

İSLAM HUKUKUNA GÖRE TIBBÎ MÜDAHELEDEN DOĞAN SORUMLULUK

*Ali KAYA**

I-GİRİŞ

Her insan ömrü boyunca sağlıklı bir yaşam sürmek ister. Fakat onun bu arzusu, her zaman gerçekleşmeyebilir. Genellikle, kendi ihmali veya dikkatsizliği yüzünden, bazen de kendisi dışındaki sebeplerden dolayı sağlığı bozularak hastalanabilir. İşte böyle durumlarda yeniden eski sağlığına kavuşabilmek için doktorlara başvurulur. Bu da hasta ile doktor arasında tedavi amacına yönelik bir ilişkinin kurulmasına yolaçar. Eskiden tedavi şekillerinin basitliğinden dolayı oldukça yalın olan bu ilişkiler, günümüzde hastalıkların ve tedavi şekillerinin giderek artan bir şekilde çeşitlenmesi neticesinde daha da boyut kazanmıştır. Yeni ilaç ve tedavi yöntemlerinin uygulanmasını içeren bu durum, şüphesiz, sadece tıp ilminin ve teknolojisinin gelişmesini değil, aynı zamanda hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkilerin mahiyetini de değiştirmiştir.

Yanlış tedavi sonucunda hayatını veya bir organını kaybeden hastaya karşı hekimin sorumluluğu nedir? Hekimin yaptığı bir hatadan dolayı zarar gören hasta hangi durumlarda tazminat isteme hakkına sahiptir? İşte bu vb. sorular bugün İslam hukukçularından cevap bekleyen sorulardan sadece birkaçıdır.

Gerçekten de, her gün basında, hekim hatası yüzünden pek çok sayıda insanın ya sakat kaldığını ya da hayatını kaybettiğini malesef üzülerken okuyoruz. Daha bir kaç gün önce gazetenin birinde, bir çocuğun hatalı bir şekilde alçıya alınan kırık kolunun kangren olması sonucunda kesildiği yazıyordu. Çocuğun babası oğlunun kolunun tamamen hekimin hatası sonucunda kesildiğini iddia ederken hekimler de kesinlikle böyle bir şey olmadığını ileri sürüyorlardı. İşte bu çalışmada, bu tür pek çok üzücü

* Yrd. Doç. Dr.; U.Ü. İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku ABD Öğretim Üyesi

hadisede hekime ne gibi sorumluluklar terettüp ettiği tartışılacaktır. Fakat konunun daha iyi anlaşılabilmesi için önce İslam'a göre tedavi olmanın gerekli oluşu üzerinde durmak uygun olacaktır.

II- TEDAVİ OLMA VE TIP İLMİNİ TAHSİL ZORUNLUĞU

A-TEDAVİ OLMAK

İslam dini, doğumdan ölüme kadar insanların sağlıklı yaşamalarını ister. Hakikaten de İslam, insan sağlığına büyük bir değer vermektedir. Bu nedendir ki, dinin iki temel kaynağı olan Ku'ran ve sünnette, insanların sağlığının korunmasına yönelik bir çok emir ve yasak bulunmaktadır. Hatta, Hz. Peygamber (sav)'in bu konudaki sözleri, "Tıbbu'n Nebevi" veya "Kitabu't-Tıb" gibi müstakil bir başlık altında toplanacak kadar çok sayıdadır. Resulullah (sav)'in konuyla ilgili hadisleri, özellikle "koruyucu hekimlik" ve "tedavi yöntemleri"ne ilişkin olmakla birlikte, sağlık hizmetlerinin özünü teşkil eden temel kuralları da kapsamaktadır.

İslam'a göre insanın sağlığı her şeyin üzerindedir. Nitekim, insanın sağlığını tehlikeye sokacak durumlarda, ihtiyaç oranında kalmak şartıyla, haramların helal sayılmasının veya farzların terkedilmesinin gerekçesi, bu düşünceye dayanır. Hayati tehlikenin bulunması halinde kişinin oruç tutmaması,¹ açlık nedeniyle yaşama mücadelesine düşen kişinin başkasına ait malı kullanması² bu konu ile ilgili örneklerin sadece bir kaçıdır. Kur'an-ı Kerim'in, "kendi elinizle kendinizi tehlikeye atmayınız"³, Hz. Peygamber (sav)'in, "veba olan yere girmeyiniz! Veba olan yerden ayrılmayınız!"⁴ tarzındaki emirleri de, İslam'da insan sağlığına verilen önemi gösteren çok sayıdaki belgelerin bir kısmıdır. Diğer yandan İslâm, insanın sadece sıhhatli iken sağlığının korunmasını değil, hastalandığında da tedavi olmasını emretmektedir. Hz. Peygamber (sav), "Ey Allah'ın kulları tedavi olunuz"⁵. "Allah her hastalığın şifasını da yaratmıştır"⁶ buyurarak tedavi olmayı teşvik etmiştir. İslâm Hukukçularının,⁷ tedaviyi farz, terkinin ise haram görmeleri bu gibi nasslara dayanmaktadır.

¹ İbn Nüceym, el-Eşbâh ve'n-Nezâir, 75.

² es-Suyûfi, el-Eşbâh ve'n-Nezâir, 78.

³ el-Bakara 2/195.

⁴ Buhâri, Tıb, 30; Müslim, Selâm, 8; Muvatta', Medîne, 22.

⁵ Tirmizî, Tıb, 2, Ebû Dâvud, Tıb, 1,11; İbn Mâce, Tıb, 1; Ahmed b. Hanbel, el-Müsned, II/156; IV/278.

⁶ Buhâri, Tıb, 4; 21; Müslim, Selâm, 69; Ebû Dâvud, Tıb 1; Tirmizî, Tıb, 2; İbn Mâce, Tıb 12; Dârimî, Eşîbe, 6; Muvatta', Hacc, 100; Ahmet b. Hanbel, el-Müsned, II/421.

⁷ el-Fetâva'l-Hindiye, V/355.

B-TIP İLMİNİ ÖĞRENMEK

İnsanların hastalanması halinde, onları yeniden sağlığına kavuşturabilecek bilgi ve beceriye sahip kişilerin bulunması gerekmektedir. Bunun da, tıp ilimlerini tahsil etmekle sağlanacağı muhakkaktır. Allah'ın yarattığı canlılara hizmet etmeyi, onlara yardım etmeyi ibadet olarak telakki eden İslâm, hasta olanların iyileşmesi için gösterilecek çaba ve gayretleri de bu kapsam içinde kabul etmiştir.

İslâm'da tıp ilmini öğrenmek ve tatbik etmek, "farz-ı kifâye" olarak kabul edilmiştir. Müslüman bir toplumda hastaları tedavi edecek yeterli derecede uzman hekim bulunmazsa, o toplumdaki bütün fertler bundan sorumlu olur.⁸ Diğer yandan bir doktor, kendisinden başka tıp ilminde mahir ve yetkili bir hekim bulunmadığı zaman, hastaları muayene ve tedavi etmesi farz-ı ayn olur.

İnsanın günlük hayattaki eylem ve tasarruflarının kaynağı ya bir hakkın kullanılması ya da bir görevin ifasıdır. Bir başka ifade ile her bireyin fiil ve sözlerinin arka planında bir hakkın kullanılması veya bir görevin ifası bulunur. Bütün İslâm Hukukçuları, doktorun, hastaları teşhis ve tedavisine yönelik fiilin bir görev olduğunu kabul etmişlerdir.⁹ Konuyla ilgili hukukî düzenlemeleri de bu esasa göre yapmışlardır.

