partnerinden habersiz olarak kürtaj olan kadının dava edilmesinde, mahkeme, hamileliği devam ettirmek veya sonlandırmak hakkının sadece kadına ait bir hak olduğunu da belirtmiştir.<sup>25</sup>

Kişinin fiziksel bütünlüğünü koruma hakkının özel yaşam alanı içinde kabul edilmesi ile ilgili bir başka hak talebi, ölme hakkı olarak tanımlanan ötanazidir. Kişinin kendi beden bütünlüğünü koruma hakkı içinde ölme hakkının seslendirilmesiyle ötanazinin yasal zemini oluşturulmaya başlanmıştır. Amerika Mahkemeleri hastanın tedavi destek ünitesinden ayrılma isteğini onaylamayı, fiziksel bütünlüğünü koruma hakkı bağlamında özel yaşama saygı üzerine temellendirmiştir.<sup>26</sup> Kişisel özerkliğin temel alındığı hukuksal sistemlerde, ötanaziye yasallaştırılmaya dönük düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Bununla birlikte İnsan Hakları Mahkemesi, öncelikle, Madde 2<sup>27</sup> ve Madde 3’e<sup>28</sup> dayanarak istenen ölme hakkı talebinin yaşam hakkı ile birlikte ölme hakkını

163

<sup>23</sup> J. K.Mason, *The Troubled Pregnancy Legal Wrongs and Rights in Reproduction*, University Press, Cambridge, 2007, s.19; Saliha Altıparmak - Meltem Çiçeklioğlu - Gülay Yıldırım, “Abortus ve Etik” *Cumhuriyet Tıp Dergisi*, 2009, sayı:31, s. 84-90.

<sup>24</sup> Nazan Moroğlu, “Uluslararası Hukukta Kadın Vücut Bütünlüğüne İlişkin Düzenlemeler”, *Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki Ve Tıbbi Yaklaşım, İstanbul Barosu Yayınları*, İstanbul, 2013, ss.23-44, s.28; <http://www.cnnturk.com/2012/guncel/05/28/kurtaj-hakki.kadinlarin.yasam.hak.kidir/662702.0/index.html>, Haber Tarihi: 28.05.2012,(30.11.2012).

<sup>25</sup> Gülay Arslan Öncü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, s.224.

<sup>26</sup> Julie A. DiCamillo, “a Comparative Analysis of The Right to Die in The Netherlands and The United Statesafter Cruzan: Reassessing The Right of Selfdetermination”, *Am. U.j. Int’l L. & Pol’y*, Volume: 7, ss. 807-842, s.822.

<sup>27</sup> Madde 2

Yaşama hakkı

1. Herkesin yaşam hakkı yasanın koruması altındadır. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırıldığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın yerine getirilmesi dışında hiç kimse kasten öldürülemez.

<sup>28</sup> Madde 3

İşkence yasağı

Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işlemlere tabi tutulamaz.

İçerdiği şekilde yorumlanamayacağını belirtmiş ve yaşam hakkı, gerek üçüncü kişilerin, gerekse devletin kamu yetkililerinin eli ile olsun ölme hakkını içermediğini karara bağlamıştır.<sup>29</sup> Bununla birlikte ötanazi talebinin kabul görmemesini, sözleşmenin özel hayata saygıyı içeren 8. Maddesini ihlali olarak da kabul etmiştir. Bugün için üye devletler arasında ötanazinin yasallaşması konusunda bir uzlaşma olmadığı için, İnsan Hakları Mahkemesinin, devletlerin ölme hakkını kabul etmeyi içeren negatif sorumlulukları olmadığı yönünde kararı bulunmakla birlikte; gelecekte üye devletler arasında özel hayata saygı bağlamında ötanazinin yasallaşması yaygınlaşırsa, mahkemeye gelen davaların doğrudan 8. Maddeye dayanarak değerlendirileceği ve ötanaziyi yasaklayan ülkelerin 8. Maddeyi ihlal ettiği kabul edilebileceği söylenebilir.<sup>30</sup>

3. Kişisel Veriler: Biyoteknolojideki ilerlemeler, insana ait doku ve hücreleri ele geçirenlerin ona ait genetik bilgilerini de ele geçirdiğini öğretmiştir. Adli tıpta suçluya ulaşmada bu maddelerin birinci derecede delil olarak kullanılması, buna verilebilecek en güzel örnektir.<sup>31</sup> Bu nedenle insan saçının ticaret konusu olmasında hukuki bir sakınca görülmemekle beraber, onun içindeki DNA bilgilerinin analiz edilmesinde kişilik hakkı söz konusu olmaktadır.<sup>32</sup> Kişilerin DNA'sı suçla mücadelede kullanıldığı için, elde somut bir şüphe bulunmaksızın kişinin kişisel verilerini içeren DNA bilgilerini almak, özel hayatı ihlal kabul edilmektedir.<sup>33</sup> Avrupa Konseyi 2006 tarihli 4 numaralı, gelecekteki araştırmalarda kullanılmak üzere insanlardan biyolojik madde ve örnek alınması, saklanması, ileride kullanımı; toplanan insan kökenli ürünlerin depolanması ve biyobankaların yönetimi ile ilgili ilkeleri içeren tavsiye kararında, insana ait doku hücre ve organları kapsayan insan kökenli biyolojik maddelerin kullanımının, onun bilgilerinin kullanılmasına eşlik edebileceğine dikkat çekmektedir. Bu nedenle, bu maddeler hem insana ait olması hem de insana ait bilgileri içermesi ile herhangi bir madde tanımına sokulmamaktadır. İnsan doku ve hücreleri, insandan

