

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

HEKİM HATALARININ HANEFÎ MEZHEBİ AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ

Yüksek Lisans Tezi

ŞEYMA AKARTEPE

İSTANBUL, 2018

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

HEKİM HATALARININ HANEFİ MEZHEBİ AÇISINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ

Yüksek Lisans Tezi

ŞEYMA AKARTEPE

Danışman:

PROF. DR. ABDULLAH KAHRAMAN

İSTANBUL, 2018



T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

TEMEL İSLAM BİLİMLERİ Anabilim Dalı İSLAM HUKUKU Bilim Dalı TEZLİ YÜKSEK LİSANS öğrencisi ŞEYMA AKARTEPE'nin HEKİM HATALARININ HANEFİ MEZHEBİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 5.07.2018 tarih ve 2018-18/31 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / ~~oy çokluğu~~ ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi ...17...07...2018..

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

	Öğretim Üyesi Adı Soyadı	İmzası
1.	Tez Danışmanı Prof. Dr. ABDULLAH KAHRAMAN	
2.	Jüri Üyesi Dr. Öğr. Üyesi NAIL OKUYUCU	
3.	Jüri Üyesi Dr. Öğr. Üyesi AHMET EKŞİ	

GENEL BİLGİLER

Adı Soyadı: Şeyma AKARTEPE

Anabilim Dalı: Temel İslam Bilimleri

Bilim Dalı: İslam Hukuku

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Abdullah KAHRAMAN

Tez Türü ve Tarihi: Yüksek Lisans Tezi- 2018

Anahtar Kelimeler: Sorumluluk, hata, hekim, tazmin

ÖZET

HEKİM HATALARININ HANEFİ MEZHEBİ AÇISINDAN

DEĞERLENDİRİLMESİ

Hekim hataları, ölüm sebepleri sıralamasında ilk beşte yer alan tıbbi hatalar içerisinde büyük bir yer tutmaktadır. Günümüzde olduğu gibi geçmişte de sık sık rastlanan ve hukuki sorumluluk açısından eserlerde yer verilen hekim hataları konusunun ele alındığı bu çalışma, iki ana bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, hekim hataları konusu modern hukukta ele alındığı şekliyle ele alınmış, hekim hatalarının nedenleri ve sonuçları hakkında ayrıntılı biçimde inceleme yapmak suretiyle hekimin sorumluluklarından bahsedilmiştir. Tezin ana bölümünü oluşturan ikinci bölümde ise hekim hataları konusu İslam hukuku açısından değerlendirilmiş, çalışmanın sınırları gereği araştırma yapılırken özellikle Hanefi mezhebine ait fıkıh eserleri esas alınmıştır. Ancak meselenin farklı şekilde ele alındığı ve konunun aydınlanmasına yardımcı olacak bilgilerin bulunduğu durumlarda zaman zaman diğer üç mezhebin görüşlerine de yer verilmiştir. Hekim hataları konusu bu şekilde hem modern hukuk hem de İslam hukuku açısından ayrıntılı olarak ele alınmış, iki doktrinin benzer ve farklı görüş beyan ettiği konular tespit edilerek değerlendirilmeler yapılmıştır.

GENERAL INFORMATION

Name and Surname: Seyma AKARTEPE

Main Department: Basic Islamic Sciences

Department: Islamic Law

Supervisor: Prof. Dr. Abdullah KAHRAMAN

Degree Awarded and Date: Master- 2018

Keywords: legal responsibility, mistake, physician, compensation

ABSTRACT

THE EVALUATION OF PHYSICIAN MISTAKES FROM THE PERSPECTIVE OF HANAFI SCHOOL OF LAW

Physician mistakes, among the top five medical malpractices occupy a crucial and huge place in the rank of death reasons. This study, touching on the issue of physician mistakes that has been dealt either in the past and contemporary works in terms of legal responsibility, consists of two main parts. In the first chapter, the issue of physician mistakes is discussed in the context of modern law in which the physician's responsibilities have been mentioned by examining in detail the causes and consequences of physician mistakes. In the second chapter, as the main part of the thesis, the physician mistakes have been argued in terms of Islamic law, particularly focusing on recourses belonging to Hanafi school of law due to limits of this study. However, the views of other three schools of law occasionally has been considered when the subject is dealt in a different context and enlightened by their views. The issue of physician mistakes has been discussed in detail in terms of both modern law and Islamic law, while the convergences and divergences of either doctrines are identified and assessments are made.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
ÖNSÖZ.....	iv

GİRİŞ

I. Tezin Konusu ve İçeriği	1
II. Tezin Amacı ve Yöntem	2
III. Literatür Değerlendirme	3

BİRİNCİ BÖLÜM

MODERN HUKUKTA TIBBİ HATA (MALPRAKTİS)

I. Tıbbi Hata (Malpraktis) Kavramı	6
II. İlgili Kavramlar	8
A. İzin Verilen Risk (Komplikasyon).....	8
B. Aydınlatılmış Onam.....	10
III. Tıbbi Hata Çeşitleri	12
IV. Tıbbi Hata Nedenleri.....	15
V. Tıbbi Hatanın Önlenmesi	16
VI. Tıbbi Hata Bağlamında Hekimin Sorumluluğu.....	19
A. Hukuki Sorumluluk.....	19
1. Serbest Çalışan Hekimin Hukuki Sorumluluğu	20
a. Vekâlet Sözleşmesi	21
b. Hizmet (İş) Sözleşmesi	24
c. Eser Sözleşmesi	25
2. Hastanede Çalışan Hekimin Hukuki Sorumluluğu	26
B. Cezaî sorumluluk	29
1. Suçun Unsurları	30
a. Kanunî Unsur	30
b. Maddî Unsur	30
c. Manevi Unsur	30
C. Tazmin Sorumluluğu	32

İKİNCİ BÖLÜM

KLASİK FIKİH ESERLERİNDE HEKİM HATASI

I. İslam Ceza Hukuku Açısından Hata ve Hata İle İlgili Kavramlar	34
A. Hata	35
B. Kasıt	36
C. İhmal	37
D. Teaddî	38
E. Zarar	39
II. Klasik Fıkıh Eserlerinde Hekim ve Diğer Sağlık Personelleri	40
A. Tabib (طبيب): Hekim.....	40
B. Fessâd (فصّاد): Hemşire	41
C. Hattân (حَتَّان): Sünnetçi.....	42
D. Kehhâl (كَحَال): Göz Doktoru	43
E. Haccâm (حجّام): Hacamatçı	44
F. Kâbile (قابلة): Ebe	44
G. Kâli' (قالع): Diş Hekimi.....	45
H. Baytar (بيطار): Veteriner Hekim	45
III. İslam Hukuku Açısından Hekim-Hasta İlişkisinin Hukuki Niteliği ve Hekimin Sorumluluğu	47
A. Hekim-Hasta İlişkisinin Hukuki Niteliği.....	47
1. Serbest Çalışan Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişki.....	47
2. Hastanede Çalışan Hekim İle Hasta Arasındaki Hukuki İlişki	53
B. İslam Hukuku Açısından Hekimin Sorumluluğu	54
IV. Klasik Fıkıh Eserlerinde Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları ..	60
A. Doktor Olmak.....	61
B. Meslekte Ortalama Bilgi ve Beceriye Sahip Olmak	63
C. Hastayı Aydınlatmak ve Rızasını Almak	67
D. Mu'tadı Aşmamak	69
E. Gerekli İlgi Ve Özeni Göstermek	71
F. Tıbbi Gereklilik	73
V. Tıbbi Hatanın Cezaî Sonuçları	74
A. Diyet.....	76
B. Erş	79
C. Hükûmet-i Adl	81
D. Gurre	83
E. Meslekten Men'	85
F. Sürgün ve Hapis Cezası	86
VI. Âkile sistemi-Mesleki Sorumluluk Sigortası.....	87

SONUÇ	90
KAYNAKÇA	94



ÖNSÖZ

Günümüzde hekim hataları sebebiyle her gün yüzlerce insan ölmekte veya yaralanmakta, hekim bunların bir kısmından sorumlu tutulurken bir kısmından sorumlu tutulmamaktadır. Zarar gören hasta ve ailesinin mağduriyetine engel olmak ve hekime kusuru oranında sorumluluk yüklemek açısından hekim hataları konusu hukukî açıdan büyük önem taşımaktadır. Bu çalışmada hekim hataları konusu öncelikle modern hukuk açısından ele alınmış, ardından da Hanefi mezhebi açısından değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Bu şekilde iki hukuk doktrinine ait görüşlerin karşılaştırılması ve geçmişten geleceğe ışık tutmak suretiyle hekimin sorumluluğuna farklı yaklaşımlar getirilmesi amaçlanmıştır.

İlmî gelişimim ve çalışmalarımın temelini oluşturduğu kurumlar olmaları hasebiyle başta İlimler ve Sanatlar Merkezi (İSM) ile E.D.E.P. Merkezi olmak üzere, tezimin yazım aşamasında kütüphanesinden çokça istifade ettiğim İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)'ne ve toplantılarına dahil olarak tıp ve hukuk alanında ufkumu açan İSAR Tıp ve Ahlâk Çalışma Grubu'na teşekkürü bir borç bilirim. Tez konumu belirlememde ve tezin yazım aşamasında yardımcı olan Doç. Dr. Necmettin Kızılkaya'ya, tamamını okuyup tezin son şeklini almasına katkıda bulunan Dr. Merve Özaykal, Dr. Tuba Erkoç Baydar, Hüseyin Oral ve Ahmet Çelik'e şükranlarımı iletiyorum. Yetişmemde büyük emeği olan ve tez yazım aşamasında hiçbir desteğini esirgemeyen hocam ve tez danışmanım Prof. Dr. Abdullah Kahraman'a minnettarım. Son olarak eğitim sürecimin temellerinin atılmaya başladığı yer olan ve her zamanda arkamda durarak bana destek olan kendi aileme ve eşimin ailesine, hiçbir desteğini esirgemeyerek hep yanımda olan ve çalışmalarımı destekleyen eşime ve kızlarıma da müteşekkirim. Çalışmamın, alanda yeni ufuklar açmasını ve yapılacak sonraki çalışmalara ışık tutmasını temenni ederim.

Şeyma AKARTEPE

Üsküdar 2018

GİRİŞ

I. Tezin Konusu ve İçeriği

Dünya genelinde ölüm nedenleri sıralamasında ilk beş içerisinde değerlendirilen tıbbi hatalar, sağlık alanını etkilemesinin yanı sıra davalara konu olması sebebiyle hukuki açıdan da büyük önem arz etmektedir. Tıbbi hataların büyük bir kısmını teşkil eden hekim hatalarının konu edinildiği bu çalışma, Hanefi mezhebi açısından ele alınacaktır.

Giriş ve sonuç bölümleri dışında iki müstakil bölümden oluşan çalışmanın birinci bölümünde, hekim hataları modern hukuk bağlamında ele alınacak, tezin temel konusunu oluşturan ikinci bölümde ise konu İslam hukuku bağlamında incelenmek suretiyle çok boyutlu olarak araştırılmış olacaktır. Hekim hataları konusu, İslam hukuku açısından ele alınırken özellikle Hanefi fıkıh eserleri esas alınacak, diğer üç mezhebin görüşlerine farklı bilgilerin bulunduğu kısımlarda ihtiyaç duyulduğu kadarıyla zaman zaman yer vermekle iktifa edilecektir. Bu şekilde modern hukuk ile Hanefi mezhebi özelinde olmak üzere İslam hukukunun konuya bakış açılarının karşılaştırılması planlanmaktadır.

Tezin modern hukuk açısından ele alındığı birinci bölümde, öncelikle tıbbi hata kavramı ile komplikasyon ve aydınlatılmış onam gibi temel kavramlar üzerinde durulacaktır. Kavramlarla kastedilenin doğru biçimde anlaşılmasının ardından, tıbbi hata çeşitleri ve nedenleri üzerinde durulacak, bu şekilde konunun modern hukukta ele alınışı ayrıntılı biçimde ifade edilecektir. Tıbbi hatanın ortaya çıkış süreci üzerinde durulduktan sonra nasıl önlenebileceğine dair araştırmacılar tarafından öne sürülen görüşlerden bahsedilecektir. Tıbbi hata konusunun net biçimde kavranmasının ardından bu bağlamda hekimin sorumluluklarından bahsedilecek ve tezin temel konusunu oluşturan hekim hatalarının modern hukuk perspektifinden ne şekilde ele alındığı görülecektir. Modern dönemde hekimin sorumluluğu incelenirken hukuki, cezai ve tazminat ödeme sorumluluğu ayrı ayrı ele alınacaktır. Bu bağlamda çalışma ortamları esasına dayanarak hekim hataları ele alınacak ve hastanelerin hekimin sorumluluğuna etkisi vurgulanmak suretiyle birinci bölüm nihayete erdirilecektir.

Tezin asıl bölümünü oluşturan hekim hatalarının İslam hukuku açısından ele alındığı ikinci bölümde, özellikle Hanefî mezhebine ait eserlerden faydalanılacak, gerek duyulduğu durumlarda diğer üç mezhebin görüşlerine de yer verilecektir. Bu başlık altında öncelikle birinci bölümde uygulandığı şekilde konuyla ilgili kavramların ele alınması ile giriş yapılacaktır. Hata, kasıt, ihmal, teaddî ve zarar gibi kavramların İslam ceza hukuku bağlamında ele alınmasının ardından, fıkıh eserlerinde yer alan ve sağlık hizmeti sunduğu bilinen isimlerden bahsedilecektir. Bu şekilde hekim ve diğer sağlık personellerinin klasik fıkıh eserlerinde hangi bağlamda ele alındıkları görülmüş olacak ve sonrasında hekimin hukuki sorumluluğu İslam hukuku açısından incelenecektir. Ardından tıbbi müdahalenin hukuku uygunluk şartlarından bahsedilecektir. Zira hekimin bu şartlara uymaması durumunda müdahalenin hatalı tıbbi müdahaleler kategorisinde değerlendirilmesi sebebiyle bu bölüm de tezin temel bölümlerinden birini oluşturmaktadır. Son olarak hatalı tıbbi müdahalenin sonuçlarından bahsedilecek ve hekimin cezaî yükünü hafifletmesinin yanı sıra zarar gören kişinin mağduriyetine engel olması sebebiyle de büyük önem taşıyan âkile sisteminin, günümüzdeki zorunlu mesleki sorumluluk sigortasıyla olan benzerliğinden bahsedilecektir. Bu şekilde hekim hataları konusu öncelikle modern hukuk ardından da İslam hukuku perspektifinden ayrıntılı olarak ele alınmış olacaktır.

Tez boyunca konunun sınırlı olması sebebiyle ağırlıklı olarak Hanefî mezhebinin görüşlerine ağırlık verilecek, ancak görüş farklılıklarının bulunduğu ve tez açısından önem taşıyan durumlarda Şafii, Maliki ve Hanbeli mezheplerinin görüşlerine de yer verilecektir. Aynı şekilde günümüzdeki uygulamalara örnek olması, konuyu somut olarak göstermesi ve bazı alanlarda klasik fıkıh eserlerinde olmayan bilgilerin bulunması sebebiyle yeri geldikçe hekim hataları hakkındaki Osmanlı fetva ve kadı sicillerine müracaat edilecek, ancak tezin sınırları hasebiyle bunlara her konuda yer verilmeyecektir. Bu açıdan konuyla alakalı yeni yapılacak çalışmalar boşlukların doldurulması açısından da büyük önem taşımaktadır.

II. Tezin Amacı ve Yöntem

Bu çalışmada öncelikle günümüzde de büyük önem taşıyan hekim hataları konusunun Hanefî mezhebi literatürü içerisinde ele alınış biçiminin doğru şekilde tespit

edilmesi, ardından da konunun modern dönemle karşılaştırmalı olarak incelenmesi ve yeni bakış açılarıyla ayrıntılı olarak yorumlanması amaçlanmaktadır. Bu şekilde konunun modern hukuk ve İslam hukuku açısından iki ayrı bölümde incelenmesiyle, bu iki sistemin konuyu ele alış biçimleri arasındaki benzerlik ve farklılıkların net biçimde açığa çıkması hedeflenmektedir.

Hekim hataları konusunun ilk olarak modern hukuk bağlamında ele alınmasıyla konunun günümüzde ne şekilde anlaşıldığı net biçimde görülecek, ardından klasik fıkıh eserlerinde yer verilmeyen bir takım konuların İslam hukukunda ne şekilde ele alınabileceği benzerlik kurma ve farklı olanlardan ayırt etme yöntemiyle araştırılacaktır.

Hekim hataları ve hekimin sorumluluğu konularının fıkıh eserlerinde genellikle farklı başlıklarda ve ayrı ayrı yerlerde bulunması sebebiyle araştırmanın genelinde literatür tarama yöntemi kullanılacaktır. Burada amaç bir kitapla sınırlı kalmak yerine, farklı eserlerde ve ayrı başlıklarda konunun ne şekilde ele alındığını ayrıntılı olarak görebilmek ve bu bilgileri bir araya getirebilmektir.

III. Literatür Değerlendirme

Hekimin sorumluluğu ve hatası durumunda hekime uygulanacak müeyyideler Hanefî fıkıh eserlerinde müstakil bir başlık altında değil farklı farklı başlıklar altında serpiştirilmiş şekilde bulunmaktadır. Hekimin hukuki statüsüne ve sorumluluklarına icâre bölümlerinde, cezaî sorumluluğu hakkındaki bilgilere ise diyet ve diyetle ilgili bölümlerde rastlanmaktadır. Bu sebeple serpiştirilmiş halde yer alan bilgilerin bir araya getirilmesi amacıyla klasik fıkıh eserlerindeki bilgiler taranmıştır.

Fıkıh eserlerinde yer alan bilgilere ulaşabilmek için öncelikle Hanefî mezhebi literatürünün önde gelen eserlerinden olan Kâsânî'nin (v. 587/1191) *Bedâiu's-sanâi' fi tertîbi's-şerâi'* adlı eseri, Merğînânî'nin (v. 593/1197) *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedi* adlı eseri, Mevsilî'nin (ö. 683/1284) *el-İhtiyâr li-ta'lili'l-Muhtâr* isimli eseri, Zeylaî'nin (ö. 743/1342) *Tebyinü'l-hakâik fi-şerhi Kenzi'd-dekâik* isimli eseri İbn Nüceym'in (ö. 970/1563) *el-Bahrü'r-râik şerhu Kenzi'd-dekâik* isimli eseri ve İbn Âbidîn'in (ö. 1252/1836) *Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr* isimli eseri ile benzer diğer eserler temel kaynak olarak kabul edilmiştir. Tezin kısıtlı olması sebebiyle diğer

mezheplerin eserlerine farklı bilgilerin bulunduğu kısımlarda gerek duyulduğu takdirde müracaat edilmiştir. Bu amaçla Şafîî mezhebi temel kaynaklarından İmam Şafîî (v. 204/820)'ye ait *el-Ümm* adlı eser, Mâlikî fakihî Karâfî (v. 684/1285)'ye ait *el-Furûk* adlı eser ve Hanbelî fakihî İbn Kudâme (v. 682/1283)'ye ait *el-Muğnî* adlı eser kaynak olarak kabul edilmiştir. Özellikle *el-Ümm* ve *el-Muğnî* adlı eserde hekimle alakalı son derece önemli bilgilere rastlanmaktadır.

Klasik döneme ait eserlerin yanı sıra günümüze daha yakın dönemde kaleme alınmış olan Abdülkâdir Üdeh (v. 1954)'e ait *et-Teşrîu 'l-cinâiyyü 'l-İslâmî* adlı iki ciltten oluşan eser, İslam ceza hukukunu diğer hukuk sistemleriyle karşılaştırmalı olarak ele alması ve hekimin sorumluluğu konusuna müstakil bir başlıkla yer vermesi sebebiyle büyük önem taşımaktadır. Eserde tıbbî müdahalenin hukuka uygunluk şartlarına toplu şekilde yer verilmekte ve mezheplerin konuyla alakalı görüş ayrılıklarından ayrıntılı olarak bahsedilmektedir. Bu açıdan eser, tezin temel kaynaklarından birini teşkil etmektedir.

Aynı şekilde günümüze yakın bir zamanda kaleme alınan Ebu Zehrâ (v. 1974)'ya ait *el-Cerîme ve 'l-ukûbe fi fıkhi 'l-İslam* adlı eser, hekim hatalarının cezaî boyutunu özel olarak ele alması ve ilgili kavramları ayrıntılı olarak açıklaması sebebiyle büyük önem arz etmektedir. Hekim hataları konusunu müstakil olarak ele almamakla birlikte ceza hukuku açısından büyük önem taşıyan kavramları ele alması sebebiyle Vehbe ez-Zuhaylî (v. 2015)' ye ait *Nazariyyetü 'd-damân* adlı eser de tez açısından büyük değer taşımaktadır. İslam hukuku açısından hekim hatalarının sonuçları başlıklı bölümün yazılmasında bu iki eserin katkısını göz ardı etmek mümkün değildir.

Modern dönemde Arap dünyasında kaleme alınan Kays b. Mübârek'e ait *et-Tedavi ve 'l-mes'ûliyyetü 't-tıbbiyye*, Üsame Abdullah Kaya'ya ait *el-Mes'ûliyyetü 'l-cinaiyye li' 'l-etıbbâ* ve Şinkiti'ye ait *Ahkâmü 'l-cerahati 't-tıbbiyye ve 'l-asarü 'l-müterettibe aleyha* adlı eserler de tıbbî hata konusunu günümüzdeki uygulamalarla karşılaştırmalı olarak İslam hukuku perspektifinden ayrıntılı biçimde ele almaları sebebiyle tezin yazım aşamasında büyük katkı sağlayan eserlerdir.

Modern dönemde konuyla alakalı olarak ele alınan Ahmet Ekşi'ye ait "İslam hukukunda tıbbi müdahalelerden doğan sorumluluk" adlı kitaplaştırılmış doktora tezi ile Ali Kaya'ya ait "İslam hukukuna göre hekimin tıbbî müdahaleden doğan hukukî ve cezaî sorumluluğu" başlıklı makale büyük önem taşımaktadır. Konuyu ayrıntılı olarak ele almaları ve tez ile doğrudan bağlantılı olmaları hasebiyle söz konusu iki çalışma tez süreci boyunca göz önünde bulundurulmuştur. Ali Kaya'ya ait makale kanaatimizce sınırlı olmasına rağmen konuyu ayrıntılı ve yeterli biçimde ele almakla birlikte, Ahmet Ekşi'ye ait tez, modern hukukla İslam hukukuna ait bilgilerin iç içe verilmiş olmasından dolayı iki hukuk doktrinine ait bilgilerin zaman zaman ayırt edilememesi, hekimin tıbbi hatasının hangi durumlarda söz konusu olduğunun ayrıntılı olarak incelenmemesi ve önceden yapılmış çalışmalarla benzerlik göstermesi gibi sebeplerle yeniden değerlendirilmeye ihtiyaç duymaktadır. Bu tez, tezimizin temelini oluşturan hekim hataları konusu hakkında detaylı bilgi içermemesi ve tıbbi hata konusunu genel çerçevede ele alması sebebiyle de çalışmamıza engel teşkil etmemektedir.

Modern hukuk açısından hekim hatası ve hekimin sorumluluğunu ele alan Mehmet Ayan'a ait *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk* ve Hakan Hakeri'ye ait *Tıp Hukuku* adlı kitaplar başta olmak üzere "Tıbbi Hatalı Uygulamalar, Malpraktis", "Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları", "Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu" ve "Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği" adlı makaleler ile "Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk", "Roma Hukuku ve Türk Hukukunda Hekimin Sorumluluğu Bakımından Kusur" ve "Özel Hukuk Bağlamında Hekimlerin Hukuki Sorumluluklarının Nedenleri" isimli tez çalışmaları konuyu modern hukuk bağlamında ayrıntılı olarak ele almaları sebebiyle büyük önemi haizdir.

BİRİNCİ BÖLÜM

MODERN HUKUKTA TIBBİ HATA (MALPRAKTİS)

Tıbbi hatanın modern hukuk bağlamında ele alınacağı bu bölümde öncelikle konunun daha net biçimde anlaşılmasını sağlayacak olan temel kavramlar üzerinde durulacaktır. Kavramların açıklanmasının ardından tıbbi hata çeşitleri ve nedenleri ile tıbbi hatanın önlenmesi üzerine öne sürülen tezlerden bahsedilecek ve bu suretle meselenin özünü teşkil eden tıbbi hata konusu çok boyutlu olarak ele alınmış olacaktır. Son olarak hekim türleri ve hekimin sorumlulukları ele alınarak hekimin tıbbi hatası durumunda günümüzde ne şekilde sorumlu tutulduğu ve hangi alanlarda boşluklar bulunduğu anlatılacak, bu şekilde tezin ilk bölümünü teşkil eden modern hukuk bağlamında hekim hataları konusu geniş perspektiften kavranmış olacaktır.

I. Tıbbi Hata (Malpraktis) Kavramı

Tıbbi hatanın tıpta ve hukuktaki karşılığı malpraktis olarak bilinmektedir. Malpraktis, latince bir kelime olup “kötü, yanlış, sahte”¹ gibi anlamlara gelen “*mal/mala*” öneki ile “tekrarlanan eylem, sürekli yapılan performans, benzer türden davranışlar serisi veya bilim adamının herhangi bir amaçla yaptığı meslekî uygulama”² anlamlarına gelen “*practice*” kelimesinin bir araya gelmesiyle oluşmuştur. Kelime anlamı olarak malpraktis, “herhangi bir mesleğe ait hatalı davranış, meslekte makul olmayan beceri eksikliği, yasadışı veya ahlaki olmayan davranış”³ gibi anlamlara gelmektedir.

Malpraktis kavramının bütün meslek gruplarına ait hatalı davranışları kapsayan bir kelime olması sebebiyle bazı yazarlar tarafından özel olarak “tıbbi malpraktis” terimi kullanılmıştır. Ancak modern dönemde tıbbi hata davalarının önemli ölçüde artması sebebiyle malpraktis kelimesi tek başına kullanıldığında da genellikle tıp alanındaki hatalar kastedilmekte ve özellikle tıbbi malpraktis anlaşılmaktadır.⁴

¹ Henry Campbell Black, **Black’s Law Dictionary**, 4. Baskı, St. Paul: Minn, 1968, s. 1108.

² Black, **a.g.e.**, s. 1335.

³ Black, **a.g.e.**, s. 1111.

⁴ L. Verda Ersoy, “Tıbbi Malpraktis”, **Toraks Cerrahisi Bülteni**, cilt. 1, sayı.5 (2014), s. 29.

Malpraktis kavramı, hekim ve cerrah terminolojisinde “hastanın zarar görmesi veya belirli bir hastalıkla sonuçlanan kötü, yanlış, yerinde olmayan bir mesleki uygulama”⁵ anlamında kullanılmıştır. Tanımdaki “zarar” kavramının içine “bilgisizlik, dikkatsizlik, mesleki beceri eksikliği, mevcut kural ve ilkelerin göz ardı edilmesi, ihmal veya kasıtlı olarak suç işleme niyetinin bulunması sebebiyle hastanın gereksiz acı çekmesi veya ölmesi” gibi durumların da girdiğine dikkat çekilmiştir.⁶

Yukarıda bahsedilen tıbbi hata kavramındaki zarar kavramının içine modern dönemde bilgi veya beceri eksikliği, dikkatsizlik, kuralların göz ardı edilmesi, ihmal, kasıt gibi hekimden kaynaklanan sebeplerle hastanın zarar görmesi ve bu zarar sonucunda maddi veya manevi acı çekmesi yahut ölmesinin kastedildiği belirtilmiştir. Burada hekimden kaynaklandığı belirtilen ve zararın sebebi olan beş durum sonucunda hasta üzerinde herhangi bir zarar meydana gelirse hekim hatası veya tıbbi hata kapsamında değerlendirilmektedir.⁷

Dünya Tıp Birliği (WMA), tıbbi malpraktis hakkında yayınlamış olduğu belgede hekimden kaynaklanan tıbbi hata ile hekimin hatası olmadığı halde izin verilen risk kapsamı dahilinde bir zararın ortaya çıktığı tıbbi müdahalelerin ayırt edilmesi gerektiği üzerinde durmuştur. Ayrıca belgede bu önemli ayrımın ardından malpraktis kavramı, “Hekimin, hastanın tedavisi için standart bakıma uymaması, beceri eksikliği veya hastaya gerekli bakımın sağlanmasında ihmal gibi sebeplerle hastaya doğrudan zarar verici nitelikteki hatasıdır.”⁸ şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere WMA tanımında, tıbbi hatanın hekimden kaynaklanan standart tedavi yöntemlerinin uygulanmaması, beceri eksikliği ve ihmal gibi üç sebebi üzerinde durmuştur. Bir önceki tanımdan farklı olarak dikkatsizlik ve kasıt unsurlarına yer verilmemiştir. Dikkatsizlik unsurunun ihmal kapsamında değerlendirildiğini varsaymamız mümkün olmakla birlikte; kasıt unsuruna özellikle bilinçli olarak tanımda yer verilmediği söylenebilir. Zira bir hekimin kasıtlı olarak hastasına zarar vermesi hekimin hastasına karşı her zaman iyi niyetliliği ilkesi kapsamında mümkün görülmemektedir.

⁵ Black, **a.g.e.**, s. 1111.

⁶ Black, **a.g.e.**, s. 1111.

⁷ Black, **a.g.e.**, s. 1111.

⁸ [http://www.wma.net/en/30publications/10policies/20archives/m2/\(5](http://www.wma.net/en/30publications/10policies/20archives/m2/(5) Nisan 2018).

Türk Tabipler Birliği tarafından “Tıbbi uygulamadaki bilgi-beceri eksikliği ya da ihmal nedeniyle hizmet sunulan kişinin sağlığına zarar gelmesi”⁹ anlamında kullanılan malpraktis kavramının açıklamasında, tıbbi hatanın “bilgi-beceri eksikliği” ve “ihmal” şeklinde iki sebebi üzerinde durulmuştur ki önceki tanımlara nispetle bu tanım yetersiz görülmektedir. Aynı şekilde bazı sözlüklerde geçtiği şekliyle “hastanın hekim veya hemşire tarafından –zarar görecek şekilde- yanlış tedavi edilmesi, hatalı tedavi, yanlış tedavi”¹⁰ şeklinde açıklanan malpraktis kavramının diğer tanımlara nazaran oldukça eksik ve yetersiz bir açıklama niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür. Bu şekilde eksik tanımlar meselenin sınırlarını net biçimde belirtmemesi sebebiyle yeniden ele alınmaya ve güncellenmeye ihtiyaç duymaktadır.

Malpraktis kelimesinin tam olarak Türkçe bir karşılığı henüz bulunup kavramsallaştırılmamıştır. Türk Tabipler Birliğinin bu konudaki çalışmaları devam etmektedir. Bununla birlikte “tedavi hatası”, “yanlış tedavi”, “tıbbi uygulama hatası”¹¹, “sağlık hizmetinden kaynaklanan zarar”¹², “tıbbi hata”¹³ gibi kullanımlar da bulunmaktadır.

II. İlgili Kavramlar

A. İzin Verilen Risk (Komplikasyon)

Hiçbir hekim, müdahalesinin tam olarak tedavi ile sonuçlanacağını garanti edemez, neredeyse bütün tıbbi uygulamaların belli başlı riskleri vardır ve bütün tıbbi uygulamalar bu riskler göze alınarak ve yararın zarardan fazla olması prensibine dayanılarak yapılır. Hukukta *izin verilen risk* veya *kabul edilebilir risk* olarak anılan komplikasyon kavramı, gerekli zen ve dikkat yükümlülüğü yerine getirildikten sonra

⁹ **Türk Tabipler Birliği Etik Bildirgeleri**, Ankara: TTB Yayınları, 2010, s. 22.

¹⁰ Utkan Kocatürk, **Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1986, s. 448.

¹¹ zlem Yıldıırım, “Tıbbi Uygulama Hatalarına Yol Açan Süreçler”, **Türk Oftalmoloji Dergisi**, Sayı.42(2012), s. 78.

¹² Türk Tabipler Birliği Etik Bildirgeleri, s. 22.

¹³ Mehmet Karataş ve Cengiz Yakıncı, “Tıbbi Hata Nedenleri ve zm Yolları”, **Turgut Özal Tıp Merkezi Dergisi**, Cilt.3, Sayı.17 (2010), s.233-236.

muhtemel sapma ve risk sınırları içerisinde kabul edilebilen ve istenmeyen şekilde ortaya çıkan sonuçlardır.¹⁴

Komplikasyon, bir hastalığın tedavi sürecinde ortaya çıkan ikinci bir hastalıktır. Komplikasyon kavramı, hekimin gerekli özen ve dikkati göstermesine rağmen ortaya çıkan, tıbbın normal risk sınırları içerisinde kabul ettiği istenmeyen sonuçtur. Dolayısıyla komplikasyon, doğru yapılan işlemin istenmeyen yanlış sonucu olduğu için hekime herhangi bir sorumluluk getirmez. Ancak hasta aydınlatılmadan ve rızası alınmadan gerçekleştirilen müdahaleler sonucu ortaya çıkan komplikasyonlardan hekim sorumlu tutulur. Aynı şekilde ortaya çıkan komplikasyonlar konusunda da hastaya bilgi verilip aydınlatılması ve yapılacak müdahaleler konusunda rızasının alınması gerekir. Bu şekilde aydınlatılmış ve rızası alınmış bir hastanın tedavi sürecinde meydana gelen komplikasyonlardan hekim sorumlu değildir. Ancak aksi şekilde yani hasta aydınlatılmadan veya rızası alınmadan yapılan herhangi bir müdahale durumunda ortaya çıkacak komplikasyonlar hekimin sorumluluğu dahilindedir.¹⁵

Ortaya çıkan komplikasyonlar hekim tarafından doğru şekilde ve zamanında fark edilmezse, fark edildiği halde önlem alınmaz ya da gerekli tıbbi müdahaleler yapılmazsa malpraktise dönüşebilir. Az önce belirtildiği gibi komplikasyonlar nedeniyle hekim sorumlu tutulamaz ancak komplikasyon zamanında ve iyi bir şekilde yönetilmemiş ve malpraktise dönüşmüşse bu süreçten sonra ortaya çıkan zararda hekimin sorumluluğu söz konusu olur. Bu nedenle hekimin en ufak komplikasyonları bile fark edip zamanında ve yeterli şekilde müdahale edebilecek donanıma sahip olması gerekmektedir.¹⁶

Malpraktis ve komplikasyon kavramlarını ayırmak gerekirse malpraktis, yapılan işin uygulanan ya da planlanan şekilde sonuçlanmaması şeklinde görülürken; komplikasyon, özen ve dikkat yükümlülüğü tam olarak yerine getirilmesine rağmen istenmeyen şekilde ortaya çıkan sonuçtur. Mesela, bir ameliyat sonrası yara enfeksiyonu bir komplikasyondur; ancak profilaktik (koruyucu) antibiyotik gerekliyse ve yara

¹⁴ Altınç Çoltu, "Tıbbi Uygulama Hataları", **I. Tıp Hukuku Günleri: Tıbbi Uygulama Hataları**, İstanbul: TBB Yayınları, 2012, s. 29.

¹⁵ Cantürk Gürol, "Tıbbi Malpraktis ve Tıbbi Bilirkişilik", **Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Ankara: TBB Yayınları, 2015, s. 305-306.

¹⁶ Çoltu, **a.g.e.**, s. 29.

hekimin antibiyotiği vermemesi sebebiyle ortaya çıktıysa bu zen ve dikkat eksikliğine dayanan bir malpraktistir. Aynı Şekilde her türlü önem alınmasına rağmen basit bir ameliyat sonrasında hastada akciğer embolisi¹⁷ görülmesi, vaka ölümlle sonuçlansa bile, malpraktis sayılmaz ve hekim bundan sorumlu tutulmaz. Zira her türlü önlemin alınması, zen ve dikkat yükümlülüğünün yerine getirilmesi sebebiyle bu, istenmeyen Şekilde ortaya ıkmiŐ ve izin verilen risk sınırları içerisinde değerlendirilebilen bir komplikasyondur. Bu Şekilde izin verilen risk sınırları içerisinde değerlendirilen durumlardan dolayı hekime sorumluluk yüklenmesi mümkün değerdir.¹⁸

B. Aydınlatılmış Onam

Normal Şartlarda hekimin tıbbi uygulamasının hukuka uygun olmasının temel Şartı, hastanın onamı yani tedaviyi kabulüdür.¹⁹ Hastanın onamının alınması hekimin yapacağı tm hatalardan sorumluluğunun kalkacağı anlamına gelmez. Aydınlatılmış onam sadece hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygun hale gelmesini sağlar, tedavi sürecinde meydana gelecek hatalardan hekim yine sorumludur. Hastanın onamı yani rızası olmadan yapılan tıbbi uygulamalar hukuka aykırıdır.²⁰

Hekimin hastayı aydınlatmasının geçerli olmasındaki temel Şart, hastanın açıklamaları anlamıŐ olmasıdır. Dolayısıyla hekimin uygulama hakkında bilgi vermesi ve hastayı aydınlatması, onun anlayabileceği dilde ve Şekilde olmalıdır. Bu Şekilde olmayan bilgilendirmelerde hasta aydınlatılmış sayılmaz ve rızası da geçersiz sayılır.²¹

Genel olarak ise hekim hastasını Şu üç aşamada aydınlatıp rızasını almalıdır:

- Teşhiste aydınlatma
- Tedavi sürecinde aydınlatma

¹⁷ Akciğer embolisi: Akciğerdeki bir veya daha fazla atardamarın tıkanması durumu.