III-TİBBÎ MÜDAHALE KAVRAMI VE TİBBÎ MÜDAHALENİN UNSURLARI

A-TİBBÎ MÜDAHALE KAVRAMI

Tıp literatüründe, yetkili ve uzman bir kişinin tedavi amacıyla gerçekleştirdiği her türlü faaliyet tıbbî müdahale anlamına gelmektedir.¹⁰ Eskiden hastayı ilaç vb. yöntemlerle tedavi eden kimseye "tabib", derinin altındaki iltihaplı kanı alana "bezzâğ", cerrahî müdahale ile damarı yarıp içindeki kanı boşaltana "fessâd" ismi verilirdi. Damara aletle girip kan alana "haccâm", cerrâhî müdahalede bulunan kimseye "cerrâh",¹¹ çocukların sünnet edilmesi anlamındaki hıtan işini yapan uzmana "hattân" adı verilirdi. Sağlık personeli sayılan bu kişilerin yaptıkları işler tıbbî müdahale olarak kabul edilir.

⁸ Udeh, et-Teşri'u'l-Cinâi'l-İslâmî, I/520.

⁹ Udeh, et-Teşri'u'l-Cinâi'l-İslâmî, I/470.

¹⁰ Ayan, Mehmet, Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluk,5.

¹¹ es-Serahsî, el-Mebsût, XV/104; el-Hisnî, Kifâyetu'l-Ahbâr, II/107; İbn Kudâme, el-Muğni, V/538; İbn Rûsd, el-Bidâye, II/345.

B- TIBBÎ MÜDAHALENİN UNSURLARI

Bir tedavinin tıbbî müdahale olarak kabul edilebilmesi için, bazı unsurların bulunması gerekmektedir: İleride anlatacağımız tıbbî sorululuğun hukukî boyutunu daha iyi anlayabilmek için bu unsurlara kısaca değinmek uyugun olacaktır.

İslâm Hukuku'nda, bir fiilin "tıbbî müdahale" olarak değerlendirilebilmesinin ilk unsuru, müdahalenin yetkili ve uzman bir hekim tarafından yapılmış olmasıdır. Çünkü, yetkisiz birinin, yani doktor olmayan birinin gerçekleştirdiği tedaviye tıbbî müdahale denmez. Böyle bir operasyondan dolayı hasta ölür veya sakat kalırsa müdahalede bulunan kişi hukuken sorumlu olup tazminat ödemek zorunda kalır.¹² Hatta ölme olayında kasıt olduğu anlaşılırsa "kasten adam öldürme"den dolayı kısas cezası uygulanır.¹³ O halde uygulanan bir tedavi olayının tıbbî müdahale sayılabilmesi için, bizzat yetkili ve uzman bir doktor tarafından yapılmış olması zaruridir.

İkinci olarak, müdahaleden hastanın iyileşmesi amaçlanmış olmalıdır. Yani müdahale tedaviye yönelik olmalıdır. Doktor tarafından bile yapılmış olsa hastayı iyileştirme amacı taşımayan bir işlem tıbbî müdahale sayılmaz. Bu durumda doktor İslâm Ceza Hukukunun ilgili hükümlerine göre suç işlemiş sayılır.¹⁴ Mesela hasta böyle bir eylem sonucunda ölecek olursa, doktor, katl suçu işlemekten dolayı kısasla cezalandırılabilir.

IV-TIBBÎ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUĞUNU SAĞLAYAN ŞARTLAR

Tıbbî müdahalenin tanımında da kısaca değindiğimiz gibi, aynı sonuçlara yol açan iki eylemden birisi tıbbî müdahale, diğeri suç sayılabilmektedir. Bunun nedeni, eylemleri işleyenlerin vasıflarının veya niyetlerinin farklı olmasıdır. Çünkü birisi tedavi amacıyla, diğeri ise başka bir niyetle yapılmış olmaktadır. İşte bu sebeple sonuç aynı olsa da, İslâm Hukukuna göre doktorun eylemi meşru addedilirken diğerrinin eylemi suç olarak kabul edilmektedir. Tıbbî müdahalenin hukuka uygun olmasını sağlayan şartları şu şekilde sıralamak mümkündür:

1-Müdahalede Bulunan Kişinin Doktor Olması

Yukarıda da ifade edildiği gibi, bir eylemin, tıbbî müdahale

¹² Ebû Dâvud, Diyât, 23; Nesâî, Kasâme, 41; İbn Mâce, Tıb, 16, el-Hattâbi, Meâlimü's-Sünen, IV/710; İbn Rüşd, el-Bidâye, II/349; İbn Kudâme, el-Muğnî, VI/61.

¹³ el-Hurâşî, Hâşiye, VIII/15.

¹⁴ İbn Rüşd, el-Bidâye, II/349.

sayılabilmesi için, onun, yetkili ve uzman biri tarafından yapılması gerekir.¹⁵ Bu şart aynı zamanda eylemin hukukî meşruiyetinin de ilk şartını oluşturmaktadır. Nitekim bir hadiste, “tıp ilmini bilmediği halde tedavi etmeye kalkışan kişi tazminle sorumlu olur”¹⁶ buyurulmuştur.

2-Müdahalenin Tedavi Amacına Ve İyi Niyete Dayanması

Tıbbî müdahale, hastayı iyileştirmek maksadıyla yapılmış olmalıdır. Hastayı öldürme veya sakat bırakma gibi başka bir amaçla icra edilen tedavi hukuka aykırı olur. Çünkü, böyle bir müdahale ne bir hakkın kullanılması, ne de bir görevin ifa edilmesi kapsamına girer. İşte doktorun sorumluluğu, uyguladığı tıbbî müdahalenin, hastayı tedavi etme amacını taşımaması halinde söz konusu olur. İsterse hasta bu müdahaleden dolayı iyileşmiş olsun.¹⁷

3-Tıp İlminin Gereklere Uyulması

Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunun bir başka şartı da, tedavinin, tıp ilmi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde icra edilmiş olmasıdır. Çünkü tabip, tıp ilminin nazari ve pratik bilgilerini öğrenmek ve bunları uygulamak zorundadır. Tıbbî müdahale, ancak böyle bir durumda hukuka uygun sayılır. Aksi takdirde doktor yaptığı müdahaleden sorumlu tutulur.¹⁸

4-Hastanın veya Kanunî Temsilcisinin Rızasının Alınmış Olması

Tıbbî müdahaleyi hukuka uygun kılan şartlardan biri de, hastanın rızasının alınmış olmasıdır. Bir müdahalenin caiz olabilmesi için yukarıdaki şartların oluşması yeterli değildir. Sorumluluktan kurtulmak için sadece tedavi amacını gütmek, tıp ilminin gereklere uymak, yetkili ve uzman olmak yeterli olmayıp, aynı zamanda hastanın veya onun irade beyanından mahrum olduğu durumlarda velisi veya vasisinin rızasını almak da gerekir.¹⁹

Hastanın velisi veya vasisi yoksa, tıbbî müdahaleye hakim izin verebilir. Hakimin muvafakatı ile müdahale hukuka uygun sayılır. Çünkü, İslâm Hukukuna göre velisi olmayanın velisi devlet başkanı veya onun yetki verdiği kişidir.²⁰

¹⁵ İbn Kudâme, el-Muğnî, V/538.

¹⁶ Ebû Dâvud, Diyât 23; Nesâî, Kasâme, 41; İbn Mâce, Tıb 16.

¹⁷ Udeh, et-Teşrî'u'l-Cinâi'l-İslâmî, I/522.

¹⁸ İbn Nüceym, el-Eşbâh, 290; ed-Düssükî, Hâşiye IV/355, el-Hicâvi, el-İkna; IV/315.