<sup>29</sup> Douwe Korff, *Yaşam Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, No.8, s.15-22, [http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS\\_mad2\\_YasamHakki.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/abproje/belge/kitaplar/AIHS_mad2_YasamHakki.pdf); *Case of Pretty v. The United Kingdom*, Başvuru no. 2346/02, Strasbourg, 29 Nisan 2002, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx>, (10.07.2012).

<sup>30</sup> Gülay Arslan Öncü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Korunması Hakkı*, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2011, s.112.

<sup>31</sup> Nihal Açıkgöz, İ. Hamit Hancı, A. Hadi Çakır, "Olay Yerinden DNA Analizi için Biyolojik Örnek Toplama ve Örneklerin Laboratuvara Gönderilme Usulleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. II, sayı: 2, Yayın Tarihi: 2002, ss.199-206, s.200.

<sup>32</sup> Matteo Macilotti, "The Legal Status of Human Biological Materials and The Consequences in Biobanking", s.127.

<sup>33</sup> Güçlü Akyürek, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal*, s.53.

ayrılrsa da ona ait bilgileri taşımaya devam etmesi yönüyle, onun korunması insan haysiyet ve onurunun korunması anlamına gelmektedir. Bu bağlantıdan dolayı, bu maddelerin kazanç vasıtası yapılamayacağı hükmü insan kökenli biyolojik maddelerin<sup>34</sup> kullanımını düzenleyen sözleşmelerde yerini almaktadır.<sup>35</sup> Bununla birlikte bedenden ayrılıp kişiye özgü olma niteliğini kaybeden ve kendini yenileyebilen insan kökenli biyolojik maddeler ise kişinin özel yaşamına saygı bağlamında değil kişinin kendi mülkiyeti bağlamında değerlendirilmektedir. Bu yönü ile bu maddeler bir eşya gibi alışverişe konu olabilmektedir. Bu nedenle insan kökenli bazı maddeler kişilik hakları ve özel yaşama saygı bağlamında hukuken korunurken, bazı maddeler kişinin eşyası gibi muamele görmektedir. Bu ayrım için temel ölçütün ne olduğu sorulursa, hukuk düzenlerinin kendilerine ait tercihleridir, denilebilir.

### B. İslam Hukuku ve Mahremiyet

Mahremiyet, yasaklığı ifade eden haram kelimesinden türemiştir.<sup>36</sup> Kur'an'da haram kelimesinden türemiş olan muharrem kelimesinin, korunmuş, dokunulmaz, saygı duyulan ev anlamı ile Kâbe için kullanıldığını görmekteyiz.<sup>37</sup> Kâbe'ye verilen bu vasıf, onun saygınlığının bir ifadesidir. Bu saygınlık, belirtilen mekânı hafife almamayı getirdiği gibi o mekânın varlığı, çevresini de saygın kılmaktadır. Böylelikle, Kâbe'nin muhteremliği sadece Kâbe'yi değil çevresini de insanın kötü fiilleri ile kirlenmesinden korumakta ve bu korunmuşluk Kâbe ve çevresini güvenli bir mekân kılmaktadır.<sup>38</sup>

Mahremiyet kelimesinin türediği haram kelimesi eğer zatlara yöneltilirse o zaman, o fiilin yapılmasının haram kılındığı anlamına gelir.

<sup>34</sup> insandan ayrılan bütün doku, organ ve hücreler insan kökenli biyolojik madde tanımı içine girer.

<sup>35</sup> Madde 21 – Ticari kazanç yasağı

İnsan vücudu ve onun parçaları, bu nitelikleri dolayısıyla, ticari kazanç sağlanmasına konu olmayacaktır. Biyoloji ve tıbbın uygulanması bakımından insan hakları ve insan haysiyetinin korunması sözleşmesi: insan hakları ve biyotıp sözleşmesi, Oviedo, 4.4.1997, <http://atud.org.tr/kutuphane/biyotipttr.pdf>, 12.10.2014.

<sup>35</sup> İnsan Doku Ve Hücre Ürünlerinin Ruhsatlandırılması Ve Bu Ürünlerin Üretim, İthalat, İhracat, Depolama Ve Dağıtım Faaliyetlerini Yürüten Merkezler Hakkında Tebliğ, sayı 28962, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/04/20140404-30.htm>, (27.09.2014).

<sup>36</sup> Lisanü'l-'Arab, "hım" md.

<sup>37</sup> "Rabbimiz! Ben çocuklarımdan bazısını, senin el-beyt'ül-muharrem (korunmuş, dokunulmaz, saygı duyulan ev) yanında ekin bitmez bir vadiye yerleştirdim. Rabbimiz! Namazı dosdoğru kılmaları için (böyle yaptım). Sen de insanlardan bir kısmının gönüllerini onlara meylettir, onları ürünlerden rızıklandır, umulur ki şükrederler." (37) İbrahim Süresi, 14/37

<sup>38</sup> Fahrüddin er-Razi, Tefsir-i Kebir: Mefatihü'l-Gayb, çev. Suat Yıldırım, Akçağ Yayınları, Ankara, 1992, c. XIV, s.26.