¹⁸ zlem zer ve Diğerleri, “Tıbbi Hatalı Uygulamalar, Malpraktis”, **Dicle Tıp Dergisi**, Cilt.3, Sayı.42(2015), s.395.

¹⁹ Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 120-123.

²⁰ Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları, 1991, s. 71-87.

²¹ Tuğçe Oral, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı.2(2011), s.185-194.

- Risklerde aydınlatma²²

Türk Tabipler Birliği (TTB) Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 26. Maddesi aydınlatılmış onam ile alakalıdır. Buna göre hekim hastasını, hastanın sağlık durumu, konulan tanı, uygulanacak tedavi, tedavinin taşıdığı riskler, başarı oranı ve süresi, verilen ilaçların kullanımı ve yan etkileri, hastanın tedaviyi reddetmesi durumunda ortaya çıkacak sonuçlar, uygulanabilecek diğer olası tedavi türleri ve riskleri gibi konularda aydınlatmış olmalıdır.²³

Aynı maddenin devamı bu aydınlatmanın nasıl olacağı üzerinde durmaktadır. Buna göre; bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir şekilde verilmelidir. Dolayısıyla yapılacak aydınlatmanın hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal yapısı göz önünde bulundurularak yapılması gerekmektedir. Sağlıkla ilgili her türlü uygulama kişinin aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam; eksik aydınlatma, baskı, tehdit veya kandırma yoluyla alınmışsa hukuka uygun değildir ve sonuç olarak geçersizdir.²⁴

Hastanın rızasının aranmadığı yani onamın göz ardı edilebileceği istisnai durumlar da vardır. Acil durumlarda, hastanın reşit olmaması ya da bilincinin kapalı olması gibi karar vermesinin mümkün olmadığı durumlarda hastanın rızası aranmaz ancak hukuki temsilcisinin izni alınır. Bu gibi durumlarda hekim büyük önem taşımaktadır. Zira hekim, hukuki temsilcinin tedaviye izin vermemesinin kötü niyete dayandığını ya da bu durumun hastanın yaşamını tehdit edeceğini düşünüyorsa adli mercilere durumu bildirip izin alır ve gerekli müdahaleyi yapar. Ancak bu mümkün değilse ya bir meslektaşına danışır ya da kendisi hastanın hayatını kurtarmak için müdahalelerde bulunur. Dolayısıyla hekim hukuki temsilciden kötü niyet sezerse yahut hasta yaşamı söz konusuysa hem hastanın hem de hukuki temsilcilerinin rızasını almak zorunda değildir.²⁵ Ayrıca normal tedavi sürecinde ortaya çıkan önceden planlanmamış anormal bir durumla karşılaşıldığında hastanın da bilinci yerinde değilse hızlı bir şekilde müdahale edilip kontrol altına alınması gerekir. Böyle bir durumda da hastanın

²² Mehmet Demir, “Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”, **Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2008, s. 157.

²³ Türk Tabipler Birliği, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, Ankara: TTB Yayınları, 2012, s. 14.

²⁴ Türk Tabipler Birliği, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, s. 14-15.

²⁵ Türk Tabipler Birliği, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, s. 15.

aydınlatılması gerekmez ve onamı aranmaz. Bununla birlikte adli vakalar yahut toplumu tehdit eden bulaşıcı hastalıklar nedeniyle yasal açıdan muayene zorunlu ise bu durumlar devletin ve mahkemelerin yetkisi ve izniyle gerçekleştiği için hastanın onamı aranmaz.²⁶

Yukarıda bahsedilen hastanın bilincinin kapalı olduğu ve hemen müdahale edilmesi gereken acil durumlar ile hastanın küçük olması, akli açıdan eksikliklerinin bulunması, hukuki temsilcisinin olmaması, hukuki temsilcinin kötü niyetli olması ya da bulaşıcı hastalıklar gibi olağanüstü durumlarda hekim hastanın veya hukuki temsilcisinin rızasını almak zorunda değildir. Ancak bu ve benzeri durumlar dışında hastaya yeterli bilgi verilmeden ve rızası alınmadan yapılan tıbbi müdahaleler hukuka aykırıdır ve hekim bu şekilde yaptığı müdahalelerin tümünden sorumlu tutulur. Bununla birlikte hasta yeterince bilgilendirilip aydınlatılsa bile rızası alınmadan herhangi bir tıbbi uygulama yapıldıysa bunlar da hekim hatası olarak kabul edilir. Dolayısıyla sayılan olağanüstü durumlar dışında tıbbi uygulamanın hukuka uygun şekilde gerçekleşmiş sayılabilmesi için hastanın yeteri kadar ve doğru biçimde bilgilendirilip aydınlatılması ve rızasının alınması ilk şarttır.²⁷

III. Tıbbi Hata Çeşitleri

Tıbbi hata sadece hekimleri ilgilendiren bir konu olmayıp tedavi sürecine dahil olan eczacı, ilaç üreticisi, yardımcı personel ve hastane sebebiyle de olabilmektedir.²⁸ Bununla birlikte hasta kabulde, acil müdahalede, teşhiste ve tedavide olmak üzere tedavi sürecinin farklı basamaklarında tıbbi hata görülebilmektedir. Tıbbi hata, tedavinin yapılması şeklinde görülebildiği gibi hiç yapılmaması şeklinde de ortaya çıkabilir. Bununla birlikte günümüzde sayılamayacak kadar türü bulunan tıbbi hata; tedavinin yönteminde, malzeme sağlamada ve hastayı aydınlatmada da görülebilmektedir.²⁹ Bu sebeple tıbbi hata çeşitleri üzerinde ayrıntılı araştırma yapanlardan bir kısmı tanıda,

²⁶ Polat Oğuz, Pakiç Işıl, “Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu”, **Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi**, Cilt.2, Sayı.3 (2011), s. 121.

²⁷ İlhan Gülel, “Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt.1, Sayı.5 (2011), s. 588-589.

²⁸ Rezzan Günday, “Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk”, **(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009)**, s. 66-75, 104-107.

²⁹ Günday, **a.g.e.**, s.58-95.

tedavide, koruyucu tedavide ve diğerk durumlarda olmak üzere tıbbi hatayı dört kısma ayırmak gerektiğini söylemiştir.³⁰

Institute of Medicine (IOM) tıbbi hata ile ilgili yayınladığı raporda tıbbi hatanın şu şekilde sınıflandırılması gerektiğini dile getirmiştir,³¹

a. Tanıda yapılan hata

- a.1. Tanıda hata ya da gecikme
- a.2. Belirtilen testlerin uygulanmaması
- a.3. Güncelliğini yitirmiş test ve tedavilerin kullanılması
- a.4. Test ve gözlem sonuçlarına uyulmaması

b. Teşhiste yapılan hata

- b.1. Bir ameliyat, prosedür veya testin yapılmasında hata
- b.2. Tedavinin uygulanmasında hata
- b.3. İlacın dozunda veya kullanma metodunda hata
- b.4. Tedavide önlenabilir gecikme olması veya anormal test sonucuna göre tedavi verme
- b.5. Uygun olmayan (gerekli olmayan) bakım

c. Koruyucu tedavide yapılan hata

- c.1. Profilaktik(önleyici) tedavi sağlamamak
- c.2. Tedavinin yetersiz gözlenmesi veya izlenmesi

d. Diğerk hatalar

³⁰ Özer ve Diğerkleri, **a.g.e.**, s.395.

³¹ Lucian Leape ve Diğerkleri, "Preventing Medical Injury", **Qual Rev Bull**, Vol.19, No.5(1993), s.144-149.

d.1. İletişim başarısızlığı

d.2. Ekipman arızası

d.3. Diğer sistem hataları³²

Yukarıdaki sınıflandırmada da görüldüğü gibi tanı hataları, geçersiz ya da yanlış testlerin uygulanması veya doğru ve gerekli testlerin yanlış şekilde uygulanması ya da yorumlanması sonucu görülür. Tanının yetersiz olması veya yanlış yönlendirilmesi de tedavi hatalarına yol açar. Tedavi hataları ise tedavinin geciktirilmesi, yanlış veya yeterli olmayan tedavi gibi nedenler sonucunda görüldüğü gibi ilaç dozundaki ya da cerrahi işlem tekniğindeki hata sebebiyle de görülebilmektedir. Koruyucu tedavi hataları ise hastalık takibinin yetersiz yapılması, koruyucu antibiyotiklerin yetersiz ya da gecikmiş olarak verilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Ekipman, sistem ya da kullanılan diğer bütün aletler de tıbbi hatalara sebebiyet verebilmektedir.³³

Bu sınıflandırmadan farklı olarak şu şekilde tasnif yapanlar da olmuştur:

İlk olarak ilaçların hastaya uygulanma aşamasında ortaya çıkan *medikasyon hataları* üzerinde durulmuştur ki bu hataların % 34-56'sı önlenabilir niteliktedir. İlaçların yanlış doz veya yanlış şekilde verilmesi, birlikte verildiği ilaçlarla olumsuz etkileşimi ya da alerjisi olan hastaya bu ilacın verilmesi şeklinde görülür. İkinci olarak ameliyat sonucu ortaya çıkan *cerrahi hatalardan* bahsedilmektedir. Yapılan araştırmalara göre, cerrahi müdahale yapılan her elli hastadan birinde bu tip hata görülmektedir. Üçüncü hata çeşiti ise laboratuvar testlerinin gereksiz ya da yanlış uygulanması ve yorumlanması sebebiyle ortaya çıkan *tanı koyma hatalarıdır*. Bu tip hatalar, tedavi sürecinin yanlış işleminin yanı sıra gereksiz ve yanlış tedavilerin uygulanmasına sebebiyet vermektedir. Dördüncü çeşit olarak *sistem yetersizliklerine bağlı olarak ortaya çıkan hatalara* yer verilmiştir. Bu tip hatalar tedavi sürecinde kullanılan aletler sebebiyle meydana gelmekte olup saptanması diğer hatalara nazaran daha zordur. Son olarak hastane enfeksiyonları ve yanlış kan nakli gibi pek çok durum sebebiyle ortaya çıkan *diğer hatalardan*

³² Leape ve Diğerleri, **a.g.e.**, s.144-149.

³³ Özer ve Diğerleri, **a.g.e.**, s.395.

bahsedilmiştir.³⁴ Bu tasnif, hata çeşitlerini daha spesifik ve anlaşılır olarak kategorize etmesi bakımından önceki tasniften daha net anlaşılmaktadır. Ancak koruyucu tedavinin uygulanmaması sebebiyle ortaya çıkan belli bazı hataları kapsamaması bakımından da önceki tasnif daha kapsamlı görünmektedir.

IV. Tıbbi Hata Nedenleri

Tıbbın çalışma alanının insan olması hataların sık görülmesinin temel nedenlerinden biridir. Fiziksel ve ruhsal yapının insandan insana farklılık göstermesi, bir hastalığın her insanda farklı şekillerde görülmesi, insanın karmaşık bir yapıya sahip olması gibi insan kaynaklı nedenler tıbbi uygulamalardaki hataların temel sebeplerindedir. Değişkenlik faktörünün yanı sıra pek çok alanda olduğu gibi tıp alanında da bazı konularda kesin bilginin olmaması ve belirsizliklerin bulunması, tıbbi hata oranını artıran başlıca nedenlerdendir.³⁵

Yapılan araştırmalara göre tıbbi hatanın üç temel nedeni vardır;

- İnsan faktörü
- Kurumsal faktörler
- Teknik faktörler

Yorgunluk, yetersiz eğitim, iletişim eksikliği, yanlış karar, zamansızlık, tartışmacı kişilik gibi insanların sebep olduğu tıbbi hatalar görülebilmektedir. Bunun yanı sıra tedavi görülen kurumun yapısı, idari yapı veya personelin yanlış şekilde dağıtılması gibi kurumdan kaynaklanan hatalara da sıkça rastlanmaktadır. Ayrıca uygun olmayan ya da eksik cihaz, otomasyonun yetersiz olması gibi sebepler de teknik faktörlü tıbbi hata nedenleri arasında sayılmaktadır.³⁶

Temel olarak hata nedenleri bu şekilde ele alınmakla birlikte hataların bir kısmı idari personel sebebiyle, bir kısmı ise tıbbi personel sebebiyle görülmektedir. İdari

³⁴ H. Erdal Akalın, “Tıbbi Hatalar: Nedir, Nasıl Önlenebilir?”, **Ankem Dergisi**, Cilt.15, Sayı.3(2001), s.244.

³⁵ Hakan Hakeri, “Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı”, **Toraks Cerrahisi Bülteni**, Cilt.5, Sayı.1(2014), s. 23.

³⁶ Tuğba Y. Esencan, Ergül Aslan, “Jinekoloji ve Obstetride Tıbbi Hatalar ve Hasta Güvenliği”, **Sağlık ve Hemşirelik Yönetimi Dergisi**, Cilt.3, Sayı.2 (2015), s. 155.

personel kaynaklı hatalar, ülkedeki genel sağlık sistemi ve o sağlık kurumunun kendi yönetim sisteminden kaynaklı olarak görülebileceği gibi kurumun fiziki yapısının sağlık hizmeti vermeye uygun olmaması, kurumdaki cihazların bakım ve onarımının yapılmaması gibi sebeplerle de görülebilmektedir. Sağlık kuruluşunun yöneten yetkili kişiler tarafından yeterli nitelikte ve sayıda odaya ve cihazın temin edilmemesi de idari hata nedenlerinden sayılmaktadır. Ayrıca idari personelin kayıt ve dosya tutma konusundaki ihmali, kalitesiz malzeme ve cihaz satın alması, ilaç stoklarının ya da tüketim tarihlerinin kontrol edilmemesi gibi doğrudan idari personelden kaynaklanan sorunlara da rastlanmaktadır. Yapılan çalışmalar tıbbi hataların en büyük nedeninin ilgisiz ve yorgun sağlık personelleri olduğunu göstermiştir. Tıbbi personel kaynaklı hatalar ise meslek öncesi ve sonrası eğitim eksikliği, hekim ve hemşirelerin haftada iki gün gelmemek için tam gün çalışmayı tercih etmeleri, nöbet sürelerinin çok uzun olması, personel yetersizliğinden dolayı yardımcı sağlık personelinin yetkili olmadığı işler yapmak zorunda kalması gibi nedenlerle görülebilmektedir.³⁷

En sık rastlanan tıbbi hata nedenlerinden biri de hekimin uzmanlık alanının dışına çıkmasıdır. Hekimin uzman olmadığı bir alanda uygulamaya gitmesi yetki sınırını aşma çerçevesinde görülür ve tıbbi hata olarak kabul edilir. Ayrıca hekimin hastasını eksik şekilde bilgilendirmesi, hastadan rıza alınmaması ya da alınan rızanın sınırlarının aşılması da tıbbi hata nedenleri arasında sayılmaktadır. Bunlara ilaveten tanı ve tedavi hataları başta olmak üzere özen eksikliğinden ve sır saklama yükümlülüğüne uyulmamasından kaynaklanan hatalar da hekim kaynaklı olarak en çok ortaya çıkan hata çeşitlerini oluşturmaktadır.³⁸

V. Tıbbi Hatanın Önlenmesi

Tıbbi hata oranlarının artmasıyla birlikte hataları önlemeye yönelik çalışmalarda da artış gözlenmiştir. Araştırmacılar tıbbi hataların önlenmesinde en önemli faktörün, adalete en uygun şekilde sonuçlanan malpraktis davaları olduğunu dile getirmişlerdir. Hukukçular malpraktis davalarını; güvenli olmayan tıbbi uygulamalardan caydırmak,

³⁷ Tuba Saygın, Belma Keklik, "Tıbbi Hata Nedenleri Üzerine Bir Araştırma: Isparta İli Örneği", **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, Cilt.17, Sayı.2(2014), s. 101-102.

³⁸ Serkan Kızılyel, "İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu", **Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2008, s. 210-215.

ihmal sonucu zarar gören kimsenin zararını telafi etmek ve adaletin yerini bulması şeklinde üç sosyal amacı gerçekleştirmek gayesiyle sonuçlandırılmaya çalışırlar. Bununla birlikte malpraktis davaları, hekimlere maddi ve manevi tazminat cezalarından sakınmak gerektiğini dolayısıyla da hastalara daha fazla özen gösterilmesini hatırlatır. Bu şekilde zarar gören kişi tarafından kazanılan maddi ve manevi tazminat davaları dolaylı olarak ortaya çıkacak yeni tıbbi hataların önlenmesine ve tıbbi hataların azalmasına sebep olur. Malpraktis davalarının artması ve kazanılan davalardaki tazminat oranlarının yüksekliği, hekimlere işlerinin ciddiyetini hatırlatmakta ve tıbbi hataların önlenmesine sebep olmaktadır.³⁹

Institute of Medicine (IOM), tıbbi hatayla ilgili yayınladığı raporda tıbbi hataların azalması için şu önerilerde bulunmuştur:

- Liderlik ve araştırma yapıp gerekli olan araçları belirleyecek ve güvenlikle ilgili bilgi altyapısını geliştirecek protokolleri oluşturacak ulusal bir merkezin kurulması, tıbbi hataların önlenmesindeki ilk aşamadır. Bu merkezin kurulmasında devlet aktif şekilde rol almalı ve maddi-manevi yardımı esirgememelidir. Kurulan bu merkezde hasta güvenliğini artıracak nitelikte kongreler düzenlenmeli ve ulusal hasta güvenliğinin amaçları belirlenmelidir.

- Ülke çapında zorunlu veya gönüllü tıbbi hata raporlama sistemiyle ilgili bir program hazırlamak ve bu sayede hataların bilinmesini sağlamak ise ikinci aşamadır. Bunun için sağlık kuruluşlarını raporlama sistemini kullanmaya teşvik etmek ve böylece sistemi geliştirmek gerekmektedir. Bu program da devlet eliyle oluşturulmalı ve ölümle ya da ciddi yaralanmalarla sonuçlanan vakaların kayıt altına alınıp bilinmesi ve takip edilmesi sağlanmalıdır.

- Tıbbi uygulama standartlarını yükseltmek ve hasta güvenliğini artıracak iyileştirmeler yapmak, bunun yapılabilmesi için de hasta sağlığı ve güvenliğinin korunması için çalışan gruplardan yardım almak gerekir. Bu amaçla konuyla ilgili çalışma yapan profesyonel gruplardan yararlanılabilir yahut bu işi yapabilecek elemanlar yetiştirilmelidir.

³⁹ David M. Studdert, Michelle M. Hello, Troyen A. Brennan, "Medical Malpractice", **The New England Journal of Medicine**, Vol.350, No.3(2004), s. 283.

•Uygulamaları güvenli bir şekilde sağlayabilmek için sağlık kuruluşlarında güvenlik sistemleri oluşturulmalıdır. Günümüzde hastanelerde bilinen güvenlik sistemlerinin bile kullanılmaması sebebiyle sık sık ilaç hataları görülmektedir. Bunların önüne geçebilmek için sağlık kuruluşlarının güvenlik kültürünü artırmak gerekmektedir.⁴⁰

Institute of Medicine'in tıbbi hataların önlenmesine dair önerilerine bakılacak olursa hasta güvenlik sisteminin her açıdan geliştirilmesi ve hasta güvenliği kültürünün yayılması gerektiği üzerinde durduğu görülmektedir. Hasta güvenliğinin kültür haline gelmesiyle hasta, hekim ve sağlık kuruluşları birlikte hareket edecek ve bu şekilde hastaya gereken önem ve özen gösterildiği için tıbbi hata oranlarında büyük oranda düşüş görülecektir.

Tıbbi hataların önlenmesi amacıyla öncelikle yeterli bilgi ve yeteneğe sahip donanımlı hekimlerin yetiştirilmesi dolayısıyla da tıp eğitiminin kalitesinin artırılması gerekmektedir. Hekimlerin bilgilerini yenilemesi ve alandaki yeni gelişmeleri takip etmesi ile birlikte hata oranlarında ciddi düşüş gözlenmesi planlanmaktadır. Ayrıca hekimlerin davranış açısından da kendilerini değiştirmeleri, iyi niyetli olmaları ve empati kurup hastaya daha yumuşak davranmaları, hastalığın doğru tespiti, tedavi sürecinin sağlıklı ilerlemesi ve hata oranlarının düşmesi açısından büyük önem taşımaktadır.⁴¹ Zira yapılan araştırmalara göre meydana gelen tıbbi hataların büyük bir çoğunluğu da hasta ile hekim arasındaki iletişim eksikliğinden kaynaklanmakta, iletişim becerisi daha iyi olan bayan doktorlar hakkında daha az şikayet geldiği görülmektedir. Dolayısıyla tıp eğitimi sırasında iletişim becerilerini artırmaya yönelik yapılacak eğitimlerle tıbbi hataların azalması beklenmektedir.⁴² Bununla birlikte hasta kayıt sistemine daha güvenli bir yapı kazandırmak suretiyle muayene bulguları, tetkik ve gözlem sonuçları, tanı ve

⁴⁰ Institute of Medicine, **To Err Is Human: Building a Safer Health System**, Washington, DC: National Academy Press, 1999, s. 25-31.

⁴¹ Fatma Yücel Beyaztaş, "Dört Olgu Nedeniyle Tıbbi Yanlış Uygulama", **C.Ü. Tıp Fakültesi Dergisi**, Cilt.23, Sayı.1(2001), s. 52.

⁴² Gürcan Altun ve Abdullah Coşkun Yorulmaz, "Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis", **Trakya üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, Cilt.27, Sayı.1(2010), s. 10.

tedavi süreçleri daha sistemli şekilde muhafaza edilecek ve bu şekilde teknik sebeplerden kaynaklanan tıbbi hataların önlenmesi sağlanacaktır.⁴³

Son olarak devlet eliyle oluşturulacak, sıkı yaptırımları olan tam teşekküllü bir sağlık hukuku ve tıbbi hatalarla alakalı hukuki boşlukların doldurulması, tıbbi uygulama hatalarının azalmasını ve malpraktis davalarının doğru şekilde yönlendirilmesini sağlayacaktır. Zira meydana gelen tıbbi hatalar, bütün meslek grupları için geçerli olan genel hukuk kurallarıyla çözülmeye çalışılmakta ve bu maddeler çoğu zaman yetersiz kalmaktadır. Tıbbi uygulamalarda söz konusunun insan canı olması sebebiyle hekimlikteki yaptırımlar ve meydana gelen tıbbi hatalar diğer meslek gruplarından farklı şekilde ele alınmalıdır. Bu şekilde hekimlerin daha dikkatli ve özenli olmaları sağlanacak ve tıbbi hata oranlarında ciddi düşüş gözlenecektir.⁴⁴

VI. Tıbbi Hata Bağlamında Hekimin Sorumluluğu

A. Hukuki Sorumluluk

Tıbbi müdahalelerde hukuki sorumluluğun sınırlarını belirlemek büyük önem arz etmektedir. Zira her uygulamada hekime sorumluluk yüklemek tıbbi ilerlemelere engel olacağı gibi hekime hiç sorumluluk yüklemeyip bütün davranışlarını kusursuz görmek de tıbbi hataların artmasına yol açar. Ayrıca hekim ile hasta arasındaki sorumluluğun hangi tür sorumluluk olduğunu tespit etmek tazminatın dayanağı, kapsamı ve ispat yükümlülüğünün kime ait olacağı gibi konuların doğru şekilde tespit edilebilmesi açısından büyük önem arz etmektedir.⁴⁵ Ancak günümüzde kurumsallaşmanın artması ve çalışma alanlarının giderek spesifikleşmesi sebebiyle pek çok hekim türünün olduğu görülmektedir. Hekimin sorumluluklarını doğru şekilde belirleyebilmek için hasta ile olan ilişkisinin yanı sıra hastane ile olan ilişkisinin tespiti de büyük önem taşımaktadır. Bu açıdan meydana gelen tıbbi bir hatada hekimin sorumluluğundan doğru şekilde bahsedilmek için öncelikle çalışma yerleri bakımından hekimin sorumluluğunun ele alınması gerekmektedir. Bu sebeple serbest çalışan hekim ile hastanede çalışan hekim

⁴³ Fatma Yücel Beyaztaş, **a.g.e.**, s. 52.

⁴⁴ Fatma Yücel Beyaztaş, **a.g.e.**, s. 52.

⁴⁵ Mehmet Demir, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", **AÜHFD**, 2008, s. 228.

şeklinde ikili bir ayırım yaparak hekimin hukuki sorumluluğu daha doğru şekilde tespit edilmeye çalışılacaktır.

1. Serbest Çalışan Hekimin Hukuki Sorumluluğu

Modern dönemde sıkça rastlanan hekim çeşitlerinden biri herhangi bir hastaneye bağlı olmayıp kendi adına işlettiği bir yeri veya muayenehanesi olan *serbest çalışan doktordur*. Serbest çalışan doktorlar da aynen diğer doktorlar gibi tıp fakültesi diplomasına sahip, tabip odasına kayıtlı ve hekimliğe engeli bulunmayan kişilerdir. Belli bir hastaneye bağlı olmaksızın çalışan serbest doktor kendi muayenehanesinde sağlık hizmeti verebileceği gibi özel hastanelerde de istisnai olarak tıbbi müdahalede bulunabilmektedir. Özel hastanenin kendi personeli olan doktor dışında hastanın talebiyle kendi istediği dışardan serbest çalışan bir doktoru da tedavi için çağırması mümkündür. Bu durumda özel hastane ile serbest çalışan doktor arasında herhangi bir sözleşmeye dayalı ilişki bulunmamakla birlikte hastanın ayrı ayrı doktor ve hastane idaresiyle ilişkisi bulunmaktadır. Hasta ile hastane arasında *eksik/bölünmüş kabul sözleşmesi* kurulurken, hasta ile doktor arasında birazdan ayrıntılı olarak bahsedileceği üzere *hekimlik sözleşmesi* kurulur. Dolayısıyla doktorun dışardan çağırıldığı ve özel hastanenin sadece mekan olarak kullanıldığı durumlarda, hastane ve ekipman sebebiyle meydana gelen zararlardan hastane sorumlu iken; hekimin kendi hatası sebebiyle meydana gelen zararlarda doğrudan kendisi sorumlu tutulur.⁴⁶

Yukarıda bahsedildiği gibi serbest çalışan doktor ile hasta arasında hekimlik sözleşmesinin kurulduğundan bahsedilir. Bu sözleşmede hekimin en önemli görevi hastalığın uygun şekilde teşhis ve tedavisidir. Ancak hekimlik sözleşmesinin hukuki açıdan hekime yüklediği başka yükümlülükler de vardır. Hastayı aydınlatma ve rızasını alma, sır saklama, sadakat ve özen gösterme, kayda geçirme gibi yükümlülükler de hekimlik sözleşmenin gereğidir ve yerine getirilmediği takdirde tıpkı hatalı tıbbi uygulamalar gibi hekime sorumluluk yükler. Hekimin sözleşmeden doğan bu

⁴⁶ Aykut Cemil Aykın, “Hekimin Sorumluluğu ve Bu Kapsamda Vakıf Üniversite Hastanelerinde Çalışan Hekimlerin Durumu”(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir Üniversitesi SBE, 2015), s. 170.

sorumlulukları ihlal ettiği her durumda hastanın dava açıp tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır.⁴⁷

Hekimin hukuki sorumluluğu bu şekilde *akdi bir ilişki*den kaynaklandığı gibi *haksız fiil* veya *vekâletsiz iş görmeden* de kaynaklanabilir. Hekim ile hasta arasında sözleşmenin bulunmadığı ya da sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlal edilip hukuka aykırı fiil işlemek suretiyle hastanın zarar gördüğü durumlarda *haksız fiil ilişkisi* bulunurken, hasta rızasının zorunlu olmadığı zaruret halleri gibi hekimin rızasız müdahale ettiği olağanüstü durumlarda da *vekâletsiz iş görme* olduğundan bahsedilir ve hekim bu bağlamda sorumlu tutulur.⁴⁸ Ancak tıbbi hataların genellikle sözleşmenin ihlalinden kaynaklanması sebebiyle burada daha çok hekim ile hasta arasında kurulan hekimlik sözleşmesinin mahiyetinden bahsedilecektir. Modern dönemde hekim ile hasta arasındaki bu ilişkinin hukuki karşılığının hizmet (iş), vekâlet ve eser (istisnâ‘) sözleşmesi olduğu konusunda ihtilaf edilmiştir. Bununla birlikte hasta-hekim ilişkisinin kendine has bir yapısı olduğunu, dolayısıyla da bu sözleşme çeşitlerinin dışında atipik bir iş görme sözleşmesi bulunduğunu savunanlar da bulunmaktadır.⁴⁹ Bu bölümde hekimle hasta arasındaki sözleşmenin mahiyeti hakkındaki modern döneme ait görüşler delilleriyle birlikte açıklanacaktır.

a. Vekâlet Sözleşmesi

Hekimle hasta arasındaki ilişki Türk hukukunda genellikle vekâlet sözleşmesi olarak görülmektedir.⁵⁰ Zira vekâlet akdindeki iş görmenin başkasının menfaatine ve isteğine uygun olarak yapılması, iş görmenin zamanla sınırlandırılmaması, vekilin iş görmede başarılı olmama tehlikesinin bulunması, vekilin özenle ifa sorumluluğunun

⁴⁷ Berna Özpınar, “Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları”, **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt.66, Sayı.3(2008), s. 99.

⁴⁸ Nurten Fidan, “Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu”, **TAAD**, Cilt.1, sayı.3(2010), s. 352-358.

⁴⁹ Nizamettin Aydın, “Hasta Haklarının Hukuki Boyutu ve Korunma Yolları”, **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı: 22(Aralık 2008), s. 300-301.

⁵⁰ Hakeri, **a.g.e.**, s. 353-354.

bulunması gibi özellikler hekim ile hasta arasındaki ilişkinin niteliklerini anımsatmaktadır.⁵¹

Hekimle hasta arasındaki ilişkinin vekâlet akdine dayandığını iddia edenlere göre hekim vekil, hasta ise müvekkil konumundadır. Vekâlet akdinde sayılan özelliklerde olduğu gibi vekil sayılan hekim de özenli olmak ve tıp ilminin genel kurallarına riayet etmek şartıyla tedavi sürecini dilediği şekilde yönetme hakkına sahiptir. Müvekkil konumundaki hasta ise dilediğinde vekâlet sözleşmesini bozup tedavi sürecini bırakabilir, bir başka deyişle tedavi hakkını kullanmayabilir. Ayrıca vekâlet sözleşmesi gereğince hasta dilediği anda tedaviyi bırakma hakkına sahip olduğu için vekil konumundaki hekim müdahalelerini sürdürebilmek adına tedavi sürecinin her aşamasında hastayı bilgilendirip rızasını almak zorundadır.⁵²

Hekimlik sözleşmesinin vekâlet akdi bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini düşünenlere göre hekimlik sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi ücret açısından da benzerlik göstermektedir. Genel olarak hekimlik sözleşmesinde de vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi müvekkilin ücret ödemesi bir kural değildir. Ancak sözleşmede bir ücret belirlendiyse veya o anki durum ücret ödemeyi gerektiriyorsa müvekkil olan hasta belirtilen ücreti öder. Böyle bir durum yoksa vekâlet akdinde olduğu gibi müvekkilin belli bir ücret ödemesi şart değildir. Bu açıdan da hekimlik sözleşmesi vekâlet akdine benzemektedir. Ücret açısından benzerliğin yanı sıra süre ve sonuç açısından da hekimlik sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi arasında bağlantı kurulmuştur. Vekâlet akdinde vekil işin belli bir vakitte biteceğine dair söz vermek zorunda olmadığı gibi başarıyı garanti etmek zorunda da değildir. Aynı şekilde tıp mesleğinin bir gereği olarak hekim de tedavinin tam olarak ne zaman biteceğine ve başarıyla sonuçlanacağına dair bir garanti vermemektedir. Bu açıdan da hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekâlet akdi bağlamında değerlendirilmesinin daha doğru olduğu iddia edilmiştir.⁵³

⁵¹ Ali Osman Özdilek, “Tıpta Yanlış Uygulama (Malpraktis) Sebebiyle Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_300.htm (17 Mart 2017), s. 17-19.

⁵² Aydın, a.g.e., s. 302.

⁵³ Şaban Kayıhan, “Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.2, Sayı.1(1998), s. 1-7.

Bununla birlikte hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi sayılmasını eleştirenler de olmuştur. Bu görüşü benimseyenlere göre ilk olarak, vekâlet akdinde vekil müvekkilin nam ve hesabına hareket eder. Vekil konumundaki doktor ise hastanın nam ve hesabına hareket etmez. Eleştirilen ikinci nokta ise vekilin müvekkilin emir ve istekleri doğrultusunda hareket etmesi gerekirken, doktor hastanın emri altında değildir; bilakis doktor tıbbi ilkelere uyacak şekilde kendisine uygun gelen müdahalelerde bulunur. Bu açıdan da hasta ile hekim arasındaki ilişkinin bir vekâlet akdi olmadığını savunmuşlardır. Üçüncü eleştiri ise şu şekildedir: Vekil her ne durumda olursa olsun müvekkile gereken açıklamaları yapmak ve müvekkilin sorularını doğru şekilde yanıtlamak zorundadır. Hekimin ise aydınlatma ve hastanın rızasını alma yükümlülüğü bulunmakla birlikte bazı özel durumlarda hastaya açıklama yapmayabilir hatta yalan bile söyleyebilir. Dördüncü eleştiri noktası ise izin konusundadır. Hekim hastaya söylememesi gereken ya da hastayla iletişim kurmadığı zorunlu durumlarda hastanın yakınlarından izin alarak tedaviye başlar, hekim ile hasta arasındaki ilişki vekâlet ilişkisi olsaydı tedavi sürecine başlamak için yakınlarından değil sadece vasiden izin veya onay alması gerekirdi. Bu açılardan hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekâlet akdi kapsamında olduğunu iddia etmek zorlaşmaktadır.⁵⁴

Kanaatimize göre vekâlet akdinin vekil tarafından tek taraflı olarak bozulabilmesine rağmen hekimin zorunlu olmayan haller dışında ya da başka bir hekime yönlendirmeksizin tedavi sürecini yarıda bırakmasının mümkün olmaması sebebiyle hekim ile hasta arasındaki ilişkinin tam olarak vekâlet akdine dayandığını kabul etmek güç gözükmektedir. Zira hasta ile hekim arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesine dayandığı söylenecek olursa hekimin, tedaviyi bırakması sebebiyle meydana gelen hatalardan sorumlu tutulmaması gerekir ki bu da imkansızdır. Bir diğer açıdan vekâlet sözleşmesinin yapısında bulunan vekilin müvekkili bir konuda temsil etmesi durumunun hekimlik sözleşmesinde bulunduğunu tasavvur etmek güçtür. Zira hekimlik sözleşmesinde hekim hastayı temsilen onun adına bir iş yapmamakta; bilakis kendi işini yapmaktadır. Bu gibi önemli noktalardaki farklılıklar açısından bakıldığında her ne kadar günümüz Türk hukukunda hekim ile hasta arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğu

⁵⁴ Pınar Öz, “Vücuda Tıbbi Girişim ve Doktorun Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı.5(1984), s. 715.

görüşü hakim ise de kanaatimizce hekimlik sözleşmesiyle vekâlet sözleşmesi yukarıda bahsedilen gerekçelerden ötürü önemli açılardan farklılıklar göstermektedir.

b. Hizmet (İş) Sözleşmesi

Hukukçuların bir kısmına göre hekim ile hasta arasındaki sözleşme hizmet sözleşmesi bağlamında değerlendirilmelidir. Bu yaklaşıma göre hekim ile hasta arasındaki ilişki hizmetin ifası edimine dayanmaktadır. Hekimin edimi hastayı iyileştirme hizmeti iken hastanın edimi ise ücreti hekime ödemektir. Hekimin edimi olan iyileştirme hizmetini gerektiği şekilde yerine getirmediği durumlar sözleşmeye aykırı olarak kabul edilir ve bu tip durumlarda hekimin sorumluluğu söz konusu olur.⁵⁵ Alman hukukunda, Roma hukukunda⁵⁶ ve İslam hukukunda da hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesi olduğu kabul edilirken, Türk hukukunda genel kabul gören görüşe göre hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki hizmet sözleşmesine değil vekâlet sözleşmesine dayanır.⁵⁷

Hizmet sözleşmesinde süre belirli de belirsiz de olabilir. Buna bakılmaksızın hizmet ilişkisi devamlı surette borç doğuran bir süreçtir. Bununla birlikte hizmet sözleşmesinde işveren, işi kendi belirlediği kişiye yaptırma hakkına sahiptir ve bu şekilde işçi aslında işin bizzat kendisi tarafından yapılacağına dair vaatte bulunmuş olur. Ancak iş akdiyle ilgili borçlar hukukundaki maddelere göre, işverenin izni ya da onayı olmaksızın işin niteliğinin gerektirdiği durumlarda kendi yerine yapmak üzere başka birini getirme hakkı vardır.⁵⁸

Hizmet sözleşmesinin konuyla bağlantılı diğer bir özelliği de işçi ile işveren arasında var olduğu kabul edilen bir tür bağıllık üzerine kurulu olmasıdır. İşçi, işverenin belirlediği şekilde ve yerde, onun emir ve talimatlarına uyarak görevini yerine getirir. Buna karşılık işveren de belirlenen ücreti ödemekle yükümlüdür. Bu açıdan, modern dönemdeki hukukçuların çoğuna göre, hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi

⁵⁵ Aydın, **a.g.e.**, s. 301-302.