¹⁹ es-Serahsî, el-Mesbût, XVI/11; el-Bâberî, Şerhu'l-İnâye,(Fethu'l-Kadir'in kenarında), VII/67.

²⁰ Udeh, et-Teşrî'u'l-Cinâi'l-İslâmî, I/523.

Tıbbî müdahalenin hukuka uygun olması için, ayrıca, hastanın veya kanunî temsilcisinin rızası hukuken geçerli olmalıdır. Yani hiçbir kimsenin etkisi olmadan serbest irade ile verilmiş olmalı ve rızayı hukuken geçersiz kılabacak bir husus bulunmamalıdır. Mesela, hile veya tehdit, tedaviye muvafakat eden iradeyi sakatlar. Çünkü böyle bir durumda yapılan irade beyanı hukuken geçersizdir²¹. Tıbbî müdahalenin hukuka uygun olması için buraya kadar sayılan şartlar da, bütün İslâm hukukçuları ittifak etmektedirler.

5-Doktorun Mesleğini İcra Etmeye Yetkili Olması

Bir kısım İslam hukukçularına göre doktorun, fiilinden sorumlu olmaması için, mesleğini icra etmek üzere yetkili makamlardan ruhsat almış olması gerekir. Yetkili makamlar tarafından izin verilen doktor, hastaları muayene ve tedavi edebilir²². Yukarıdaki şartlardan başka bunu da gerekli gören İslâm hukukçuları Malikî fakihleridir.

Diğer hukukçular, devlet otoritesini temsil eden makam ve kişilerin, hastaları tedavi edecek kimsenin ilimde belirli bir seviyeye gelmesini şart koşma, ruhsatsız tıbbî müdahalede bulunmasına engel olma gibi bir haklarının bulunmadığını ileri sürerek, doktorun, devletten izin almasına gerek olmadığı görüşünü benimsemişlerdir.²³

Kanaatimizce Malikîlerin görüşü daha doğrudur. Zira her önüne gelenin, kendisini doktor ilan ederek teşhis ve tedavi faaliyyetinde bulunması ciddi zararlara yol açabilir. Bir sağlık karmaşasının yaşanmaması için, doktorun, devlet tarafından yetkili kılınması şarttır. Ancak, sahasında uzman kimselerin mesleğini icra etmelerine engel olunmamalıdır. Özellikle, doktorun tedavi hizmetlerini yürütmesini bir görev telakki eden hukuk sistemine uygun düşen de budur. Fakat, sahtekar ve ehliyetsizlere de hiç bir surette izin verilmemeli ve halkın sağlığını hiçe sayan bu gibi fırsat düşkünlerinin eylemlerine mücadele edilmemelidir. Çünkü bu, “halkın maslahatını gözetme” gibi, devlet başkanı ve vekillerinin otoritelerinin temel dayanağı olan ilkeye ters düşer. İnancımız şudur ki, cumhura izafe edilen görüş, halkın yararına olan bir hizmetin engellenmemesi amacını gerçekleştirmeye yöneliktir. Nitekim aynı görüşü paylaşan hukukçuların içinde yer aldığı ileri sürülen Ebû Hanife, “genel zararı defetmek için özel zarara katlanılır” kaidesinden hareketle “hile yolunu öğreten müftî ve cahil tabibi” haczetmenin caiz olacağını benimsemiştir²⁴. Yani bu gibilerin mesleklerini icra etmelerine engel olunabilir.

²¹ es-Serahsî, el-Mebsût, XXIV/38.

²² ed-Düssüki, Hâşiye, IV/355.

²³ Udeh, et-Teşri'u'l-Cinâi'l-İslâmî, I/523.

²⁴ İbn Nüceyn, el-Eşbâh, 87.

Yukarıda, İslâm hukukunda tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunun şartlarını gördük. Yürürlükteki Türk hukukunda da bu şartlar aranmaktadır. Yalnız, müdahalenin doktor tarafından yapılması ve doktorluk mesleğini icraya yetkili olması gibi şartlar, tıbbî müdahalenin unsuru sayılmıştır. Ayrıca İslâm hukukundan ayrıldığı bir başka nokta ise, hekimlik mesleğini icra edebilmek için “Türk vatandaşı olmak” şartıdır. İslâm Hukukunda böyle bir şart yoktur²⁵

V-HASTA İLE HEKİM ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

Daha önce de değindiğimiz gibi doktor ile hastası arasındaki hukukî ilişki genelde, “sözleşme” ve “haksız fiil” olmak üzere iki şekilde ortaya çıkmaktadır.

A-SÖZLEŞME İLİŞKİSİ

Tıbbî müdahaleden doğan sorumluluğun tartışıldığı pek çok olayda hasta ile doktoru arasında bir sözleşmenin bulunduğu söz edilir. Doktorun sorumluluğu genelde sözleşmeye dayanan bir sorumluluktur. İslam hukukçularının konuyla ilgili açıklamalarında, tedavi amacına yönelik faaliyette bulunan tabib, bezzâğ, haccâm vb kişilerin fiilerinden doğan sorumluluğun bir kısmının akdî sorumluluk olduğu görülmektedir²⁶. Çünkü bu kişiler mesleklerini bir sözleşmeye istinaden icra etmektedirler.

Bugünkü hukuk sistemlerinde doktor ile hastası arasındaki sözleşmeye “tedavi sözleşmesi” veya “hekimlik sözleşmesi” denmektedir. İslam hukukçuları, hasta ile doktoru arasında kurulan hukukî ilişkiyi özel bir isimle adlandırmamışlardır. Bu nedenle bu isimde bir sözleşmeye rastlanmamaktadır. Fakat hekim ve diğer sağlık personelinin müdahalelerinin hukukî sonuçları genelde “icâre akdi” bölümünde işlenmiştir. Nitekim İslâm hukukçuları, tabib, bezzâğ, fessâd, haccâm, hattân gibi değişik yöntemlerle hastaları tedavi edenleri “ecir-i müşterek” statüsünde görmüşlerdir²⁷.

Ecir-i müşterek, herkese iş yapan zanaâtkar ve serbest meslek sahipleridir²⁸. Bunlar belirli bir işi yapmak veya belirli bir hizmeti görmek üzere emeklerini bir bedel karşılığı kiralayan kişilerdir²⁹. Bu nedenle İslam

²⁵ Ayan, Mehmet, Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, 10-13.

²⁶ es-Serâhî, el-Mebsût, XVI/10.

²⁷ es-Serâhî, el-Mebsût, XVI/105.

²⁸ Döndüren, Hamdi, İktisat İlmi, 455.

²⁹ İbn Kudâme, el-Muğni, V/444.

Hukukunda tedavi sözleşmesi, “hizmet akdi” niteliğindedir. Hizmet mukavelesi ise, belirli veya belirsiz bir sürede hizmet görmek üzere kurulur³⁰. Fakat İslâm Hukukunda bu isimde bir akit bulunmamaktadır. İlgili konular icare akdi içinde, insanların emeğinin kiralanması bölümünde işlenmektedir. Sözleşmenin kurulması, sona ermesi, hükümleri bakımından icâre akdinin genel hükümlerine tabi olmakla birlikte, özel hükümleri itibariyle, yürürlükteki Borçlar Kanununda düzenlenen “hizmet sözleşmesi”ne birçok yönden benzemektedir. Bu nedenle biz “tedavi sözleşmesi” terimini kullanacağız.

Diğer hukuk sistemlerinden Alman Hukukunda da böyledir. İsviçre Hukukunda “vekalet” sözleşmesi hükümlerine tabidir. Buna paralel olarak Türk Hukuk doktrininde de hasta ile doktoru arasında kurulan mukavele “vekalet sözleşmesi” hükümlerine tabi olacağı kabul edilmektedir³¹.