Maide Suresi 3. ayette<sup>39</sup> geçen haram kılma, belirtilen hayvanların yenilmemesidir. Nisa Suresi'nin 23.<sup>40</sup> ve 24.<sup>41</sup> ayetlerini kapsayan haram kılınma ise ayette belirtilen kişiler ile evlenilmemesidir.<sup>42</sup>

Mahremiyet kelimesini Kur'an'da geçen türevleri ile birlikte çözümlenecek olursak; birincisi, mahrem yasaklığın bir ifadesidir. Mahrem kılınan yere, hukuken izin verilenler dışında yaklaşılması haramdır, yasaktır. Bu ifade ile mahremiyet, belirtilenler dışında kimsenin yaklaşamayacağı ahlaken yasak ve hukuken dokunulmaz bir alana işaret etmektedir. İkincisi, bir yerin, belirlenen kişilere belirlenen kurallar dâhilinde açık olması, o yerin değerinin bir göstergesidir. Üçüncüsü, bu yerin belirtilen kişiler dışında girilmesinin yasak kılınması ile o yerin güvenliği ve emniyeti de sağlanmış olmaktadır.

Buna göre Kur'an'da, en mahrem alan olan beden kiminle ve ne kadar paylaşılacağı net olarak belirlenerek, insanın beden güvenliği ve emniyeti sağlanmış olmaktadır. Kişinin beden güvenliği sağlanırken insanın doğasından kaynaklanan özellikleri de korunmaktadır. İnsan bedeninin, Kâbe gibi dokunulmaz kılınarak güven ve emniyete alınması onun en güzel şekilde yaratılmasından kaynaklanmaktadır. İnsanın en güzel biçimde yaratılması, beden, akıl ve ruh olarak diğer varlıklardan yaratılıştaki üstünlüğünü göstermektedir.<sup>43</sup> Bu nedenle İslamiyet'in insan bedenine bakışını, insanın yaratılış özelliklerini ifade eden fitrat, bu yaratılış özelliklerinin ona saygınlığı getirdiğini ifade eden mükerremlik ve bunları korumayı ifade eden sorumlulukla açıklayabiliriz.

<sup>39</sup> "Ölmüş hayvan, kan, domuz eti, Allah'tan başkası adına boğazlanan, (henüz canı çıkmamış iken) kestikleriniz hariç; boğulmuş, darbe sonucu ölmüş, yüksekten düşerek ölmüş, boynuzlanarak ölmüş ve yırtıcı hayvan tarafından parçalanmış hayvanlar ile dikili taşlar üzerinde boğazlanan hayvanlar, bir de fal oklarıyla kusmet aramanız size haram kılındı. ..."

<sup>40</sup> "Size şunlarla evlenmek haram kılındı: Analarınız, kızlarınız, kız kardeşleriniz, halalarınız, teyzeleriniz, erkek kardeş kızları, kız kardeş kızları, sizi emziren süt anneleriniz, süt kız kardeşleriniz, karılarınızın anneleri, kendileriyle zifafa girdiğiniz karılarınızdan olup evleninizde bulunan üvey kızlarınız, -eğer anneleri ile zifafa girmemişseniz onlarla evlenmeniz size bir günah yoktur- öz oğullarınızın karıları, iki kız kardeşi (nikah altında) bir araya getirmez. Ancak geçenler (önceden yapılan bu tür evlilikler) başka. Şüphesiz Allah çok bağışlayıcıdır, çok merhamet edicidir."

<sup>41</sup> "(Savaş esiri olarak) sahip olduklarınız hariç, evli kadınlar (da size) haram kılındı. (Bunlar) üzerinize Allah'ın emri olarak yazılmıştır. Bunların dışında kalanlar ise, iffetli yaşamak ve zina etmemek şartıyla mallarınızla (mehirlerini verip) istemeniz size helal kılındı. Onlardan (nikahlanıp) faydalanmanıza karşılık sabit bir hak olarak kendilerine mehirlerini verin. Mehir belirlendikten sonra, onunla ilgili olarak uzlaştığınız şeyler konusunda size günah yoktur. Şüphesiz ki Allah (her şeyi) hakkıyla bilendir, hüküm ve hikmet sahibidir."

<sup>42</sup> er-Razi, Tefsir-i Kebir: Mefatihul-Gayb, c. VII, s.464.

<sup>43</sup> er-Razi, Tefsir-i Kebir: Mefatihul-Gayb, 1995, c. XXIII, s.245.