⁵⁶ Buse Aksaray, “Roma Hukuku ve Türk Hukukunda Hekimin Sorumluluğu Bakımından Kusur”(Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2017), s. 116.

⁵⁷ Şaban Kayıhan, “Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.2, Sayı.(1998), s. 1-7.

⁵⁸ Kayıhan, **a.g.e.**, s. 11-13.

bağlamında değerlendirilmesi zorlaşacaktır. Çünkü hekim mesleğini yürütürken tıp mesleğinin genel esasları çerçevesinde tedavi sürecini yönetir ancak tedaviyi garanti edemez ve sınırlı bir süreyle sabit tutamaz. Bu açıdan günümüzdeki bazı hukukçular hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesi olmadığını kabul etmektedirler.⁵⁹

Hizmet sözleşmesi yapısal özellikleri bakımından da kendine hastır. Bu yapısal özellikler gereği hizmet sözleşmesinde tarafları oluşturan işçi ile işveren arasında hiyerarşik bir durum bulunmaktadır. Hizmet sözleşmesinin yapısındaki bu alt-üst ilişkisinin zorunlu bir sonucu olarak işçi, işverenin emri altındadır. Hekim ile hasta arasındaki ilişkide ise hekim işçi konumunda bulunmakla birlikte hastanın emri altında olmayıp hatta belli durumlarda amir konumunda bile olabilir. Bu açıdan da hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesine dayanamayacağını söyleyenler olmuştur.⁶⁰

c. Eser Sözleşmesi

Hekimlik sözleşmesinin eser sözleşmesine dayandığını söyleyenler de olmuştur. Eser sözleşmesi iki tarafa da borç yükleyen bağlayıcı bir akit olmasının yanı sıra sözleşmede taraflar müteahhit ve eser sahibidir. Bu sebeple yapılan anlaşmayla eser sahibi, söz konusu eserin yapımını müteahhite yükler. Böylece müteahhit eserin yapımı ile borçlanmış olurken eser sahibi de ücreti ödeme yükümlülüğü altına girer. Ancak eserin ne olduğu konusunda tartışmalar olmakla birlikte yaygın görüşe göre, maddi niteliğine bakılmaksızın iktisadi bir değeri olan her türlü varlık eser olabilir. Tıp alanıyla ilgili olarak diş ve protez yapımının eser sözleşmesi kapsamında olduğuna dair Yargıtay kararları da bulunmaktadır.⁶¹

Hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisinin eser sözleşmesi olarak değerlendirilmesini eleştirenler de olmuştur. Zira eser sözleşmesiyle birlikte müteahhit eseri yapmayı vaat etmekteyken hekim hiçbir zaman tedaviyi vaat edemez, sadece tedavi için gayret edeceğine dair vaatte bulunabilir. Ayrıca istisnalar hariç olmakla birlikte çoğu zaman tedavi süreci belli riskleri de içinde barındırmaktadır. Dolayısıyla hekimlik sözleşmesi bu açıdan da eser sözleşmesinden farklılık göstermektedir. Eser sözleşmesi

⁵⁹ Demir, “Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”, s. 154.

⁶⁰ Öz, **a.g.e.**, s. 714.

⁶¹ Kayıhan, **a.g.e.**, s. 7-9.

kapsamında görülen tıbbi uygulamalar genellikle estetik operasyonlar ile diş ve protez yapımlarıdır. Bu tarz tıbbi müdahaleler eser sözleşmesine dayandığı varsayılan istisnai durumlardır. Bu şekilde ortaya bir eserin koyulduğu istisnalar hariç tıbbi müdahaleler eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmez.⁶² Hatta estetik operasyonlar ile diş ve protez yapımında da belli komplikasyonlar görülebilmesi, ayrıca bu işlemlerin sonucunun sabit olmayıp maharet ve beceriyle ilgili olması ve hekimden hekime büyük farklılıklar göstermesi gibi nedenlerle bu iki istisnayı da eser sözleşmesi kabul etmeyip vekâlet içerisinde değerlendirenler bulunmaktadır.⁶³

Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin niteliği konusunda yukarıda bahsedildiği şekilde farklı görüşler bulunmaktadır. Kısa bir değerlendirme yapmak gerekirse hekimle hasta arasındaki ilişkinin vekâlet akdi olarak görülmesi mümkün değildir. Zira vekâlet akdi, vekil tarafından tek taraflı olarak bozulabilmesine rağmen hekimin olağanüstü durumlar dışında tedaviyi bırakması mümkün değildir ve bu şekilde tedaviyi bırakmasından dolayı hekim sorumlu tutulur. Ayrıca vekâlet akdinde vekilin karşı tarafı temsilen bir iş yapması durumu hekim ile hasta arasında bulunmamaktadır. Hekim hastaya vekâleten bir iş yapmamakta bilakis kendi işini yapmaktadır. Bu noktalardan ele alındığında hekim ile hasta arasında vekâlet akdinin bulunduğunu söylemek zorlaşmaktadır. Bununla birlikte protez, bazı estetik ve diş müdahaleleri durumlarında istisnai olarak eser sözleşmesinin bulunabileceği mümkün gözükmele bunu genelleştirerek hekim ile hasta arasındaki bütün sözleşmelerin eser sözleşmesine dayandığını söylemek de imkansızdır. Zira pek çok müdahalede ortaya somut bir eser çıkmaması bile bunun en büyük kanıtıdır. Bu açılarından hekim ile hasta arasındaki ilişki vekâlet ve eser akdi olarak değerlendirilemeyeceğinden kanaatimize göre en makul olan, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hizmet (iş) sözleşmesi olduğuna dair görüştür.

2. Hastanede Çalışan Hekimin Hukuki Sorumluluğu

Hastanede çalışan hekimlerin hukuki sorumluluğu, serbest çalışan hekimlerin sorumluluğundan farklıdır. Çünkü hastanelerin söz konusu olmasıyla birlikte hekim doğrudan hastayla değil, hastaneyle de ilişki kurmaktadır. Bu ilişkinin niteliğinin

⁶² Kayıhan, **a.g.e.**, s. 9-10.

⁶³ Aydın, **a.g.e.**, s. 302-303.

açıklanacağı bölümde hekimler, özel hastanede çalışan ve devlet hastanesinde çalışan olmak üzere iki kısımda ele alınmak suretiyle hukuki sorumluluk açısından incelenecektir. Tıbbi hatanın söz konusu olduğu durumlarda sorumluluğun sadece hekim ile sınırlı tutulması ve hastanelerin sorumluluktaki payının göz ardı edilmesi, büyük sorunlara yol açacaktır. Bu açıdan hastanede çalışan hekimin sorumluluğunun müstakil olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Günümüzde sağlık hizmeti sunanlar kategorisinde yer alan hekimlerden biri *özel hastanede çalışan doktordur*. Özel hastane ile sağlık hizmetini sunacak personel arasında yapılan sözleşme *hizmet (iş) sözleşmesidir*. Bu hizmet sözleşmesi hekime işini özen ve dikkatle yapma, sadakat ve bağlılıkla yapma, sır saklama gibi borçlar yükler. Hizmet sözleşmesinde hekim, işverenin istediği şekilde çalışmak zorundadır, ancak özel hastanelerde çalışan doktorun işvereni hasta değil özel hastane idaresidir.⁶⁴ Özel hastane idaresi ile hekim arasında hizmet sözleşmesi kurulurken, hasta ile hastane arasında bir çeşit özel hukuk sözleşmesi olan *tam kabul sözleşmesi* kurulmaktadır. Bu sözleşme tam kabul sözleşmesi olduğundan hasta ile hastane arasında kurulduğu için tıbbi tedavi ve bakım hizmetlerinden kaynaklanan herhangi bir zarar meydana geldiğinde sorumluluk da tamamen hastane idaresine ait olmaktadır. Özel hastanede hekimin görevi hastane adına tedavi hizmetini yerine getirme anlamında ifa yardımcılığıdır.⁶⁵ Dolayısıyla özel hastanede çalışan doktorla hastane arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmayıp doktorun hastaya karşı sorumluluğu *haksız fiil sorumluluğuna* dayandırılmaktadır.⁶⁶ Yani haksız fiil sebebiyle bir zarar meydana gelmişse özel hastanede çalışan hekim ancak bundan sorumlu tutulabilir. Bunun dışında meydana gelen zararlardan hekim değil özel hastane idaresi sorumludur. Genel olarak söylemek gerekirse özel hastanede meydana gelen zararlar doktorun haksız fiili sebebiyle meydana gelmişse bundan doğrudan doktor sorumludur, ancak özel hastane idaresinin özenli personel seçmemesinden dolayı hastane idaresi de sorumlu tutulabilir.⁶⁷

⁶⁴ Cahide Tezel, “Özel Hukuk Bağlamında Hekimlerin Hukuki Sorumluluklarının Nedenleri”(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2014), , s. 74-77.

⁶⁵ Tezel, **a.g.e.**, s. 77-79.

⁶⁶ Hakeri, **a.g.e.**, s. 357-358.

⁶⁷ Aykın, **a.g.e.**, s. 162-170.

Modern dönemde sık rastlanan doktor çeşitlerinden bir diğeri de *devlet hastanesinde çalışan hekimdir*. Özel hastanelerde işletmeciler kar amacı güderken devlet hastanelerinde hizmet amacı güdülür. Bu sebeple devlet hastanesinde çalışan hekim kamu görevlisi olarak düşünülüğünden meydana gelen tıbbi hatalar da *hizmet kusuru* kapsamında değerlendirilir.⁶⁸ Hizmet kusuru ise idarenin tazmin yükümlülüğüne sebep olur. Dolayısıyla devlet hastanesinde çalışan bir hekimin herhangi kusurlu bir davranışı sebebiyle meydana gelen zarardan hekim değil, hastane idaresi sorumludur. Bu, devlet hastanesinde çalışan hekimin tazmin sorumluluğunu hiçbir şekilde yüklenmediğini göstermez. Meydana gelen zararlardan hastane idaresi sorumlu tutulmakla birlikte hastane idaresi dava sonucuna göre zarara sebep olan hekime hata oranında rücu eder. Sorumluluk bakımından devlet hastaneleri de Sağlık Bakanlığı'na bağlı olduğu için devlet hastanelerinde meydana gelen hatalar için açılan davalar hekime veya hastaneye değil; doğrudan Sağlık Bakanlığı'na açılabilir.⁶⁹ Çünkü hukuki bağlamda bakılacak olursa hasta kamu hizmetinden yararlandığından burada hasta ile hekim arasında veya hasta ile hastane arasında sözleşmeye dayalı herhangi bir ilişki yoktur. Ancak ortada zararının tazmin edilmesini bekleyen bir hasta olduğu için mesele idari hukuku ilgilendiren bir meseledir ve sorumluluk da ilk aşamada Sağlık Bakanlığı'na aittir. Yukarıda bahsedildiği şekilde hastane idaresinin dava sonucuna göre hekimin hatası oranında tazminat bedelini talep etmek üzere rücu etme hakkı da mevcuttur. Dolayısıyla devlet hastanesinde çalışan doktor meydana gelen tıbbi hatalardan doğrudan değil dolaylı olarak sorumlu tutulabilmektedir.⁷⁰

Devlet hastanelerinde hekimin doğrudan sorumlu tutulmayıp dava açılmaması durumu, hekimlik mesleğini ilgilendiren ve kişisel kusuru barındırmayan zararlarda söz konusudur. Hekimin yasa ve kurallara uymaması ya da kin gütmesi gibi kişisel sebeplerle bir zarar meydana gelmesi durumunda ise hasta doğrudan devlet hastanesinde çalışan hekime de dava açabilmektedir. Dolayısıyla devlet hastanesinde çalışmakta olan hekimin kusurları; *hizmet kusuru* ve *görevden ayrılabilen kişisel kusur* şeklinde ikiye kısımda ele alınmalı ve sorumlulukları bu bağlamda değerlendirilmelidir. Hekimin göreviyle ilgili

⁶⁸ Hakeri, **a.g.e.**, s. 359-360.

⁶⁹ Tezel, **a.g.e.**, s. 81-84.

⁷⁰ Ayan, **a.g.e.**, s. 171-174.

olan durumlarda hizmet kusuru meydana gelirse bu durumda mağdur, hekime değil hastane idaresine dolayısıyla da Sağlık Bakanlığı'na dava açabilir. Ancak dava sonuçlandıktan sonra hastane idaresi kusur oranına göre ilgili hekime rücu eder. Hekimin görevle alakası olmayan kişisel kusurlarında ise mağdur olan hasta doğrudan ilgili hekime dava açabilmektedir.⁷¹ Aynı şekilde günümüzde sağlık hizmeti vermekte olan aile hekimlerinin sorumluluğunun da devlet hastanesinde çalışan hekimlerle benzer şekilde olduğunu söylemek yanlış olmaz.⁷²

Bu şekilde serbest çalışan ve hastanede çalışan hekimlerin hukuki sorumluluklarının ele alınmasının yanı sıra yeryüzü doktorları, sınır tanımayan doktorlar gibi isimler altında sağlık hizmeti veren *gönüllü doktorlardan* da bahsetmek gerekir. Ancak gönüllü doktorun hukuki ve cezaî sorumluluğuna dair kaynaklarda herhangi bir bilgiye rastlanmamıştır. Günümüzde bu tür faaliyetlerin artmasıyla birlikte meydana gelecek hata ihtimalinin de artması sebebiyle ve yardıma muhtaç kişilerin daha fazla zarar görmesini engellemek amacıyla hukuki düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu açıdan iyilik adı altında mağduriyete sebep olmamak ve istismara mahal bırakmamak için gönüllü doktorların hukuki statüsü ve sorumlulukları hakkında yapılacak uluslararası düzenlemeler büyük önem taşımaktadır.

B. Cezaî sorumluluk

Hekimin cezaî sorumluluğu suç durumunda gündeme geldiği için doğrudan tıbbi uygulama hatalarıyla ilgilidir. Suç tanımlarında yer alan kusurlu irade ve fiil unsurlarının birlikte bulunması durumunda cezaî sorumluluk gündeme gelir ki hekim de bu şekilde sorumlu tutulur. Buradan yola çıkarak suçun unsurlarını belirlemek gerekirse suçun kanunî, maddi ve manevi olmak üzere üç temel unsuru vardır.⁷³

⁷¹ Tezel, **a.g.e.**, s. 87-88.

⁷² Hakeri, **a.g.e.**, s. 356-357.

⁷³ Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9.Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016, s. 250-251.

1. Suçun Unsurları

a. Kanunî Unsur

Hukukun en önemli kaynaklarından biri de kanundur. Kanunda yer almayan fiillerin suç ve ceza olarak sayılması mümkün değildir. Bu sebeple bir fiilin kanunda suç olarak belirtilmesi, sorumluluk ve ceza hukuku bakımından büyük önem taşımaktadır.⁷⁴ Ceza hukuku açısından ancak kanunda suç olarak belirtilen durumların suç olarak sayılması ve aynı şekilde sadece kanundaki cezaların verilebilmesi sebebiyle kanunî unsur cezaî sorumlulukta belirleyici rol oynamaktadır.⁷⁵

b. Maddi Unsur

Suçun maddi (objektif) unsuru, fiildir. Fiil ise icrai ve ihmali olmak üzere iki türlü olabilir. Yani suçun maddi unsuru olan fiili gerçekleştirmek sebebiyle suç ortaya çıkabileceği gibi, ihmalle yani bir fiili yapmamak sebebiyle de suç ortaya çıkabilir.⁷⁶ Suçun maddi unsuru olan fiilin icrası ya da ihmalinin tıbbi uygulamalardaki karşılığına bakılırsa, genel olarak mesleğin kurallarına uymayan hekim, teşhis ve tedaviyle ilgili işlediği her fiilden sorumludur. Bununla birlikte yerine getirmesi gerektiği halde yerine getirmediği dikkat ve özen yükümlülükleri, yapması gerektiği halde yapmadığı ve ihmal ettiği uygulamalar da suçun maddi unsurlarından sayılmaktadır. Ancak kanundaki şartları yerine getirdiği ve yapması gereken tıbbi müdahaleleri yerine getirip yapmaması gerekenlerden uzak durduğu müddetçe kanundan doğan hakkın icrası bağlamında hekimin tıbbi müdahaleleri hukuka uygun sayılır ve bunlardan sorumlu tutulmaz.⁷⁷

c. Manevi Unsur

Suçun manevi (subjektif) unsuru ise kusurlu iradedir. Kusurlu irade kasıt ve taksir olmak üzere iki şekilde görülür. Aslında suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Ancak

⁷⁴ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, 10. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 1987, I, 349-350.

⁷⁵ Mehmet Akif Aydın, **Türk Hukuk Tarihi**, 10. baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2013, s. 162-163., Ezgi Aygün Eşitli, “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, **TBB Dergisi**, 2013 (104), s. 229-134.

⁷⁶ Centel, **a.g.e.**, s. 250-251.

⁷⁷ Merve Duysak, “Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Cezaî Sorumluluk”, **Hukuk Gündemi Dergisi**, Cilt.3, Sayı15(2009), s. 30.

istisnai olarak kanunda açıkça belirtilmek şartıyla taksirle yapılan fiiller de suç sayılır. Taksir ve kasıt ayrımı fiilin bilinmesi ve istenmesi üzerine şekillenir. Kasıttaki kişi, hem fiilin tehlikeli ve zarar vereceğini bilmekte hem de bu fiili isteyerek yapmaktadır. Yani kasıttaki hem bilme hem de isteme unsurları bir arada bulunmaktadır. Taksir ise basit ve bilinçli taksir olmak üzere iki çeşittir. Bilinçli taksirde kişi sonucu öngörür ancak bu sonucun gerçekleşmesini istemez, gerçekleşmeyeceğine inandığı için de fiili yapmaya devam eder ve suç ortaya çıkar. Basit taksir ise kişinin gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmediği için kanundaki neticeleri öngöremediği durumlarda meydana gelir.⁷⁸

Hekimlik mesleği açısından bakıldığında da kusur, tıp mesleği içerisinde geçmişten beri tanınıp uygulanan kuralların dikkat veya özen eksikliği gibi nedenlerle hekim tarafından ihlal edilmesidir. Bu kurallar her hekimin bilmesi gereken kurallar olup bunların göz ardı edilmesi kusura neden olur ve hekimin sorumluluğunu da beraberinde getirir. Standart bakım hizmetlerini uygulamama, hastalığın geç veya yanlış biçimde teşhis veya tedavi edilmesi ya da hiçbir şekilde tedavi vermeme gibi ihlaller, zarara sebep olur ve tıbbi mesuliyet doğurur.⁷⁹

Hekimin, tedavi amacı taşımadan yaptığı öldürmek ya da sağlık durumunu daha da kötüleştirmek gibi kasti olarak yaptığı davranışlar tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilmez. Hekim adı altında bu şekilde hastasına bilerek ve isteyerek zarar vermek isteyen kişi, kasten adam öldürme ya da müessir fiil bağlamında sorumlu tutulur.⁸⁰

Hekimin tedavi amacı taşımak ön şartıyla, istemediği ve öngöremediği halde ortaya çıkan suçlar ise taksirli suçlar kapsamında değerlendirilir. *Taksirli öldürme* suçunun takibi isteğe bağlı değildir. Ölen kimsenin yakınları talep etmeseler bile savcılık tarafından resen yürütülür. Bu tip suçlarda görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Bununla birlikte taksirle bir kimsenin ölümüne neden olan hekim olağanüstü durumlar

⁷⁸ Duysak **a.g.e.**, s. 31.

⁷⁹ Berna Özpınar, **Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları**, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2007, s. 64-65.

⁸⁰ Duysak, **a.g.e.**, s. 31.

hariç cezanın asgarisiyle cezalandırılır ve mağdurun uğradığı zararın giderilmesi şartıyla cezası ertelenebilir.⁸¹

Basit taksirli yaralama suçunda ise görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir ve suçların takibi isteğe bağlıdır, yani hastanın bu yönde bir talebinin olması gerekir. Bununla birlikte bazı durumlar hariç *bilinçli taksirli yaralama* suçunun takibi için hastanın talebi aranmaz; suçun takibi savcılık tarafından doğrudan yapılır. Bunun yanında son kanun değişiklikleriyle birlikte hem basit hem de bilinçli taksir suçları hastanın talebine bağlı olarak yapılmaktadır. Dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sebebiyle meydana gelen tıbbi hatalar da taksirli suçlar kapsamında değerlendirilmekte ve hastanın şikayeti üzerine takip edilmektedir.⁸²

C. Tazmin Sorumluluğu

Hekimin tazminat ödeme sorumluluğu tıbbi uygulamanın doğru şekilde uygulandığı normal durumlarda bulunmayıp hukuka aykırı bir müdahale sonucunda hastanın zarar görmesi durumunda gündeme gelir. Tazmin sorumluluğunda hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı olmak üzere başlıca dört unsur bulunmaktadır. Normal şartlarda hastanın rızasının alınmadığı durumlarda hukuka aykırılık bulunur ve bu sebeple hekime tazmin sorumluluğu yüklenebilir. Dolayısıyla tazmin sorumluluğu, normal şartlar altında rızanın alınmaması ile fiilin hukuka aykırı hale gelmesi ya da hekimin bir kusuru sebebiyle hastada maddi ya da manevi bir zarar meydana gelmesi ve meydana gelen zararlar hekimin fiili arasında illiyet bağının bulunması sebebiyle ortaya çıkar. Bu açıdan tazminat ödeme sorumluluğunun, hekimle hasta arasındaki sözleşmenin ihlalinden ya da hekimin haksız fiili sonucu ortaya çıktığını belirtmek gerekir. Bu noktada arada hastada meydana gelen zarar ile hekimin fiili arasında illiyet bağının bulunması da büyük önem taşımaktadır. Mesela hastanın tıbbi uygulamadan bağımsız bir sebeple, kendi ihmali ya da üçüncü bir şahıs sebebiyle zarar görmesi durumlarında hekimden kaynaklı

⁸¹ Duysak, **a.g.e.**, s. 31-32.

⁸² Duysak, **a.g.e.**, s. 32-33.

bir illiyet bağı bulunmadığı için hekimin tazmin sorumluluğundan da bahsedilemez. Tazmin sorumluluğundan bahsedebilmek için bu unsurların birlikte bulunması gerekir.⁸³

Tıbbi uygulama hatalarında tedavi giderleri, çalışma gücünün azalması veya tamamen kaybolması ya da hastanın ölümü gibi zararlar sebebiyle *maddi tazminat* davası açılabilir. Ölen kişinin yakınlarının tazminat talebi, destekten yoksun kalma tazminatı olarak da adlandırılır. Ölüm sebebiyle istenen tazminatta ölünün yıkanması, kefenlenmesi ve tabutu gibi cenaze masrafları ile ölüm hemen gerçekleşmediyse ölüm anına kadar harcanan tedavi masrafları tazminata ilave edilir.⁸⁴ Bununla birlikte tazminat oranlarının belirlenmesinde ölen kişinin yaşı, mesleği, geliri gibi etkenler büyük önem taşımaktadır. Kişinin ölüm dışında zarar görmesi ve çalışma gücünün azalmasındaki tazminat oranını belirleyen temel unsur ise kişinin bedensel, ruhsal ve zihinsel yapısıyla alakalı olan ekonomik verimliliğidir.⁸⁵

Hekimin hatalı tıbbi müdahalesi sonucu hasta maddi tazminat davası açabildiği gibi *manevi tazminat* davası açma hakkına da sahiptir. Manevi tazminat bireyin kişilik haklarına verilen herhangi bir zarar ile huzurunun azalması sebebiyle hak edilebilir. Yani manevi tazminat aslında mağdurun kişilik haklarına verilen zarardan duyduğu manevi acı ve huzursuzluğun giderilmesine yöneliktir. Manevi tazminat oranlarının belirlenmesinde meydana gelen zararın derecesi, iş göremezlik durumu, zarar gören kişinin yaşı, sabit kalan izler gibi unsurlar dikkate alınır. Bu şekilde kişinin şahsiyet haklarına gelen zarar tazmin edilmeye çalışılır.⁸⁶

⁸³ Filiz Yavuz İpekyüz, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.20, Sayı.33(2015), s. 27-37.

⁸⁴ Bu şekilde ölüm anına kadarki tedavi masrafları ile cenaze masraflarının, zarar veren tarafından karşılanması gerektiğine dair görüş, Hanefi fıkıhçılardan İmam Muhammed’in verilmesi gerektiğini belirttiği hükümetü’l-elem olarak isimlendirilen tazminat çeşidiyle büyük oranda benzerlik göstermektedir.

⁸⁵ Özpinar, **a.g.e.**, s. 91-95.

⁸⁶ Özpinar, **a.g.e.**, s. 95- 98.

İKİNCİ BÖLÜM

KLASİK FIKİH ESERLERİNDE HEKİM HATASI

Hekim hatalarının İslam hukuku perspektifinden ele alınacağı bu bölümde öncelikle konunun temelini teşkil etmesi sebebiyle hata ve hata ile ilgili kavramlar analiz edilecektir. Kavramların farklı açılardan ele alınmasından sonra, fıkıh eserlerinde geçen ve tıbbi müdahalede bulunduğu bilinen hekim ve hekim benzeri sağlık personeli çeşitlerinden bahsedilecek, ardından hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki mahiyeti üzerinde durmak suretiyle klasik fıkıh eserlerinde hekimin hangi bağlamda ele alındığı ayrıntılı olarak incelenmiş olacaktır. Bu bağlamda fıkıh eserlerinde geçen tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarının ayrıntılı olarak ele alınmasıyla birlikte hekimin hangi durumlarda hatalı olarak kabul edildiği ve sorumluluk yüklendiği net biçimde görülecektir. Hekim hatası ve sorumlulukları bu şekilde detaylı olarak anlatıldıktan sonra hekim hatasının sonuçları üzerinde durulacak ve İslam hukukunda hekimin cezaî sorumluluğundan bahsedilecektir. Son olarak hekimin hatası durumunda ödeyeceği bedelin yükünü azaltan ve mağdurun zararının daha kolay biçimde izale edilmesini sağlayan âkile sisteminden bahsedilecek ve günümüzde hekimlerin yaptırdığı mesleki sorumluluk sigortasıyla benzerlik kurulacaktır.

I. İslam Ceza Hukuku Açısından Hata ve Hata İle İlgili Kavramlar

İslam hukukunda hata ve hata ile ilgili kavramlar suçu oluşturan unsurlar arasında yer almakta, bu açıdan suç kavramı ceza hukukunda önemli bir yer tutmaktadır. Bir fiilin yapılmasının ya da yapılmamasının suç olarak sayılmasındaki asıl amaç öncelikle bireyin ardından da toplumun huzur ve güvenini sağlamaktır. Dinin korumayı hedeflediği din, akıl, nesil, can ve mal gibi temel maslahatların korunmasını ihlal eden her türlü hareket suç olarak sayılır. Dolayısıyla zarar, zarara sebebiyet veren hata ve kusur da belli şartlar altında cezayı gerekli kılmaktadır.⁸⁷ Bu açıdan hata ve hatanın sebebi ve sonucu olarak görülen kavramların anlaşılması büyük önem taşımaktadır.

⁸⁷ Zeydan, a.g.e., s.409-410.

A. Hata

Hata, bir fiilin failin kastına aykırı biçimde gerçekleşmesi şeklinde tarif edilir. İslam hukukunda genellikle kastedilenin dışında bir durum meydana gelmesi sebebiyle “amd” kavramının zıttı olarak yer almaktadır. Bu bağlamda hata, fiilin irade edilenden farklı şekilde meydana gelmesi anlamında kullanılmaktadır.⁸⁸

Hatada kişi hukuken suç sayılan fiili istememekle birlikte fiilde veya kasıtlı olarak suç işlemektedir. Ceza hukukunda hatadan daha alt derecede bulunan hata benzerinde yani şibh-i hatada ise uyuyan kişinin bebeğin üzerine düşerek ölümüne sebep olmasındaki gibi kişi suç sayılan fiili hiçbir şekilde yapmayı düşünmediği halde bu fiil meydana gelmektedir. Dolayısıyla hata ile işlenen fiillerde fiilin kendisinde veya kasıtlı olarak yanılma sebebiyle yanlış bir sonuç meydana gelmekte iken, hata benzerinde kişi bu veya benzeri bir fiili hiçbir şekilde yapmayı irade etmediği halde yanlış sonuç ortaya çıkmaktadır.⁸⁹

Hataen öldürmedeki diyet, bir açıdan zararın tazmin edilmesine, diğer açıdan da fiilin cezalandırılmasına yönelik ara bir konumda olduğu için hata bu gibi iki taraflı durumlarda hafifletici sebep olarak kabul edilir ve diyeti âkile öder. Dolayısıyla İslam hukukunda ortaya çıkan fiilden ziyade kastedilen fiilin meydana gelip gelmemesi yani fiilin hataen mi yoksa kasten mi işlendiği büyük önem taşımaktadır. Kasten işlenen fiillerden farklı olarak hata hafifletici sebep kabul edilerek öldürme gibi ciddi durumlarda bile kısas cezası yerine diyet ödemesi gerekmekte, daha da hafifletilerek bu diyetin âkile tarafından ödenmesi yoluyla hataen bir suç işleyen kişi için kolaylık sağlanmaktadır.⁹⁰

İslam hukukunda fiilin hata ile meydana gelmesi sonuçları açısından da büyük önem taşımaktadır. Bu bağlamda klasik fıkıh eserlerinde hatanın diyetle olan irtibatı sık sık dile getirilmiştir. Aynı şekilde hekimin hatalı tıbbi müdahalesi sonucunda bir zararın ortaya çıktığı durumlarda da mağdur tarafın hakkının verilmesi ve diyetle tazmin ettirilmesi gerektiğine dair bilgiler yer almaktadır. Zira hekim her ne kadar müdahalede

⁸⁸ Abdülkadir Üdeh, **et-Tesrîü'l-cinâiyü'l-İslâmî: mukârenen li-kânûni'l-vaz'i**, Kahire: Dârü't-Türas, [t.y.], I, 432.

⁸⁹ Aydın, **a.g.e.**, s. 176.

⁹⁰ Kemal Yıldız, **İslam Sorumluluk Hukuku**, İstanbul: Sistem Matbaacılık, 2005, s. 172-173.

bulunmak için izinli olsa da hata ile olmakla birlikte hastanın zarar görmesine sebep olmuştur. İslam ceza hukukuna göre bu gibi durumların *diybet, erş* veya *hükümet-i adl* gibi ceza çeşitleriyle zararın ve hatanın durumuna göre tazmin edilmesi gerekmektedir.⁹¹ Bununla birlikte bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için de izinli olarak ve mevcut tıp verilerine uygun şekilde yapılması, uygulanagelen tedavi yöntemlerinin dışına çıkılmaması gibi şartların yanında tedavi sürecinde tıbbi bir hata yapılmaması da önemli görülmektedir. Bu şekilde hukuka uygun olmayan ve tedavi sürecinde hekim tarafından hata yapılan her müdahale sorumluluk ve tazmin ile sonuçlanır.⁹²

B. Kasıt

Fıkıh eserlerinde daha çok “amd” kelimesiyle kullanılan kasıt kavramı, “bir fiili sonuçlarını bilerek ve isteyerek yerine getirmek”⁹³ manasında kullanılır. Dolayısıyla hatadan farklı olarak kasıt kavramında hem fiil hem de niyet irade edilen şekilde gerçekleşmektedir. Kastın kişinin iç dünyasıyla bağlantılı olması ve net olarak tespit edilememesi sebebiyle fıkıhçılar kasıt objektif olarak ortaya çıkarabilmek için bazı ölçütler geliştirmişlerdir. İslam hukukçularının çoğunluğu kullanılan aletin öldürücü olmasını öldürme kastının bulunduğu delil olarak saymışlardır. Bununla birlikte kullanılan aletin önemli olmadığını kasıt unsurunun bulunmasının yeterli olduğunu söyleyenler de bulunmaktadır.⁹⁴

Kasıt ile hata arasında bir ara kategori konumunda bulunan kasıt benzeri (şibh-i amd) öldürme ise failin ölümle sonuçlanan fiili bilerek yapmakla birlikte sonucunu istemediği durumlarda gerçekleşir. Bu durumda kasıttan daha hafif bir cezayla cezalandırılır. Zira zarar veren kişinin öldürme sonucunu istememesi hafifletici bir sebep olarak kabul edilir.⁹⁵

⁹¹ Meydâni, **Lübab fi şerhi'l-Kitab**, Beyrut: Daru'l-kitâbil'l-Arabiyye, 2014, II, 32.

⁹² Ömer Nasuhi Bilmen, **Hukukî İslamiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu**, Serdar Bilmen Yayınevi, III, 113.

⁹³ İbn Manzur, **Lisanü'l-Arab**, Beyrut: Daru Sâdır, 1414/1994, III, 302.

⁹⁴ Şeybânî Ebû Abdullah Muhammed b. Hasen, **el-Asl Kitabu'l-Mebcut**, Beyrut: Âlemü'l-Kütüb, 1990, IV, 437., Kâsanî, **a.g.e.**, VII, 233.

⁹⁵ Mevsîlî, **el-ihitiyar li-ta'li'l-Muhtar**, Beyrut: Daru'l-kütübi'l-ilmîyye, t.y., V, 44., H. Murat Kumbasar, **İslam Ceza Hukukunda Taksirli Suçlar**, Ankara: Araştırma Yayınları, 2013, s. 53.

Tıbbi hatalarda kasıt konusunda klasik fıkıh eserlerinde farklı görüşler yer almaktadır. Hanefi fıkıhçıların çoğunluğuna göre kasıtlı olarak zarar verme fiili hekim için düşünülemez. Zira eserlerde sık sık hekimin hastayı iyileştirme amacıyla müdahalede bulunduğu, zarar verme gibi bir maksadın hekim için düşünülemeyeceği ve bu sebeple de hekimin tıbbi hataları ölümle sonuçlansa bile kisasın gerekmediği vurgulanmaktadır. Dolayısıyla hekimin tıbbi müdahaleleri asıl itibariyle iyi niyetli olarak bir maslahata binaen yapılır ve zarar içermez.⁹⁶

C. İhmal

Sözlükte ihmal, “Kasıtlı olarak veya unutarak bir şeyi terk etmek ve kullanmayı bırakmak”⁹⁷ gibi anlamlara gelmektedir. Hukuki olarak ise hareket edilmesi gereken durumda hareket etmemek, yapılması gereken bir şeyi yapmamak, failin iktidarında olmasına rağmen müdahale etmemesi, bireyin hukuken yapmak zorunda olduğu bir hareketi yapmaması gibi anlamlarda kullanılmaktadır.⁹⁸

Günümüzde ihmal sebebiyle birçok tıbbi hata meydana geldiği gibi klasik fıkıh eserlerinde verilen örneklerden hareketle geçmişte de ihmal kaynaklı hataların çokça görüldüğünü söylemek yanlış olmaz.⁹⁹ Bu bağlamda hekimin sorumluluğunun ele alındığı görülür. Buna göre hasta üzerinde engellenmesi mümkün bir zarar meydana geldiği halde hekim elinden geleni yapmadı ve zarara engel olmadı ise bu ihmali sebebiyle sorumlu tutulur.¹⁰⁰ Bu açıdan hekim sağlam organa dokunmak veya izin verilen bölgeyi aşmak şeklinde bir şeyler yaparak hata edebileceği gibi, engellenebilecek bir zarara engel olmamak şeklinde yapması gereken bir şeyi yapmaması sebebiyle de hatalı olarak kabul edilip bundan dolayı sorumlu tutulabilir. Görüldüğü üzere ihmal de suçun kaynağını teşkil etmesi bakımından büyük önem taşımaktadır.

⁹⁶ Hatib eş-Şirbini, **Muğni'l-muhtac ilâ marifeti meani elfazi'l-Minhac**, Dâru'l-kütübi'l-ilmiiyye, 1994, V, 537.