Yukarıda işaret etmiş olduğumuz üzere, icare akdinin genel hükümlerine tabi olarak, tedavi sözleşmesi, icap ve kabul ile kurulur. Hasta ve doktorun irade beyanı açık bir söz olabileceği gibi, bunlara delalet eden zımnî bir beyan da olabilir. Ayrıca tarafların tam eda ehliyetine (tam fiil ehliyetine) sahip olmaları da aranmaktadır. Medeni haklarını tam olarak kullanma ehliyetine sahip olmayanlar ise, veli veya vasileri gibi kanunî temsilcileri marifetiyle tedavi sözleşmesi yapabilirler. Daha önce de belirtildiği üzere, hastanın çocuk veya akıl hastası olması halinde veli veya vasisinin rızası ile tıbbî müdahalenin hukuka uygun olması buna delalet eder³².

Bu sözleşme ile hasta tedavi bedelini ödemeyi üstlenirken doktor, hastayı iyileştirme yükümlüğü altına girmektedir. Bu nedenle doktor, tıp ilminin nazari ve pratik esasları çerçevesinde hastayı muayene ederek hastalığını en doğru bir şekilde teşhis edip en uygun yöntemi seçerek hastayı sağlığına kavuşturma borcu altına girmiş olur. Doktor, bu yükümlülüğünü yerine getirmiş olması için elinden gelen gayreti sarf etmek mecburiyetindedir. Kesin netice almak şart değildir. Çünkü İslâm Borçlar Hukukuna göre doktor ve sağlık hizmetlerinde çalışan diğer görevlilerin hastalarla yaptıkları sözleşmeden doğan borçları elden gelen gayreti ve özeni göstermektir³³.

Tedavi sözleşmesi, icâre akdinin genel hükümlerine tabi olarak, tedavinin tamamlanması ile son bulduğu gibi taraflardan birinin ölmesi ile de sona erer³⁴. Yani doktor veya hastanın ölmesi halinde tedavi sözleşmesi

³⁰ Özcan, Hüseyin, Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, 303.

³¹ Geniş bilgi için bkz. Ayan, Mehmet: Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî Sorumluluk, 51-55.

³² ed-Dussûkî, Hâşiye alâ Şerhi'l-Kebir, IV/355.

³³ el-Bağdâdî, Mecme'u'd-Damânât, 47; Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslam Hukuku, II/423.

³⁴ el-Kâsânî, el-Bedâyi', VII/223.

sona ermiş olur. Yalnız bu hüküm mutlak değildir. Çünkü ölümün bir akdi sona erdirmesi, sözleşme hükümlerinin ifasının imkansızlığı sebebiyledir. Nitekim bir kısım İslâm hukukçularına göre, imkansızlık söz konusu değilse, ölüm ile icâre akdi son bulmaz. İmam Şafî bu görüştedir³⁵. Buna göre, tedavi bir sağlık kurumunda yapılıyorsa, tedaviyi yürüten doktorun ölmesi halinde onun yerini, kurumun aynı branştaki diğer hekimi alır; tedaviyi bu kişi üstlenmiş olur. Zira, bir sağlık kurumuyla yapılan tedavi sözleşmesinde asıl yükümlülük kurumundur. O da bu yükümlülüğünü, çalıştırdığı sağlık personeli aracılığı ile yerine getirmektedir.

Diğer Yandan bu genel esasın dışına çıkılabildiği durumlar da söz konusudur. Özellikle sözleşmenin kurulmasından amaçlanan menfaatten istifade etme durumunda olan taraf hayatta ise bu husus önem kazanır. Mesela baba, velî sıfatıyla çocuğunu emzirmek üzere süt anne ile sözleşme yaptıktan bir süre sonra vefat etse, akit fesh olmaz. Ancak süt anne veya çocuktan birinin ölmesi halinde sözleşmenin sona ermesi mevzu bahis olur³⁶. Buna göre hasta olan çocuğunu tedavi etmesi için doktorla sözleşme imzalayan babanın ölmesi, tedavi sözleşmesinin sona ermesi için bir sebep teşkil etmez. Doktor tedaviye devam eder.

Diğer yandan tarafların karşılıklı veya tek yönlü irade beyanıyla da bir kısım akitler fesh edilebilmektedir. İcâre akti de bunlardan biridir. Kişilerin hukukî muamelelere taraf olarak bazı yükümlülükler altına girmelerindeki maksat kendilerince menfaat kabul edilen neticeleri elde etmektir. Eğer amaç gerçekleşmiyor, hatta zarar söz konusu ise³⁷, taraf oldukları sözleşmeyi fesh etme haklarının bulunduğu ittifak edilen bir konudur. Buna göre, hasta tedavi sözleşmesini mutlak olarak fesh edebilir. Fakat doktor için aynı şeyi söylemek söz konusu değildir. O, tek yönlü irade beyanıyla tedavi etmekte olduğu hasta ile yaptığı hekimlik sözleşmesini her zaman fesh edemez. Çünkü bir insanın sağlığı söz konusudur. Hatta hayatı da tehlikeye girebilir. Zira doktor, bir sözleşmeye istinaden tedavi borcu altına girmiş olsa da, icra ettiği meslek bir görevin (vacip) ifası niteliğindedir³⁸.

B-HAKSIZ FİİL İLİŞKİSİ

Doktor ile hasta arasındaki ilişkinin bir başka çeşiti de haksız fiil (itlaf) şeklinde olanıdır. Bazı durumlarda hastaya müdahalede bulunan doktor haksız fiil esaslarına göre sorumlu tutulabilir. Bu ise tedavi sözleşmesinin bulunmaması veya sözleşme hükümlerinin aşılması halinde söz konusu olur. Mesela, hastanın iznini almadan ona müdahalede bulunan

³⁵ el-Ensârî, Fethu'l-Vehhâb, I/252.

³⁶ el-Kâsânî, el-Bedâ'î, IV/223.

³⁷ es-Serahsî, el-Mebsût, XVI/3.

³⁸ Udeh, et-Teşrî'u'l-Cinâi'l-İslâmî, I/470.

doktorun tedavisi haksız fiil olarak değerlendirilir. Nitekim İslam Hukukçuları, rızasını almadan tedavi ettiği hastanın ölmesi veya bir organını kaybetmesi halinde doktorun sorumlu tutulacağını hükme bağlamışlardır³⁹. Çünkü hekimin müdahalesi bazı durumlarda hastanın ölmesine veya bir organını kaybetmesine yol açabilir. Böyle bir durumda ise insanın hukuken korunan değerlerine tecavüz söz konusu olur. Bunlara zarar veren müdahale, haksız fiil hatta müessir fiil sayılabilir. Haksız ilişkinin sebebi, doktorun müdahalesinin hastanın ruhî ve bedenî sağlığına zarar vermesidir.

VI-DOKTORUN SORUMLULUĞU

A-GENEL OLARAK DOKTORUN EYLEMİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Bilindiği gibi, insan bedenine zarar veren bütün fiiller hukuka aykırıdır. Çünkü, insanın hukuken korunan bir hakkı ihlal edilmektedir. Fakat, hukuka aykırı olan bu tür ihlaller, bazı durumlarda hukuka uygun sayılmaktadır ki, bunlardan biri de, ihlalin, vacip olan bir görevin ifası sırasında yapılmış olmasıdır. İslâm Hukukunda, görev sırasında verilen zararlardan dolayı kasıt ve kusur sözkonusu değilse kişiye herhangi bir sorumluluk terettüp etmez. Zira İslâm hukukçularına göre, görev kapsamındaki fiillerin mutlaka selamete neticelenmesi şart değildir.⁴⁰ Bundan dolayıdır ki, kasıtlı veya kusurlu olmadığı sürece, müdahalelerinin verdiği zarardan doktor sorumlu tutulmaz. Çünkü, İslâm Hukuku, doktorun hastaları muayene ve tedavi etmesini, bir görevin (vacip) ifası olarak kabul etmektedir.