1. Beden Mahremiyeti ve Fitrat: Fitrat ilk yaratılışın bozulmamış haliyle korunması anlamında Kur'an'da geçen bir kavramdır.<sup>44</sup> İnsanın mahremiyet alanını korumak, onun fitratını koruma anlamına gelir. Kur'an'ın evlenilmesi yasak olanları belirleme amacının fitratın değişmesini önleme olarak kabul edersek, mahrem kelimesi içine de "Allah'ın yarattığı insani özelliklerin korunması için hukuken dokunulmaz olan alan" anlamını yerleştirebiliriz. İnsanın Allah'ın yarattığı fitrattan sapmaması için farklı duyguların ortaya çıkmasını önleme adına İslam'ın yasak olarak belirlediği bir alandır, mahrem. Bu nedenle Kur'an mahremiyet alanını tanımlarken, insanın evlenilmesi yasak olan akrabalarına karşı duyabileceği şehvi istekleri ifade eden ensest ilişkilerden insanı uzak tutmayı amaçlamıştır. İslam'da insan bedeni, dışardan gelecek tacizlere karşı korunurken; kişinin kendisinin yaratılışına aykırı eylemlerde bulunmasını önleyici tedbirler de alarak, kişinin kendisine karşı kendi bedeninin güvenliğini ve emniyetini sağlamaktadır. Buradan da anlıyoruz ki İslamiyet, mahremiyet tanımlaması ile insanın yaratılışını korumayı amaçlamıştır.

Bu bağlamda İslam'ın eşcinselliğe bakışını değerlendirecek olursak; Kur'an'da Lut kavminin bir davranış şekli olarak geçen eşcinselliği kötü kılının, insanın yaratılışından ayrılması, yaratılışında var olmayan bir duygu ile bedenini yönlendirmesidir. Aslında eşcinsel davranışıyla insan kendi mahremiyetini, kendisi ihlal etmektedir. Kur'an'da Lut kavminin davranışının fitrata aykırılığı "Hakikaten siz kadınları bırakıp, şehvetle erkeklere yaklaşıyorsunuz. ..." <sup>45</sup> ayetiyle açıkta ifade edilmiştir. Şehvet duygusu yaratılışın dışında kullanıldığı için bu davranış şekli, fitratı değiştirmek olarak nitelendirilebilir. İnsanın şehvi duygusu ile bedenini istediği gibi yönlendirmesi, insanın kendi mahremiyetini yok etmesi anlamına gelir. İnsanın kendi mahremiyetini yok etmesi sadece kendisini değil kendisinden sonra gelecek nesli de etkilemektedir. Bu nedenle aslında bu davranış şekli, kişinin sadece kendisini ilgilendiren bir davranış şekli olmaktan çıkıp kendisinden sonra gelecek neslin güvenliğini ve emniyetini yok edici bir davranış şekline dönüşmektedir.

Kur'an insana, en güzel şekilde yaratılan bedenini koruma sorumluluğu verirken, hadisler hangi fiillerin yaratılışını bozucu etki yapacağına örnekler vermiştir. Saç ekleme,<sup>46</sup> dövme yaptırma, tıbbi nedene

<sup>44</sup> "Hakka yönelen bir kimse olarak yüzünü dine çevir. Allah'ın insanları üzerinde yarattığı fitrata sınıksız tutun. Allah'ın yaratmasında hiçbir değiştirme yoktur. İşte bu dosdoğru dindir. Fakat insanların çoğu bilmezler." Rum süresi, 30/30.

<sup>45</sup> Araf,7/81.

<sup>46</sup> "Allah, saç ekleyene ve eklettirene lânet etsin" *Buhârî*, "Libâs", 83; Müslim, "Libâs", 117.

dayanmadan dişlerin şeklini değiştirme,<sup>47</sup> hadislerde yaradılışı değiştirmek olarak geçen örneklerdir. Bu örneklerden yola çıkarak tıbbi gereklilik olmadan insan bedenini değiştirmeye yönelik fiiller, yasak kılınmıştır, sonucuna varılabilir. Fakat bu gün için tıbbi gerekliliğin içeriği, Dünya Sağlık Örgütünün sağlık tanımını değiştirmesi ile değişmiştir. Buna göre sağlık "sadece hastalık ve sağlığın olmaması değil tam fiziksel, ruhsal ve sosyal refahın bulunmaması halidir."<sup>48</sup> Bu tanım ile insanın beden ve ruh yapısı ayrı kabul edilmekte ve herhangi birisinde duyulan rahatsızlık tıbbi gereklilik tanımı içine dâhil edilmektedir. Bu nedenle güzellik adına yapılan estetik ameliyatlar, tıbbi gereklilik tanımını içinde değerlendirilmektedir. Buna karşılık insan ruh ve beden yapısını bir bütün olarak kabul eden İslamiyet, tıbbi gerekliliği bedensel hem de ruhsal açıdan birlikte ele almakta ve normal yaratılıştaki olan bir kişinin yaratılışını beğenmeyerek onu psikolojik olarak sorun yapmasını, bedensel değişikliğe cevaz için yeterli görmemektedir.<sup>49</sup>

Çünkü İslam açısından insan bedenini değiştirmeye yönelik müdahalede birincisi, Allah'ın yarattığını beğenmeme anlamı yatar.<sup>50</sup> Bu anlam, yaratılışı değiştirmenin Allah'a dönük yönüdür. Tıbbi gereklilik olmadan yaratılışı değiştirmek, yaratanın yarattığını beğenmemektir. İkincisi, yaratılışı değiştirmede insanları aldatma yatmaktadır. Buda yaratılışı değiştirmenin insanlara dönük yönüdür. Bu bağlamda Nisa Suresi'nde Allah'ın yarattığını değiştirmenin şeytanın insanda görmek istediği bir fiil olarak tasvir edilmesinin nedeni, bu fiilin hem Allah ile hem de insanlar ile ilişkiyi zedelediği içindir, denilebilir.<sup>51</sup>

<sup>47</sup> "Vücudunda dövme yaptırana ve (dövme işini) yapana, normal dişlerini (genç ve güzel görünmek) niyetiyle yontarak şeklini değiştirene ve bunu icrâ edene lânet etmiştir" *Müslim*, "Libâs", 119.