⁹⁷ İbrâhim Mustafa ve Diğerleri, **el-Mu'cemü'l-vasit**, Kahire: Mecmaü'l-Lugati'l-Arabiyye, 1960, II, 995.

⁹⁸ M. Rahmi Telkenaroğlu, “İhmali Suç Kavramı ve İslam Hukukuna göre İhmal Suretiyle İşlenen Kasten Adam Öldürme Suçu”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı, 27(2016), s. 287-289.

⁹⁹ Burhaneddin İbn Müflih, **el-Mübdî' fi Şerhi'l-Mukni'**, Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-ilmiiyye, 1997, IV, 447.

¹⁰⁰ İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtar ale'Dürri'l-Muhtar**, Beyrut: Daru'l-Fikr, 1992, VI, 69-71.

D. Teaddî

Teaddî sözlükte; “Bir nesneyi terk edip ondan geçmek ve aşmak”¹⁰¹ gibi anlamlara gelmektedir. Genel anlamda bir hukuk terimi olarak ise teaddî, doğrudan zarar verme kastı bulunmamakla birlikte zararı açığa çıkarıcı fiili kastetmek, hukuka uygun olanı terk etmek ve hukuki çerçevenin dışına çıkmak gibi anlamlara gelmektedir.¹⁰² Dolayısıyla hekim tarafından yapılan müdahalede teaddî olmaması yani hukuka aykırı bir durum bulunmaması gerekir.¹⁰³

Kavramın yukarıda bahsedilen tanımları göz önünde bulundurularak hekim için kullanılacak olursa teaddî, “bilerek veya bilmeyerek, doğrudan veya dolaylı sakıncalı bir fiilde bulunması ya da yapılması gerekeni yapmaması”¹⁰⁴ şeklinde tarif edilebilir. Bu açıdan teaddî kavramı kasıt, kusur, ihmal ve hata kavramlarını içine alacak şekilde kullanılan bir kavramdır.

Klasik fıkıh eserlerinde iş yapan kişinin teaddîsi olmaksızın meydana gelen zararlardan sorumlu olmadığı dile getirilmiştir. Dolayısıyla işçinin ve bu kapsamda değerlendirilen hekimin sorumlu tutulabilmesi için teaddî unsurunun yani kasıt, kusur veya ihmali davranışı sonucunda bir zararın meydana gelmiş olması şart koşulmuştur.¹⁰⁵ Meydana gelen zararın sebebi olan kavramları barındırması bakımından teaddî kavramı sıklıkla ele alınmış ve sorumluluk açısından büyük önem taşıması sebebiyle de fıkıh eserlerinde çokça kullanılmıştır. Hekimin yetkili bir hekim olmaksızın tıbbi müdahalede bulunması, alışlagelmiş tedavi yöntemlerinin dışına çıkması, kasten, kusurlu olarak veya ihmal sonucu hastaya zarar vermesi gibi hukuka aykırı durumlarda teaddî unsurunun var

¹⁰¹ Halil b. Ahmed, Ebu Abdurrahman el-Halil b. Ahmed b. Amr b. Temim el-Ferahidi el-Basri, **Kitabü'l-ayn** (thk: Mehdi el-Mahzumi- İbrahim Samirai), Beyrut: Daru Mektebetü Hilal:, 1988, II, 213.

¹⁰² Ünal Yerlikaya, “Hanefî Borçlar Hukuku Literatüründe Teaddî Kavramının Anlam Çerçevesi: Teaddî-Hukuka Aykırılık-Kusur İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme”, **Diyanet İlmî Dergi**, sayı: 3(2017), s. 25-51.

¹⁰³ Yıldız, **a.g.e.**, s. 90-93.

¹⁰⁴ Şükrü Özen, “İslâm Hukukuna Göre Yanlış Tedavide Sorumluluk”, II, 740.

¹⁰⁵ Serahsi, **Mebsut**, Beyrut: Daru'l- Ma'rife, 1993, XVI, 10., İbn Âbidîn, **a.g.e.**, VI, 69-71., Üdeh, **a.g.e.**, s. 520-522.

olduğu kabul edilerek hekim bunlardan sorumlu tutulmuştur.¹⁰⁶ Bu sebeple hekim hatası ve sorumlulukları bakımından teaddî kavramı da büyük öneme sahiptir.

E. Zarar

Bir kimsenin maddi veya manevi varlığının uğradığı kayıp, eksilme ve bunun sonucunda yaşanan mağduriyet zarar kavramının temelini oluşturur. Bu açıdan zarar; “Bir kimsenin diğer kimsenin malına veya zâtına ta‘arruz etmesi veya bir hakkına nâkıs getirmesi” şeklinde tanımlanabilir.¹⁰⁷

“Zarar vermek ve zararlar karşılık vermek yoktur.”¹⁰⁸ kaidesine binaen İslam dininde zararın bütün çeşitleri yasaklanmıştır. Zarar, mala veya cana verilen maddi zarar şeklinde olabileceği gibi manevi zararlara da sıklıkla rastlanmaktadır. Maddi zararın yine maddi olarak tazmin edilmesi konusunda alimler ittifak etmiş olup, İslam hukukunda manevi zararların tazmini ilerde bahsedileceği üzere tartışma konusu olmuştur. Alimlerin bir kısmına göre manevi zararların tazmini mümkünken bir kısmına göre ise mümkün değildir.¹⁰⁹

Hekimin hatalı tıbbi müdahalesi sonucunda meydana gelen hatalarda hasta hem maddi hem de manevi zarara uğramaktadır. Mecelle’nin “Zarar izale olunur.”¹¹⁰ maddesi gereğince tıbbi hata sonucunda meydana gelen zararın ortadan kaldırılması gerekir ki fakihlerin çoğunluğuna göre bu izale de hekimin diyet ödemesi ile mümkün olur.¹¹¹ Bu açıdan hekim hatalarının temelini ve sorumluluğunun sebebini oluşturan ana unsurlardan biri olması bakımından hekimin hatalı tıbbi müdahalesi sonucunda meydana gelen zarar büyük önem taşımaktadır.

¹⁰⁶ Kâsani, **Bedaiu’s-sanai’**, Daru’l-kütübi’l-ilmîyye, 1986, VII, 305., Mansur el-Kevsec, **Kitâbü’l-mesail an imameyyi ehli’l-hadis Ahmed b. Hanbel ve İshak b. Raheveyh**, Medine: İmadetü’l-bahsi’l-ilmîyye, 2002, VII, 3362.

¹⁰⁷ Hocaeminefendizâde Ali Haydar Efendi, **Dürerü’l-hükkâm şerhu Mecelleti’l-Ahkâm**, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2016, I, 78.

¹⁰⁸ Mecelle madde 19.

¹⁰⁹ Bilmen, **a.g.e.**, III, 36-37, Yıldız, **a.g.e.**, s. 128-138.

¹¹⁰ Mecelle madde 20.

¹¹¹ Bilmen, **a.g.e.**, III, 113.

II. Klasik Fıkıh Eserlerinde Hekim ve Diğer Sağlık Personelleri

Klasik fıkıh eserlerinde pek çok hekim ve hekim benzeri görev yapan sağlık personeli çeşidine rastlanmaktadır. Buradan yola çıkarak geçmiş dönemlerde de hekimlik mesleğinin icrasında bugünkü kadar olmasa da belli alanlarda uzmanlaşmanın olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca fıkıh eserlerinde yer alan sağlık hizmeti sunan kişilerin sorumlulukları ve hataları sonucunda ödeyecekleri bedeller hakkındaki açıklamalar İslam hukukunun derinliğine ışık tutmaktadır. Hekim hatalarının daha iyi anlaşılabilmesi adına bu bölümde öncelikle fıkıh eserlerinde adı geçen hekim ve hekim benzeri sağlık personeli çeşitleri ve anlamları üzerinde durulacaktır.

A. Tabib (طبيب): Hekim

Klasik fıkıh eserlerinde tabib kavramının, doktor ücreti¹¹², ibadetlerde ruhsat için güvenilir ve uzman bir doktorun hastalığı teşhisi¹¹³, bakılması yasak olan bölgelere doktorun zaruri olarak bakmasının uygun görülmesi¹¹⁴ gibi bağlamlarda genel olarak sağlık hizmeti sunan kişilerin tümünü kapsayacak şekilde kullanıldığı görülmektedir. Bununla birlikte klasik fıkıh eserlerinde tıbbi müdahalede bulunan kişilerden ve sorumluluklarından özel olarak bahsedildiği yerlerde tabib kavramının kullanımına rastlanmamakta iken Osmanlı fetvalarında tabib kavramının sıklıkla kullanıldığı gözlenmiştir. Tabib ve cerrah, sağlık hizmeti sunan kişiler arasında günümüzde de en çok kullanılan iki isimdir. Bu iki kavram arasında sözlüklerde keskin bir ayırım bulunmamakla birlikte Osmanlı fetvaları incelediğinde tabibin daha çok ilaç veya şurup ile tedavi eden; cerrahın ise fitik ameliyatı, tımâr etme, ur ihraç etme, hayvan hadım etme, çıban çıkarma gibi ameliyat mahiyetinde kanlı müdahalelerde bulunan hekim anlamında kullanıldığı görülmektedir.¹¹⁵ Ayrıca tabib kelimesi Türkçede kullanılan doktor kavramı gibi pek çok

¹¹² Zeylai, **Tebyinü'l-hakaik**, Kahire: Matbaatü'l-kübra el-Âmiriyye:, 1313/1895, IV, 74.

¹¹³ Zeylai, **a.g.e.**, I, 333.

¹¹⁴ İbn Âbidîn, **a.g.e.**, IV, 36.

¹¹⁵ Fezzullah Efendi, **Fetâvâ-yı Feyziyye**, (Hazırlayan Süleyman Kaya), İstanbul: Klasik, 2009, s. 469., Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, **Behcetü'l-Fetâvâ** (hazırlayanlar Süleyman Kaya, Betül Algın, Zeynep Trabzonlu, Asuman Erkan; editör Mustafa Demiray), İstanbul: Klasik, 2011, s.556., Merve Özdemir, "Osmanlı Fetva Mecmualarında Tıp", (**Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**), İstanbul Üniversitesi SBE, 2016, s. 20-22.

hekim çeşidini içine alacak şekilde kullanılmakta iken cerrahın genellikle ameliyat yapan hekimler için özel olarak kullanıldığı görülmektedir.¹¹⁶

B. Fessâd (فصّاد): Hemşire

Klasik fıkıh eserlerinde sağlık hizmeti sunan kişiler arasında zikredilen diğer bir isim de fessâd'dır. Fessâd, damarların kesilmesi(kat')¹¹⁷ veya yarılması(şak')¹¹⁸ gibi işlemler yapan sağlık personeline verilen isimdir.¹¹⁹ Fessâdın yaptığı işlemler, günümüzde bir hekimden ziyade daha çok hemşirelerin yaptığı kan alma ve damara bir şey enjekte etme gibi tıbbi müdahalelerle benzerlik göstermektedir. Klasik eserlerde bu işlemin insan üzerinde uygulandığı gibi hayvanlara uygulandığına dair bilgiler de yer almaktadır. Develerin damarlarının kesilip kanının çıkarılması işlemi de aynı şekilde tanımlanmaktadır.¹²⁰ Fessâd kelimesi modern Arapçada da kan alan uzman kimse¹²¹ için kullanılmaktadır.

Klasik fıkıh eserlerinde fessâdın sorumluluklarından da bahsedilmektedir. Fessâd, kan aldığı kişinin izniyle damarı açsa ve devamlı uygulanagelen yöntemlerle tıbbi müdahalesini gerçekleştirse, izin aldığı kısımda meydana gelen zararlardan sorumlu tutulmayacağı ve bunları tazmin etmeyeceğinden bahsedilmektedir. Ancak fessâd devamlı uygulanagelen tedavi yöntemlerinin dışında bir yöntemle damarı açmaya çalışır veya hastanın izin verdiği bölgenin dışına çıkacak olursa bundan sorumlu tutulur. Meydana gelen zarar sonucunda hasta ölmediyse izinli olduğu kısmın dışına çıktığı miktarda meydana gelen zararı tazmin eder. Eğer hasta bu müdahale sonucu öldüyse hekim, ölümüne sebep olduğu şeyin yarısında izinli, yarısında yani izni aştığı kısımda da izinsiz olduğu varsayılarak diyetin yarısını öder. Bu şekilde fessâdın ve diğer hekimlerin izinsiz olduğu bölgede meydana gelen zararı hastaya veya öldüyse yakınlarına tazmin etmesi gerekir ki bunun da İslam hukukundaki bedeli yarım diyetdir. Fessâdın ve diğer

¹¹⁶ Tahsin Özcan, **Fetvalar Işığında Osmanlı Esnafı**, İstanbul: Kitabevi Yayınları, 2003, s. 170-173.

¹¹⁷ Halil b. Ahmed, **a.g.e.**, VII, 102.

¹¹⁸ İbn Manzur, **a.g.e.**, III, 336.

¹¹⁹ İbn Düreyd, Ebu bekir Muhammed b. Hasen b. Düreyd el-Ezdevi, **Cemheratü'l-lüga**(thk: Remzi Münir Balebeki), Beyrut: Daru'l-İlmi li'l-Malayin:, 1987, II, 656.

¹²⁰ Ebu İbrahim el-Farabi, İshak b. İbrahim b. el-Huseyn, **Mu'cemü Divanü'l-Edeb**(thk: Ahmed Muhtar Ömer), Darü's-Şa'b li's-sahafe ve't-tabaa' ve'n-neşr: Kahire, 2003, c.1, s. 404.

¹²¹ Mustafa b. Şemsüddin Karahisari, **Ahteri Kebir**, Asitane Kitabevi: İstanbul, 1310/1892, s. 102.

sağlık hizmeti sunanların, hastanın iznini almadan gerçekleştirdiği müdahaleler ise tedavi kapsamında değerlendirilmeyip helak olup olmamasına bakılmaksızın mutlak olarak tazmin ettirilir.¹²²

C. Hattân (حَتَّان): Sünnetçi

Tıbbi müdahalede bulunduğu bilinen diğer bir sağlık personeli de *hattândır*. Hattân sünnetçi olarak bilinen ve haşefeyi ortaya çıkarmak için haşefenin üzerindeki deriyi kesen anlamında kullanılmaktadır.¹²³ Klasik fıkıh eserlerinde sünnetçinin yaptığı hata ve sorumlulukları hakkında bazı bilgiler yer almaktadır. Bu durum fıkıhta 'garâib' olarak bilinen ilginç durumlar arasında zikredilmiştir. Zira haşefesi kesilen kişi öldüğünde yarım diyet, sağ kaldığında ise tam diyet gerekmektedir ki bu durum da 'yaralama arttıkça diyet de artar' kuralına muhaliftir. Bu durumu şu şekilde açıklamışlardır. Sünnetçi hata eder ve haşefeyi keser de bu sebepten kişi ölürse diyetin yarısı gerekir çünkü sünnetçi söz konusu tedavi alanının yarısında yani sünnet derisinde izinliydi, yarısında yani hata ile kestiği haşefe kısmında ise izinli değildi. Bu sebeple sadece izinli olmadığı kısmı tazmin ettiği varsayılarak diyetin yarısını ödemesi gerektiğini söylemişlerdir. Ancak haşefeyi kestiği halde sünnet olan kişi ölmez de sağ kalırsa haşefenin tazmin edilmesi yani diyetin tamamı gerekir. Çünkü haşefe vücutta bir tane bulunan ve başka bir organla telafisi mümkün olmayan bir organdır. Bu sebeple de tazmini tıpkı dilin kesilmesindeki tazmin gibi tam diyet şeklinde olur.¹²⁴

Osmanlı fetvalarında da sünnetçinin hatalarıyla ilgili pek çok fetva yer almakla birlikte bunların çoğu sünnette kesilmesi gereken kısmın kesilip kesilmediği, kesilmesi gerekenden fazla ise bunun diyetinin ne olacağı hakkındadır.¹²⁵

“Zeyd sağır oğlu Amr’ı hutân için Bekr-i hattâna emr etmekle Bekir Amr’ı hutân ederken hatâen Amr’ın haşefesini bi’l-küllîye kat’ edüb ba’dehû Amr’a ber’-i tâm

¹²² Merginani, Ebü'l-Hasan Burhaneddin Ali b. Ebî Bekr, **el-Hidâye şerhu-Bidâyeti'l-mübtedi**, Pakistan: Mektebetü'l-Büşra, 2011, VI, 266-269., Meydâni, **a.g.e.**, II, 32., Zeylaî, **a.g.e.**, V, 118.

¹²³ Hakan Hadi Kadıoğlu, İbrahim Hakkı Aydın, Eyüp Bekiryazıcı, “Dinî Ve Tıbbî Açından Sünnet”, **Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Sayı: 25, 2006, s. 2.

¹²⁴ el-Bâbertî, Muhammed b. Muhammed b. Mahmud, **el-İnaye Şerhu'l-Hidaye**, Daru'l-Fikr, t.y., IX, 128., Meydâni, **a.g.e.**, II, 32.

¹²⁵ Dürrizâde Mehmed Ârif Efendi, **Netîcetü'l-fetâvâ maa'n-nukûl**, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1849, s. 571.

*hâsıl oldukda asla haşefesi kalmasa Bekir'e diyet lâzım olur mu? El-Cevâb: Olur.
Bu sûretde diyet-i kâmile gümüştenden on bin dirhem olur mu? El-Cevab: Olur.*¹²⁶

D. Kehhâl (كحل): Göz Doktoru

Fıkıh eserlerinde geçen diğer bir hekim çeşidi de günümüzde göz doktorunun yaptığı işe benzer müdahaleler yapan *kehhâl*dir. Eserlerde kehhâlin göz üzerinde birçok işlem yaptığı, gözdeki zararlı suyu alma, iltihabı çıkarma, göze ilaç verme gibi müdahalelerde bulunduğu dair bilgiler yer almaktadır.¹²⁷ Hanefî fıkıh eserlerinde kehhâlin tıbbi müdahalesinden önce hastanın gözüne zarar gelmemesini veya tam olarak iyileşmeyi şart koşmasının geçersiz olduğu dile getirilmiştir. Elinden geleni yaptığı ve uygun tedavi yöntemlerini uyguladığı halde müdahalenin gözde herhangi bir zararla sonuçlanması durumunda tedavi öncesinde şart koşulmuş olsa bile kehhâlin bundan sorumlu olmayacağı belirtilmektedir.¹²⁸

Fıkıh eserlerinde kehhâl hakkında farklı bilgilere de rastlanmaktadır. Hanefî fıkıh eserlerinde hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisinin icâre akdine dayandırıldığı görülmekle birlikte diğer mezheplerde sadece kehhâle özgü olmak şartıyla farklı görüşler de bulunmaktadır. Kehhâl ile hasta arasındaki ilişkinin cüale akdine dayandığını savunan bu görüş, ilk olarak Maliki fıkıh eserlerinde zikredilmiş olmakla birlikte geliştirilmesi ve geniş biçimde açıklanması Hanbeli fıkıhçılar tarafından yapılmıştır.¹²⁹ Bu görüş, sadece göz üzerinde tıbbi müdahalede bulunan kehhâl için belirtilmiş olup, diğer hekim çeşitleri için söz konusu olamayacağı ifade edilmiştir.¹³⁰ Bu yaklaşıma göre diğer hekimlerden farklı olarak zorunluluk ve âdeten mümkün olması sebebiyle kehhâle koşulacak iyileşme şartı geçerlidir. Ancak bu şekilde iyileşmenin şart koşulduğu bir kühl işlemi diğer tıbbi müdahalelerden farklı olarak icâre değil, müddet belli olmadığından cüale şeklinde

¹²⁶ Neticetü'l-fetava, s. 571.

¹²⁷ İbn Nüceym Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed Mısıri Hanefî, **el-Bahrü'r-raik şerhu Kenzi'd-dekaik**, Daru'l-Kitabi'l-İslami, t.y., VIII, 33.

¹²⁸ İbn Nüceym **a.g.e.**, VIII, 33.

¹²⁹ El-Karâfi Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdirrahmân el-Mısırî, **ez-Zahîre**, Beyrut: Daru'l-ğarbi'l-İslâmî, 1994, V, 423., İbn Kudâme, **el-Muğni**, Kahire: Mektebetü'l-Kahire, 1968, V, 400.

¹³⁰ İbn Kudâme, **a.g.e.**, V, 400.

gerçekleşmektedir. Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin bahsedileceği bölümde bu konu hakkında daha ayrıntılı biçimde durulacaktır.¹³¹

E. Haccâm (حجّام): Hacamatçı

Fıkıh eserlerinde geçen diğer bir sağlık personeli de *haccâm*dir. Haccâm, hacamat yapan hekim anlamında kullanıldığı gibi kan alan hekim için de kullanılmaktadır.¹³² İslam'ın ilk dönemlerine ait bilgilere bakıldığında haccâmlığın toplumda muteber bir meslek olarak görülmediği bu sebeple de haccâmların çoğunun kölelerden meydana geldiği görülmektedir.¹³³ Sağlık hizmeti sunan diğer kişiler hakkında olduğu gibi haccâmın da müdahalesi hakkında açıklamalara rastlanmaktadır. Haccâmın, hastanın emriyle müdahalesini mu'tad üzere yaptığı takdirde tedavi sonucunda hasta ölse bile sorumlu olmayacağı zira elinden geleni yaptıktan sonra hastanın ölüp ölmemesinin onun gücü dahilinde bir şey olmadığı dile getirilmiştir.¹³⁴

F. Kâbile (قابلة): Ebe

Günümüzdeki ebelerin yaptığı işi yapan ve doğum esnasında anneye yardım ederek¹³⁵ bebeği karşılayan sağlık personeline *kâbile* denmektedir.¹³⁶ Osmanlı dönemindeki bilgilere göre kâbilenin doğuma yardım dışında kadın doğum doktorlarının yaptığı diğer bazı müdahalelerin benzerini de yaptığı söylenebilir.¹³⁷ Aşağıda yer alan fetvada ebenin hem alışlagelmiş tedavi yöntemlerinin dışına çıkmış olması hem de hatalı bir ilaç sürmesi sebebiyle hastanın ayakta duramamasına sebep olması durumunda hatasını tazmin etmesi gerektiğinden bahsedilmektedir.

“Yahûdiyye olan Hind-i kâbile Zeyneb'e senin ihtibâs-ı hayzın vardır deyû hiddeti olan muzır eczâdan mürekkebe devâyı fercine vaz' edüb ve mu'tâddan ziyâde belini

¹³¹ 2. Bölüm, s. 48-50.

¹³² Zeylai Fahreddin Osman b. Ali b. Mihcen, *Tebyinü'l-hakaik fi şerhi Kenzi'd-dekaik*, Matbaatü'l-Kübra el-Emiriyye: Kahire, 1313/1895, V, 137.

¹³³ Elnure Azizova, “İlk Dönem İslam Toplumu Sağlık Sektöründe Hacamatçılık”, *Bakü Devlet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nin İlmî Mecmuası*, 2011, sayı: 15, s. 152-153.

¹³⁴ Serahsi, *a.g.e.*, XVI, 10.

¹³⁵ Ahmed Muhtar Abdülhamid Ömer, *Mu'cemü'l-lügati'l-arabiyye el-muâsıra*, Riyad:Alemü'l-kütüb, 2008, III, 1770.

¹³⁶ İbn Manzur, *a.g.e.*, XI, 544.

¹³⁷ Özdemir, *a.g.e.*, s. 24.

sıkub şed etmekle kara bere edüb bu vecihle ilâcda hata etmekle Zeyneb'in batnu müntefih ve bazı urûk ve azası müteşennec olub ba'de'l-ber' Hind'in vech-i muharrer üzre hatasından Zeyneb'in beline za'f târi olub ke'l-evvel kıyam ve kuûda kâdire olmasa Hind'e hükümet-i adl lâzime olur mu? el-Cevab: Olur. Bu suretde Zeyneb câriye farz olunub bu eser ile ve bu esersiz takvim olunub kıymetlerinin tefâvütü ne mikdar olur ise diyetden ol mikdâr hukûmet-i adl olub mesela bu eser ile sülüs-ü kıymet-i nâkıs olsa diyet-i mer'enin sülüsü lâzım olur mu? el-Cevâb: Olur.(Dâmadzâde)»¹³⁸

G. Kâli' (قالع): Diş Hekimi

Fıkıh eserlerinde geçen diğer bir hekim çeşidi de günümüzde diş hekiminin yaptığı müdahalelerin bir kısmını yapan *kâli'* dir. Kâli'in yaptığı hatalar ve bu hataların sonuçlarıyla alakalı da bilgiler bulunmaktadır. Örneğin diş çeken hekim hastanın söylediği dişi değil de başka sağlam bir dişi çeker veya izin aldığı dişi çekerken yanındaki diş de çıkarsa bu dişi tazmin etmesi gerekir. Zira tazmin sorumluluğunun doğması ya mu'tadın aşılması veya iznin olmaması ile olur ki bu örneklerde de söz konusu hataların yapılması sebebiyle hekime tazmin ettirildiği görülmektedir.¹³⁹

H. Baytar (بيطار): Veteriner Hekim

Tedavinin uygulandığı canlı insan olmamakla birlikte fıkıh eserlerinde hayvanları tedavi eden hekimin sorumluluğu hakkında da bilgiler yer almaktadır. Günümüzde kısmen veteriner hekimin yaptığı müdahaleleri yapan hekim için klasik eserlerde *baytar* ismi kullanılmaktadır.¹⁴⁰ Her ne kadar tedavi konusunun insan olmaması sebebiyle veteriner hekimler hekimin sorumluluğu konulu tezlere dahil edilmemiş olsa da; yaptığı işin tedavi niteliği taşıması, müdahaleden önce hayvan sahibinin iznine ihtiyaç duyulması ve tedavi sürecinde hayvan üzerinde meydana gelen zarar sonucunda tazminat talep edilebilmesi gibi sebeplerle buraya ilave etmeyi uygun gördük.

¹³⁸ Neticetü'l-fetâvâ, s. 578.

¹³⁹ İbn Nüceym **a.g.e.**, VIII, 33.

¹⁴⁰ Muhammed Murteza ez-Zebidi, Ebu'l-Feyz Muhammed b. Muhammed el-Hüseyni, **Tâcu'l-arûs**, Daru'l-Hidaye, t.y., Zeylai **a.g.e.**, V, 137

Fıkıh eserlerinde baytarın, hayvanın sahibinden izin almaksızın ya da alışlagelmiş tedavi yöntemi dışında bir yöntem izlemek gibi bir sebeple hayvanın ölümüne sebep olması durumunda hatasını tazmin etmekle sorumlu tutulacağına dair bilgiler yer almaktadır. Ancak ölen hayvanın tazmin edilmesi insandan farklı olarak normal mal şeklinde kabul edilip kıymetinin sahibine ödenmesi şeklinde olmaktadır.¹⁴¹

Klasik fıkıh eserlerinde baytarın sorumluluğunu gösteren örneklerle rastlanmaktadır. Mesela bir kimse hayvanını baytara getirirse, hayvanına bakmasını ve bir hastalığının olup olmadığını sorsa baytar da inceledikten sonra kulağının yan tarafında bulunan bir çalı sebebiyle hastalık olduğunu söylese, hayvanın sahibi de o çalıyı çıkarmasını emretse, baytar çalıyı çıkardıktan sonra hayvan ölse baytarın bunu tazmin etmesi gerekmez. Çünkü bu işlemi izinli olarak yapmıştır.¹⁴² Örnekte de görüldüğü üzere tedavi edilen şey insan olmasa bile yapılan tıbbi müdahale belli sorumluluklar getirmektedir. Tıpkı insanın izinle ve mu'tad aşılmadan kusursuz bir şekilde tedavi edilmesinin ardından ölümün gerçekleşmesinin doktora herhangi bir tazmin sorumluluğu getirmemesi gibi tedavi işlemi hayvan sahibinin izniyle yapıldığı ve doğru yöntemler uygulandığı takdirde baytara da sorumluluk yüklenmemiştir.

Osmanlı fetvalarında da baytarın yaptığı farklı işlemlere değinilmekte ve sorumluluğu hakkında çeşitli hükümler bulunmaktadır. Baytarın hayvan sahibinden izin almış olmakla birlikte mu'tadı aşmış olması sebebiyle hayvanın helak olması durumunda kıymetini tazmin etmekle sorumlu tutulduğu görülmektedir:

*“Zeyd-i baytar Amr'ın emriyle bârgirinin gözünden kan alub lâ'kin mu'tâdi tecâvüz etmekle kan munkatı' olmayub ondan nâşî bargir helâk olsa Amr bârgirin lâşesini Zeyd'e teslîm edüb kıymetini Zeyd'e tazmîne kâdir olur mu? El-Cevab: Olur.”*¹⁴³

¹⁴¹ İbn Âbidîn, **a.g.e.**, VI, 68-69.

¹⁴² İbn Maze el-Buhari, Ebu'l-meali Burhanüddin Mahmud b. Ahmed b. Abdülaziz b. Ömer, **el-Muhitu'l-Burhani fi'l-fıki'n-nu'mani**, (thk: Abdülkerim Sami el-Cüdi), Lübnan:Daru'l-kütübi'l-ilmîyye, 2004, VII, 574-575.

¹⁴³ Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, **a.g.e.**, s. 599.

III. İslam Hukuku Açısından Hekim-Hasta İlişkisinin Hukuki Niteliği ve Hekimin Sorumluluğu

Hekimin sorumluluğunun İslam hukuku açısından doğru şekilde değerlendirilebilmesi için öncelikle hasta ile aralarındaki hukuki ilişkinin niteliği tespit edilmelidir. Bu ilişkinin niteliği ilk olarak Hanefi fıkıh eserlerinde yer aldığı şekliyle ele alınacak ardından modern dönemde hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliği İslam hukuku açısından değerlendirilecektir. Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin mahiyeti tespit edildikten sonra bu bağlamda hekimin sorumluluğundan bahsedilecektir.

A. Hekim-Hasta İlişkisinin Hukuki Niteliği

Hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin doğru şekilde tespit edilebilmesi için öncelikle klasik fıkıh eserlerinde yer alan bilgilerin, hastanelerin yaygın olmadığı ve hekimlerin genellikle serbest çalıştığı durumlarda söz konusu olduğunu belirtmek gerekir. Bu sebeple İslam hukuku açısından hekim ile hasta arasındaki ilişki hukuki niteliği ele alınırken serbest çalışan hekim ile hastanede çalışan hekimin iki ayrı başlıkta ele alınması daha isabetli görünmektedir.

1. Serbest Çalışan Hekim ile Hasta Arasındaki Hukuki İlişki

Modern dönemde hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunup bulunmadığı, sözleşme ilişkisi varsa bunun hangi nitelikte sayılacağına dair tartışmalar yer almakla birlikte İslam hukukunda genel olarak kabul edilen görüşe göre hekim ile hasta arasında normal şartlarda sözleşme ilişkisi, bazı durumlarda da haksız fiil ilişkisi bulunmaktadır. Ayrıca sorumluluk açısından bakıldığında da fıkıh eserlerinde hekimin hatasını tazmin ettiği görülmektedir. Sorumluluk doğuran sebeplerin sözleşme (akit), zilyetlik ve itlaftan oluştuğunu¹⁴⁴ ve hekimin tıbbi müdahalesi sonucunda zarar meydana gelmesi durumunda tazmin sorumluluğunu doğuran sebebin sözleşmeye dayandırıldığını görmekteyiz.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Vehbe Zuhaylî, **Nazariyyetü'd-daman**, Dimeşk: Daru'l-fikr, 2012, s. 61.

¹⁴⁵ Zuhaylî, **a.g.e.**, s. 146.

Sözleşme ilişkisinin niteliği açısından Hanefî fıkıh eserlerinde görüş birliği bulunmakta, bu bölümde ele alınacağı üzere, hekim ile hasta arasındaki ilişkinin kurulması icâre sözleşmesi sınırları içerisinde değerlendirilmektedir.¹⁴⁶ “*Hind zevc-i mutallakı Zeyd’e senden olan hamlimi vaz’ ederken bana bir kâbile isti’câr eyle deyû cebre kâdire olur mu? El-Cevâb: Olmaz.*”¹⁴⁷ şeklindeki Osmanlı fetvaları da göz önünde bulundurulduğunda sağlık personeliyle hasta arasında yapılan sözleşmenin sonraki dönemlerde de icâre sözleşmesi olarak kabul edildiğini ve hekime bu bağlamda sorumluluk yüklendiğini göstermektedir.

İcâre, bir bedel karşılığı belli bir menfaatin temlik edilmesine veya bir işin yaptırılmasına dayanan akit türüdür. Menfaatin mal olmaması ve ma’dum sayılması sebebiyle icâre sözleşmesi, kıyasen caiz olmamakla birlikte ihtiyaca binaen zarureten cevaz verilen akit türlerinden biridir. Akdin geçerli sayılabilmesi için menfaatin ve karşılığında verilecek bedelin malum olması gerekir. Bunun yanında icâre bazen de bir iş/hizmet üzerine yapılabilir. Yani icârenin konusu olan menfaat bazen de iş olabilir. Bu durumda yapılacak işin süresinin sınırlarının belirli olması gerekir.¹⁴⁸

Bununla birlikte İslam hukukunda işçiler, *ecîr-i müşterek* ve *ecîr-i has* olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Ecîr-i müşterek, belli bir kimse için çalışma şartı olmayıp umumi olarak herkes için iş yapabilme hakkına sahip ya da çalışması belli bir süreyle sınırlı olmayan işçi olup ancak işi tamamladıktan sonra ücreti hak etmektedir. Ecîr-i has ise belli bir kimse için iş yapan işçidir. İslam hukuku eserlerinde haccâm, hattân, fessâd gibi doktor çeşitleri de ecîr-i müşterek kapsamında ele alınmaktadır. Dolayısıyla hekim ile hasta arasında icâre akdine dayalı bir ilişki olduğu varsayılmakta ve hekimin yaptığı hatalar bu bağlamda değerlendirilmektedir.¹⁴⁹

Hanefî fıkıh eserlerinde yukarıda bahsedildiği üzere hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisinin icâre akdine dayandırıldığı görülmekle birlikte diğer mezheplerde cüale akdi bulunduğu dair bir yaklaşıma da rastlanmaktadır. Ancak bu görüş, bütün hekim türleri için değil; sadece kehhâle özgü olarak açıklanmıştır. Önceki bölümlerde

¹⁴⁶ Meydâni, **a.g.e.**, II, 32.

¹⁴⁷ Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, **a.g.e.**, s. 481.

¹⁴⁸ Merginani, **a.g.e.**, VI, 266-269.

¹⁴⁹ İbn Âbidîn, **a.g.e.**, VI, 64-69.

değinildiği üzere Hanefî fıkıh eserlerinde tıbbi müdahalede bulunan hekim ve benzerlerine hasta tarafından iyileşmenin şart koşulmasının geçersiz olduğuna dair bilgiler yer almaktadır. Ancak özellikle Hanbeli mezhebine ait eserlerde diğer hekim çeşitlerinden farklı olarak zorunluluk ve âdeten mümkün olması sebebiyle kehhâle koşulacak iyileşme şartının geçerli olduğundan bahsedilmektedir. Bu yaklaşım ilk olarak Maliki fıkıh eserlerinde zikredilmiş olmakla birlikte geliştirilmesi ve geniş biçimde açıklanması Hanbeli fıkıhçılar tarafından yapılmıştır.¹⁵⁰ Onlara göre kehhâle bu şekilde iyileşmenin şart koşulduğu bir anlaşma, şartsız olarak gerçekleştirilen diğer tıbbi müdahalelerden farklı olarak icâre değil, cüale şeklinde gerçekleşmektedir. Zira bu şekilde düşünen hukukçulara göre icâre akdi, belli bir müddet veya belli bir iş zikrolunmak suretiyle kurulurken, burada iyileşince ücretin teslim edileceği bildirilmiştir ki bu da müddet belli olmadığından cüale akdi olarak değerlendirilebilir. Kehhâlde, belli bir müddet zikrolunarak anlaşma yapıldıysa, ki bu icâre olur, göz iyileşmese bile müddetin dolmasıyla birlikte kehhâl ücreti almaya hak kazanır. Eğer söz konusu belli müddet bitmeden göz iyileşir veya hasta ölüp tedavi imkansız hale gelirse icâre akdi geri kalan müddette fesholur ve kehhâl başlangıçta zikrolunan ücreti almaya hak kazanır. Dolayısıyla belli bir müddet zikrolunarak yapılan sözleşme yani icâre sözleşmesinde kehhâl belirtilen vakitte işi yapmakla ücreti hak eder, işin tedaviyle sonuçlanmasına bakılmaz.¹⁵¹

Hanbeliler kehhâlde belli bir müddet belirtilmeden yapılan tedavi sürecini farklı şekilde değerlendirmişlerdir. Kehhâlde belli bir müddet zikrolunmadan yapılan sözleşme cüaledir, bu sebeple de iyileşme kehhâlin tedavisi sebebiyle vuku buluncaya kadar başlangıçta belirtilen ücret hak edilmiş sayılmaz. Mesela iyileşme kehhâl dışında bir sebepten kaynaklansa ya da hastanın ölmesi gibi bir mani sebebiyle imkansız hale gelse kehhâl bu durumlarda belirtilen ücreti değil, sadece ecr-i misli alabilir. Eğer işin devam etmesi kehhâlden kaynaklanan bir sebeple imkansız hale geldiyse bu durumda diğerinden farklı olarak kehhâl hiçbir şey alamaz. Dolayısıyla Hanbeli fakihlere göre ihtiyacın bu şekilde olması ve âdetin böyle cereyan etmesi sebebiyle kehhâle diğer hekimlerden farklı

¹⁵⁰ El-Karâfi Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdîrrahmân el-Mısrî, **ez-Zahîre**, Beyrut: Daru'l-ğarbi'l-islâmî, 1994, V, 423., İbn Kudâme, **el-Muğni**, Kahire: Mektebetü'l-Kahire, 1968, V, 400.