Ayrıca, kusur bulunmadığında, yalnız hastanın zarar görmüş olmasından hareketle doktorun sorumlu olmamasını gerektiren başka nedenler de vardır: Bunlardan biri sosyal zaruret, diğeri ise, hak sahibinin iznidir. Kabul edileceği üzere, tedavi hizmetlerinin yürütülmesi sosyal bir ihtiyaçtır. Bu ihtiyacı karşılayanlar da hekimlerdir. Onların, mesleklerini icra ederken hiçbir kusurları olmadan da sorumlu tutulmaları, teşhis ve tedavi hizmetlerine katılmalarına engel olur. Böyle bir durum, sosyal ihtiyacın karşılanmamasına yol açar ki, sonuçta halk sıkıntıya düşer. Bu nedenle doktorların, kusurları bulunmadığı sürece sorumlu tutulmamaları gerekir.⁴¹

Diğer yandan doktor, gerekli gördüğü tıbbî müdahaleyi, hastasının veya kanunî temsilcisinin iznine istinaden yapmaktadır. İslâm Hukukuna göre böyle bir izin, hayatı kurtarmak veya daha büyük bir zararı önlenmek

³⁹ es-Serahsî, el-Mebsût, XV/103.

⁴⁰ Udeh, et-Teşrî'u'l-Cinâi'l-İslâmî, I/470.

⁴¹ el-Kâsânî, el-Bedâ'î, VII/305.

gibi meşru bir nedene dayandığında, bir organın telefine neden olsa da, hukuken geçerlidir.⁴²

Bu bilgilerden de anlaşılacağı üzere, doktorun tedaviye yönelik fiilleri hukuka uygun olup, doktor bunlardan sorumlu tutulmamaktadır. Bununla birlikte hekim, tamamen sorumsuz kabul edilmiş değildir. Nitekim İslâm Hukuku, yukarıda şartlarını belirttiğimiz hukuka uygun tıbbî bir müdahale ile hastasını tedavi etmeyen bir doktoru sorumlu saymıştır.

Doktorun sorumluluğunun temelini ise, kendisi ile hastası arasındaki hukukî ilişkinin mahiyeti ve müdahalenin neticeleri oluşturur. Şayet eksik ya da hatalı müdahalenin sonucunda hastanın bir zarar görmesi sözkonusu ise, doktor sözleşme veya haksız fiil ilişkisine göre sorumlu olur.⁴³ Yalnız İslâm Hukuku, doktorun sorumluluğunda, hekim ile hastası arasındaki hukukî ilişkiyi esas almakla birlikte, hastanın uğradığı zararların mal varlığı veya kişi varlığına ilişkin olması niteliğini daha ön planda tutmaktadır. Buna göre hastanın mal varlığı zararları, sözleşme veya haksız fiil esaslarına göre tazmin edilebilirken, bedenine ilişkin zararları, yalnız, haksız fiil esasına göre tazmin edilebilmektedir. Bunun gerekçesi de, insanın şahsı ile malını aynı değerde görmemek düşüncesidir.⁴⁴ Yani hastanın kişilik hakları zarar gördüğünde, doktor, sözleşme ilişkisine itibar edilerek yargılanmayıp haksız fiil hükümlerine göre yargılanır. Sözleşme ilişkilerine göre sorumlu olması sadece mamelek hakları için sözkonusudur. Acaba bu ilişkiler çerçevesinde doktor hangi durumlarda sorumlu olmaktadır? Şimdi bunun şartlarını görelim.

B-DOKTORUN HUKUKÎ SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

Doktorun hukukî sorumluluğundan söz edebilmek için bir takım şartların bulunması gerektiğine daha önce işaret etmiştik. Bunlar, sözleşmenin ihlali veya müdahalenin haksız fiil sayılması, illiyet bağının bulunması, zarar ve kusur olmak üzere beş tanedir.

1-Sözleşmenin İhlali

Sözleşmeden dolayı doktorun sorumlu sayılabilmesi için her şeyden önce, hasta ile hekim arasında, hukuken geçerli olan bir sözleşmenin bulunması icab eder. Doktorun sorumlu olması için bir sözleşmenin bulunması zaruri olduğu gibi, geçerliliği için gerekli hukukî şartlara riayet edilerek akdedilmiş olması ve yürürlükte bulunması da zorunludur. Hekim, hastası ile arasında akdedilmiş bir tedavi mukavelesinin bulunması ve

⁴² es-Serahsi, el-Mebsût, XXVI/149.

⁴³ es-Serahsi, el-Mebsût, XV/103.

⁴⁴ el-Kâsânî, el-Bedâ'î, IV/21 ; el-Mergînânî, el-Hidâye, III/245; İbn Kudâme, el-Muğnî, V/527.

bunun, hukuken geçerli ve devam etmekte olması halinde, sözleşmeye dayalı bir sorumluluktan söz edilebilir.

İslam hukukçularına göre, “ecir-i müşterek” statüsünde görülen doktor ve diğer sağlık personelinin, iyi niyetle ve gerekli özeni göstererek uyguladıkları tedavi amaçlı müdahalelerinden dolayı sorumlu tutulmaları için, hekimlik sözleşmesinin yürürlüğüne devam etmesi icabeder. Mukavele nihayet bulduktan sonra ortaya çıkacak sonuçlardan dolayı akdî bir sorumluluk sözkonusu olmaz. Nitekim, hekim ve yardımcı personelin, tedaviye yönelik fiillerinden mesul olmamalarının bir gerekçesi de zararın, hekimlik sözleşmesinden doğan tedavi etme yükümlülüğünün yerine getirilmesinden sonra ortaya çıkmış olmasıdır⁴⁵. Zira doktor, sahip olduğu tıp ilminin nazari ve pratik bilgileri ışığında gerekli özeni göstererek hastasını muayene edip en doğru teşhisi koyduktan sonra yine tıp ilminin gerekli gördüğü en uygun tedavi yöntemini seçerek tedaviyi tamamlamakla sözleşmeden doğan sorumluluğunu yerine getirmiş sayılır. Bir başka ifade ile ifa gerçekleşmiş ve buna bağlı olarak sözleşme sona ermiştir. Bu nedenle sözleşme hükümlerine dayanarak, doktoru, bu aşamadan sonra ortaya çıkacak zararlardan sorumlu tutmak hukukî olmadığı gibi, hastanın da, uğradığı zararlardan dolayı tazminat talebinde bulunma hakkı yoktur.

Yalnız hemen burada belirtmemiz gerekir ki, böyle bir sonuç belli ilkelerden hareketle hukuk mantığı içinde isabetli bulunsa da, tıbbî müdahalenin başka esaslarla da bağlantısının bulunduğu gözardı edilmemelidir. Özellikle tıp ilminin gelişerek boyut kazandığı günümüzde, tedavi sözleşmesini, diğer hizmet akitleri gibi görmemek gerekir.

Doktorun tedavi akdine dayalı sorumluluğu, sözleşme hükümlerinin ihlali; yani, yükümlülüğünü ifa etmemesi, daha çok da gereği gibi ifa etmemesi halinde ortaya çıkmaktadır. İfa etmeme, tedaviye başlanmaması veya yarıda bırakılması halinde sözkonusu olur. Hastasını tedavi etmek üzere sözleşme yapan doktorun tedaviyi terketmesi, sorumlu olmasını gerektirir⁴⁶.