<sup>48</sup> "Men Ageing and Health Achieving Health across The Life Span" [http://whqlibdoc.who.int/hq/2001/WHO\\_NMH\\_NPH\\_01.2.pdf](http://whqlibdoc.who.int/hq/2001/WHO_NMH_NPH_01.2.pdf), s.10, (12.12.2011); <http://www.euro.who.int/en/what-we-do/health-topics/Life-stages/sexual-and-reproductive-health/a-tivities/abortion/facts-and-figures-about-abortion-in-the-european-region>, (12.08.2011).

<sup>49</sup> "Estetik ameliyatın

- salim fıtratı bozmak kastı olmamak,
  - yapılmasında bir yarar veya yapılmamasında mevcut bir zarar bulunmak,
  - hile, aldatma veya karşı cinse benzeme kastı bulunmamak,
  - hukukî karışıklığa ve yanlış anlamaya yol açmamak,
- kaydıyla bir tür tedavi olarak yaptırılmasında sakınca olmadığına karar verildi."

Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığı 2/06/2003 tarihli karar.

<sup>50</sup> "Onları mutlaka saptıracağım, mutlaka onları kuruntulara sokacağım ve onlara emredeceğim de (putlara adak için) hayvanların kulaklarını yaracaklar. Yine onlara emredeceğim de Allah'ın yarattığını değiştirecekler." Kim Allah'ı bırakıp da şeytanı dost edinirse şüphesiz o, apaçık bir hüsrana düşmüştür." Nisa, 4/119.

<sup>51</sup> er-Razi, *Tefsir-i Kebir: Mefatihul-Gayb*, 1990, c.VII, s.324.

2. Beden Mahremiyeti ve Mükerrerlik: İslamiyet'in insan bedenine yüklediği değer "mükerrerliktir." "Biz insanı saygın kıldık"<sup>52</sup> ayeti bu saygınlığı ifade etmektedir. İnsana verilen bu değer onu, dokunulmaz kılmıştır. İslam Hukuku kitaplarında insanın hukuken dokunulmaz olarak ifade edilen "hurmetlik" terimi, insanın mükerrerliği üzerine kurulmuştur.<sup>53</sup> İsrâ Suresi 33. ayette Allah'ü Teâlâ "Haklı bir sebep olmadıkça Allah'ın, öldürülmesini haram kıldığı cana kıymayın. Kim haksız yere öldürülürse, biz onun velisine yetki vermişizdir. Ancak o da (kıyas yoluyla) öldürmede meşru ölçüleri aşmasın. Çünkü kendisine yardım edilmiştir." buyurarak, hukuk açısından dokunulmaz olan canlara işaret etmektedir.

İnsanın bedeninin mahremiyeti, onun mükerrerliğini korumayı amaçlar. İnsanın ve insana ait herhangi bir cüzün akit konusu olmaması da insanın bu saygınlığına dayanır. İnsanın veya insana ait cüzlerin akit konusu olması onu herhangi bir metaya çevirir ki; o zaman insanın diğer varlıklardan bir farkı kalmaz. İnsana ait herhangi bir cüz, akdin konusu değildir. Buna göre modern hukuk insana ait maddeleri, insana ait özgünlüğünü kaybedip kaybetmediği açısından sınıflandırırken; İslam hukuku böyle bir ayırım yapmamakta, insana ait her cüzün insanın kendisi gibi saygıdeğer olduğunu kabul etmektedir. İnsanın saçı da, tırnağı da değerlidir, kişiye özeldir, mahremdir. Bu nedenle İslam kültüründe bu maddeler, ait oldukları kaynak itibari ile saygınlıklarını korumak için gömülür.<sup>54</sup>

İnsanın mükerrerliğinden dolayı bedeninin mahremiyetini korumak, ölümden sonrada devam eder. Peygamberimizin "ölünün kemiğini kırmak, onu diri iken kırmak gibidir."<sup>55</sup> hadisi, insanın beden mahremiyetinin ölümünden sonra da, diri iken olduğu gibi, korunması gerektiğini bize gösterir. Bu bağlamda fakihlerin, ölü bir annenin vücudunu yarararak diri bir çocuğun çıkarılması ve ölü bir karnı yarararak belli bir değeri olan bir malın çıkarılması arasında değer içerikli bir analiz yapmışlardır. Buna göre, ölü bir annenin karnından diri çocuğu çıkarmanın, diri bir hayatın ölü bir hayata göre maslahat açısından korun-

<sup>52</sup> "Andolsun, biz insanoğlunu şerefli kıldık. Onları karada ve denizde taşıdık. Kendilerini en güzel ve temiz şeylerden rızıklandırdık ve onları yarattıklarımızın birçoğundan üstün kıldık." İsrâ, 17/70.