¹⁵¹ İbn Kudâme, **a.g.e.**, V, 400.

olarak iyileşme şart koşulabilir ancak bu şekildeki tedavi cüale akdi hükümlerine uygun şekilde değerlendirilmelidir.¹⁵²

Maliki ve Hanbeli mezhebine ait eserlerde yer alan bu bilgilerden yola çıkarak söz konusu dönemde kühl işleminin diğer işlemlere nispetle daha zor sonuç veren bir işlem olması, tek seferde ve belli müddet içinde tedavinin mümkün olmaması, tıbbi müdahalenin henüz kanıtlanmamış yöntemlerle yapılıyor olması gibi sebeplerle kehhâle koşulacak iyileşme şartının mümkün olarak görüldüğünü, ancak böyle bir akdin icâre değil cüale akdi hükümlerine tabi olması gerektiğini söylemek mümkündür.¹⁵³ Kehhâle tanınan bu ayrıcalığın diğer hekim çeşitlerini de kapsayacak şekilde genelleştirilmesi zor görünmekle birlikte istisnâî durumlarda hekimin hukuki sorumluluğunun farklı şekillerde değerlendirilebileceğini göstermesi ve toplumda yaygın olan uygulama, tıp ve hukuki sorumluluk bağlantısının özenle kurulmaya çalışılması bakımından bu yaklaşım büyük önem taşımaktadır.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin modern dönemde vekâlet sözleşmesi sınırları içerisinde değerlendirildiği belirtilmişti.¹⁵⁴ Ancak İslam hukuku açısından hasta ile hekim arasındaki ilişki aşağıdaki gerekçelerle vekâlet olarak nitelendirilemez:

- a) Klasik fıkıh eserlerinde yer alan bilgilere göre vekâlet, bir kimsenin kendi yapabileceği bir işi başkasına yaptırmasıdır. Kişinin kendi yapabileceği bir işi başka birine yaptırması caizdir. Çünkü insan bazı durumlar sebebiyle her işini kendi yapamayabilir bu sebeple de başkasına yaptırmaya ihtiyaç duyar ki bu da vekâlet yoluyla olur. Dolayısıyla kişinin kendi yapamadığı bir işi başka birine yaptırması vekâlet olarak sayılmaz.¹⁵⁵ Bu sebeple hastanın kendisini tedavi edememesinden dolayı hasta ile hekim arasındaki ilişkinin İslam hukuku açısından vekâlet olarak görülmesi mümkün değildir.
- b) Vekâlet akdi gayr-ı lazım bir akit olduğu için¹⁵⁶, üçüncü bir kişinin hakkına taalluk etmemek ve vekili veya müvekkili haberdar etmek şartıyla hem vekil hem

¹⁵² İbn Kudâme, **a.g.e.**, V, 400.

¹⁵³ İbn Kudâme, **a.g.e.**, V, 400-401.

¹⁵⁴ 1. Bölüm, s. 21.

¹⁵⁵ Merginani, **a.g.e.**, V, 473.

¹⁵⁶ Merginani, **a.g.e.**, V, s. 4.

de müvekkil tarafından istedikleri vakitte bırakılabilir. Aynı şekilde tarafların ehliyetlerini kaybetmesi veya vefat etmeleriyle de vekâlet akdi sonra erer.¹⁵⁷ Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin modern dönem Türk hukukunda kabul edildiği şekilde vekâlet olduğu varsayılırsa vekâletin gayr-ı lâzım bir akit olması sebebiyle hem hasta hem de hekimin istediği zaman bırakma hakkı vardır. Ancak tedavi süreci göz önünde bulundurulacak olursa hastanın tedaviyi reddetme hakkı bulunmakla birlikte hekimin kendisine ihtiyaç duyulan bir anda mesela ameliyat masasında kendi yerine bir hekim bulmaksızın bırakıp gitmesi mümkün değildir. Dolayısıyla hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin en azından bir taraf için bağlayıcı bir akit olması gerekir. İslam hukukunda da bu şekilde hekimin tedavi sürecini bırakması sebebiyle sorumluluk yüklendiği ve hekimin tedaviyi bırakmasının tıbbi hata kapsamında değerlendirildiği bilinmektedir.¹⁵⁸

Bu iki temel sebepten ötürü İslam hukuku açısından hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisinin vekâlet olduğu kabul edilemez. Zira vekâlet dersek ya ek kanuni düzenlemelere gerek duyulur ya da hekimin tedavi sürecinde iken tedaviyi bırakmasını hekim hataları dışında saymak gerekir ki bu da imkansızdır.

Bazı eserlerde hekim ile hasta arasındaki ilişkinin niteliğinden bahsedilirken vekâletin ücretle yapıldığı takdirde icâreye dönüştüğüne dair bilginin¹⁵⁹ isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Zira bu şekilde ücretle yapılan tevkil işlemi başlangıçta icâre olarak kurulur. Sonradan icâreye dönüştüğünü söylemek başlangıçta vekâlet olarak kurulup sonradan icâreye dönüştüğü anlamına gelmektedir ki böyle bir şey söz konusu değildir. Bu bilgiye kaynak olarak verilen eserde de böyle bir akdin vekâlet değil icâre olarak kurulduğu söylenmekte iken, vekâletten icâreye dönüştüğüne dair bir bilgi yer almamaktadır.¹⁶⁰

Modern dönemde hekim ile hasta arasındaki ilişkinin mahiyeti konusundaki bir diğer görüş de bunun istisnâ‘ (eser) akdi olduğu yönündedir. İstisnâ‘, işlenmesi şartıyla

¹⁵⁷ Serahşî, **a.g.e.**, XII, 19., Ahmed Akgündüz, **Özel Hukuk II**, İstanbul: İmak Ofset Basım Yayın, 2012, s. 661.

¹⁵⁸ en-Nevevî, **el-Mecmu’ Şerhu’l-Mühezzeb**, Daru’l-Fikr, XIX, 10.

¹⁵⁹ Ahmet Ekşi, **İslam Tıp Hukuku**, İstanbul: Ensar yayınları, 2011, s. 160.

¹⁶⁰ Orhan Çeker, **İslam Hukukunda Akidler**, İstanbul: A.H.İ. Yayıncılık, 2006, s. 147.

zimmetteki bir mebi‘ üzerine ehl-i san’at ile yapılan akittir.¹⁶¹ İstisna‘ akdi genellikle bir sanatkâra kendi sanatıyla alakalı bir şeyi yapması üzerine bina edilir.¹⁶²

İslam hukukuna göre normal şartlar altında hekim ile hasta arasındaki ilişkinin istisnâ‘ olarak görülmesi mümkün değildir. Zira istisna‘ akdinde sonuç olarak bir eser meydana gelmesi gerekir ki hekim için somut bir eserin meydana gelmesi her zaman için mümkün değildir. Ayrıca istisnâ‘ akdinde sonuç olarak ortaya çıkan eserin tam istenilen şekilde yapılmaya elverişli bir şey olması gerekir ki hekimle hasta arasındaki ilişki böyle değildir. Hekimin tedavinin olumlu sonuç vereceğine dair garanti vermesi de mümkün değildir. Hastanın tabiatının güçlü ya da zayıf olması ve dış faktörlerin tümü, tedavi sürecinin sonucunu etkileyip olumlu veya olumsuz yönde değişmesine sebep olabilir. Bu sebeple de İslam hukuku açısından hekimle hasta arasındaki ilişkinin istisnâ‘ sözleşmesi olarak görülmesi mümkün değildir. Başka bir açıdan bakılacak olursa istisna‘ akdi her iki taraf açısından bağlayıcı olan bir akittir ve iki taraf da edimini yerine getirmedikçe veya ölmedikçe akit sona ermez. Fakat hekimle hasta arasındaki ilişkide hekim her ne kadar tedaviyi yarım bırakma hakkına sahip değilse de hasta borcunu ödediği takdirde istediği zaman tedaviyi bırakma hakkına sahiptir ki bu açıdan da hasta ile hekim arasındaki ilişkinin istisnâ‘ akdine dayandığını söylemek zordur. Ancak genel hekimlerden farklı olarak diş doktorlarının yaptığı dolgu, diş protezi gibi uygulamalar ile ortopedistlerin takma kol veya bacak gibi uygulamalarında bir eser meydana gelmesi ve hem hammaddenin hem de işçiliğin hekime ait olması sebebiyle hasta ile hekim arasında istisnâ‘ sözleşmesinin bulunduğunu söylemek kısmen mümkün olabilir.¹⁶³

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak gerçekleştiği ve hekim ile hasta arasında rızaya dayalı bir anlaşmanın bulunduğu durumlarda yukarıda bahsedildiği şekilde sözleşme sorumluluğunun bulunduğu görülmektedir. Ancak bunun dışında hasta ile hekim arasında rızaya dayalı bir anlaşmanın yapılmadığı veya sözleşme sınırlarının dışına çıkılıp hekimin hatasının söz konusu olduğu durumlarda *haksız fiil ilişkisi* de bulunabilmektedir. İslam hukukunda hekimin zarara sebep olduğu durumlarda ödeyeceği diyetin âkile tarafından üstlenilmesi, sözleşmenin ihlal edilmesi sebebiyle hekimin cezaî

¹⁶¹ Mecelle md. 124.

¹⁶² Kâsani, **a.g.e.**, V, 2.

¹⁶³ Ekşi, **a.g.e.**, s. 156-159.

olarak sorumlu olduğu ve sözleşme ilişkisi kurulmaksızın tedavinin söz konusu olduğu durumlarda, hekimin haksız fiil ilişkisine göre değerlendirildiğini göstermektedir. Zira sözleşmeye dayalı zararlarda zararı veren kişi cezayı da kendisi ödemektedir. Ancak sözleşmenin bulunmadığı haksız fiil söz konusu olduğunda diyeti âkile ödemektedir. Dolayısıyla normal şartlar altında hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin bulunduğunu bu sebeple hekimin izin almaması, mutadın dışına çıkması gibi durumlarda hekimin sözleşmeye aykırı davranmak sebebiyle sorumlu tutulduğunu, ancak baştan rıza almaksızın tedavi yapmak gibi rıza ve sözleşme ilişkisinin bulunmadığı durumlarda haksız fiil sebebiyle sorumlu tutulduğunu söylemek mümkündür.¹⁶⁴

2. Hastanede Çalışan Hekim İle Hasta Arasındaki Hukuki İlişki

Klasik fıkıh eserlerinde hekim ile hasta arasındaki ilişkinin mahiyeti ve hekimin sorumluluğu hakkındaki bu genel bilgilerin ardından günümüzdeki farklılıkların da İslam hukuku açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira yukarıdaki hekim ile hasta arasındaki ilişkinin icâre akdi üzerine kurulu olduğuna dair bilgiler, hekimin serbest çalıştığı ve özel hastane veya devlet hastanesi gibi kurumların olmadığı durumlarda söz konusudur. Daha önce de belirtildiği gibi modern dönemde kurumsallaşmanın artması ve hastanelerin yayılmasıyla birlikte hekim ile hasta arasında herhangi bir hukuki sözleşmenin bulunduğunu söylemek güçleşmektedir. Bunun yerine hastane ile hekim arasında ve hastane ile hasta arasında olmak üzere üçlü bir ilişkinin bulunduğunu söylemek ve hekimin sorumluluğunu bu çerçevede değerlendirmek daha isabetli gözükmektedir. Bu noktada da devlet hastanesiyle özel hastaneleri ayırmak gerekir. Günümüzde devlet hastanelerinde hekim kamu görevlisi olarak görülmekte ve hastaya zarar vermesi durumunda da kamu kusuru sınırlarında değerlendirilmektedir. Zarar söz konusu olduğunda hasta doğrudan hekime değil hastane idaresine veya Sağlık Bakanlığı'na dava açıp tazminat talebinde bulunur, hastane dava sonucunda hata oranına göre hekime rücu eder. Özel hastanelerde ise durum biraz daha farklıdır. Hasta ile hekim arasında yine bir sözleşme ilişkisi olmayıp, hata söz konusu olduğunda haksız fiil ilişkisinden dolayı hekim sorumlu tutulabilmektedir. Özel hastanede çalışan hekim, işçi

¹⁶⁴ Ali Kaya, "İslam Hukukuna Göre Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk", **Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi**, Cilt.6, Sayı.6, 1994, s. 153-156.

konumundadır. Ancak burada işveren fıkıh kitaplarındaki örneklerden farklı olarak hasta değil, hastane idaresidir. Dolayısıyla hekim ile özel hastane arasında icâre sözleşmesi bulunurken, hasta ile hekim arasında bir sözleşme ilişkisi değil haksız fiil ilişkisi bulunmakta ve buna göre sorumluluk doğmaktadır. Zarar söz konusu olduğunda da hasta zararın hekimden mi yoksa özel hastaneden mi kaynaklandığını dikkate alarak her iki tarafa da dava açılabilir. Özel hastaneye hastanın dilediği herhangi bir doktoru çağırarak tedavi talep etmesi durumunda hasta ile hekim arasında icâre sözleşmesi bulunduğunu söylemek mümkündür.¹⁶⁵ Bu açıdan hekimin sorumluluğu tartışılırken hastanelerin rolü büyük önem taşımakta ve olay farklı açılardan ele alınmak durumunda kalmaktadır. Klasik fıkıh eserlerinde yer alan hekim-hasta ilişkisinin mahiyeti hakkındaki açıklamaların, kurumsallaşmanın bu denli olmadığı ve hastanelerin yaygınlaşmadığı bir döneme ait olduğu unutulmamalıdır. Bununla birlikte serbest çalışan doktor, özel hastaneye hasta tarafından çağırılan doktor ve işveren hasta değil hastane olmak üzere özel hastanede çalışan doktorun sorumluluğunun İslam hukukunda aynı şekilde icâre sözleşmesi sınırları içerisinde değerlendirilmesi daha isabetli görünmektedir.

B. İslam Hukuku Açısından Hekimin Sorumluluğu

Yukarıda bahsedildiği üzere Hanefi fıkıh eserlerinde hekim ile hasta arasındaki ilişki icâre akdi olarak görülmekte ve hekimin sorumluluğu da bu bağlamda incelenmektedir. Sorumluluk açısından icâre akdi diğer akitlerden farklı özellikler göstermektedir. Sorumluluk açısından akitler emanet akitleri, daman akitleri ve çift yönlü akitler olarak üçe ayrılmakta,¹⁶⁶ bu tasnif içerisinde icâre akdi çift yönlü akitler arasında değerlendirilmektedir. Dolayısıyla icâre, bazı durumlarda emanet akdi olarak değerlendirilip iş yapan sorumlu tutulmazken; bazı durumlarda da daman akdi gibi değerlendirilmekte ve iş yapan sorumlu tutulmaktadır.¹⁶⁷ İcâre akdinin bu şekilde iki türlü değerlendirilebilmesi alimler tarafından farklı görüşlerin belirtilmesine sebep olmuştur. Mesela Ebu Hanife ve İmam Züfer'e göre ecîr-i müştereğın elindeki mal emanet hükmünde olup malı korumak işçinin görevi olmadığı için kasıt veya kusuru olmadıkça

¹⁶⁵ Cahide Tezel, “Özel Hukuk Bağlamında Hekimlerin Hukuki Sorumluluklarının Nedenleri”(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2014), s. 77-79.

¹⁶⁶ Zuhayli, a.g.e., s. 118.

¹⁶⁷ Zuhayli, a.g.e., s. 144-149.

meydana gelen zararı tazmin etmez. İmâmeyn'e göre ise yanma veya düşmanın zarar vermesi gibi büyük olaylar dışında ecîr-i müşterek mal üzerinde meydana gelen zararı tazmin eder çünkü korumak onun görevidir.¹⁶⁸

İslam hukukunda hekim de ecîr-i müşterek kapsamında değerlendirildiğinden Ebu Hanife'ye göre hekim ile hasta arasındaki ilişki emanet akitlerine daha yatkın olup hasta da emanet hükmündedir. Bu yüzden hekim kasıt veya kusuru olmadıkça meydana gelen zararı tazmin etmez. İmâmeyn'e göre ise hekim ile hasta arasındaki ilişki daman akitlerine daha benzer olduğundan hasta üzerinde meydana gelen zarar, kasıt veya kusuru olsun olmasın fark etmez hekim tarafından tazmin edilir.¹⁶⁹

Fıkıhçıların görüşlerindeki bu farklılıklar, ücret konusunda da izlerini göstermiştir. Ecîr-i müşterek elinden geleni yapmadı veya kasten ürüne zarar verdi ise ittifakla zararı tazmin ettiği gibi ücreti de hak etmez. Ancak elinden geleni yaptığı halde bir zarar meydana geldiyse Ebu Hanife'ye göre elindeki ürün emanet hükmünde olduğu için ecîr-i müşterek zararı tazmin etmediği gibi ücreti de hak eder. İmâmeyn'e göre ise daman akitleri içerisinde değerlendirildiğinden bu durumdaki bir işçi zararı tazmin ettiği gibi ücreti de hak etmez.¹⁷⁰ Dolayısıyla Ebu Hanife'ye göre işçinin işin yapılacağı süre içinde belirlenen mekanda bulunması ücreti hak etmesi için yeterlidir. İmâmeyn'e göre ise işçinin ücreti hak edebilmesi için işi yapıp olması gereken şekilde teslim etmesi gerekmektedir.¹⁷¹ Hekimin yapması gereken iş ise tıbbi müdahale görevini ifa etmektir. Kabul edilen görüşe göre hekim bu görevi yerine getirdikten sonra ücreti almaya hak kazanır. Tedavinin olumlu veya olumsuz şekilde sonuçlanmasına bakılmaz hatta müdahale ölümle sonuçlansa bile hekim ücretini alır. Zira hekimin borcu, elinden geleni yapma borcudur, sonuçlandırma borcu değildir. Dolayısıyla hasta sağlığına kavuşmasa bile hekimin tedavi için gerekli işlemleri yapması ücret almak için yeterli bir sebeptir.¹⁷²

İbn Âbidin, konuya daha geniş perspektiften bakmış ve işçinin elinde meydana gelen zararlarla ilgili ayrıntılı açıklamalarda bulunmuştur. Onun ifadelerine göre, ecîr-i

¹⁶⁸ Merginani, **a.g.e.**, VI, 311-316.

¹⁶⁹ Merginani, **a.g.e.**, VI, 311-316.

¹⁷⁰ Serahsî, **a.g.e.**, XV, 103-107., Merginani, **a.g.e.**, VI, 295., İbn Âbidîn, **a.g.e.**, VI, 4.

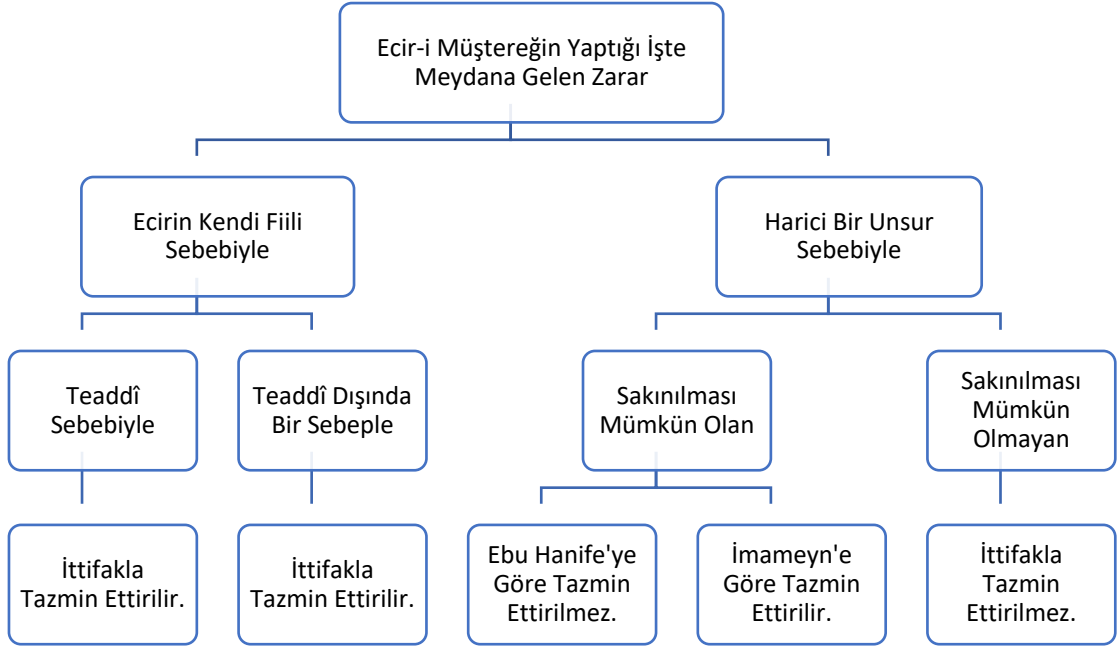
¹⁷¹ Merginani, **a.g.e.**, VI, 273-274., İbn Âbidîn, **a.g.e.**, 10-13.

¹⁷² Merginani, **a.g.e.**, VI, 295., Muvaffakuddin İbn Kudame, **a.g.e.**, V, 401.

müştereğin yaptığı işte meydana gelen helak ya da zarar iki türdür; zarar ya ecîrin kendi fiili sebebiyle meydana gelir ya da harici bir unsur sebebiyle meydana gelir. Eğer zarar ecîrin kendi fiili sebebiyle meydana gelmişse bu da iki şekilde olabilir ya teaddî ile yani ecîrin kasıt veya kusurlu bir davranışı sebebiyle meydana gelmiştir ya da teaddî dışında bir şey sebebiyle meydana gelmiştir. Zarar ecîrin kendi fiili dışında harici bir sebepten kaynaklanıyorsa bu da iki şekilde olabilir. Harici unsur sebebiyle ortaya çıkan zarar da ya sakınılması mümkün bir şekilde ya da sakınılması mümkün olmayan bir şekilde meydana gelmiştir. Birinci kısımda yani ecîrin kendi fiili sebebiyle meydana gelen zararın her iki türünde de yani ister teaddî ile ister başka bir şekilde meydana gelmiş olsun fark etmez zarar ittifakla tazmin ettirilir. Ancak zararın ecîrin kendi fiili sebebiyle meydana geldiği durumda tazmin oranı ve şekli, teaddî ile teaddî dışındaki bir sebepten kaynaklanmasına göre farklılık gösterir. İkinci kısımda yani zararın ecîrden kaynaklanmadığı durumlarda ise sakınılması mümkün olmayan bir sebepten kaynaklanıyorsa ittifakla tazmin ettirilmez. Ancak ecîrin kendi elinden kaynaklanmamakla birlikte sakınılması mümkün olan bir sebepten dolayı zarar meydana gelmişse Ebu Hanife'ye göre tazmin ettirilmezken İmâmeyn'e göre tazmin ettirilir. Müteahhirûn alimler ise helak olan malın kıymetinin yarısını tazmin ettirerek iki görüşe de uygun hareket etmeye çalışmışlardır. Ecîr-i has ise malın helak olması durumunda helakın kendi fiilinden veya harici bir sebepten kaynaklanmasına bakılmaksızın kasten zarar vermediği sürece zararı tazmin etmez.¹⁷³

¹⁷³ İbn Âbidîn, a.g.e., VI, 65-71.

Tablo 1: Ecîr-i Müştereğin Yaptığı İşte Meydana Gelen Zararın Tazmini



Kaynak: İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtar ale'Dürri'l-Muhtar**, Beyrut: Daru'l-Fikr, 1992, VI, 69-71.

Hekimin sorumluluğuyla da ilgili olması bakımından önem taşıyan diğer bir konu da ecîr-i müşterek için koşulan tazmin şartı meselesidir. Mezhepte kabul edilen genel görüşe göre ecîr-i müşterek tazmin şartı koşulmuş olsa bile kusuru veya teaddîsi yoksa elinde helak olan şeyi tazmin etmez. Çünkü akdin gerektirmediği bir şart olması sebebiyle iş yaptırmanın koştuğu böyle bir şart geçersizdir. Ecîr-i müşterek elindeki mal ya da yapacağı iş emanet hükmünde olduğu ve tazmin şartı koşulmuş olsa bile bu şart geçersiz olduğu için işçi, kusuru yoksa müdahale ölüm veya helakla sonuçlansa bile zararı tazmin etmez. İslam hukukunda ecîr-i müşterek kapsamında değerlendirilen hekimin müdahalesi için de bu geçerlidir. Tazmin şartı koşulmuş olsa bile hekimin kasıt veya kusuru olmaksızın bir zarar meydana gelmişse bu zararı tazmin etmesi gerekmez. Zira böyle bir şart geçersizdir.¹⁷⁴ Hekimin müdahalesi sonucunda meydana gelen zararı tazmin etmesi hasta tarafından şart koşulamayacağı gibi hekim tarafından da meydana gelecek hatalardan tamamen sorumsuz olacağına dair bir şart koşulamaz. Bu şekilde yapılacak sorumsuzluk sözleşmelerinde müdahaleden önce hekimle hasta arasında bir anlaşma

¹⁷⁴ İbn Âbidîn, a.g.e., VI, 65.

yapılmakta ve hekimin hiçbir kusurdan sorumlu olmayacağı hasta tarafından kabul edilmektedir. İslam hukukuna göre böyle bir anlaşma da geçersizdir.¹⁷⁵

Hekimin sorumluluğu hakkındaki açıklamalarda da görüldüğü üzere hekimin müdahalesi, diğer insanların müdahalelerinden ayrılmakta ve ölümle sonuçlansa bile diğer insanlara verilen kısas cezası hekime uygulanmamaktadır. Hekimin sorumluluğunu doğru şekilde anlayabilmek için hekimden mesuliyeti kaldıran ve tıbbi müdahaleyi diğer insanların haksız fiillerinden farklı kılan temel sebepler (illet) üzerinde durmak gerekmektedir. Söz konusu sebepler hakkında alimler tarafından farklı görüşler belirtilmiş olmakla birlikte, cezayı düşüren temel sebepler olması açısından bunların hepsi büyük önem arz etmektedir. Bu sebepleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

- a. Hekimin tıbbi müdahalesini hukuka uygun hale getirip diğer haksız fiillerden ayırarak sorumluluğu kaldıran temel sebeplerden ilki ve en önemlisi, hekimin müdahalesinin *izinli olmasıdır*. Bütün mezheplerde bu sebebe yer verilmekle birlikte özellikle Maliki fıkıh eserlerinde daha ayrıntılı biçimde vurgulanan ve mesuliyeti kaldıran bu izin, çift yönlü ve çok boyutlu bir nitelik taşımaktadır. Bu çok boyutlu iznin birinci adımı, hekimin devlet başkanı tarafından izinli olmasıdır. Sultanın veya hâkimin, tıbbi müdahale yapabilmesi için hekime başlangıçta verdiği izin yahut yetki, sorumluluğu kaldıran asıl sebeptir. Dolayısıyla hekimin sultan veya hâkim tarafından izinli olması onun görevini yerine getirebilmesi ve yerine getirdiği görevin hukuka uygun sayılabilmesi için ilk şart, mesuliyetin ortadan kalkması için de temel sebep olarak görülmektedir.¹⁷⁶ Bu iznin ikinci adımı ise hekimin hasta tarafından verilen bir izne ve rızaya sahip olmasıdır. Hastanın hekime tedavi etme iznini vermesi kendisi üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi verdiğinden hekimin tıbbi müdahaleleri hukuka uygun sayılır ve sorumluluk kalkar. Bütün mezheplerin ortak olarak dile getirdiği ve günümüzde de en

¹⁷⁵ Ali Bardakoğlu, İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcâre Akdi, (**Basılmamış Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi SBE, 1982), s. 249.

¹⁷⁶ Muhammed b. Yusuf el-Abderi el-Gırnati, **et-Tâcü ve'l-İklîl li-muhtasar-ı Halil**, Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-ilmîyye, 1994, VIII, 439.

sık vurgulanan belki de sorumluluğu kaldıran en önemli sebep hastanın izni ve rızasının olmasıdır.¹⁷⁷

- b. Klasik fıkıh eserlerinde hekimden mesuliyeti kaldıran temel sebep hakkında belirtilen ikinci görüş ise bunun *toplumsal bir zorunluluk oluşudur*. Hanefi fıkıh eserlerinde hekimin izinli ve hatasız olarak yaptığı müdahalelerde sorumluluğunun olmaması gerektiği üzerinde durulurken bunun asıl sebebinin bir zorunluluk olduğu vurgulanmaktadır.¹⁷⁸ Bu görüşe göre, hekim bütün davranışlarından sorumlu tutulursa kimse hekimlik görevini yapmak istemez veya bütün hekimler görevini icra etmekten uzak durur. Bu şekilde bütün davranışlarından sorumlu tutulması yahut etkisi olmadığı halde herhangi bir hatanın meydana gelmesi gibi durumlarda cezalandırılması, hekimlik mesleğini icra edenlerde cesaret eksikliğine sebep olacağı gibi hekimlerin görevlerini yapmak istemelerine de engel olur. Hekime bireysel olarak verilen bu şekilde bir ceza da toplumsal açıdan daha kötü sonuçlara yol açar. Zira hekimlerin görevlerini icra etmekten kaçınmaları ve dolayısıyla da hastalıkların tedavi edilmeyip yayılması toplum için büyük bir felakete neden olur. Sonuç olarak hekimin müdahalelerinden sorumluluğun kaldırılmasının asıl sebebinin toplumsal zorunluluk olduğunu söylemişlerdir.¹⁷⁹
- c. Alimler tarafından belirtilen hekimden mesuliyeti kaldıran temel sebeplerden sonuncusu ise, *hekimin iyileştirmeyi amaçlaması ve zarar verme maksadının olmamasıdır*. Başka bir deyişle, tıbbi müdahalede bulunan hekimin hukuki ve cezaî sorumluluğunu kaldıran ve bu müdahalesini haksız fiilden farklı kılan temel sebeplerin başında hekimin *iyi niyetli olması* gelmektedir. Zira bu görüşü benimseyen alimlere göre, hekim hastanın iyileşmesi için uğraşır ve asla ona zarar verme amacı taşımaz. Bunun aksi olan durumlarda da hekim hekimlikten çıkar ve diğer insanlar gibi sorumlu tutulabilir. Hasta ile doktor arasındaki ilişkiye bu çerçeveden bakmak sorumluluk açısından doktorun etkisi olan veya olmayan her hatadan

¹⁷⁷ Kâsani, **a.g.e.**, VII, 305., Mansur el-Kevsec, **a.g.e.**, VII, 3362., Gırnati, **a.g.e.**, VIII, 439.

¹⁷⁸ Serahsî, **a.g.e.**, XV, 104., Kâsani, **a.g.e.**, VII, 305.

¹⁷⁹ Zeylai, **a.g.e.**, V, 135., Kâsani, **a.g.e.**, VII, 305.

sorumlu tutulmasını engeller. Özellikle Şafii mezhebine ait fıkıh eserlerinde bu konu üzerinde durulmuş ve hekimin her daim hastası için hüsnüniyet beslediği, bu sebeple de normal şartlarda bir mesuliyetinin olmadığı vurgulanmıştır. Zira onlara göre hekim için hastaya kasıtlı olarak zarar verme maksadının düşünülmesi bile imkansızdır.¹⁸⁰

Söz konusu maddelerde zikredilen ve hekimden mesuliyeti kaldıran bu temel sebeplerin doğru şekilde anlaşılması ve aşağıdaki bölümde bahsedilecek olan tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından ayırt edilmesi gerekir. Hekimin sorumluluğuna yer veren bazı modern eserlerde “Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için gerekli şartlar” başlığı altında sosyal ihtiyaç ve hakkın kullanılması gibi unsurlara da yer verilmiştir.¹⁸¹ Halbuki bunlar hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygunluk şartlarından değil, sorumluluğu kaldıran temel sebeplerdendir. Söz konusu eserde kaynak olarak gösterilen Üdeh de bu unsurları şartlar içerisinde değil, hekimden mesuliyeti kaldıran sebepler içerisinde zikretmiştir.¹⁸² Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları ile hekimden mesuliyeti kaldıran temel sebeplerin birbirinden ayırt edilmesi büyük önem taşımaktadır. Zira hekimden mesuliyeti kaldıran temel sebepler, hekime normal insanlara verilen kısas cezasının düşürülmesini sağlamakta iken; tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları sayesinde müdahale hukuki hale gelmekte ve bu şartlardan herhangi birini taşımayan tıbbi müdahale hatalı olarak kabul edilip hekim bunlardan diyet gibi cezalarla sorumlu tutulmaktadır. Bu açıdan hekimden mesuliyeti kaldıran temel sebeplerle tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarının doğru şekilde anlaşılması ve farklı başlıklar altında zikredilmesi gerekmektedir.

IV. Klasik Fıkıh Eserlerinde Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları

Hekimden mesuliyeti kaldıran bu temel sebeplerin ardından, klasik fıkıh eserlerinde hekim tarafından müdahale süreci boyunca bulunması gereken ve tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren belli şartlar üzerinde durulmaktadır. Tıbbi

¹⁸⁰ İmam Şafii, **el-Ümm**, Beyrut: Daru'l-Marife, 1990, VI, 189-190., Hatib eş-Şirbini, **Muğni'l-muhtac ilâ marifeti meani elfazi'l-Minhac**, Daru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1994, V, 537., Kays b. Muhammed Âlü'ş-Şeyh Mübârek, **et-Tedavi ve'l-mes'ûliyyetü't-tıbbiyye**, 3. Baskı, Dımaşk: Daru'l-İman, 2013, s. 267-268.

¹⁸¹ Ekşi, **a.g.e.**, s. 39-50.

¹⁸² Üdeh, **a.g.e.**, s. 520-523.

müdahalenin taşınması gereken şartlar konusunda alimlerin farklı görüşleri bulunmaktadır.¹⁸³ Bu açıdan zaman zaman mezhepsel farklılıklara da yer vermek suretiyle dört mezhebin temel fıkıh eserlerinde geçen ve tezimizin temelini oluşturan tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından bahsedilecektir. Bu şartlar tez açısından büyük önem taşımaktadır. Zira söz konusu şartlardan herhangi birinin bulunmaması durumunda hekim müdahalesinden sorumlu tutulmaktadır. Bu açıdan hekim tarafından yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygun hale gelip sorumluluk taşımaması için belirtilen şartların tümünü taşınması gerekmektedir.

A. Doktor Olmak

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasının ilk şartı bir doktor tarafından yapılmasıdır. Hadis kaynaklarının birçoğunda “Kim doktor olmadığı halde doktor gibi tıbbi müdahalede bulunursa meydana gelen zararı tazmin eder.” manasına gelen bir hadis yer almaktadır.¹⁸⁴ Buradaki “تَطَبَّبَ” fiili doktor olmadığı halde doktor gibi davranmak anlamına gelir ve fıkıh eserlerinde bu hadis kaynak gösterilerek doktor olmadığı halde tıbbi müdahalede bulunup zarara sebebiyet veren kişinin sorumlu tutulması gerektiği belirtilmektedir. Ancak devlet tarafından doktorluğu onaylanmış ve tedavi etmesine izin verilmiş bir kişi doktor olarak kabul edilebilir ve yaptığı müdahalelerden sorumluluk kalkar. Bunun dışında bilgili ve yetkili olmadığı hekimlik yapan kişiler yaptıkları müdahale tedavi ile sonuçlansa bile izinsiz olarak yaptıklarından dolayı devlet tarafından cezalandırılırlar.¹⁸⁵

Fıkıh eserlerinde tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için gereken ilk şart devlet başkanının veya hâkimin izni olarak gösterilmektedir. Mesuliyetin kalkması için devlet başkanının izninin olması büyük önem taşımaktadır. Zira hâkimin izni hastanın izninden önce gelmekte ve hekimin hekimliğini yapabilmesini sağlamaktadır, yani tıbbi müdahalede bulunmasını hukuka uygun hale getirmektedir. Dolayısıyla doktorun

¹⁸³ Abdülkadir Üdeh, **a.g.e.**, I, 520.