Hastası ile hekimlik sözleşmesi yapan doktor, tedavide gereken özeni göstermediği zaman da sorumlu olur. Çünkü sözleşmenin doktora yüklediği borçlardan biri de, tıp ilminin nazari ve pratik esasları çerçevesinde hastanın rahatsızlığını doğru bir şekilde teşhis edip, iyileşmesi için tıp ilminin öngördüğü en uygun yöntemi belirleyip uygulamaktır. Buna bağlı olarak doktor, tercih edilen tedavi yöntemini uygularken gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Hekim, ilmi ve bedeni gücü dahilinde sakınılması mümkün olan ve tedavinin bütün yan tesirlerini hesaba katarak, onların meydana gelmemesi için bütün gücünü sarfetmek, gerekli özeni göstermek zorundadır. Ancak bu şekilde borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılır. Bu

⁴⁵ es-Serâhsî, el-Mebsût, XVI/15; XXVI/149; el-Bâbertî, Şerhu'l-İnâye, V/67.

⁴⁶ en-Nevevî, el-Mecmu' Şerhu'l- Mühezzeb XIX/9.

nedenledir ki, İslâm hukukçuları, doktorlar ve yardımcı personelin kaçınılması mümkün olmayan faktörlerin neden olduğu sonuçlardan sorumlu tutulamayacağını beyan etmişlerdir⁴⁷. Buna göre mevcut tıp teknolojisinin bütün araçları titizlikle kullanıldığı halde belirlenemeyen veya tıp ilminin henüz tesbit edemediği bir hastalığın neden olduğu sonuçtan doktora ve yardımcı personeline herhangi bir sorumluluk terettüp etmez. Bu nedenle böyle bir durumda, tedavi sonucunda ortaya çıkan organ veya fonksiyon kaybı ile diğer mali zararlarının telafisi için hastanın, ölüm halinde de, destekten mahrumiyet ve manevi zararlarının karşılanması için hasta yakınlarının, doktordan tazminat talep etme hakları bulunmaz. Çünkü sözleşmeye dayalı sorumluluğun şartları ihlal edilmemiştir.

2-Haksız Fiil

Doktorun sorumlu olmasını ortaya çıkaran bir başka sebep de, tedavinin haksız fiil sayılmasıdır. Doktorun bu tür sorumluluğu daha çok sözleşmenin bulunmadığı durumlarda sözkonusu olur. Hastanın mal ve kişi varlığında ortaya çıkan eksiklikten dolayı tıbbî müdahalede bulunan doktorun sorumlu tutulmaması, müdahalenin haklı bir gerekçeye dayanmasıdır. Bu gerekçelerden birisi, hastanın müdahaleye rıza göstermesidir. Bu şart gerçekleşmiyor ise, tedavi amacına yönelik olsa da, zarar meydana gelmesi halinde doktor sorumlu olur⁴⁸. Bu sorumluluğun kaynağı da haksız fiildir. Çünkü hastanın müdahaleye muvafakatının bulunmaması sözleşmenin kurulmadığını, dolayısıyla haksız fiilin bulunduğunu gösterir.

Haksız fiile dayalı sorumluluk sözleşmenin bulunduğu durumlarda da sözkonusu olabilir. Bunun için de müdahalenin tedavi sınırlarını aşması hali aranır. Hastaya tıbbî müdahalede bulunan doktorun fiili, tıp ilminin mevcut teşhis ve tedavi yönteminin dışına taşarak hastanın ruh ve beden bütünlüğüne zarar vermiş ise, bu sözleşme hükümlerinin ihlali anlamına gelir ve aynı zamanda da haksız fiil sayılır. Mesala yaranın çevresinde oluşan iltihaplı bölgeyi temizlemek için açarak aşırı derecede genişletmek, tıp ilminin öngördüğü şeklin dışına çıkmak demektir. Doktor bu eyleminden sorumlu olur⁴⁹. Sünnetçi, çocuğun erkeklik organını, sünnet mahallinin üzerinde kesmesi halinde sorumlu olur⁵⁰. Çünkü sünnet fiilinin muted sınırlarının dışına çıkılmıştır. Kısaca, tıp ilminin nazari ve pratik uygulamasının aşılması halinde, doktor eyleminden sorumlu olur⁵¹.

⁴⁷ es-Serâhsî, el-Mebsût, XVI/15; el-Kâsânî, el-Bedâyi, IV/210.

⁴⁸ es-Şafîî, el-Ümm, VI/61; ed-Düssûkî, Hâşiye, IV/355; el-Hureşî, Hâşiye, VIII/111; İbn Kudâme, el-Muğnî, V/538.

⁴⁹ es-Serâhsî, el-Mebsût, XVI/14.

⁵⁰ es-Serâhsî, el-Mebsût, XVI/14; es-Şafîî, el-Ümm VI/61.

⁵¹ el-Bâbertî, Şerhu'l-İnâye, V/67.

Tıbbî müdahalede bulunan doktor, tıp ilminin nazari ve pratik bilgilerini alarak mesleğinde yeterli bilgi ve beceriye sahip (hâzık) değilse veya ihtisas alanı dışında müdahalede bulunmuşsa sorumlu olur⁵². Bu durumda da haksız fiilden söz edilir. Çünkü müdahale, bilgili ve ehil olmayan bir tabib tarafından icra edilmiştir.

Diğer yandan, doktorun haksız fiilden sorumlu olması için, müdahalenin hukuka aykırı olarak icra edilmiş olması gerekir. Geniş anlamıyla hukuka aykırılık, yasak olan bir hukuk normunun ihlali sonucu, kişilerin mal ve şahıs varlığı değerlerini koruyan hukuk kuralına aykırı hareket etmeyi ifade eder. Buna göre, tıbbî müdahale, hastanın ölümü halinde ruh ve beden bütünlüğünü, sakat kalması halinde beden bütünlüğünü ihlal ettiği, ayrıca mâmelekinde azalmaya yol açtığı için hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş olur.

Ayrıca hukukça korunan değerleri ihlal ettiği için temelde haksız olan müdahaleyi hukuka uygun yani, mübah kılan hastanın izni, doktorun iyi niyeti ve müdahalenin tedavi amacına yönelik olması gibi şartlar tahakkuk etmediği zaman da hukuka aykırılıktan söz edilir. Bu hallerde meşru bir fiilin hukuka uygunluğu kalkar. Mesela, hastanın yarasını iyileştirmek üzere, hukuk ilminin öngördüğü esas dahilinde yaranın etrafının açılması meşrudur. Fakat, iltihaplı bölgenin dışına çıkarak, tıp ilminin kabul ettiği sınırın ötesinde, yaranın etrafını fazla miktarda açarak amacı aşmak, fiili haram (hukuka aykırı) yapar⁵³. Bu nedenle müdahaleyi uygulayan cerrah fiilinden sorumlu olur.

3-Kusur

Doktorun, sözleşmeye veya haksız fiile dayalı sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için, sözleşmenin ihlali veya haksız fiilin hukuka aykırı olması yanında kusurlu olması da gerekir. Sorumluluk hukuku bakımından kusur, hukuk düzeni tarafından hoş görülmeyip kınanan bir davranış biçimidir⁵⁴. İslâm Hukuku kaynaklarında daha çok “hata” terimiyle de ifade edilen kusur kavramı, doktor ve sağlık hizmetlerini yürüten diğer sağlık personelinin, tedavi sözleşmesinden doğan “elden gelen gayreti sarfetme”⁵⁵ borçlarını hiç veya gereği gibi ifa etmemeleri şeklinde tanımlanabilir.