<sup>53</sup> Attar- el Cevheri, *es- Sihâh: Tac'ul Luga ve Sihahu'l Arabiyye*, V, 1895; Ebu'l- Fazl Muhammed b. Mukrim el- Mısri Ibn Manzur, *Lisanu'l- Arab*, Daru Sadır, Beyrut, 1994, XII, 123; "Hurmet: Haramlık, saygınlık; çiğnenmesi şeran caiz olmayan yasak." Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rağbet Yayınları, İstanbul, 1998. 205.

<sup>54</sup> Ebu Zekeriyya Muhyiddin b. Şeref en- Nevevi, *Kitabu'l- Mecmu Şerhu'l- Mühezzeb li'ş- Şirazi*, Mektebetu'l- İrşad, Cidde, c.III, s.147.

<sup>55</sup> Ebû Dâvut, Cenâiz, Hadis No: 3207.

masının önceliği kabul edilerek, annenin karnının yarararak çocuğun çıkartılmasına cevaz vermişlerdir. Buna karşılık ölü bir bedeni yarararak değerli bir malı çıkarma konusunda ise saygıdeğerlilik açısından mal mı öncelikli yoksa ölü de olsa beden mahremiyetini korumak mı öncelikli olduğu hususunda farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Mal için insan bedeninin saygıdeğerliliği ihlal edilemez görüşünde olanlar, beden üzerinde hem Allah hem de kul haklarının bir arada toplandığından hareket etmişlerdir.<sup>56</sup> Mal için karnın yarılmasına cevaz verenler ise, yarararak bedene bir zarar verilmeyeceği görüşündedirler. Hanefi fakihlerinden Zeynüddin İbn Nuceym'in (öl.1563), el-Eşbâh ve el-Nazâ'ir'de "Zarar zarar ile giderilmez ancak daha has zararlar ile daha umumi zararlar önlenir" külli kaidesini açıklarken, anne karnının, ölü olan çocuğu çıkarmak için yarılabilceğini, fakat değerli bir malı çıkarmak için ölünün karnının yarılamayacağını, Hanefi mezhebi görüşü olarak belirtir ve kuralını koyar: İnsanoğlunun muhteremliği malın muhteremliğinden daha büyüktür.<sup>57</sup>

170

3. Beden mahremiyeti ve Sorumluluk: İslam hukukçularına göre insan bedeni mal olmadığı için akdin konusu değildir.<sup>58</sup> Bu bakışları fakihlerin mal tanımlamalarına yansımıştır. Hanefi fakih İbn Nuceym (ö. 970/1563), malı "insanoğlu dışında insanın maslahatı için yaratılan şeye isim" olarak tanımlamıştır. Özellikle insanoğlunun mal olmadığına dair kölelikten örnek getirildiği görülmektedir. Çünkü kölenin kendisi, satım akdinin konusu olması ile birlikte, öldürülmesi ve helak edilmesi hukuka aykırıdır.<sup>59</sup>

İnsan bedeni mal olmadığı gibi mülkiyeti de kişinin kendisine ait değildir. Çünkü insan bedeninin gerçek sahibi onu yaratandır. Bu nedenle insan bedeni üzerinde, Allah ve kul hakkının birlikte bulunması ile Allah hakkı daha öncelikli bir haktır.<sup>60</sup> İslam Hukukunda Allah hakkı

<sup>56</sup> Belhac, Arabi, *Ma'sumiyyetü'l-Cüsse fi'l-Fıkhil-İslami ala Dav'il-Kavanini't-Tıbbiyyeti'l-Muasıra*, Darü's-Sekafe, Belhac Arabi, Amman, 2009/1430, s.173-179.

<sup>57</sup> Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed Mısri Hanefi İbn Nuceym, *El-Eşbah ve'n-Nezair*, thk. Muhammed Muti' Hafız, Dârü'l-Fikr, Dımaşk, 1983/1403, s.96-97.

<sup>58</sup> "Ben Kıyamet Günü'nde üç kişinin hasmıyım. Kıyamet Günü hasmı olduğum kula, tam hasımlık yaparım. (Evet, ben) bana verdiği sözden cayanın, hür bir kimseyi satın bedelini yiyenin, tuttuğu işçiyi tam olarak çalıştırıp da hakkını tam olarak vermeyenin hasmıyım" *Buhari, Büyü'*, 106.

<sup>59</sup> Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed Mısri Hanefi İbn Nuceym, el-Bahrü'r-Raik Şerhu Kenzi'd-Dekaik, hr. Zekerıyyâ Umeyrat, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1997/1418, c.V, s.431.