¹⁸⁴ Hadisin metni şu şekildedir: «مَنْ تَطَبَّبَ، وَلَمْ يُعْلَمْ مِنْهُ طِبُّ فَهُوَ ضَامِنٌ»، Sünen-i Ebi Davud, 4586, IV, 195., Sünen-i Nesai, 4830, VIII, 52., Sünen-i İbn Mace, 3466, II, 1148.

¹⁸⁵ Zeylaî, **a.g.e.**, V, 137., Gırnati, **a.g.e.**, VII, 439., Bardakoğlu, **a.g.e.**, s. 247.

öncelikle devlet başkanı veya hâkim tarafından doktorluk yapabileceğine dair izninin olması mesuliyetin kalkması için sayılabilecek en önde gelen sebeplerdendir.¹⁸⁶

Dolayısıyla günümüzde “alternatif tıp” ve “tamamlayıcı tıp” gibi isimler altında tıp için hiçbir yetkisi olmadığı halde tıbbi müdahalede bulunan kişiler devlet tarafından yetkili olmamaları ve bilgilerinin güvenilir olmaması gibi sebeplerle yaptıkları işlemlerden sorumludurlar. Sonuç olarak herhangi bir tıbbi müdahaleyi hukuka uygun olarak nitelendirebilmenin ilk şartı müdahalenin yetkili bir doktor tarafından yapılmış olmasıdır. Bu niteliği taşımayan kişilerin yaptığı müdahaleler tedavi maksadı taşısa bile tazmin sorumluluğu taşır.¹⁸⁷

Osmanlı fetvalarında da hekim olmayan kişilerin tıbbi müdahaleleri sebebiyle cezalandırıldıklarına dair bilgiler yer almaktadır;

“Tabâbet iddiâsında olub ilm-i tıbdan haberi olmayan bazı kimesneler merzâ-i nâsa muâlece ve edviye-i mühlike saky ile helâklerine sebep olur olsalar mezbûrlar hacr ve men’ olunmak lâzım olur mu? El-Cevâb: Olur.”¹⁸⁸

Yine Osmanlı dönemine ait mühimme defterlerinde tıbbi müdahalede bulunduğu halde tabiplik eğitimi almamış ve müdahaleleri insanlara zarar veren kişilerin engellenmesine, eğitimle halledilecek durumda iseler eğitilmelerine dair emirlerin bulunduğu dair kayıtlara rastlanmaktadır:

“İstanbul’da tıp tahsil etmeyenlere tabiplik ettirilmemesine dair,

Hekim başı Mevlânâ Yûsuf Efendiye hüküm ki Südde-i saadetime mektub gönderüb mevalii izam hidmetine vasıl olub tahsili ulûm itmeyub ve hükemâi hâzikiynden teallümü ilmi tıb itmeyüb amelini ilmüne tatbik itmeyüb bilcümle cahil iken kendi re’yi ile tetabbüb iden cehele ebdanı müslimin ve gayride niçe fesad ve zarara bais oldukları ecilden men ve hacir belki ta’zir ve te’dib ve nefyi beled itmek meşru olub ol babda fetvai şerife verilüb ve cerrah ve kehhâl geçinüb üstada hidmet itmemişken kendü reyî ile cerrahlık ve kehhallık idüb cezası tamam olan kimesneler

¹⁸⁶ Muhammed b. Yusuf el-Abderi el-Gırnati, **a.g.e.**, VII, 439.

¹⁸⁷ Muhammed b. Yusuf el-Abderi el-Gırnati, **a.g.e.**, VII, 439.

¹⁸⁸ Feyzullah Efendi, **a.g.e.**, s. 469.

men' ve ref' olunmak babında hükmü hümayunum recasına arz eylediğün ecilden bu makuleler men' ve te'dib olunmak emir idüb buyurdum ki... vardukda bu babda mu'tad vechile mukayyed olub anun gibi teallümü ilmi tib itmeyüb kendü re'yi ile tetabbüb idüb ve üstada hizmet itmekle cerrahlık ve kehhallık tamam malûmları olmayub kendü re'ylere ile cerrahlık ve kehhallık idenleri men' ve ref' eyliyesin memnu olmayanları te'dib eyliyesin Amma garaz ve teassub ile ehli ilim olub san'atlerinde meharetlere olanlara taarruzdan ihtiyat eyliyesin Fi gurrei şehri rebiülevvel 1001"¹⁸⁹

Burada da görüldüğü üzere uzman tabiplerden tıp eğitimi almamış veya herhangi bir tabibin yanında hizmet ederek tıp ilmini öğrenmemiş olan, bilgisi olmadığı halde kendi yöntemleriyle tıbbi müdahalede bulunan veya müdahale esnasında bilgilerini kullanamayan kimselerin men' ve ta'zir edilmelerine hatta sürgün edilmelerine dair divan-ı hümayunun emri bulunmaktadır. Bu da tıbbi müdahalenin İslam hukukuna uygun sayılabilmesi için, müdahalenin gerekli ve yeterli eğitimi almış yetkili bir doktor tarafından yapılması gerektiğini göstermektedir.

B. Meslekte Ortalama Bilgi ve Beceriye Sahip Olmak

Hekimin tıbbi müdahalesinden sorumluluğu kaldıran bir diğer sebep de hekimin cahil olmaması yani alanında yeterli bilgiye sahip olmasıdır. Bununla birlikte hekimin kendi alanı olmayan bir konuda tıbbi müdahalede bulunması da hakkında bilgi olmayan bir alan olduğu için sorumluluk doğurabilir. Dolayısıyla müdahalede bulunan kişinin doktor olmasının yanı sıra hâzik yani alanında uzman olması da müdahalenin hukuka uygun olması için aranan şartlar arasındadır.¹⁹⁰

Hâzik sözlükte “Bir işte maharet gösteren, üstad olan kimse” şeklinde açıklanmaktadır.¹⁹¹ Hekim için düşünecek olursak hekimliği gereği gibi öğrendikten sonra alanında maharetli olan hekime tabib-i hâzik denmektedir. Hâzik sıfatı hekim için

¹⁸⁹ Ahmet Refik Altınay, **Hicri Onbirinci Asırda İstanbul Hayatı: 1000-1100**, İstanbul: Enderun Kitabevi, 1988, s. 9.

¹⁹⁰ İbn Âbidîn, **a.g.e.**, VI, 567., Burhaneddin İbn Müflih, **el-Mübdî' fi Şerhi'l-Mukni'**, Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-ilmîyye, 1997, IV, 447., Üsame Abdullah Kaya, **el-Mes'uliyetü'l-cinaiyye li'l-etbba**, 2. Baskı, Kahire: Dârü'n-Nehdati'l-Arabiyye, 1990, s. 308-312.

¹⁹¹ İbn Manzur, **a.g.e.**, X, 40.

kullanıldığında, tıp alanındaki tecrübesiyle mesleğinde maharet kazanmış uzman kişi anlamında kullanılmaktadır. Dolayısıyla hekimin hâzik olması yani alanında tecrübeli ve becerikli olması da hekimin tazmin sorumluluğunun kalkmasını sağlayan şartlardan biridir.¹⁹²

Klasik fıkıh eserlerinde tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasının şartları arasında hekimin hâzik olması şartı üzerinde durulmuştur.¹⁹³ Hekim için düşünülecek olursa, hekimliği gereği gibi öğrendikten sonra alanında maharetli olan hekime tabib-i hâzik denilmektedir. Hanbeli mezhebinin önde gelen alimlerinden İbn Kayyim el-Cevziyye (v. 751/1350) hekimin tazmin sorumluluğunun olmaması için hâzik olması ve işini hakkıyla yerine getirmesi şartının bulunduğu dikkat çekmiştir.¹⁹⁴ İbn Kudâme (v. 682/1283) de el-Muğnî adlı eserinde hekimin tıbbi müdahalesinde tazmin sorumluluğunun kalkması için gereken iki şarttan birinin hekimin hâzik vasfını taşıması olduğunu söylemiştir. Hâzik vasfını da mükemmel biçimde açıklayan müellif bu vasıfla kastettiği şeyin basiret ve marifet olduğunu söylemiştir.¹⁹⁵ Dolayısıyla basiret vasfını taşıyan, hastalığı düzgün şekilde tespit edip muhtemel riskleri kontrol altında tutarak müdahalede bulunabilen hekimler, gerekli bilgi ve beceriye yani marifete de sahipse hâzik hekim olarak kabul edilmekte ve müdahalesi hukuka uygun olarak değerlendirilmektedir. Bu vasfı taşımayan yani hâzik olmayan hekimin müdahalesi ise haram fiiller kapsamında yer almakta dolayısıyla da hâzik olmayan hekim müdahalelerinden sorumlu tutulmaktadır.¹⁹⁶

Bu bilgilerin yanı sıra hâzik hekimin zararlı sonuçlanan müdahalelerinde tamamen sorumsuzluk ilkesinin hakim olduğu söylenemez. Hâzik hekimin müdahaleleri için de iki durum söz konusudur: Eğer hâzik hekim elinden geleni yapmasına, tedavi sürecini doğru şekilde yönlendirmesine ve hastanın izniyle hareket etmesine rağmen yine de tıbbi müdahalesi sonucunda hastadan kaynaklanan veya kendiliğinden gelişen ölüm ve yaralanma gibi bir zarar meydana gelmişse ittifakla bundan sorumlu değildir. Zira bu

¹⁹² Şinkiti, **a.g.e.**, s. 112-116.

¹⁹³ İbn Âbidîn, **a.g.e.**, VI, 567., Ebu'l-Ferec İbn Kudame, **Şerhu'l-Kebir ala Metni'l-Mukni'**, Kahire: Daru'l-Kitabi'l-Arabi:, t.y., VI, 124-125.

¹⁹⁴ Mansur el-Kevsec, **a.g.e.**, VII, 3362.

¹⁹⁵ Muvaffakuddin İbn Kudame, **a.g.e.**, V, 398.

¹⁹⁶ İbn Âbidîn, **a.g.e.**, VI, 567., Muvaffakuddin İbn Kudame, **a.g.e.**, V, 398.

durumda izinli olunan bir şeyde “sirayet” yani kendiliğinden elde olmayan sebeplerle hastalığın yayıldığı ve zarara sebep olduğu kabul edilir ki hekim hâzik olması sebebiyle bu zarardan sorumlu tutulmaz.¹⁹⁷ İkinci durum ise hâzik olan hekimin tıbbi müdahalesinde yanlışlıkla sağlam olan organa dokunarak telef olmasına sebep olması, yanlış ilaç veya yanlış dozda ilaç vermesi, sağlam dişi çekmesi şeklinde bir hatada bulunması ve zarara sebebiyet vermesi gibi durumlardır ki bu gibi durumlarda hekim hâzik de olsa hatasından diyetle sorumludur. Çünkü zarar, hastadan veya şâri’den kaynaklı bir sebeple değil bizzat hekimden kaynaklı olarak meydana gelmiştir ve hatasını telafi etmesi gerekmektedir.¹⁹⁸

Hekimin hâzik vasfına sahip olmasının müdahalesini hukuka uygun hale getiren şartlardan biri olarak kabul edildiği Osmanlı fetvalarında da görülmektedir:

“Hazzâk-ı etibbâdan Zeyd Amr’ı marîze ilâc ederken şerbet lâzımdır deyüb bir şerbet yapub getirüb Amr’a teslîm edüb Amr dahı alub içse ba’dehu Amr fevt oldukda verese Zeyd’e senin şerbetin sebep oldu deyüb Zeyd’den diyet almağa kâdir olurlar mı? el-Cevâb: Olmazlar.”¹⁹⁹

Görüldüğü üzere hâzik olan hekim alışlagelmiş tedavi yöntemlerini uygulayıp izin verilen bölgenin dışına çıkmadıkça ve kendi müdahalesi sebebiyle bir zarar meydana gelmedikçe müdahale ölümle sonuçlansa bile bu zarardan sorumlu tutulmaz. Dolayısıyla müdahalenin hukuka uygun sayılması ve hekimden sorumluluğun kalkması için gereken şartlardan biri de müdahaleyi yapan kişinin hekim olmasının yanı sıra alanında uzman olmasıdır.

Hâzik olma vasfının zıttı cahil olmak şeklinde kabul edilmektedir. Buradaki cahil hekimle kastedilenin doktor olmadığı halde tıbbi müdahalede bulunan kişiler olduğunu savunanlar bulunmakla birlikte; doktor olma şartını yerine getirmiş ancak bilgisi hiç olmayan ya da eksik olan hekimler olduğunu savunanlar da bulunmaktadır.²⁰⁰ Ancak bizim tercih ettiğimiz görüşe göre tıp alanında hiç bilgisi olmayan kimseyle cahil yani

¹⁹⁷ Burhaneddin İbn Müflih, **a.g.e.**, IV, 447., Feteva-i tıp ve’l-merda, s. 170-171.

¹⁹⁸ Feteva-i tıp ve’l-merda, s. 171.

¹⁹⁹ Fetâvâ-yı Abdürrahim, c. I, s. 358.

²⁰⁰ Hüsameddin b. Musa Afane, **Fetâvâ yes’elüneke**, Mektebetü-dendis, 2007, IV, 416-417., Mübârek, **a.g.e.**, s. 185-190.

bilgisi eksik olan hekimi ayırt etmek gerekir. Çünkü tıp alanında eğitim almamış ve hiç bilgisi olmayan kişi hekim olarak kabul edilemez ve yaptığı müdahalelerin tümü normal insanların taşıdığı şekilde sorumluluk taşır. Zira tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasının ilk şartı müdahalede bulunan kişinin doktor olmasıdır. Burada bahsedilen cahil hekimden maksat, ilk şart olan hekimlik vasfını taşımakla birlikte bilgi eksikliği bulunan veya kendi alanı olmayan bir alanda müdahalede bulunan hekimdir.

Fıkıh eserlerinde müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için hekimin hâzik olmasının yanı sıra cahil olmaması üzerinde de özellikle durulmaktadır. Hekimin cahil olmaması öncelikle genel manada tıp alanında bilgisinin olması şeklinde düşünülürken, bir de daha dar manada müdahalede bulunacağı alanda bilgisinin olması şeklinde iki boyutlu olarak incelenmektedir. Hekimin cahil olmaması müdahalenin hukuka uygun olması için gereken şartlar arasında aranırken, cahil olan hekimin müdahalesi de sorumluluk taşıyan işlemler altında değerlendirilmektedir.²⁰¹ Ancak Hanbeli mezhebine ait eserlerde tıbbi müdahalenin taşınması gereken şartlar arasında hekimin hâzik olması gerektiği üzerinde durulurken cahil olmaması şeklinde bir kullanıma rastlanmadığı gibi, Maliki mezhebine ait eserlerde de aranan şartlarda hekimin cahil olmaması zikredilirken hâzik olması şeklinde bir kullanıma rastlanmamıştır. Aslında bu da cahil ve hâzik vasıflarının birbirinin zıttı olmadığını göstermektedir ki sözlükler de bu şekilde bir kullanıma rastlanmamaktadır.

Cahil hekimin zararlı sonuçlanan tıbbi müdahalesi de iki şekilde olabilir. Birinci durumda hasta, hekimin cahil olduğunu bilmeyerek ona tedavi olmaya gitmiş ve kendi rızasıyla tedavi olmuştur. Bu durumda cahil hekim meydana gelen zararları tazmin eder. Çünkü her ne kadar hastanın izni bulursa da bu izin hekimin cahil olduğundan habersiz olarak verilmiş eksik bir izindir. Bu şekilde cahil olan doktor, müdahalesi sonucunda meydana gelen her türlü zarardan da diyetle sorumludur. Ancak doktor olması ve hastanın da hekimin cahil olduğunu bilmemekle birlikte rızasının bulunması sebebiyle müdahale ölümle sonuçlansa bile kısas uygulanmaz, diyet cezası verilir. İkinci durumda ise hasta hekimin cahil olduğunu bildiği halde ona tedavi için gitmiş ve müdahale etmesine izin vermiştir. Bu durumda da hastanın tam izni bulunduğu için hekim ortaya çıkan

²⁰¹ Zeylaî, **a.g.e.**, V, 137., Muhammed b. Yusuf el-Abderi el-Gırnati, **a.g.e.**, VIII, s. 439.

zararlardan hastaya karşı sorumlu değildir. Hasta, hekimin cahil olduğunu bildiği halde kendi bedeni üzerinde müdahalede bulunmasına izin verdiği için hekim cahil olsa bile hastanın zararını tazmin etmez. Ancak cahil olduğu halde tıbbi müdahalede bulunup zarara sebebiyet verdiği için devlet tarafından cezalandırılabilir.²⁰² Dolayısıyla tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için hekimin hâzik olup cahil olmaması günümüzdeki şekliyle ifade etmek gerekirse alanında uzman olması gerekmektedir.

C. Hastayı Aydınlatmak ve Rızasını Almak

Hastanın aydınlatılması, klasik fıkıh eserlerinde tıbbi müdahalenin şartları arasında doğrudan yer almamakla birlikte dolaylı olarak zikredilmektedir. Ancak tıbbi müdahaleyi haksız fiillerden ayırarak hukuki bir hale getiren en önemli şartlardan olan hastanın tedaviye izninin olması ancak hastanın hekim tarafından bilgilendirilmesiyle mümkündür. Dolayısıyla zaruret yoluyla hastanın hastalığı hakkında aydınlatılmasının ve uygulanacak tedavi süreci hakkında bilgilendirilmesinin de önemli bir şart olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu sebeple İslam hukuku açısından rıza ve iznin olmadığı hukuka uygun bir tıbbi müdahale düşünülemez. Dolaylı olarak hastanın aydınlatılmasının da zorunlu bir şart olduğu ortaya çıkar. Zira aydınlatmanın olmadığı bir rıza eksiktir ve hukuken geçerli sayılmaz.

Bu görüşü destekler nitelikte fıkıh eserlerinde bir takım örnekler yer almaktadır. Hekimin sorumluluğuyla ilgili örnekler verilirken hekim önce hastalığı söyleyip yani hastayı durum hakkında bilgilendirip aydınlattıktan sonra rızasını almaktadır. Bu durum da rıza ve iznin, bilgilendirme yapmaksızın olmayacağını dolayısıyla aydınlatmanın da zorunlu olarak şart kabul edilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır.²⁰³

Klasik fıkıh eserlerinde hastanın rızası ve izni olmaksızın yapılan tıbbi müdahalelerin tazmin sorumluluğunu getireceğine dair bilgiler yer almaktadır. Dolayısıyla hastanın rızasını ve iznini almak ve bu sınırlar içerisinde tedaviyi

²⁰² İbn Âbidîn, **a.g.e.**, VI, 567., **Feteva-i tıp ve'l-merda**, s. 170.

²⁰³ Zeylaî, **a.g.e.**, V, 137., İbn Maze el-Buhari, **a.g.e.**, VII, 574-575., Üsame, **a.g.e.**, 163-165.

gerçekleştirmek tıbbi müdahalenin en önemli şartlarından biridir.²⁰⁴ Hastanın rızasını almak dört mezhep tarafından ittifakla kabul edilmiş şartlardan biridir. Zira doktorun müdahalesini hukuka uygun hatta gerekli bir işlem haline getiren, hastanın kendi bedeni üzerinde müdahalede bulunulmasına rıza göstermesi ve izin vermesidir.²⁰⁵

Hanefi mezhebine ait eserlerde hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygun sayılabilmesi için sayılan ilk şart, yapılacak olan tıbbi müdahaleye hastanın veya velisinin izninin olmasıdır ki bu bir tıbbi müdahalede bulunması gereken en önemli şartlardandır. Hekim hastalık hakkında bilgi verip müdahale için izin aldıktan sonra hasta bedeni üzerinde yaptığı herhangi bir müdahale diğer şartları da taşıyorsa hukuka uygun sayılmakta ve sorumluluk taşımamaktadır. Dolayısıyla müdahaleyi hukuka uygun hale getiren ilk adım olması ve hekimden sorumluluğu kaldıran temel sebepler arasında da zikredilmesi sebebiyle bu şart büyük önem taşımaktadır.²⁰⁶

Hanefi eserleriyle benzer şekilde Şafii literatürüne ait eserlerde de izin konusu üzerinde sıklıkla durulmaktadır. İmam Şafii *el-Ümm* adlı eserinde, kendisi ehliyetli ise müdahale edilen kişinin; ehliyetli değilse velisinin izninin yahut tedavi emrinin, hekimden sorumluluğu kaldırdığını söylemiştir. Zira onlara göre hastanın tedaviyi emretmesi veya hekimin izin alması durumunda, teaddî içermedikçe yani tedavi edilmesi emredilen kısmın dışına çıkılmadıkça ve izin sınırları içinde kalındığı müddetçe tıbbi müdahale hukuka uygun sayılır ve izinli olunan kısımda meydana gelen zararlardan hekim sorumlu tutulmaz.²⁰⁷ Dolayısıyla Hanefilerde olduğu gibi Şafiilerde de tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren ilk şart hastadan izin alınmış olmasıdır.²⁰⁸

Maliki mezhebinde de diğer mezheplerde geçtiği üzere hekimin sorumluluğunun kalkması ve müdahalenin hukuka uygun hale gelebilmesi için hastanın izninin olması gerektiğine dikkat çekilmiştir.²⁰⁹ Hanbeli mezhebine ait eserlerde de tıbbi müdahalenin

²⁰⁴ İbn Âbidîn, **a.g.e.**, . VI, 68-69., Muhammed b. Muhammed Muhtâr b. Ahmed Mezid el-Cekeni Şinkiti, **Ahkâmü'l-cerahati't-tıbbiyye ve'l-asarü'l-müterettibe aleyha**, 2. Baskı, Şârîka: Mektebetü's-Sahabe, 1994, s. 109-110.

²⁰⁵ Muvaffakuddin İbn Kudame, **a.g.e.**, VIII, 298., Muhammed b. Yusuf el-Abderi el-Gırnati, **a.g.e.**, . VIII, 439.

²⁰⁶ Kâsani, **a.g.e.**, VII, 305., Zeylaî, **a.g.e.**, V, 137. Meydâni, **a.g.e.**, II, 32.

²⁰⁷ İmam Şafii, **a.g.e.**, VI, 190.

²⁰⁸ İmam Şafii, **a.g.e.**, VI, 189-190.

²⁰⁹ Muhammed b. Yusuf el-Abderi el-Gırnati, **a.g.e.**, VIII, 439.

hukuka uygun olmasının ilk şartı olarak, tedavi için genel veya herhangi bir bölge için daha özel nitelikte hastanın izninin bulunması gerektiğine vurgu yapılmıştır.²¹⁰ Dolayısıyla bütün mezheplerde tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları içerisinde sayılan, hastanın veya velisinin izni büyük önem taşımaktadır.

Bu şarta Osmanlı fetvalarında da yer verilmiş, hekim hastanın izni olmadan yaptığı tıbbi müdahalesinden dolayı sorumlu tutulmuştur;

“Zeyd bir çürük dişini cerrah olan Amr’a gösterüb şu dişimi çıkarıver dedikde Amr Zeyd’in gösterdiği çürük dişini çıkarmayub bir sağ dişini ihrâc eylese Amr’a ne lazım olur? el-Cevâb: Nısf-ı öşr-i diyet.”²¹¹

D. Mu‘tadı Aşmamak

Mu‘tad kelimesi sözlükte “kişinin düşünmeye ihtiyaç duymaksızın hep aynı şekilde tekrar tekrar yaptığı alışlagelmiş şey” manasında kullanılan “âdet” kelimesinin ism-i mefûlüdür.²¹²

Mu‘tadı aşmak anlamında fıkıh eserlerinde *tecâvüzü’l-mu‘tad* (تجاوز المعتاد) tamlaması kullanılırken²¹³ bazı eserlerde ise “*teaddî*” mastarının kullanıldığı görülmektedir. Teaddî sözlükte tecavüz kelimesiyle benzer olarak “Bir nesneyi terk edip ondan geçmek ve aşmak”²¹⁴ gibi anlamlara gelmektedir. Dolayısıyla fıkıh eserlerinde hekime sorumluluk yüklenen durumlar arasında mu‘tadı aşmak anlamında kullanılan bu iki kavram aynı anlama gelmekte ve hekimler tarafından alışlagelmiş, sık sık uygulanan mevcut tedavi yöntemlerinin dışına çıkmak anlamında kullanılmaktadır.

Klasik fıkıh eserlerine göre hekim tarafından alışlagelmiş tedavi yöntemi dışında bir yöntemin kullanılması sonucunda hastanın zarar görmesi veya ölmesi gibi durumlarda da hekimin bu hatasını tazmin etmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu sebeple tıbbi müdahale

²¹⁰ Muvaffakuddin İbn Kudame, **a.g.e.**, VIII, 298., Mansur el-Kevsec, **a.g.e.**, VII, 3362.

²¹¹ Fetâvâ-yı Abdürrahim, c. 1, s. 357.

²¹² Ahmed Muhtar Abdülhamid Ömer, **a.g.e.**, II, 1572-1574.

²¹³ Meydâni, **a.g.e.**, II, 32.

²¹⁴ Halil b. Ahmed, **a.g.e.**, II, 213.

şartlarından biri de zamanın tıp verilerine uygun hareket etmek ve hekimler tarafından devamlı olarak uygulanagelen alışılmış tedavi yöntemlerinin dışına çıkmamaktır.²¹⁵

Hanefi fıkıh eserlerinde tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları içerisinde mu'tadı aşmamak üzerinde sıkça durulmaktadır. Eserlerde hekimler tarafından genel olarak bilinip uygulanan tabiri caizse test edilip onaylanmış tedavi yöntemlerini uygulamak ve bunun dışına çıkmamak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biri olarak gösterilmiştir. Bu şartın bulunmaması durumunda hekimin meydana gelen zarardan sorumlu tutulacağı vurgulanmıştır.²¹⁶ Aynı şekilde Şafii mezhebine ait fıkıh eserlerinde de hekim tarafından yapılan müdahalenin tıp alanında ehil bilginlerin görüşlerine uygun olması gerektiği üzerinde durulmuş, sorumluluğun bu şekilde kalkacağı belirtilmiştir. Eserlerde yer alan bilgilere göre tıbbi bir müdahale sonrasında hasta hayatını kaybetse ve tıpta ehil olan güvenilir hekimler ölümün hekimin yanlış tedavi yöntemlerini kullanmasından kaynaklandığını söyleseler hekim bundan sorumlu tutulur ve zararı tazmin eder. Ancak hekimin tıbbi müdahalesinden kaynaklanmadığını söylerlerse sorumlu tutulmaz. Bu sebeple hekimin tıp alanında alışıl gelmiş ve kanıtlanmış tedavi yöntemlerini uygulaması büyük önem taşımaktadır.²¹⁷

Bu şart aslında hekimin müdahalesinin hukuka uygunluk şartlarından biri sayılmakla birlikte hekimin müdahalesi sonucunda herhangi bir zarar meydana gelmişse karar mercileri tarafından nasıl davranılması gerektiği hususunda da önemli bilgiler sunmaktadır. Zira zarardan sorumlu tutulacak kişinin tespiti aşamasında tıp alanında ehil uzman hekimlerin görüşlerine başvurmalı ve zararın muhtemel sonuçlar arasında mı yer aldığı yoksa hekimden kaynaklı olarak mı meydana geldiği tespit edilmelidir. Dolayısıyla bu şart aslında tıbbi bir hata söz konusu olduğunda tıp alanında uzman bir topluluk tarafından meselenin ele alınması ve hâkimin de tıpçıların vardığı sonuca uygun şekilde karar vermesi gerektiğini göstermektedir.

²¹⁵ İbn Âbidîn, **a.g.e.**, VI, 68-69., Üsame, **a.g.e.**, s. 159-160.

²¹⁶ Meydâni, **a.g.e.**, II, 32., Mübârek, **a.g.e.**, 175-177.

²¹⁷ İbn Hacer el-Heytemi, **Tuhfetü'l-muhtac fi şerhi'l-Minhac**, el-mektebetü't-ticariyye el-kübra, 1983, VIII, 394-395.

Osmanlı fetvalarında da mu'tadı aşmanın hekim hatası olarak değerlendirileceği ve hekimin diyetle sorumlu tutulacağına dair bilgiler yer almaktadır:

“Zeyd-i cerrah Amr'ın eli üzerinden kan aldıkda amel-i mu'tadı tecâvüz edüb sinirlerine neşter urub andan nâşî Zeyd'in eli şişüb ba'de'l-ber' bileğinden aşağısı bi'l-küllîye amelmânde kalsa Zeyd'e ne lâzım olur? el-Cevâb: Nısf-ı diyet.”²¹⁸

Bu bilgiler ışığında İslam hukukunda ilk dönemlerden itibaren tıbbi müdahalenin uygun olarak kabul edilebilmesi ve hekimden sorumluluğun kalkması için tıp alanında uygulanagelen tedavi yöntemlerini kullanmak gerektiğine vurgu yapıldığını söylemek gerekir. Hekimin kendine ait ve kanıtlanmamış yöntemleri kullandığı müdahalelerden sorumlu tutulması gerektiği üzerinde sıkça durulmuştur.

E. Gerekli İlgi Ve Özeni Göstermek

Hekimin yaptığı tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için müdahalesinde hata, kusur ve ihmâl gibi unsurlardan kaynaklanan bir zararın bulunmaması gerekir ki bu da gerekli ilgi ve özenin gösterilmesiyle olur. Hatası olmadığı halde elinde olmayan sebeplerle hastalık yayıldı ve kişinin ölümüne sebep olduysa hekimin bunu tazmin etmesi gerekmez. Ancak söz konusu unsurlardan biri varsa hekim meydana gelen zararı tazmin eder.²¹⁹

Hanefî mezhebinde yapılan işlemin hukuka uygun olmasını sağladığı için müdahalede bulunan kişinin *kasıt ya da kusurunun olmaması* gerekmektedir. Eserlerde bu konuya dikkat çekilmiş, hastalığın doğal olarak yayılıp ölüme sebep olduğu durumlarda hekime maddi veya manevi herhangi bir ceza verilemeyeceği çünkü doktorun kasıt ve kusurunun bulunmadığı belirtilmiştir. Zira hekim kastı veya kusuru bulunmaksızın bir zarara sebebiyet verdiği için bu zarardan sorumlu tutulmaz. Dolayısıyla hekime herhangi bir mesuliyet yüklememek için yapılan tıbbi müdahalenin kasıt veya kusur unsurlarını taşımaması da şarttır. Ancak hekim için kasıt ve kusur unsurlarının ayrı ayrı düşünülmesi gerekir. Zira hekimin kusurlu davranışı sonunda, iyi niyetli olması, hekim olması ve iznin dışına çıkmaması gibi sebeplerle kısas cezası

²¹⁸ Fetava-yı Abdürrahim, c. 1, s. 357.

²¹⁹ Hatib eş-Şirbini, **a.g.e.**, V, 538.

uygulanmayıp diyet cezası verilirken; kasıt unsurunun bulunması hekimin iyi niyetiyle bağdaştırılamaz. Bu sebeple hekimde kasıt unsurunun bulunması durumu, aslında hekim hataları içerisinde değerlendirilmeyip normal insanlara uygulanan kısas cezası uygulanabilir. Bu açıdan kasıt ve kusurun bulunmaması gerekir şeklindeki şartın aslında kasıt bulunmaması kısmı hekimle bağdaştırılmayıp normal insan şeklinde cezalandırılırken, kusur bulunması halinde, ki hep iyi niyetli olduğu düşünülerek hekimin hatası kasıt değil kusur sınırları içerisinde değerlendirilir, diyet cezasıyla hatasını telafi etmesi sağlanır.²²⁰

Şafii mezhebi literatürüne ait bazı eserlerde de hekimin hastayı iyileştirme amacıyla müdahalede bulunması gerektiği ve hekim için bunun aksinin düşünülmemeyeceği belirtilmektedir. Hekimin zarar verme kastıyla yaptığı müdahaleleri hekimlik vasfı dışında değerlendirilir ve normal insan gibi ceza verilir. Dolayısıyla sorumluluk taşımaması için hekimin tıbbi müdahaleleri asıl itibariyle bir maslahata binaen yapılmalı ve zarar içermemelidir.²²¹

Aynı şekilde Maliki mezhebi eserlerinde de hekimin müdahalesinin sorumluluk taşımaması için taksirinin bulunmaması gerektiği üzerinde durulmuştur. Hekimin tıbbi müdahalesi esnasında göstermesi gereken ilgi ve özende eksiklik göstermesi yani dikkatsizlik, tedbirsizlik ve ihtiyatsızlık gibi bir takım davranışlarda bulunması taksir kabilinden sayılır. Söz konusu sebeplerin taksir yani kusurlu davranış olarak görülmesi ve çoğu zaman hataya sebebiyet vermesi de hekimin sorumluluk taşımamasına yol açar.²²²

Hanbeli mezhebi literatüründeki bilgilere göre ise hastanın izninin bulunması ve hekimin hâzik olması şartlarının yanı sıra hekimin müdahalesi sonucu bir zarar meydana gelmemesi ve izinli kısmın aşılmaması da şarttır. Dolayısıyla Hanbeliler hekimin hastaya kendi eliyle zarar vermemesinin, müdahalede bulunması gereken temel şartlardan biri olarak kabul etmişlerdir. Hanbeli fakih İbn Kudâme (v. 682/1283)'ye göre tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasının ilk şartı hekimin hâzik olması iken ikinci şartı da sağlam organa dokunmak veya yanlış zamanda müdahale etmek gibi hekimin kendi fiili

²²⁰ Kâsani, **a.g.e.**, VII, 305-306., Meydani, **a.g.e.**, II, 232., Zeylâi, **a.g.e.**, V, 137.

²²¹ İmam Şafii, **a.g.e.**, VI, 189-190., Hatib eş-Şirbini, **a.g.e.**, V, 537.

²²² Kurtubî Muhammed b. Ahmed, **el-Beyan ve't-tahsîl**, Beyrut: Dar'ul-Garbi'l-İslami, 1988, IX, 349., Muhammed b. Yusuf el-Abderi el-Girnatî, **a.g.e.**, VIII, 439.

sebebiyle hasta üzerinde bir zarara sebebiyet vermemesidir. Hekim bu şekilde bir zarara sebebiyet verecek olursa fiilinden sorumlu tutulur.²²³ Ancak hastalığın beklenmedik sebeplerle kendiliğinden ilerleyip yayılması ya da hastanın vücut yapısının zayıflığından kaynaklı olarak bir zarar meydana gelmesi gibi durumlarda hekim sorumlu tutulmaz. Yine aynı şekilde hekimin kendisinin sebep olmadığı bir zarar meydana geldi ve hekim elinden geleni yaptığı halde buna engel olamadı ise sorumlu değildir.²²⁴

F. Tıbbi Gereklilik

İslam hukukuna göre tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak sayılabilmesi için gereken şartlardan bir diğeri de tıbbi gerekliliktir. Yapılan müdahalenin tıbbi olarak gerekli sayılması hukuki olarak hekimden sorumluluğun kalkması açısından büyük önem taşımaktadır. Günümüzde tıp literatüründe sıkça geçen “endikasyon” terimi de bu manada kullanılmaktadır.²²⁵ Tıbbi endikasyon yani tedavinin tıbbi açıdan gerekli veya zorunlu olması, müdahalenin İslam hukuku açısından uygun sayılabilmesi için gereken şartlara ilave edilmek zorundadır. Zira günümüzde tıbbi açıdan gerekli veya zorunlu olmayan cinsiyet değiştirme, kürtaj, ötenazi veya güzelleştirme amaçlı yapılan estetik gibi operasyonlar, zaruri bir durum olmadığı sürece İslam hukukuna uygun sayılmamaktadır. İslam hukukuna uygun sayılabilmesi için tıbbi müdahalenin zarûriyyât veya hâciyyât kapsamında olması gerekmektedir, bunun dışındaki müdahalelerin tedavi olarak değerlendirilmesi ve hukuken uygun sayılması mümkün değildir. İslam hukukuna göre bu müdahaleler hukuki açıdan uygun olmadığından bunlardan herhangi birini yapan doktorun da cezalandırılması gerekmektedir.²²⁶

Aynı şekilde tıbbi gereklilik bağlamında tedavinin yarar-zarar dengesi göz önünde bulundurularak yapılması da büyük önem taşımaktadır. Yarar-zarar dengesi ve tedaviye cevap verme oranı gözetilmeksizin yapılan müdahalelerin de İslam hukuku açısından uygun sayılması mümkün değildir ve bu tür müdahalelerden hekim sorumlu tutulmaktadır. Mesela hasta ameliyat edildiği takdirde hastalık tüm vücuduna yayılacaksa

²²³ Muvaffakuddin İbn Kudame, **a.g.e.**, V, 398.

²²⁴ Muvaffakuddin İbn Kudame, **a.g.e.**, V, 398.