Hekim, normal şartlar altında, sakınılması mümkün olan sonuçların ortaya çıkması halinde sorumlu tutulur. Çünkü bu netice doktorun, gerekli özeni göstermediği, elinden gelen gayreti sarfetmediği için ortaya çıkmıştır.

⁵² İbn Nüceym, el-Eşbâh, 290; İbn Rüşd, el-Bidâye, II/349. İbn Kudâme, el-Muğnî, V/538.

⁵³ es-Serâhsî, el-Mebsût, XXVI/125.

⁵⁴ Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku, I/439.

⁵⁵ Karaman, Hayrettin, II/423.

Bu nedenle kusurlu sayılır ve sonuçtan sorumlu olur. Eğer, bütün dikkatini vererek gerekli itınayı gösterdiği halde, daha önceden görülemeyen nedenlerden dolayı hasta ölmüş veya organ ya da fonksiyon kaybına uğramış ise doktor sorumlu olmaz. Çünkü bu, sakınılması mümkün olmayan bir durumdur. Doktor bu gibi sonuçlardan sorumlu olmaz⁵⁶. Çünkü doktora, elinden gelen gayreti sarfetmesi, gerekli özeni göstermesi halinde kusur izafe edilemez. Mesela, ağrıyan dişini tedavi ettirmek üzere gelen hastanın ağrımayan dişini çeken diş doktoru sorumlu olur⁵⁷.

Doktorun sorumluluğu haksız fiile dayalı olduğu zaman kusurun etkisi daha fazladır. İleride açıklanacağı üzere özellikle fiilin müeyyidesini belirlemede, kusurun kasıt ve ihmal şekli belirleyici olmaktadır. Bu nedenle haksız fiil sorumluluğunda sübjektif sorumluluk öne çıkmaktadır.

4-İlliyet Bağı

Sorumluluk, ister sözleşmeye isterse haksız fiile dayalı olsun, müdahalenin sonucu ile sözleşmenin ihlali veya haksız fiil arasında illiyet bağı kurulabilirdiği hallerde doktor sorumlu olur. Bir başka deyişle zararın, doktorun tedavi sözleşmesinin hükümlerini ihlal etmesi sonucunda meydana gelmiş olması gerekir. Hastanın ruh ve beden bütünlüğünün bozulmasına doktorun fiilinin sebep olması icab eder.

İslâm Hukukçuları, tıbbî müdahaleden dolayı tabib ve yardımcı personelin mesuliyetinin belirlenmesinde, fiil ile nedensellik bağına daha fazla önem vermişlerdir. Özellikle cismani zararlarda fiil ile sonuç arasında irtibatlandırmak son derece önemlidir. Mesela hastanın ölümüne, tedavinin neden olabileceği gibi, hastanın bünyesindeki bir zafiyet veya başka bir hastalık ta sebep olabilir. Bu nedenle, hastanın yaşamını yitirmesi halinde uygulanan tedavi ile ölüm arasında illiyet bağı kurulamadığı, yani ölümün tedaviden kaynaklanmadığı durumlarda doktor sorumlu olmaz⁵⁸. Diğer yandan tedavide kullanılan ilaçların yan tesiri ve uygulanan cerrahî müdahalenin sirayeti sonucu meydana gelen zararlarda, hastanın vücut direncinin veya önceden tesbit edilemeyen başka bir rahatsızlığının etkisi olabilir. Dolayısıyla zarar, mevcut tıp teknolojisinin sağladığı araçlar kullanıldığı halde doktorun tesbit edemediği başka bir hastalık veya zafiyet sonucunda meydana geldiği belirlenen durumlarda, tedaviyi uygulayan hekime herhangi bir sorumluluk terettüp etmez⁵⁹.

56 İbnü'l-Hümâm, Fethu'l-Kadir, V/66; el-Bâberî, Şerhu'l-İnâye, V /67.

57 es-Serâhsî, el-Mebsût, XVI/14.

58 eş-Şafîî, el-Ümm, VI/172.

59 es-Serâhsî, el-Mebsût, XVI/15; el-Kâsânî, el-Bedâyi', IV/210; İbnü'l-Hümâm, Fethu'l-Kadir, V/66.

Ayrıca zarar ile doktorun uyguladığı tedavi arasındaki illiyet bağına kesecek bir durumun bulunmaması da icab eder. Mesela, hasta tedavi programını gereği gibi uygulamadığı, perhizine dikkat etmediği zaman zarar ile doktorun müdahalesi arasındaki illiyet bağı kesilir, bu durumda da doktor sonuçtan sorumlu tutulamaz.

5- Zarar

Doktorun, sözleşme veya haksız fiilden dolayı sorumlu tutulabilmesi için, tıbbî müdahalede bulunduğu hastanın zarar görmüş olması gerekir. Tedavi gören hastanın, mâmelek veya kişilik haklarında eksilme veya kayıp meydana gelmesi halinde doktorun sorumluluğundan söz edilebilir. Buna göre, herhangi bir zarar söz konusu değilse tabibin medenî veya cezâî bir sorumluluğu yok demektir.

VII-SORUMSUZLUK ANLAŞMASI

Diğer hukuki muamele ve fiillerde olduğu gibi, sorumsuzluk anlaşması yapılmış olabilir. İslâm hukukuna göre, tedavi sözleşmesinde yer alan böyle bir şart geçersiz olduğu gibi, tedavinin yan tesirlerinden de koruyarak zarar vermeme⁶⁰, mutlak tedavi etme garantisi, aksi halde bütün sorumluluğu üstlenme gibi şartlar hukuken geçersizdir⁶¹. Çünkü, gerçekleşmesi, yani, yerine getirilmesi mümkün olmayan taahhütler akde konu olamaz. Bu tür şartlar sözleşmenin geçerliliğini tartışılır hale getirir.

VIII-SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

Doktorun tıbbî müdahaleden kaynaklanan sorumluluğu, ihlal edilen hakkın çeşidine göre değişir. Kusurlu olduğu ortaya çıkan doktorun müdahalesi, hastanın mal varlığında eksilmeye⁶² neden olmuş ise, zararı telafi edici bir tazminat ödemekle yükümlü olur.

Hekimin haksız müdahalesi hastanın kişilik haklarını ihlal etmiş ise, müeyyide, doktorun kusurunun derecesine göre değişir. Kusuru ağır ise, bir başka ifade ile kasıt unsuru bulunuyorsa hem cezâî hemde medenî mesuliyet söz konusu olabilir. Eğer kusur ihmal ve dikkatsizlik şeklinde ise yalnız medeni sorumluluk söz konusu olur.

⁶⁰ el-Kâsânî, el-Bedâ'î, VII/210.

⁶¹ es-Serâhî, el-Mebsût, XV/84; Hârezmî, el-Kifâye, V/68; İbn Kudâme, el-Muğnî, V/543.

⁶² İbn Kudâme, el-Muğnî, V/538.

Kusurda kasıt (amd) unsurunun gerçekleştiğini tesbit etmek son derece güçtür. Çünkü fiilin arka planındaki irade ve niyet sübjektif bir olgudur. Dışarıdan buna vakıf olmak, bir başka ifade ile kastın gerçekten bulunduğunu tesbit etmek çoğu zaman mümkün olmayabilir⁶³. Niyetin dışı yansıyan yönlerinden hareketle kasıt veya hatadan söz edilir.