<sup>60</sup> el-Kasani, *Kitabu Beda'i's- Sana'i fi Tertibi's- Şera'i*, thk. Ali Muhammed Muavviz, Adil Ahmed Abdülmevcut Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1997/1418. c.X, s.247; Şeyh Mansur b. Yunus b. Selahiddin el-Hanbeli Buhuti, *Keşşafü'l-Kına' an Metnül-Ikna'*, thk. Muhammed Emin Zinnavi, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut, 1997/1417, c.V, s.518.

denildiği zaman kimsenin zimmetinde olmayan, kişinin yerine getirmesi gereken sorumlulukları içeren hak kast edilir.<sup>61</sup> Bu değerlendirmeye beden açısından bakacak olursak, bedenin gerçek sahibi bedeni kişiye emanet olarak vermiştir. Emanet, korumayı ve sahibinin rızası doğrultusunda kullanmayı getirir. Bu nedenle insanın kendi bedenine müdahalelerde rızasının geçerliliği için öncelikle bedenin gerçek sahibinin izni bulunmalıdır. İslam'ın insan bedenine bu yaklaşımıyla insan bedeni, en küçük cüzüne kadar bedenin gerçek sahibinin izni dışında dokunulamayan mahrem bir alan olarak tanımlanmıştır.

İslam Hukukunun insan bedeni üzerinde Allah hakkını üstün bir hak olarak tanımlaması; kişinin yaşam ve beden bütünlüğünü korumayı, kanun korucuya/Şâri'ye ait kılmıştır. Bu nedenle insanın, kendi bedenini kullanma hakkı olmasıyla beraber, bedenine zarar verici bir fiilde bulunma ve onun üzerinde istediği gibi değişiklik yapma hakkı bulunmamaktadır. Kişinin kendi bedenine yönelik zarar verici bir fiilde bulunmasının cezai müeyyidesi olmaması ile birlikte uhrevi sorumluluğu bulunmaktadır. Bu nedenle İslam Hukukunda yaşam ve fiziksel bütünlüğünü koruma hakkı, Allah hakları içinde sayıldığı için kişinin kendi bedenini koruma sorumluluğu, özerkliğinin önüne geçmiştir. Modern hukuk, insan yaşam ve beden bütünlüğünü dokunulmaz kişilik hakları içinde sayarken; özel hayata saygı bağlamında kendi beden bütünlüğü üzerinde kişisel tercihlerin de yolunu açmaktadır. Buna karşılık İslam Hukukunda insanın kendi bedenine zarar verici bir fiil de bulunmasını, ölüm talebini ve yaratılışını değiştirmeye yönelik bir davranış içine girmesini içeren bir hak tanımlamasının olmadığına dair fakihler arasında icma söz konusudur.

171

### Sonuç

Liberal bakış özel yaşamı, özerkliğe saygı, insan onuruna saygı, insan haklarına saygı gibi herkesin kabul edebileceği genel değerler üzerine oturarak ve bunun içinde de ölüm hakkı, kürtaj hakkı, cinsel yönelim hakkı gibi hakları tanımlayarak diğer milletlerin bu hakları tanımalarında meşruiyet zeminini oluşturmuştur. Bu bağlamda Batı medeniyetinin kendi dünya bakışları doğrultusunda belirledikleri bu hakları uluslararası sözleşmelere yerleştirerek, farklı kültürel yapıya sahip milletlerin hukuksal düzenlemelerini bu doğrultuda yapmalarına yönelik baskı yaptıkları görülmektedir. Bu nedenle İslam dünyası kendi kavramlarından yola çıkarak kendi beden mahremiyet algısının oturduğu temelleri iyice kurması gerekmektedir ki; bir süre sonra insana bakışları

<sup>61</sup> el-Buhari, Alaüddin Abdülazîz b. Ahmed b. Muhammed Abdülazîz, *Kesfül-Esrar ala Usulil-Pezdevi*, Dar'al-Kitab al-Arabi, Bayrut, Lubnan, 1417, c.IV, s.240.

itibari ile farklı kültürel yapıya sahip olan bir medeniyetin kendi ahlaki değerlendirmelerini İslam medeniyetine kabul ettirmek ile karşı karşıya geldiklerinde, kendi ahlaki yapılarına göre temellendirdikleri mahremiyet algısı ile kendi toplumsal güvenliklerini sağlayabilmelidirler.