²²⁵ Utkan Kocatürk, **Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü**, 10. Baskı, İstanbul: Nobel Tıp Kitabevi, 2005, s. 424., Hakeri, **a.g.e.**, s. 170-174.

²²⁶ Ekşi, **a.g.e.**, s. 108-137.

zararın yarardan daha fazla olması sebebiyle ameliyat edilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Bu şekilde zararın yarardan daha fazla olacağı tıbbi müdahaleler hekim açısından hukuki sorumluluk taşır. Bununla birlikte tedavi ediciliği hekimler tarafından açıkça bilinen, yapılmadığı takdirde hastada daha büyük hastalıklara veya ölüme sebep olacak tedavilerin yapılması zorunludur. Tıbbi açıdan gerekli olmadığı halde müdahalede bulunan ya da tıbbi olarak gerekli sayılan bir müdahaleyi yapmayan hekim ise hukuki açıdan sorumlu tutulmaktadır.²²⁷

V. Tıbbi Hatanın Cezaî Sonuçları

İslam hukukunda ister amden ister hatâen olsun bir kusur işleyen kimse sorumluluklarına ve neticelerine katlanmak zorundadır. Zira bu şekilde dünya hayatındaki düzenin sağlanması, kişiler arasındaki zulüm ve düşmanlığın engellenmesi, meydana gelen zararın telafi edilerek zarar gören kişinin tatmin olmasının ve güvenliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Bu şekilde toplumda meydana gelmesi muhtemel suçların önü kesilmeye ve suç oranları düşürülmeye çalışılmaktadır.²²⁸

Klasik fıkıh eserlerinde hizmet akdi kapsamında değerlendirilen hekimin kasıt veya kusuru olmaksızın meydana gelen zararlardan sorumlu tutulmaması gerektiğine dair bilgiler yer almaktadır.²²⁹ Bununla birlikte İslam hukuk doktrininde hekimin tamamen sorumsuzluğu ilkesinin hakim olduğunu söylemek de doğru olmaz. Zira hekim, sözleşme sınırlarının dışına çıkması, müdahalenin haksız fiil sayılması ve hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi sonucunda hasta üzerine bir zarar meydana gelmesi durumunda sorumlu tutulur. Dolayısıyla İslam hukukunda tıbbi müdahalede meydana gelen bütün zararlardan hekimin sorumlu tutulduğunu söylemek mümkün olmadığı gibi hiçbir zarardan sorumlu olmadığını söylemek de doğru olmaz.²³⁰ Üdeh gibi bir kısım alimlere göre ise doktor

²²⁷ Gazzâlî, **İhyâu Ulûmi'd-Din**, Beyrut: Daru'l-Marife:, t.y., IV, 283-292., Şinkiti, **a.g.e.**, s. 120-123., Tuba Erkoç Baydar, "Fıkıhî Açıdan Ötanazi ve Tedavinin Esirgenmesi" (**Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Marmara Üniversitesi SBE, 2017), s. 283-284, 304.

²²⁸ Zühaylî, **a.g.e.**, s. 251-252.

²²⁹ Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 305.

²³⁰ Kaya, **a.g.e.**, 156-162.

ancak fahiş hatası sebebiyle cezalandırılabilir. Bunun dışındaki hafif zararlardan sorumlu tutulmaması gerekir.²³¹

Hekimin tıbbi müdahalesi sonucunda hastalık sirayet eder yani yayılır ve hastanın ölümüne sebep olursa, normal bir insanın bir insanı öldürmesine verilen ceza verilmez. Hekim olması ve dolayısıyla her daim hastanın iyiliğini düşündüğü²³² varsayımı ve toplumsal zorunluluk gibi sebeplerle kısas düşüp diyet gerekirken,²³³ hasta tarafından izinli olması sebebiyle de tedavi edilen kısımda izinli ve ölüme sebep olduğu kısımda izinsiz sayılarak yarım diyet ödemesi gerektiği söylenmektedir.²³⁴ Bunun yanında hekimin borcu sonuçlandırma borcu olmayıp elden geleni sarf etme borcudur. Bu sebeple İslam hukukçularına göre iyileşmenin şart koşulması, hekimin gücü dahilinde olmadığından tıbbi müdahalelerde garanti edilemez ve bu şart geçersiz sayılır.²³⁵

Ceza hukuku bakımından hekimin meydana gelen zarardan sorumluluğunu daha ayrıntılı bir şekilde ele almak gerekirse ecîr-i müşterek kapsamında değerlendirilen hekimin tıbbi müdahalesinin sonucunda meydana gelen zarar üzerinde durmak gerekir. Zarar hekimin fiili sebebiyle meydana geldi ve bu fiili teaddî ile yani kasıt, kusur veya ihmal sebebiyle olduysa bu zarardan hekim ittifakla sorumlu tutulur. Zarara sebep olan diğer bir faktör de çevresel koşullar veya hastanın tabiatı gibi hekim dışındaki harici sebeplerdir. Eğer tıbbi müdahale sonucunda meydana gelen zarar bu harici unsurlar sebebiyle meydana gelmişse tekrar araştırma yapmak gerekir. Zira İslam hukukuna göre harici sebepten meydana gelen zarar sakınılması mümkün olmayan bir şey ise hekim ittifakla sorumlu tutulmamakta iken, hekim tarafından engellenmesi mümkün bir şeyse fıkıhçıların bir kısmına göre hekim bundan sorumlu değildir, bir kısmına göre ise sorumlu tutulur. Ancak mezhepte tercih edilen görüş, hekimin bu şekilde engellenmesi mümkün olmayan bir zarar sebebiyle sorumlu tutulmaması gerektiği yönündedir.²³⁶ Dolayısıyla tıbbi müdahale sürecinde meydana gelen zarar hekimin teaddîsi bulunan fiili sebebiyle meydana gelmişse yahut engellenmesi mümkün olduğu halde engellenmemiş harici bir

²³¹ Üdeh, a.g.e., I, 538-539.

²³² Üdeh, a.g.e., I, 521-522.

²³³ Kâsânî, a.g.e., VII, 305.

²³⁴ Meydâni, a.g.e., II, 32.

²³⁵ Kâsânî, a.g.e., IV, 211.

²³⁶ İbn Âbidîn, a.g.e., VI, 69-71.

sebepden meydana gelmişse hekim bunlardan sorumlu tutulur ve zararı tazminle sorumlu olur.²³⁷

Hekimin meydana gelen zarar durumunda sorumlulukları bulunmakla birlikte yine de o, bir insana zarar veren diğer insanlar gibi sorumlu tutulmamaktadır. Hekimin hastasına karşı her zaman iyi niyetli olduğu varsayılarak müdahale ölümle sonuçlansa bile kısas düşürülmekte; hekim olması sebebiyle de diğer insanların yaralama veya öldürmeleri sonucu verilen maddi cezaların genellikle yarısı verilmektedir. Bunun yanında kasıt veya kusur oranına göre farklı cezalar verildiği de görülmektedir.²³⁸

Önceki bölümlerde hekimin hatalı tıbbi müdahalesi karşılığında kısas cezası verilmediği belirtilmişti. Düşürülen kısas cezası yerine hekime verilen tazminat çeşitlerini şu şekilde ele almak mümkündür:

A. Diyet

Bir kimseyi öldürmesi sebebiyle kâtilin nefis bedeli olarak ödediği tazminat İslam hukukunda diyet olarak isimlendirilmektedir.²³⁹ Ömer Nasuhi Bilmen diyeti, “Katil suretiyle yapılan cinayetlerde maktullerin nefislerine bedel ve uzuvlarda yapılan cinayetlerde cerh veya kat edilen uzuvlara bedel câni veya câni ile âkilesi üzerine lâzım gelen maldır.”²⁴⁰ şeklinde tarif etmiştir.

Diyetin kendisinden verilebileceği mallar, Ebu Hanife’ye göre deve, altın veya gümüş olmak üzere üç farklı şekilde; İmâmeyn’e göre ise deve, inek, koyun, iki çeşit para (dinar ve dirhem) ve kıyafet olmak üzere altı farklı şekilde takdir olunmuştur.²⁴¹ Diyetin miktarı 100 deve, 1000 dinar, 10000 dirhem, 200 sığır ve 2000 koyundan herhangi biri esas alınmak suretiyle belirlenmiştir. Fıkıh eserlerindeki bilgilere göre hata ile zarar veren kişinin bu altı çeşitten kendisine en kolay gelen ile diyetini ödeme muhayyerliği vardır.²⁴²

²³⁷ İbn Âbidîn, **a.g.e.**, VI, 69-71.

²³⁸ Meydâni, **a.g.e.**, II, 32.

²³⁹ Merginani, **a.g.e.**, VIII, 69.

²⁴⁰ Bilmen, **a.g.e.**, III, 35.

²⁴¹ Kâşânî, **a.g.e.**, VII, 253-254., Mustafa Ahmed ez-Zerka, “Diyetü’n-Nefsi’şer’iyye keyfe Nukaddiruhâ fi haze’l-’Asr, **Mecelletu’l-Mecmai’l-Fıkhıyyi’l-İslâmî**: Râbitatü’l- Âlemi’l- İslâmî, 1409/1989, sayı: 3, s.70.

²⁴² Abdülkerim Zeydan, **el-Medhal li diraseti’ş-şerâti’l-İslâmiyye**, Bağdad: Mektebetü’l-Kuds, 1982, s. 399-403.

Günümüzde altınla gümüş arasındaki farkın aşırı derecede artması ve bunların oranlarının değişmesi, yüz deve ya da onun kıymeti olan 1000 miskal yani 4500 gram altın ödemenin normal bir insan için güç yetirilemeyecek bir şey haline gelmesi sebebiyle diyetle ilgili oranlarda düzenlemeler yapılması gerektiğini savunan alimler var olmakla birlikte diyet oranlarının aynı şekilde devam etmesi gerektiğini düşünen fakihler de bulunmaktadır. Diyet miktarlarında düzenleme yapılmasını savunan alimlere göre bu oranlar kasıt olmaksızın hata ile bir kimseye zarar veren bir kişi için çok uç rakamlardır. Bu sebeple de diyet miktarlarında düzenleme yapılması gerektiğini savunmaktadırlar.²⁴³ Mesela bazı ülkelerde devenin en ucuz olduğu Moritanya'daki fiyatına nispetle diyet oranını belirleme yoluna gidilmiştir. Ancak bu fıkıh kitaplarında yer alan bilgilerle bağdaşmamaktadır. Zira diyet, cinayetin işlendiği ya da zararın verildiği yerdeki kıymete göre verilir başka yerdeki kıymetlere göre verilemez. Diyet miktarlarının düzenlenmesini savunan bir kısım hukukçu da günümüzde gümüşün kıymetinin düşmesi sebebiyle gümüş üzerinden diyet miktarını belirleme yoluna gitmiştir. Bu şekilde düzenleme çabaları da ıslaha değil ancak fesada yol açmıştır.²⁴⁴

Zerka'nın günümüzdeki diyet miktarları hakkında farklı görüşleri bulunmaktadır. Hz. Peygamber'in diyet miktarını deve üzerinden belirlemesinin o mekan ve zamanda devenin yaygın olmasından kaynaklandığını, yüz devenin diyet miktarı olarak belirlenmesinde bunun dışında özel bir sebep olmadığını dile getirmiş²⁴⁵ ve günümüzdeki diyet ödemelerinde şu üç yöntemden birinin takip edilmesinin doğru olduğunu belirtmiştir:

• Hz. Peygamber'in belirlediği miktarlarda altın ve gümüş takdir ederek diyetle buna itimat edilebilir ki bu da 1000 dinar yahut 10000 dirhemdir. Günümüzde altınla gümüş arasında bu oranın aşırı derecede farklılaşması sebebiyle 1000 miskal altının kıymetiyle 10000 dirhem gümüşün kıymetinin ortalaması alınarak diyet verilebilir. Bu şekilde ne altın kadar yüksek ne de gümüş kadar düşük kıymet verilmiş olur.²⁴⁶

²⁴³ Zerka, **a.g.e.**, s. 71.

²⁴⁴ Zerka, **a.g.e.**, s. 72.

²⁴⁵ Zerka, **a.g.e.**, s. 73.

²⁴⁶ Zerka, **a.g.e.**, s. 74.

•Hz. Peygamber döneminde ve bulunduğu çevredeki yani Hicaz'daki devenin maliyetini hesaplayarak diyette buna itibar edilebilir. Hadislerden ve halife uygulamalarından yola çıkarak bir devenin yüz kişiyi doyurduğu görülmektedir. Diyet miktarı olan 100 deve ise 10000 kişiyi bir gün boyunca orta halli bir şekilde doyurmaya yetecek miktardır.²⁴⁷

•Ya da Hz. Peygamber ve Hulefâ-ı râşidîn döneminde kendisiyle diyet verilen altı türün(deve, inek, koyun, altın, gümüş, kıyafet) her birinin yöreye göre diyet miktarının hesaplanıp toplanarak altıya bölünmesi yani ortalamasının alınması ve diyet miktarının belirlenmesi şeklinde olabilir. Ancak bu da zor görünmektedir.²⁴⁸

Zerka'ya göre günümüzde diyet miktarının belirlenmesinde en isabetli yol ikinci yoldur. Zira diğer yöntemler sıklıkla değişebilirken ikinci yol çok fazla değişikliğe uğramaz bu sebeple de daha rahat uygulanabilir.²⁴⁹

Diyet bedelinin hesaplanmasına dair bilgilerin ardından diyetin niteliği hakkındaki tartışmalara değinmekte de fayda vardır. Diyetin zarar veren kişi için sadece ceza, sadece tazminat, hem ceza hem de tazminat niteliği taşıdığına dair üç farklı görüş bulunmaktadır.²⁵⁰ Ancak kanaatimizce diyet hem zarar verene ceza hem de mağdura tazminat niteliği taşımaktadır. Diyet sadece mağdurun zararını tazmin maksadı taşısaydı zarar verenin ödemeye hiç ortak olmaması veya belli bir oranın altında da ödememesi gerekirdi. Ancak fıkıh eserlerindeki bilgiler bu yönde değildir. Zira diyet âkile tarafından ödenmekle birlikte zarar veren de bu ödemeye ortak olmakta, ödenecek miktar tam diyetin 1/5'ine ulaşmadığı durumlarda da zarar veren bunu tek başına karşılamaktadır. Dolayısıyla diyetin zarar vereni cezalandırma maksadı taşıdığını da söylemek mümkündür. Bununla birlikte zarar verenin âkilesinin olmadığı ya da âkilenin güç yetiremediği durumlarda diyetin devlet hazinesi tarafından karşılanması da mağdurun zararının tazmin edilmesi maksadının diyette ağırlıklı olduğunu göstermektedir. Ayrıca diyet çeşitlerinde de görüldüğü üzere diyet miktarları belirlenirken mağdurdaki hasar

²⁴⁷ Zerka, **a.g.e.**, s. 75-76.

²⁴⁸ Zerka, **a.g.e.**, s. 76.

²⁴⁹ Zerka, **a.g.e.**, s. 76-77.

²⁵⁰ Kâşif Hamdi Okur, **İslam Hukukunda Sosyal Sorumluluk: Âkile Örneği**, İsam Yayınları, 2017, s. 82-92.

oranı dikkate alınmakta ve zarara uygun bir miktar belirlenmektedir ki sadece ceza amaçlı olsa buna gerek kalmazdı. Bu da mağdurun zararının tazmin edilmesi maksadının da diyetle bulunduğunu göstermektedir. Dolayısıyla diyetle mağdurun zararının tazmin edilmesi maksadı ağırlıklı olmakla birlikte zarar vereni cezalandırma maksadının da bulunduğunu söylemek daha isabetli görünmektedir.

Diyet miktarı ve diyetin niteliği hakkındaki açıklamaların ardından hekimin hatalı tıbbi müdahalesi sonucu ödemesi gereken diyetten bahsetmek gerekmektedir. Hekimin hastasına karşı her daim iyi niyetli yaklaştığının varsayılması, izin alarak müdahalede bulunması ve hatası karşılığında büyük cezalar verildiği takdirde hekimin mesleğini uygulamaktan kaçınacak olması gibi sebeplerle hekime diğer insanlarla aynı cezanın verilmediği ve kısasın düştüğü dile getirilmiştir. Bununla birlikte hekimin cezaî sorumluluğu, hasta ile olan ilişkisi bir sözleşmeye dayanıyorsa sözleşme sınırlarının aşılmasından, sözleşme yoksa cinayetten yani haksız fiil ilişkisinden kaynaklanır. İzin alınmaksızın yapılan her müdahaleden hekim sorumludur ve zarara sebebiyet verdiği organın diyetini ödemesi gerekir. Ancak hekim hastasından izin alarak müdahaleyi gerçekleştirdiyse mu‘tadın dışına çıkmadığı ve müdahalenin hukuka uygunluk şartlarını yerine getirdiği sürece hastalık yayılsa ve ölüme sebep olsa bile diyet ödemesi gerekmez. Çünkü hukuka uygunluk şartlarını yerine getirdiği ve elinden geleni yaptığı için hekim bundan sorumlu değildir. Ancak izinli olduğu kısmın dışına çıktığı anda sorumluluk doğmaya başlar. Hekim hukuka uygunluk şartlarını uygulamaz, izinli olduğu kısmın dışına çıkar ve ölüme sebep olursa ölen kişinin bir kısmında izinli bir kısmında izinsiz sayılarak hekim olmayan herhangi bir insanın başka bir insana zarar vermesi durumunda ödeyeceği normal diyet miktarının yarısını öder. Dolayısıyla hekim hatası sonucunda hekim olması sebebiyle kısas düştüğü gibi, müdahalesini izinli olarak yapması sebebiyle de diyetin yarısı düşer ve yarım diyet öder.²⁵¹

B. Erş

Erş, sözlükte “yaralama diyeti” olarak geçmektedir.²⁵² Diyetten farklı olarak bir kimsenin öldürülmesinin karşılığı (bedelü’n-nefs) olarak değil, “bedelü mâ dîne’n-nefs”

²⁵¹ Meydâni, a.g.e., II, 32.

²⁵² Halil b. Ahmed, a.g.e., VI, 284.

yani öldürme dışındaki yaralama veya sakat bırakma gibi sebeplerle zarar veren kimsenin ödediği bedel için kullanılmaktadır.²⁵³ Sözlüklerde genellikle diyet ve erş eş anlamlı gibi kullanılsa da erş, diyetten farklı olarak ölüm değil sadece yaralanan veya kesilen uzuvların bedeli olarak bilinmektedir.²⁵⁴

Kesilen, yaralanan veya işlevsiz hale getirilen organların bedeli olarak ödenen erş, organın menfaati yani işlevi göz önünde tutularak farklı miktarlarda takdir olunmuştur. Vücutta iki adet bulunan göz, el, ayak kulak gibi organların birinin kesilmesi durumunda yarım diyet, ikisinin birlikte kesilmesi durumunda ise tam diyet ödenmesi gerekir ki bu ölüm dışında bir organın zarar görmesine karşılık ödendiği için erş olarak kabul edilir. Aynı şekilde elde bulunan parmaklar için düşünülecek olursa bir parmağın kesilmesi durumunda diyetin 1/10'unun ödenmesi gerekir bu da erş kabilindedir. Zira ölüme sebep olunmamış ancak organlardan birine zarar verilmiş ve bunun bedeli naslar tarafından belirlenmiştir. Naslardaki bilgilere göre organlara verilen zarar karşılığında ödenecek diyet yani erş her zaman organın tamamına oranla hesaplanmış değildir. Mesela bir diş için ödenecek olan erş, naslarda beş deve yani diyetin 1/20'si şeklinde takdir olunmuştur. Kıyas uygulanmasını mümkün kılmayan, zararın hataen verilmiş olması ve mağdurun affı gibi durumlar söz konusu olduğunda kıyasın yerine bu şekilde maddi cezalarla zararın telafi edilmesi sağlanır.²⁵⁵ Hekimin organlara zarar verecek şekilde gerçekleştirdiği hatalı tıbbi müdahalesi için de aynı şekilde naslarda belirtildiği üzere erş miktarını tazmin etmesi sağlanmalıdır.

Uzuvların yaralanması veya kesilmesi sebebiyle ödenen bedel şeriat tarafından belirlenmiş (*erş-i mukadder*) olabildiği gibi; şeriat tarafından belirlenmemiş (*erş-i gayri mukadder*) de olabilir ki bunun takdiri, meseleye hakim olan ehil kimselere bırakılmıştır. Bu sebeple miktarı belirlenmemiş erş için *hükümet-i adl* kavramı da kullanılmaktadır.²⁵⁶

²⁵³ Merginani, **a.g.e.**, VIII, 69.

²⁵⁴ Ebu Abdullah, Muhammed b. Ahmed b. Yusuf, **Mefâtihu'l-ulûm**, Kahire: Daru'l-kitabi'l-arabi, I, 36.

²⁵⁵ Kâsani, **a.g.e.**, VII, 323.

²⁵⁶ Bilmen, **a.g.e.**, III, 13.

C. Hükûmet-i Adl

Uzuvların yaralanması ya da kesilmesi şeklinde vuku bulan cinayetler karşılığında ödenecek bedelin miktarı şer'an belirlenmemiş ve hâkimin ya da meseleye vâkif olan kişilerin takdirine bırakılmışsa bu diyet çeşidine hükûmet-i adl denir. Hükûmet-i adlin diyet ve erşten farkı, miktarlarının naslar tarafından belirlenmemiş olmasıdır.²⁵⁷

Ömer Nasuhi Bilmen, hükûmet-i adlin şu üç yöntemden biriyle açıklandığını söylemiş ve ardından tercih edilenin üçüncü görüş olduğunu dile getirmiştir:

a) Yaralanan kişinin yarası iyi olur ancak ayıbı gerektiren bir eser kalırsa bu şahsın tam olarak iyileştiği zamana kadar ihtiyacı olan nafaka, tabib ve ilaç parası hesaplanarak kendisine verilir ki bu bir hükûmet-i adldir.²⁵⁸

b) Meydana gelen yara, muzîha²⁵⁹ denilen yara çeşidine nispet edilerek ödenecek miktar belirlenir. Mesela muzîhanın dörtte biri olan bir yara meydana geldiyse muzîhanın erşi olan yirmide bir diyetin de dörtte biri diyet ödenmesi gerekir ki bu da seksende bir diyete tekabül etmektedir.²⁶⁰

c) Yara iyileştikten sonra ayıbı gerektiren bir iz kaldıysa yaralı kişi, köle farz edilerek şu şekilde bir hesaplama yapılır: İşin ehli insanlar tarafından önce yara izinden salim olduğu şekildeki kölenin kıymeti, ardından da bu yara izinin bulunduğu haliyle olan kıymeti hesaplanıp bu ikisi arasındaki fark alınır. Bu fark, salim olduğu kıymetin kaçta birine denk ise o nispette diyet miktarı takdir olunur. Buna da hükûmet-i adl denir. Mesela kölenin sağlamken kıymeti 100 lira, yaralı halindeki kıymeti 90 lira olarak hesaplanırsa aradaki fark olan 10 lira, sağlam kıymeti olan 100 liranın 1/10'una tekabül etmektedir. Bu da ödemesi gereken miktarın tam diyet miktarının onda biri kadar olduğunu gösterir ki diyetin onda biri de 100 dinara tekabül eder.²⁶¹

Ancak günümüzde köleliğin olmamasından ötürü sağlam köle ile yaralı köle arasındaki değer farkının hesaplanamaması üçüncü yöntemin uygulanmasını

²⁵⁷ Zühaylî, **a.g.e.**, s. 348-349.

²⁵⁸ Bilmen, **a.g.e.**, III, 36.

²⁵⁹ Muzîha, Ömer Nasuhi Bilmen'in Kâmûsunda: "Bir yaradır ki, et ile baş kemiği arasındaki zar gibi olan deri yırtılıp kemik meydana çıkmış olur." şeklinde tarif edilmiştir.

²⁶⁰ Bilmen, **a.g.e.**, III, 36.

²⁶¹ Bilmen, **a.g.e.**, III, 36.

zorlaştırmaktadır. Her ne kadar Osmanlı döneminde de hükûmet-i adlin bu şekilde yaralıyı köle farz etmek suretiyle hesaplandığına dair bilgiler yer alsa da günümüz şartlarında bu şekilde hesap yapmak mümkün değildir. Bu sebeple mahkemenin, hekimlerden ve alanında uzman bilirkişilerden oluşan bir gruptan yardım almak suretiyle söz konusu yarayı, diyeti belirli olan muzîhaya nispet etmek suretiyle hükûmet-i adli hesaplaması daha isabetli görünmektedir.

Hükûmet-i adlin bir benzeri niteliğinde fıkıh eserlerinde müessir bir fiil sebebiyle meydana gelen yara iyileşip izi kalmamış olduğu halde yaralının bu süreçte çektiği sıkıntı ve acıdan dolayı alanında uzman kişilerin takdir edeceği manevi bir tazminat türü olan *hükûmet-i elem*den de bahsedilmektedir.²⁶² *Erş-i elem* olarak da zikredilen bu şekilde bir tazminin mümkün olup olmadığı konusunda fakihler arasında ihtilaf bulunmaktadır. Ebu Hanife, elem ve acıların mütekavvim mal olmamaları sebebiyle tazmine konu olamayacağını söylemiş ve bu sebeple hükûmet-i elemi kabul etmemiştir. Bu şekilde düşünen alimler sadece can, organ, duyu veya güzellik üzerinde meydana gelen zararların tazmin edilebileceğini, insanın manevi yönüyle alakalı olan acı ve ıstırapların para gibi maddi bir şeyle tazmin edilmesinin mümkün olmadığını savunmaktadırlar. İmam Muhammed de sadece maddi olan tabib ve ilaç ücretlerinin alınabileceğini; bunun dışındaki bir şey için tazmin gerekmediğini söylemektedir. Ebu Yusuf ise zarar gören kişinin manevi olarak tatmin edilmesini amaçlayan bu şekilde bir tazminatı kabul etmekte, psikolojik hasarların da tazmin edilmesi gerektiğini söylemektedir. Bu görüşü İmam Muhammed'e nispet edenler de bulunmaktadır.²⁶³

Bu genel bilgilerden sonra hükûmet-i adlin, günümüzdeki tıbbi müdahale hataları açısından önemini belirtmekte yarar vardır. Ölüm, organ kaybı, organın menfaatinin kaybolması veya yaralamalar gibi naslar tarafından diyet oranları belirlenmiş olan zararlar dışında günümüzde kalp, böbrek, mide, ciğer gibi birçok iç organ üzerinde de tıbbi müdahaleler gerçekleştirilmekte ve tıbbi hatalar ortaya çıkmaktadır. Fakat geçmişte iç organlar üzerinde bu tip vakalara rastlanmadığından ve dolayısıyla da bunlar üzerinde meydana gelen zararın telafisi hakkında özel olarak nas bulunmadığından bu açık

²⁶² Serahsi, **a.g.e.**, XXVI, 81., Bilmen, **a.g.e.**, III, 36-37.

²⁶³ Serahsi, **a.g.e.**, XXVI, 98., Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 316-317.

günümüzde hükûmet-i adl ile kapatılacaktır. Dolayısıyla modern dönemde iç organlar üzerinde yapılan tıbbi müdahale hatalarının zarar tespiti, tıp alanında ehil bilginlerin de görüşleri alınmak suretiyle yapılacak ve zarar gören kişinin zararının en adaletli şekilde telafi edilmesi sağlanacaktır. Bu açıdan meydana gelen yeni hatalar ve özellikle iç organlar gibi naslar tarafından diyeti belli olmayan ancak üzerinde pek çok hataya rastlanan ve zararının telafi edilmesi gereken yeni durumlarla karşılaşmaktadır. Bu açıdan hükûmet-i adl günümüzde yeniden değerlendirilmeye ihtiyaç duymakta ve önemini her geçen gün artırarak korumaktadır.

D. Gurre

Gurre, anne karnındaki çocuğun düşürülmesi ve ölü olarak dünyaya gelmesi sebebiyle ödenen tazminattır. Bedeli tam diyetin 1/20'si olarak takdir olunmuştur ki bu miktar da 5 deve, 50 dinar veya 500 dirheme tekabül etmektedir.²⁶⁴

Fıkıh kitaplarındaki bilgilere göre diyetle olduğu gibi gurrenin de âkile tarafından karşılanması gerekir. Ancak bu bedelin âkile tarafından kime ödeneceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Hanefilerde ve diğer üç mezhepte bebek tek başına bir birey sayılarak aynı ölen kişide olduğu gibi bu bedelin bebeğin mirasçılara ödeneceği görüşü hakimdir.²⁶⁵ Malikiler'den bir kısmı ise anne karnında düşürülen bebeğin, annenin bir uzvu gibi olduğunu kabul etmiş ve çocuğun düşmesine annenin sebep olmaması şartıyla gurrenin özellikle anneye verilmesi gerektiğini belirtmişlerdir.²⁶⁶

Dikkat edilmesi gereken diğer bir önemli husus da gurrenin anne karnından ölü olarak doğan çocuk için ödenen bir bedel olduğudur. Bebeğin herhangi bir müessir fiil sebebiyle canlı olarak doğduğu ve bu müessir fiil sebebiyle doğduktan sonra öldüğü durumlarda tam diyet gerekmektedir.²⁶⁷ Hanefiler bebeğin sağ doğmuş kabul edilebilmesi için ağlama, emme, hareket etme, nefes alma gibi iradi belirtilerin²⁶⁸ olması gerektiğini

²⁶⁴ Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 325.

²⁶⁵ Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 326., İbn Rüşd, **Bidayetü'l-müctehid ve nihayetü'l-muktesid**, Kahire: Daru'l-Hadis, 2004, IV, 199.

²⁶⁶ İbn Rüşd, **a.g.e.**, IV, 199.

²⁶⁷ Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 326.

²⁶⁸ Tuğba Duru, **İslam Hukukunda Cenine Müdahale (Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Marmara Üniversitesi SBE, 2016), s. 66.

söylemişlerdir. Müessir fiille canlı olarak dünyaya geldikten yani bu şekilde hayat belirtileri gösterdikten sonra ölen bebek için yukarıda zikredildiği şekilde tam diyet ödenmesi gerekir. Aynı şekilde annenin aldığı darp gibi bir sebeple karnındaki ikiz çocuklardan biri ölü olarak doğsa diğeri doğduktan sonra ölse, birinci için gurre ödenmesi gerekirken ikinci için tam diyet ödenmesi gerekir. Bu açıdan bebeğin müessir fiil sonu ölü olarak doğması ile doğduktan sonra ölmesi arasındaki fark büyük önem taşımaktadır.²⁶⁹

Hekim tarafından gebeliğin sonlandırılması, annenin hayatını tehdit eden durumlar gibi zaruri hallerde fıkıhçılar tarafından vacip olarak değerlendirilmiştir.²⁷⁰ Bu şekilde mevcut durum, anne ve bebek açısından tüm yönleriyle değerlendirilip anne için hayati risk taşıyan durumlarda gebeliğin hekim tarafından sonlandırılmasında hekim için herhangi bir sorumluluk bulunmamaktadır. Ancak tıbbi bir zorunluluk bulunmaksızın ebeveynin çocuk istememesi, hekimin küçük sorunlarda bebeğin alınması gerektiğine dair açıklamaları ve hatta bebeğin tıbbi olarak özürle olduğunun kanıtlanması gibi durumlarda bebeğin hekim tarafından alınması yani kürtaj, fıkıhçıların çoğuna göre sorumluluk gerektirmektedir.²⁷¹ Bu şekilde zorunluluk bulunmaksızın hekim tarafından anne karnındaki bebeğin öldürülmesi, sorumluluk taşıyan tıbbi müdahaleler arasında kabul edilir ve hekimin gurre ödemek suretiyle bu zararı tazmin etmesi gerekir. Zira ebeveynin, ceninin alınması konusundaki izni, hakları olmayan bir konuda verdikleri geçersiz bir izindir. Klasik fıkıh eserlerindeki annenin kendi karnındaki bebeğini düşürdüğünde veya babanın, vurması sebebiyle eşinin karnındaki bebeğin düşmesine sebep olduğunda bile bunlardan sorumlu tutulmaları gerektiğine dair bilgiler, bebeğin alınmasına dair hekime verilen iznin de geçersiz bir izin olduğunu göstermektedir.²⁷² Bu da anne veya babanın izni veya isteği bile olsa anne karnındaki bebeğin yaşama hakkına son verilemeyeceğini ve bu müdahalede bulunan hekimin sorumlu olduğunu delillendirmektedir. Yaşama hakkının bebeğe ait bir hak olması sebebiyle ebeveynin

²⁶⁹ Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 326.

²⁷⁰ Duru, **a.g.e.**, s. 86-89.

²⁷¹ İbn Âbidîn, **a.g.e.**, VI, 588-591., Merğînânî, **a.g.e.**, IV, 472.

²⁷² Merğînânî, **a.g.e.**, IV, 472., Üsame, **a.g.e.**, s. 345-350.

bebeğin alınmasına dair izni, hakları olmayan bir alanda verdikleri izin olarak görülmeli ve bu sebeple hekim böyle bir müdahaleden kaçınmalı, sorumluluk altına girmemelidir.

Bebeğin anne karnından ölü olarak doğmasına sebep olan normal kişilerde olduğu gibi hekimin de tıbbi müdahalesi sonucu bebeğin ölü olarak doğmasına sebep olduğu durumlarda hatasından sorumlu tutulması ve gurre miktarınca hatasını tazmin etmesi gerekir. Yine hekimin hamilelikte anne veya bebek hayatı açısından risk oluşturacak bir ilaç vermesi sebebiyle annenin, anne karnındaki bebeğin veya her ikisinin ölümüne sebep olduğu durumlarda hekim bu hatasından sorumlu tutulmalıdır. Sadece annenin ölümüne sebep olduğu durumlarda diyet, sadece bebeğin ölü doğmasına sebep olduğu durumlarda gurre, annenin ölü olarak bebeği doğurduktan sonra kendisinin de öldüğü durumlarda ise hem diyet hem gurre ödemek suretiyle hatasını tazmin etmelidir.²⁷³ Bebeğin anne karnından ölü olarak doğmasına sebep olan hekimin bu hatayı kasten mi hataen mi işlediği de ceza açısından büyük önem taşımaktadır. Kasten bebeğin düşmesine sebep olan hekime gurre cezası ağırlaştırılmış şekilde veya ek cezalarla birlikte verilebilirken, hataen böyle bir suç işleyen hekime sadece gurre cezası verilebilir. Aynı şekilde diğer diyetlerde olduğu gibi hekimin çocuk düşürme suçu kasıtlı gerçekleştirse cezasını kendi ödemesi gerekirken, hata ile gerçekleştirse âkilesi tarafından karşılanır. Bu sebeple hekimin bebeğin ölü doğmasını kast etmesiyle hataen ölü doğmasına sebep olması arasındaki fark, büyük önem taşımaktadır.²⁷⁴

E. Meslekten Men‘

Klasik fıkıh eserlerinde tıp alanında eğitim almamış ve yeterli bilgisi olmadığı halde tıbbi müdahalede bulunan ve insanlara zarar veren kişilerin meslekten uzaklaştırılmalarına dair bilgiler yer almaktadır.²⁷⁵ Meslekten uzaklaştırma cezası fıkıh eserlerinde men‘ veya hacr kelimeleriyle ifade edilmiş, hekimin görevinin insanları iyileştirmek olduğu, görevinin aksine müdahalede bulunarak hastalığın yayılmasına sebep olan hekimlerin görevden uzaklaştırılmaları gerektiği dile getirilmiştir. Bu şekilde meslekten men‘ edilmiş olan hekimin tıbbi müdahalede bulunması hukuken yasak olup

²⁷³ Mevsîlî, **a.g.e.**, Beyrut: Daru’l-kütübi’l-ilmiyye, t.y., V, 44.

²⁷⁴ Üdeh, **a.g.e.**, II, 346-347.

²⁷⁵ Şihabüddin er-Remlî, **Nihayetü’l-Muhtac ila Şerhi’l-Minhâc**, Daru’l-Fikr: Beyrut, 1984, c. 8, s. 35., İbn Rüşd, **a.g.e.**, V, 200.

cezaî açıdan da sorumluluk gerektirmektedir.²⁷⁶ Hekimin tıp alanında yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmaması öncelikle sıkça hata yapmasından ve insanların kendisini şikayet etmesinden anlaşılabilir. Aynı şekilde tıp alanında uzman kişilerin, söz konusu hekimin her zaman uygulanagelen tedavi yöntemlerinin dışında yöntemler uyguladığını ve insanlara zarar verdiğini onaylamaları halinde hekim meslekten men' edilir.²⁷⁷

Osmanlı döneminden elde edilen bilgilere göre hâzik hekimlerden eğitim almamış ve sadece kendi bilgi ve yöntemleriyle tıbbi müdahalede bulunmak suretiyle insanlara zarar veren hekimler hakkında düzenleme yapılmasına dair padişah tarafından emirler verildiği görülmektedir. Düzelmeleri mümkün olanların öncelikle eğitilmeleri, eğitimden ve asistanlıktan sonra görevlerini yapmalarının mümkün olduğu belirtilirken, düzelmesi mümkün olmayacak şekilde hata yapan hekimlerin ise meslekten men' edilmelerine ve hatta sürgün edilmelerine dair bilgiler yer almaktadır.²⁷⁸

F. Sürgün ve Hapis Cezası

Klasik fıkıh eserlerinde görevini kötüye kullanan ve topluma zarar veren hekimler için sürgün veya hapis cezası verildiğine dair bir bilgi bulunmamaktadır. Ancak hapis cezasının sonraki dönemlerde kurumsallaşmayla birlikte yaygınlaştığı göz önünde bulundurulursa, zarar veren hekime ilk dönemlerde hapis cezasının verilmeyip sonraki dönemlerde sıklıkla rastlanmasını anlamlandırmak daha kolay olmaktadır. Günümüzde de zarar veren kimseleri cezalandırmak maksadıyla sıkça kullanılan hapis cezası İslam'ın ilk dönemlerinde daha çok aynı şekilde zarar veren kişinin toplumdan uzaklaştırılması amacını güden sürgün cezasıyla karşılanmış, kurumsallaşma ve toplumsal suçların artmasıyla bağlantılı olarak hapis cezası daha çok rastlanır hale gelmiştir.²⁷⁹

Fıkıh eserlerinde zikredilen cinayet işleyen kişiye ta'ziren verilebilecek hapis cezasının onu suçlardan uzaklaştıracağı ve bu sebeple cinayet işleyen kimsenin ta'zir cezası kapsamında hapsedilmesinin caiz olduğundan bahsedilmektedir.²⁸⁰ Osmanlı

²⁷⁶ Ebu Zehra, **İslam Hukukunda Suç ve Ceza** (trc. İbrahim Tüfekçi), İstanbul: Kitabevi:, 1994, I, 418.

²⁷⁷ İbn Hacer el-Heytemi, **a.g.e.**, IX, 197.

²⁷⁸ Altınay, **a.g.e.**, s. 9.

²⁷⁹ Metin Hülagü, **İslam Hukukunda Hapis Cezası**, Konya: Rey Yayıncılık, 1996, 17-52., Dönmezer ve Erman, **a.g.e.**, II, 660-693.

²⁸⁰ Karâfi, **el-Furuk**, Beyrut: Âlemü'l-Kütüb:, t.y., IV, 79.

döneminde de yanlış tedavi yöntemleri uygulayarak hastalarına zarar veren ve görevi kötüye kullanan hekimlere, daha büyük toplumsal zararlara sebebiyet vermesini önlemek amacıyla sürgün veya hapis cezası verildiğine dair bilgiler bulunmaktadır. Aynı şekilde zamanın uygulanagelen tedavi yöntemlerinin dışına çıkması sebebiyle tıbbi müdahale hatalarına sebep olan kişilere sürgün cezası verildiği gibi mesleği kötüye kullanarak hasta mahremiyetine gerekli özeni göstermeyen hekimlere de sürgün veya hapis cezası verildiği bilinmektedir. Ancak bu dönemde hekimlere verilen hapis cezasının siyasi suçlar sebebiyle verilmiş olabileceği üzerinde durulmakta, hekime söz konusu sebeplerle daha çok sürgün cezasının verildiği belirtilmektedir.²⁸¹

Bu genel bilgiler göz önünde bulundurulacak olursa hekimin gerekli tıp eğitimini almadığı, eğitim aldığı halde becerisinin olmaması sebebiyle sıkça hataya neden olduğu veya görevini kötüye kullandığı durumlarda hapsedilmek suretiyle daha büyük toplumsal zararlara sebebiyet vermesinin önüne geçilmiş olmaktadır. Klasik fıkıh eserlerinde spesifik olarak hekimin hapsedilmesi gerektiğine dair bir bilgi yer almamakla birlikte öncelikle hekim için Osmanlı uygulamalarında hapis cezası bulunmasının yanı sıra hapsin genel sebepleri ve amaçları dikkate alınacak olursa günümüzde hatalı tıbbi müdahaleler sebebiyle hekimin hapisle cezalandırılmasının İslam hukuku açısından da uygulanabilir olduğu söylenebilir.

VI. Âkile sistemi-Mesleki Sorumluluk Sigortası

Zararın fail tarafından kasten değil de hata ile verilmiş olması yukarıdaki bölümlerde bahsedildiği gibi öncelikle verilecek cezanın kısas değil diyet şeklinde verilmesini gerektirirken, ikinci olarak da cezanın suçu işleyen tarafından tek başına değil âkilesi ile birlikte ödemesi kolaylığını getirmektedir.²⁸²

Kasten işlenen suçlarda faile verilen diyet cezası bizzat failin kendisi tarafından ödenmeye zorlanır ve bu tazmin başkası tarafından yapılamaz. Âkilenin gündeme geldiği nokta suçun hataen işlendiği durumlardadır. Ancak burada faili rahatlatmak için getirilen bu kolaylığın başkalarına zorluk olacağı fikrinin akla gelmesi kaçınılmazdır. Fakat

²⁸¹ Nil Sarı, “Osmanlı Hekimliğinde Tıp Ahlakı”, **Osmanlılarda Sağlık**, İstanbul: Biofarma İlaç Sanayi ve Ticâret A.Ş., 2006, I, 233.

²⁸² Serahsi, **a.g.e.**, XXVII, 124-131., Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 255., Yıldız, **a.g.e.**, 172-173.

kitaplarda yer alan âkilenin üye sayısının yaklaşık olarak 2500'ü bulduğu, kişi başına aylık en fazla 3-4 dirhem kadar miktar düştüğü²⁸³ ve ödenecek diyetin üç sene içerisinde taksitli olarak tazmin edildiği düşünülecek olursa bu düşüncenin temelsiz olduğu ortaya çıkacaktır.²⁸⁴

Âkile sisteminin amacı, hataen zarar veren kimsenin ödeyeceği tazminat yükünü hafifletmek olduğundan İslam hukukçuları belli bir miktarın altında kalan bedelleri âkilenin ödemeyeceğini, bunları failin kendisinin ödemesi gerektiğini dile getirmişlerdir. Hanefi fıkıhçılar âkilenin diyete katılım limiti olarak muzîha adı verilen yaranın bedeli olan tam diyetin %5'ini dikkate almışlar, bundan aşağı olan diyet miktarlarının âkile tarafından ödenmeyeceğini, suçlunun kendisi tarafından ödenmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Şafii hukukçulara göre ise diyetin miktarı az veya çok olsun fark etmez âkile tarafından ödenir. Maliki ve Hanbelilere göre ise tam diyetin 1/3'ü limit sayılır, bunun altındaki diyet bedelleri âkile tarafından değil failin kendisi tarafından ödenir. İbn Hazm ise konuyu naslarla sınırlandırmış ve âkilenin sadece tam diyet ve gurre söz konusu olduğunda devreye gireceğini, bunun dışındaki bedelleri failin kendisinin ödeyeceğini belirtmiştir.²⁸⁵

Klasik fıkıh eserlerinde hekimin alanında uzman olmakla birlikte hataen hastasına zarar verdiği durumlarda zarar verdiği kişiye ödeyeceği bedelin âkile tarafından ödenmesi gerektiğine dair bilgiler yer almaktadır. Ancak kişi hekim olmadığı veya alanında uzman olmadığı halde tıbbi müdahalede bulunursa kusurlu sayılır ve hatayı kasten işleyen kişide olduğu gibi cezayı âkilesi değil kendisi karşılamak mecburiyetinde kalır.²⁸⁶ Âkile sistemi bazı yönlerden farklılıkları da olmakla birlikte günümüzdeki sigorta sistemiyle benzerlikler göstermektedir.²⁸⁷ Hekimlerin yaptırdığı zorunlu mesleki sorumluluk sigortası da âkile sistemiyle benzerlik göstermekte ve hekimin istemeden yaptığı zararın karşılanmasını sağlamaktadır. Tıpkı âkile sisteminde olduğu gibi hekimin kasıtlı olarak verdiği zararlar sigorta şirketi tarafından karşılanmamaktadır.²⁸⁸ Bu şekilde hem

²⁸³ Şeybânî, **a.g.e.**, IV, 667., Kâsânî, **a.g.e.**, VII, 256.

²⁸⁴ Serahsî, **a.g.e.**, XXVII, 130., Şeybânî, **a.g.e.**, IV, 465., Okur, **a.g.e.**, s. 247-256.

²⁸⁵ Okur, **a.g.e.**, s. 215-218.

²⁸⁶ İbn Rüşd, **a.g.e.**, IV, 200., İbn Hacer el-Heytemi, **a.g.e.**, IX, 197.

²⁸⁷ Okur, **a.g.e.**, s. 324-332.

²⁸⁸ Didem Özkıdık, "Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı.4(2016), s. 243-268.

mağdurun zararı giderilmekte hem de hekimin belli bir miktar sigorta için bedel ödemesi şeklinde zararı telafi etmesi sağlanmakta ancak kaldırabileceğinden fazla yük yüklenmemiş olmaktadır. Klasik fıkıh eserlerindeki âkile sistemiyle günümüzdeki zorunlu mesleki sigorta sistemi bu açıdan benzerlik göstermekte ve hekim açısından düşünülecek olursa hatalı olarak meydana gelen tıbbi müdahale sorumluluğunu hafifletmenin yanı sıra mağdurun zararını karşılamakta ve daha fazla mağduriyet yaşamasına engel olmaktadır.



SONUÇ

Hekim hatalarının ayrıntılı olarak incelendiği bu çalışmada konu, öncelikle modern hukuk, ardından da İslam hukuku bağlamında ele alınmış, bu suretle meselenin daha iyi anlaşılması ve iki hukuk sistemi arasındaki karşılaştırmanın daha net biçimde yapılması amaçlanmıştır. Modern hukuk ile İslam hukukunun konuyu ele alış biçimleri dikkate alınacak olursa, benzer yönlerin çoğunlukta olduğunu söylemek mümkün olmakla birlikte, önemli noktalarda ciddi farklılıkların da bulunduğunu belirtmek gerekmektedir.

Öncelikle İslam hukuku açısından hekimin kusur ve ihmal sebebiyle meydana getirdiği ve engellenmesi mümkün olduğu halde engel olmadığı zararlar sebebiyle sorumlu tutulduğunu, bunun dışında meydana gelen zararlardan dolayı sorumluluk taşımadığını belirtmek gerekir. Bununla birlikte kasıt kavramının tıbbi hatalar içindeki yerinin değerlendirilmesi hususunda iki hukuk sisteminin farklı yaklaşımlara sahip olduğu görülmektedir. Genel olarak hem modern hukukta hem de İslam hukukunda hekimin hüsnüniyet sahibi olduğu varsayımının hakim olduğunu söylemek mümkün görünmektedir. Ancak modern hukukta genellikle hekimin kasten zarar vermesinin de tıbbi hata tanımlarına dahil edildiği görülürken, İslam hukukunda kabul edilen genel görüşe göre hekimin hastasına kasten zarar vermesi mümkün görülmez. Bu sebeple fıkıh eserlerinde hekim olduğu halde kasten zarar veren kişinin, ağır biçimde cezai muamele görmesi gerektiğine dair bilgiler yer almaktadır.

İki hukuk sisteminin birbirinden farklı görüş beyan ettiği diğer bir konu da hekimin hukuki sorumluluğu meselesidir. Hekim ile hasta arasındaki ilişki, Türk hukukuna ait mahkeme kayıtlarında genellikle vekâlet sözleşmesine dayandırılırken, Klasik fıkıh eserlerinde icâre akdine dayandırılmaktadır. Ancak kurumsallaşmanın artması ve hastanelerin yayılmasıyla birlikte, çalışma alanları da göz önünde bulundurularak İslam hukuku açısından hekimin sorumluluğu yeniden değerlendirilmelidir. Günümüzde serbest çalışan doktor, özel hastaneye hasta tarafından dışardan çağırılan doktor ve işveren hasta değil hastane olmak üzere özel hastanede çalışan doktorun, İslam hukukuna göre icâre sözleşmesi sınırları içerisinde değerlendirilmesi mümkündür. Ancak devlet hastanesinde çalışan doktor, kamu görevlisi

olarak görülmekte, hasta ile hekim arasında bir ilişkinin bulunmadığı kabul edilmektedir. Bu sebeple tıbbi hata durumunda mağdur, doğrudan hekime dava açamayıp hastane idaresine dava açabilmektedir. Hastane idaresi hata oranına suçlu olan hekime rücu etmektedir. Özel hastanede ise hekim ile hastane arasında icâre sözleşmesi kurulurken, hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisi bulunmayıp haksız fiil ilişkisi bulunmaktadır. Bu sebeple özel hastanede meydana gelen tıbbi hatalar sebebiyle, hastanın hem hastaneye hem de hekime dava açma hakkı bulunmaktadır. Bu sebeple İslam hukuku açısından hekimin sorumluluğu değerlendirilirken hastanelerin etkisinin göz önünde bulundurulması gerekmekte ve bu konu söz konusu şekilde yeniden ele alınmaya ihtiyaç duymaktadır.

Klasik fıkıh eserlerinde yer alan ve hekimden mesuliyeti kaldıran temel sebepler ile tıbbi müdahalenin uygunluk şartlarının ayırt edilmesi de, hekimin sorumluluğunun doğru şekilde anlaşılması açısından büyük önem taşımaktadır. Zira hekimden mesuliyeti kaldıran temel sebepler, hekime normal insanlara verilen kısas cezasının düşürülmesini sağlamakta iken; tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları sayesinde müdahale hukuki hale gelmekte ve bu şartlardan herhangi birini taşımayan tıbbi müdahale hatalı olarak kabul edilip hekim bunlardan diyet gibi cezalarla sorumlu tutulmaktadır.

Cezai açıdan bakıldığında ise günümüzde hekimin zararını telafi etmesi için maddi ve manevi tazminat şeklinde iki seçenek varken, İslam hukukunda konu daha ayrıntılı olarak ele alınmakta ve hekime verilen pek çok ceza çeşidine rastlanmaktadır. Bu cezalardan diyet ve erş miktarları şari‘ tarafından belirlenmiş olan bedeller olarak sayılmakta iken, hükûmet-i adl denen cezanın takdiri tıp alanında uzman kişilerden yardım almak şartıyla hakime bırakılmıştır. Günümüzde iç organlar üzerinde birçok tıbbi müdahale yapılmakta ve hatalar meydana gelmektedir. Ancak geçmişte bu şekilde operasyonların yapılmaması sebebiyle, şari‘ tarafından belirlenen diyet ve erş miktarları arasında bu tip hatalara yer verilmemiştir. Bu boşluk İslam hukukunda hükûmet-i adl ile doldurulmuştur. Bu açıdan alanında uzman hekimlerin yardımıyla hakim tarafından belirlenecek hükûmet-i adl büyük önem taşımaktadır. Aynı şekilde anne karnındaki bebeği öldürme karşılığında ödenmesi gereken gurra de, günümüzde zorunlu bir durum olmaksızın yapılan kürtaj operasyonlarının artması sebebiyle güncelliğini korumaktadır.

Bu cezaların yanı sıra fıkıh eserlerinde, beceriksiz veya eğitimsiz olması sebebiyle sıkça hata yapan ve görevini kötüye kullanan hekimlerin meslekten men‘, sürgün veya hapsedilmeleri suretiyle daha büyük toplumsal zararların önüne geçilmeye çalışıldığına dair bilgiler yer almaktadır.

Hekim hataları açısından güncelliğini koruyan ve yeniden ele alınması gereken bir diğer konu da âkile sistemidir. Farklı yönleri de olmakla birlikte günümüzde hekimlerin yaptırmak zorunda olduğu meslekî sorumluluk sigortası, âkile sistemine büyük oranda benzemektedir. Tıpkı âkilede olduğu gibi hekimin kasten zarar verdiği durumlarda tazminat, sigorta tarafından karşılanmamakta, hekim tek başına sorumlu olmaktadır. Bu açıdan ele almak gerekirse, İslam hukukundaki âkile sistemi ile günümüzde hekimlerin yaptırdığı mesleki sorumluluk sigortası büyük oranda benzerlik göstermekte, hekimin hatalı müdahalelerinden dolayı ödemesi gereken miktarın yükünü hafifletmesinin yanı sıra mağdurun zararının da daha kısa sürede telafi edilmesini sağlamaktadır.

İslam hukukunda hekimin elinden gelen gayreti sarf ettiği ve hukuka uygunluk şartlarını yerine getirdiği müddetçe, tıbbi müdahale ölümle sonuçlansa bile hekim bundan sorumlu tutulmamaktadır. Bununla birlikte elinden gelen gayreti ve özeni göstermemesi veya engelleyebileceği harici bir zarara engel olmaması sebebiyle meydana gelen zararlardan ise sorumlu tutulmaktadır. Zira ortada bir mağdur ve telafi edilmesi gereken bir zarar bulunmaktadır. Ancak hekimin sorumluluğu diğer insanlardan farklılık göstermekte, daha hafif cezalar uygulanmaktadır. Hekim olması ve her zaman iyi niyetle hareket ettiği varsayımı ve toplumsal zorunluluk gibi temel sebeplerle hekimden kısas cezası düşmekte, bunun yerine diyet ve benzeri cezalar verilmektedir. Bunun yanı sıra hastanın müdahaleye izninin bulunması sebebiyle de diyet cezasının yarısı düşürülmekte, sadece kalan yarıyı ödemekle sorumlu tutulmaktadır. Ayrıca yukarıda değinildiği üzere hata ile yapılmış olmasından dolayı hekimin bu cezayı tek başına değil, âkilesiyle birlikte ödemesine imkan tanınmıştır. İslam hukukunda hekimin hatası olmadan meydana gelen zararlardan sorumluluğu kaldırılmış, hata ile verdiği zararların tazmininde ise büyük kolaylıklar sağlanmıştır. Ancak hekimin kasten veya yeterli eğitim almamış olması gibi sebeplerle sıkça büyük hataya sebep olması gibi durumlarda bu cezalar ağırlaştırılabildiği

gibi devlet başkanı tarafından meslekten men', sürgün veya hapis gibi cezaların da verildiği görülmektedir. Yukarıda bahsedildiği üzere hekim hataları ve hekimin sorumluluğu konusunda fıkıh eserlerinde günümüzde de önemini koruyan pek çok noktaya ışık tutulmuş, meseleler sebepleri ve sonuçlarıyla birlikte derinlemesine incelenmiştir. Bu açıdan benzer konularda yapılacak yeni araştırmalara kapı aralanmakta ve tıp-hukuk ilişkisinin daha ayrıntılı biçimde ele alındığı çalışmalara ihtiyaç duyulmaktadır.



KAYNAKÇA

- Ahmed Muhtar Abdülhamid Ömer, **Mu'cemü'l-lügati'l-arabiyye el-muâsıra**, Riyad:Alemü'l-kütüb, 2008.
- Akalın, H. Erdal, “Tıbbi Hatalar: Nedir, Nasıl Önlenebilir?”, **Ankem Dergisi**, Cilt.15, Sayı.3(2001).
- Akgündüz, Ahmed, **Özel Hukuk II**, İstanbul: İmak Ofset Basım Yayın, 2012.
- Aksaray, Buse, “Roma Hukuku ve Türk Hukukunda Hekimin Sorumluluğu Bakımından Kusur”(Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2017).
- Ali Haydar Efendi, Hocaeminefendizâde, **Dürerü'l-hükkâm şerhu Mecelleti'l-Ahkâm**, çeviren: Raşit Gündoğdu ve Osman Erdem, I-IV, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 2016.
- Altınay, Ahmet Refik, **Hicri Onbirinci Asırda İstanbul Hayatı: 1000-1100**, İstanbul: Enderun Kitabevi, 1988.
- Altun, Gürcan ve Yorulmaz, Abdullah Coşkun, “Yasal Değişiklikler Sonrası Hekim Sorumluluğu ve Malpraktis”, **Trakya üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi**, Cilt.27, Sayı.1(2010).
- Ayan, Mehmet, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları, 1991.
- Aydın, M. Akif, **Türk Hukuk Tarihi**, 10. baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2013.
- Aydın, Nizamettin, “Hasta Haklarının Hukuki Boyutu ve Korunma Yolları”, **Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Sayı: 22(Aralık 2008).
- Aygün Eşitli, Ezgi, “Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi”, **TBB Dergisi**, 2013 (104), s. 225-246.

- Aykın, Aykut Cemil, “Hekimin Sorumluluğu ve Bu Kapsamda Vakıf Üniversite Hastanelerinde Çalışan Hekimlerin Durumu”(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir Üniversitesi SBE, 2015).
- Azizova, Elnure, “İlk Dönem İslam Toplumunda Sağlık Sektöründe Hacamatchılık”, **Bakü Devlet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nin İlmi Mecmuası**, 2011, sayı: 15.
- Bardakoğlu, Ali, İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcâre Akdi, (**Basılmamış Yüksek Lisans Tezi**, Marmara Üniversitesi SBE, 1982).
- Baydar, Tuba Erkoç, “Fıkhî Açından Ötanazi ve Tedavinin Esirgenmesi” (**Yayınlanmamış Doktora Tezi**, Marmara Üniversitesi SBE, 2017).
- Beyaztaş Fatma Yücel, “Dört Olgu Nedeniyle Tıbbi Yanlış Uygulama”, **C.Ü. Tıp Fakültesi Dergisi**, Cilt.23, Sayı.1(2001).
- Bilmen, Ömer Nasuhi, **Hukukî İslamiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu**, Serdar Bilmen Yayınevi, t.y.
- Black, Henry Campbell, **Black's Law Dictionary**, 4. Baskı, St. Paul: Minn, 1968.
- Burhaneddin İbn Müflih, **el-Mübdî' fi Şerhi'l-Mukni'**, Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye:, 1997.
- Centel, Nur ve diğerleri, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9.Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016.
- Çeker, Orhan, **İslam Hukukunda Akidler**, İstanbul: A.H.İ. Yayıncılık, 2006.
- Çoltu, Altınç, “Tıbbi Uygulama Hataları”, **I. Tıp Hukuku Günleri: Tıbbi Uygulama Hataları**, İstanbul: TBB Yayınları, 2012.
- Demir, Mehmet, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, **AÜHFD**, 2008.
- _____, “Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları”, **Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2008.

- Dönmezer, Sulhi ve Erman, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, 10. Baskı, I-II, İstanbul: Beta Yayınları, 1987.
- Duru, Tuğba, **İslam Hukukunda Cenine Müdahale (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi SBE, 2016)**.
- Duysak, Merve, “Hekimin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Cezaî Sorumluluk”, **Hukuk Gündemi Dergisi**, Cilt.3, Sayı5(2009).
- Dürrizâde Mehmed Ârif Efendi, **Netîcetü'l-fetâvâ maa'n-nukûl**, Matbaa-i Âmire, İstanbul, 1849.
- Ebu Abdullah, Muhammed b. Ahmed b. Yusuf, **Mefatihü'l-ulum**, Kahire: Daru'l-kitabi'l-arabi:, t.y.
- Ebu İbrahim el-Farabi, İshak b. İbrahim b. el-Huseyn, **Mu'cemü Divanü'l-Edeb**(thk: Ahmed Muhtar Ömer), Darü'ş-şâ'b li's-sahafe ve't-tabaa' ve'n-neşr: Kahire, 2003.
- Ebu Zehra, **İslam Hukukunda Suç ve Ceza** (trc. İbrahim Tüfekçi), İstanbul: Kitabevi:, 1994.
- Ekşi, Ahmet, **İslam Tıp Hukuku**, İstanbul: Ensar yayınları, 2011.
- el-Bâbertî, Muhammed b. Muhammed b. Mahmud, **el-İnaye Şerhu'l-Hidaye**, Daru'l-Fikr, t.y.,
- el-Karâfî, Ebü'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdirrahmân el-Mısırî, **ez-Zahîre**, Beyrut: Daru'l-ğarbi'l-islâmî, 1994.
- en-Nevevî, **el-Mecmu' Şerhu'l-Mühezzeb**, Daru'l-Fikr, t.y.
- er-Remlî, Şihabüddin, **Nihayetü'l-Muhtac ila Şerhi'l-Minhâc**, Daru'l-Fikr: Beyrut, 1984.
- Ersoy, L. Verda, “Tıbbi Malpraktis”, **Toraks Cerrahisi Bülteni**, cilt. 1, sayı.5 (2014).

Esencan, Tuğba Y. ve Aslan, Ergül, “Jinekoloji ve Obstetride Tıbbi Hatalar ve Hasta Güvenliği”, **Sağlık ve Hemşirelik Yönetimi Dergisi**, Cilt.3, Sayı.2 (2015).

eş-Şirbini, Hatib, **Muğni’l-muhtac ilâ marifeti meani elfazi’l-Minhac**, Dâru’l-kütübi’l-ilmîyye, 1994.

ez-Zerka, Mustafa Ahmed, “Diyetü’n-Nefsi’şer’iyye keyfe Nukaddiruhâ fî haze’l-’Asr, **Mecelletu’l-Mecmai’l-Fıkhiyyi’l-İslâmî: Râbitatü’l- Âlemi’l- İslâmî**, 1409/1989, sayı: 3.

Feyzullah Efendi, **Fetâvâ-yı Feyziyye**, (Hazırlayan Süleyman Kaya), İstanbul : Klasik, 2009.

Fidan, Nurten, “Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu”, **TAAD**, Cilt.1, sayı.3(2010).

Gazzâlî, **İhyâu Ulûmi’d-Din**, Beyrut: Daru’l-Marife:, t.y.

Günel, İlhan, “Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Cilt.1, Sayı.5 (2011).

Günday, Rezzan, “Tıbbi Müdahale ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk”, (**Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009).

Gürol, Cantürk, “Tıbbi Malpraktis ve Tıbbi Bilirkişilik”, **Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Ankara: TBB Yayınları, 2015.

Hakeri, Hakan, “Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı”, **Toraks Cerrahisi Bülteni**, Cilt.5, Sayı.1(2014).

_____, **Tıp Hukuku**, 14. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

Halil b. Ahmed, Ebu Abdurrahman el-Halil b. Ahmed b. Amr b. Temim el-Ferahidi el-Basri, **Kitabü’l-ayn** (thk: Mehdi el-Mahzumi- İbrahim Samirai), Beyrut:Daru Mektebetü Hilal:, 1988.

- Hülagü, Metin, **İslam Hukukunda Hapis Cezası**, Konya: Rey Yayıncılık, 1996.
- Institute of Medicine, **To Err Is Human: Building a Safer Health System**, Washington, DC: National Academy Press, 1999.
- İbn Âbidîn, **Reddü'l-Muhtar ale'Dürri'l-Muhtar**, Beyrut: Daru'l-Fikr, 1992.
- İbn Düreyd, Ebu bekir Muhammed b. Hasen b. Düreyd el-Ezdevi, **Cemheratü'l-lüga**(thk: Remzi Münir Balebeki), Beyrut: Daru'l-ilmî li'l-Malayin:, 1987..
- İbn Hacer el-Heytemi, **Tuhfetü'l-muhtac fi şerhi'l-Minhac**, el-mektebetü't-ticariyye el-kübra, 1983.
- İbn Kudâme, **el-Muğni**, Kahire: Mektebetü'l-Kahire, 1968.
- İbn Kudâme, Hüsameddin b. Musa Afane, **Fetâvâ yes'elüneke**, Mektebetü-dendis, 2007.
- İbn Maze el-Buhari, Ebu'l-meali Burhanüddin Mahmud b. Ahmed b. Abdülaziz b. Ömer, **el-Muhitu'l-Burhani fi'l-fıkı'n-nu'mani**, (thk: Abdülkerim Sami el-Cündi), Lübnan:Daru'l-kütübi'l-ilmîyye, 2004.
- İbn Müflih, Burhaneddin, **el-Mübdi' fi Şerhi'l-Mukni'**,Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-ilmîyye, 1997.
- İbn Nuceym Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed Mısri Hanefi, **el-Bahrü'r-raik şerhu Kenzi'd-dekaik**, Daru'l-Kitabi'l-İslami, t.y.
- İbn Rüşd, **Bidayetü'l-müctehid ve nihayetü'l-muktesid**, Kahire: Daru'l-Hadis, 2004.
- İbrâhim Mustafa, Ahmed Hasan Zeyyat, Hamid Abdülkadir, Muhammed Ali en-Neccâr, **el-Mu'cemü'l-vasit**, Kahire: Mecmaü'l-Lugati'l-Arabiyye, 1960.
- İmam Şafii, **el-Ümm**, Beyrut: Daru'l-Marife, 1990.
- İpekyüz, Filiz Yavuz, “Hekimin Tazminat Sorumluluğu”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt.20, Sayı.33(2015).

- Kadıoğlu, Hakan Hadi ve diğerleri, “Dinî Ve Tıbbî Açıdan Sünnet”, **Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakóltesi Dergisi**, Sayı: 25, 2006.
- Karâfi, **el-Furuk**, Beyrut: Âlemü'l-Kütüb:, t.y.
- Karataş, Mehmet ve Yakıncı, Cengiz, “Tıbbi Hata Nedenleri ve Çözüm Yolları”, **Turgut Özal Tıp Merkezi Dergisi**, Cilt.3, Sayı.17 (2010).
- Kâsani, **Bedaiu's-sanai'**, Daru'l-kütübi'l-ilmiyye, 1986.
- Kaya, Ali, “İslam Hukukuna Göre Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk”, **Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakóltesi Dergisi**, Cilt.6, Sayı.6, 1994.
- Kayıhan, Şaban, “Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakóltesi Dergisi**, Cilt.2, Sayı.1(1998).
- Kayıhan, Şaban, “Hekimlik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakóltesi Dergisi**, Cilt.2, Sayı.(1998).
- Kızılyel, Serkan, “İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu”, **Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2008.
- Kocatürk, Utkan, **Açıklamalı Tıp Terimleri Sözlüğü**, 10. Baskı, İstanbul: Nobel Tıp Kitabevi, 2005.
- Kumbasar, H. Murat, **İslam Ceza Hukukunda Taksirli Suçlar**, Ankara: Araştırma Yayınları, 2013.
- Kurtubî, Muhammed b. Ahmed, **el-Beyan ve't-tahsîl**, Beyrut: Dar'ul-Garbi'l-İslami, 1988.
- Leape, Lucian ve Diğerleri, “Preventing Medical Injury”, **Qual Rev Bull**, Vol.19, No.5(1993).
- Mansur el-Kevsec, **Kitâbü'l-mesail an imameyyi ehli'l-hadis Ahmed b. Hanbel ve İshak b. Raheveyh**, Medine: İmadetü'l-bahsi'l-ilmiyye, 2002.

- Merginani, Ebü'l-Hasan Burhaneddin Ali b. Ebî Bekr, **el-Hidâye şerhu-Bidâyeti'l-mübtedi**, Pakistan: Mektebetü'l-Büşra, 2011.
- Mevsîlî, **el-ihiyar li-ta'li'l-Muhtar**, Beyrut: Daru'l-kütübi'l-ilmîyye, t.y.
- Meydâni, **Lübab fi şerhi'l-Kitab**, Beyrut: Daru'l-kitâbil'l-Arabiyye, 2014.
- Muhammed b. Yusuf el-Abderi el-Girnati, **et-Tâcü ve'l-İklîl li-muhtasar-ı Halil**, Beyrut: Daru'l-Kütübü'l-ilmîyye, 1994.
- Muhammed Murteza ez-Zebidi, Ebu'l-Feyz Muhammed b. Muhammed el-Hüseyni, **Tâcu'l-arûs**, Daru'l-Hidaye, t.y.
- Mustafa b. Şemsüddin Karahisari, **Ahteri Kebir**, Asitane Kitabevi: İstanbul, 1310/1892.
- Mübârek, Kays b. Muhammed Âlü'ş-Şeyh, **et-Tedavi ve'l-mes'ûliyyetü't-tıbbiyye**, 3. Baskı, Dımaşk: Darü'l-İman, 2013, s. 185-190.
- Oğuz, Polat, Işıl, Pakiş, “Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu”, **Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi**, Cilt.2, Sayı.3 (2011).
- Okur, Kâşif Hamdi, **İslam Hukukunda Sosyal Sorumluluk: Âkile Örneği**, İsam Yayınları, 2017.
- Oral, Tuğçe, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı.2(2011).
- Öz, Pınar, “Vücuda Tıbbi Girişim ve Doktorun Sorumluluğu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı.5(1984).
- Özcan, Tahsin, **Fetvalar Işığında Osmanlı Esnafı**, İstanbul: Kitabevi Yayınları, 2003.
- Özdemir, Merve, “Osmanlı Fetva Mecmualarında Tıp”, **(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, İstanbul Üniversitesi SBE, 2016).
- Özdilek, Ali Osman, “Tıpta Yanlış Uygulama (Malpraktis) Sebebiyle Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_300.htm (17 Mart 2017).

- Özer, Özlem ve Diğerleri, “Tıbbi Hatalı Uygulamalar, Malpraktis”, **Dicle Tıp Dergisi**, Cilt.3, Sayı.42(2015).
- Özkıdık, Didem, “Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı.4(2016).
- Özpınar, Berna, “Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları”, **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt.66, Sayı.3(2008).
- _____, **Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamaların Hukuki Sonuçları**, Ankara: Ankara Barosu Yayınları, 2007.
- Sarı, Nil, “Osmanlı Hekimliğinde Tıp Ahlakı”, **Osmanlılarda Sağlık**, İstanbul: Biofarma İlaç Sanayi ve Ticâret A.Ş., 2006.
- Saygın, Tuba ve Keklik, Belma, “Tıbbi Hata Nedenleri Üzerine Bir Araştırma: Isparta İli Örneği”, **Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi**, Cilt.17, Sayı.2(2014).
- Studdert David M. ve diğerleri, “Medical Malpractice”, **The New England Journal of Medicine**, Vol.350, No.3(2004).
- Şeybânî, Ebû Abdullah Muhammed b. Hasen, **el-Asl Kitabı’l-Mebcut**, Beyrut: Âlemü’l-Kütüb, 1990.
- Şeyhülislam Yenişehirli Abdullah Efendi, **Behcetü’l-Fetâvâ** (hazırlayanlar: Süleyman Kaya, Betül Algın, Zeynep Trabzonlu, Asuman Erkan; editör: Mustafa Demiray) İstanbul: Klasik, 2011.
- Şinkiti, Muhammed b. Muhammed Muhtâr b. Ahmed Mezid el-Cekeni, **Ahkâmü’l-cerahati’t-tıbbiyye ve’l-asarü’l-müterettibe aleyha**, 2. Baskı, Şârîka: Mektebetü’s-Sahabe, 1994.
- Tahsin Özcan, **Fetvalar Işığında Osmanlı Esnafı**, İstanbul: Kitabevi Yayınları, 2003.

Telkenaroğlu, M. Rahmi, “İhmali Suç Kavramı ve İslam Hukukuna göre İhmal Suretiyle İşlenen Kasten Adam Öldürme Suçu”, **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı, 27(2016).

Tezel, Cahide, “Özel Hukuk Bağlamında Hekimlerin Hukuki Sorumluluklarının Nedenleri”(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2014).

Türk Tabipler Birliği, **Türk Tabipler Birliği Etik Bildirgeleri**, Ankara: TTB Yayınları, 2010.

_____, **Hekimlik Meslek Etiği Kuralları**, Ankara: TTB Yayınları, 2012.

Ûdeh, Abdülkadir, **et-Teşrü'l-cinâiyyü'l-İslâmî: mukârenen li-kânûni'l-vaz'i**, Kahire: Dârü't-Türas, t.y.

Üsame, Abdullah Kaya, **el-Mes'uliyetü'l-cinaiyye li'l-etibba**, 2. Baskı, Kahire: Dârü'n-Nehdati'l-Arabiyye, 1990.

Yerlikaya, Ünal, “Hanefî Borçlar Hukuku Literatüründe Teaddi Kavramının Anlam Çerçevesi: Teaddi-Hukuka Aykırılık-Kusur İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme”, **Diyanet İlmî Dergi**, Sayı: 3(2017).

Yıldırım, Özlem, “Tıbbi Uygulama Hatalarına Yol Açan Süreçler”, **Türk Oftalmoloji Dergisi**, Sayı.42(2012).

Yıldız, Kemal, **İslam Sorumluluk Hukuku**, İstanbul: Sistem Matbaacılık, 2005.

Zeydan, Abdülkerim, **el-Medhal li diraseti's-şerîati'l-İslâmiyye**, Bağdad: Mektebetü'l-Kuds, 1982.

Zeylai, Fahreddin Osman b. Ali b. Mihcen, **Tebyinü'l-hakaik fi şerhi Kenzi'd-dekaik**, Matbaatü'l-Kübra el-Emiriyye: Kahire, 1313/1895.

Zuhaylî, Vehbe, **Nazariyyetü'd-daman**, Dimeşk: Daru'l-fikr, 2012.

İnternet Kaynakları

<http://www.wma.net/en/30publications/10policies/20archives/m2/>(Çevrimiçi Erişim 5 Nisan 2018).