### Kaynakça

- Arpacı, Abdülkadir, *Kişilik Hukuku (Gerçek Kişilik)*, Beta Basım AŞ, İstanbul, 2000.
- Akyürek, Güçlü, *Özel hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, Seçkin yay., Ankara, 2011.
- Arabi, Belhac, *Ma'sumiyyetü'l-Cüsse fî'l-Fikhi'l-İslami ala Dav'i'l-Kavanini't-Tıbbiyyetü'l-Muasıra*, Darü's-Sekafe, Belhac Arabi, Amman, 2009/1430.
- Buhuti, Şeyh Mansur b. Yunus b. Selahiddin el-Hanbeli *Keşşafü'l-Kına' an Metni'l-Ikna'*, thk. Muhammed Emin Zinnavi, Âlemü'l-Kütüb, Beyrut, 1997/1417.
- Cevzici, Ahmet, *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, Pradigma yay., İstanbul, 2003.
- el Cevheri, Attar, *es- Sıhah: Tac'ul Luga ve Sıhahu'l Arabiyye*, Dar'ul- İlm Li'l- Melayin, Beyrut, 1990.
- el-Buhari, Alaüddin Abdülaziz b. Ahmed b. Muhammed Abdülaziz, *Keşfü'l-Esrar ala Usulü'l-Pezdevi*, Dar'al-Kitab al-Arabi, Bayrut, Lubnan, 1417.
- el-Kasani, Ebü Bekr Alaeddin Ebü Bekr b. Mes'ud b. Ahmed el-Hanefi, *Kitabu Beda'i's- Sana'i fi Tertibi's- Şera'i*, thk. Ali Muhammed Muavviz, Adil Ahmed Abdülmevcut. Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1997/1418.
- 172 en- Nevevi, Ebu Zekerıyya Muhyiddin b. Şeref, *Kitabu'l- Mecmu Şerhu'l- Mühezzeb li's- Şirazi*, Mektebetü'l- İrşad, Cidde.
- Erdoğan, Mehmet, *Fıkah ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rağbet Yayınları, İstanbul, 1998.
- Eren, Fikret *Mülkiyet Hukuku*, Yetkin Yay., Ankara, 2012, s.53.
- Esener, Turhan - Güven, Kudret, *Eşya hukuku*, Gazi Büro Kitabevi, Ankara, 1996.
- Fahrüddin er-Razi, *Tefsir-i Kebir: Mefatihü'l-Gayb*, çev. Suat Yıldırım, Akçağ Yayınları, Ankara, 1992.
- Gürkan Sert, *Tıp Etiği ve Mahremiyet hakkı*, Babil Yay., İstanbul, 2008,
- Hakan Ataman, *LGBTT Hakları İnsan Haklarıdır*, İnsan Hakları Gündemi Derneği Yayınları, Ankara, 2009.
- Ibn Manzur, Ebu'l- Fazl Muhammed b. Mukrim, el- Mısri, *Lisanu'l- Arab*, Daru Sadır, Beyrut, 1994.
- İbn Nüceym, Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed Mısri Hanefi, *el-Bahrü'r-Raik Şerhu Kenzi'd-Dekaik*, hr. Zekerıyyâ Umeyrat, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1997/1418.
- Kalabalık, Halil, *İnsan Hakları Hukuku Kavram-Uygulama- Hak ve Ödevler*, Seçkin Yay., İstanbul, 2013.
- Kilkelly, Ursula, *İnsan Hakları El Kitapları*, No: 1 , Almanya, 2001.
- Korff, Douwe, *Yasam Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap*, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, No.8, ss.15-22.
- Öncü, Gülay Arslan *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Korunması Hakkı*, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2011.
- Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed Mısri Hanefi İbn Nüceym, *El-Eşbah ve'n-Nezair*, thk. Muhammed Muti' Hafız, Dârü'l-Fikr, Dımaşk, 1983/1403.
- Dergi
- Açıkgöz Nihal - Hancı, İ. Hamit - Çakır, A. Hadi, "Olay Yerinden DNA Analizi için Biyolojik Örnek Toplama ve Örneklerin Laboratuvara Gönderilme Usulleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. LI, s 2, Yayın Tarihi: 2002, ss.199-206.
- Altıparmak, Saliha - Çiçeklioğlu, Meltem - Yıldırım, Gülay "Abortus ve Etik" *Cumhuriyet Tıp Dergisi*, 2009, sayı:31.
- Demirel, Teoman Alpay "Etik İlkelerden Hasta Mahremiyetine Saygı", *Şurup Ücretsiz Sağlık Aktüel Dergi*, Temmuz 2014, Yıl.5, sayı: 18, ss.4-6.

- DiCamillo, Julie A. "a Comparative Analysis of The Right to Die in The Netherlands and The United Statesafter Cruzan: Reassessing The Right of Selfdetermination", *Am. U.j. Int'l L. & Poly*, Volume: 7, ss. 807-842.
- Ermanski , Robert A., "The Right to Privacy for Gay People Under International Human Rights Law", *Boston College International and Comparative Law Review*, Volume: 15, ss.141-164.
- Gaviso, Ruth "Privacy and the Limits of Law", *The Yale Law Journal*, Volume. 89, Num. 3, January 1980, ss. 421-471.
- Mason, J. K., *The Troubled Pregnancy Legal Wrongs and Rights in Reproduction*, University Press, Cambridge, 2007.
- Mensch, Betty - Freeman, Alan, "Liberalism's Public Private Split", *TIKKUN*, Vol.3, No. 2, ss. 24-30.
- Moor, James H., "The Ethics of Privacy Protection" , *Library Trends /Summer&Fall*, 1990, ss. 69-82.
- Moore, Adam, "Defining Privacy", *Journal of Social Philosophy*, Vol. 39 No. 3, Fall 2008, 411-428.
- Nazan, Moroğlu, "Uluslararası Hukukta Kadın Vücut Bütünlüğüne İlişkin Düzenlemeler", *Kadının Vücut Bütünlüğü Üzerine Hukuki Ve Tıbbi Yaklaşım, İstanbul Barosu Yayınları*, İstanbul,2013, ss.23-44.
- Salihpaşaoğlu, Yaşar "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, y. 2013, c. XVII, sayı: 3, ss.227-266.

## İnternet Kaynağı

- <http://whqlibdoc.who.int/hq/>  
<http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/33212.asp>.  
<http://hudoc.echr.coe>.  
<http://www.cnnturk>.  
<http://www.euro.who.int/>  
<http://www.rightsagenda.org>.  
<http://www.kaosgildernegi>.