Bu nedenle İslâm hukukçularında, tıbbî müdahaleden kaynaklanan kişi varlığı ihlallerinde genellikle, kastın bulunmadığı düşüncesi ağır basmaktadır. Hatta, kasıt bulunsa, dolayısıyla kısas uygulanması gerekse de, şüpheden dolayı kısas tatbik edilmez. Çünkü ölüme neden olan müdahalede, çok az da olsa tedavi amacı bulunmaktadır. Bu ise şüphe meydana getirir. Şüphe ise cezaları düşürür. Bu nedenle, hastasını tedavi eden doktorun kusurlu olduğuna kanaat getirildiğinde, diyet ödemesi gerekir⁶⁴.

Bununla birlikte İslâm hukukçuları, doktorun, hastasını öldürmek amacıyla müdahalede bulunduğu, böyle bir sonucun ortaya çıkması için bilerek ve isteyerek öldürücü ilaç verdiği, yani hastayı kasten öldürdüğü şüphe bulunmayacak derecede açık ve net olan durumlarda, kısas cezasının uygulanabileceğine hükmetmişlerdir. Bu görüş daha çok Malikî hukukçularının görüşüdür⁶⁵. Burada şunu belirtmek gerekir ki, bilerek ve amaçlayarak hastayı öldüren, doktor dahi olsa, tıbbî müdahaleden bahsetmenin doğruluğu tartışma götürür. Çünkü bu eylem tedaviye yönelik olmaktan çok adam öldürme fiili görünümündedir.

İslâm hukukuna göre, sözleşmeye dayalı müeyyideler ile suç sayılan fiillerin bedenî cezalarından bizzat fail sorumludur. Fakat cismanî zararların tazmini olan diyetin ödenmesinde, âkile sistemi devreye girmektedir. İlk zamanlarda âkile, failin erkek olan asabesinden, Hz. Ömer dönemi ile birlikte failin mensubu bulunduğu divana kayıtlı diğer üyelerden oluşmaktadır. Bir divana kayıtlı olan bir kişi, yanlışlıkla bir kimseyi öldürmesi veya yaralaması, böyle bir fiili işlediğini kendi ikrar etmesi dışında başka deliller ile sabit olması ve de ödenecek tazminat miktarının yüksek olması halinde, divana kayıtlı diğer kişiler diyet ödemesine iştirak ederler. Hanefî hukukçularına göre, ödenecek miktar diyetin 1/20'sinden, mâlikî ve hanbelî hukukçularına göre 1/3'ünden çok olduğu zaman tazminatı âkile öder.⁶⁶ Aynı kural, tıbbî müdahaleden doğan zararların tazmininde de geçerlidir. Buna göre, tedavinin neden olduğu zararların tazmini, Hanefî fakihlerine göre, diyetin 1/20'sinin, Mâlikî ve Hanbelî fakihlerine göre ise 1/3'nün üzerinde ise, doktorun veya diğer sağlık personelinin âkilesi, bu

⁶³ el-Mebsût, XXVI/125; eş-Şafî, el-Ümm, VI/61; el-Hisnî, Kifâyetü'l-Ahbâr, II/107.

⁶⁴ Bkz. es-Serâhsî, el-Mebsût, XXVI/125.

⁶⁵ eş-Şafî, el-Ümm, VI/61; el-Hisnî, Kifâyetü'l-Ahbâr, II/107; İbn Rüşd., el-Bidâye, II/349; cd-Derderi, Şerhu'l-Kebir, IV/355.

⁶⁶ es-Serâhsî, el-Mebsût, XXVII/127; el-Hurâşî, el-Hâşiye, VIII/45; İbn Kudâme, el-Muğni, VII/678.

rakamların altında ise bizzat hekimin kendisi öder.⁶⁷ Hasta ve yakınlarının tazminat talebinde bulunacağı kişi ve kurumlar bu esasa göre belirlenir.

SONUÇ

İslâm hukukuna göre, her insan dinen sağlığını korumak ve hastalandığı zaman da tedavi olmakla yükümlüdür. Bu görevi ifa edebilecek bir kimsenin bulunmadığı durumlarda her ferdin, tıp ilimlerini tahsil etmek zorunluluğu vardır. Doktor ve diğer sağlık personelinin tedaviye yönelik faaliyetleri kural olarak sorumluluk kapsamına dahil değildir. Ancak, sözleşme hükümlerine aykırı davranıldığı veya tedavinin haksız fiil niteliği taşıdığı, yine doktora kusur izafe edilebildiği, zarar ile uygulanan tedavi arasında illiyet bağının kurulabildiği durumlarda sorumluluktan söz edilebilir. İslâm Hukuna göre hasta ile doktor arasında kurulan tedavi sözleşmesi, hizmet akdinin vasıflarını taşımaktadır. İslâm Hukukuna göre hekimler, uyguladıkları tedaviden malî bir zarar meydana gelmesi halinde sözleşme veya haksız fiil, ruh ve beden bütünlüğünü bozan cismanî zararlardan ise yalnız haksız fiil esaslarına göre sorumlu tutulabilmektedir. Buna bağlı olarak da, tazminat ödeme sorumluluğuna âkilenin de katılması söz konusudur.

BİBLİYOGRAFYA

Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, c.I-VI, thk.A.M.Şakir, .Mısır 1368/1949.

Ayan, Mehmet, *Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukuûkî Sorumluluk*, Ankara 1991.

el-Bâbertî, *Şerhu'l-Inâye*, (Fethu'l-Kadir'in kenarında), c.I-IX, Beyrut 1315/1897.

el-Bağdâdî, *Mecme'u'd-Damânât*, Mısır, 1308/1890.

Buhârî, *es-Sahîh*, c.I-VIII, İstanbul 1979.

Dârimî, *es-Sünen*, c.I-II, Mısır ty.

ed-Derderî, *Şerhu'l-Kebîr*, Mısır ty.

Döndüren, Hamdi, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlimihali*, İstanbul 1993.

⁶⁷ eş-Şâfiî, *el-Ümm*, VI/61; İbn Rüşd, *el-Bidâye*, II/349; ed-Düssûkî, *el-Hâşiye*, IV/355.

- ed-Dussûkî, **Hâşiye ala Şerhi'l-Kebîr**, c.I-IV, Beyrut ty.
- Ebû Dâvud, **es-Sünen**, c.I-V, İstanbul 1981.
- el-Fetâva'l-Hindiye, c.I-VI, Türkiye 1393/1973.
- el-Hattâbî, **Meâlimü's-Sünen**, Ebû Dâvud'un Süneni ile birlikte, c.I-V, İstanbul 1981.
- Hârezmî, **el-Kifâye**, (Fethu'l-Kadîr'in kenarında), c.I-IX, Beyrut 1315/1897.
- el-Hicâvî, **el-İkna' fi Fikhi İmam Ahmed b. Hanbel**, c.I-IV, Beyrut ty.
- el-Hisnî, **Kifâyetü'l-Ahbâr**, 2. Baskı, c.I-II, Mısır 1356/1937.
- el-Huraşî, **Hâşiye alâ Muhtasar**, c.I-VIII, Beyrut 1318/1900.
- İbnü'l-Hümâm, **Fethu'l-Kadîr**, c.I-IX, Beyrut 1315/1897.
- İbn Kudâme, Muvaffukuddîn el-Makdisî, **el-Muğnî**, c.I-IX, Mısır ty.
- İbn Mâce, Ebû Abdillâh el-Kazvînî, **Sünen**, c.I-II, thk.M.F.Abdülbâkî, Mısır 1372/1952.
- İbn Nuceym el-Mısırî, **el-Eşbâh ve'n-Nezâir**, Mısır 1405/1985.
- İbn Rüşd, **Bidâyetü'l-Müctehid**, İstanbul 1985.
- el-Karafî, **el-Fürûk**, c.I-IV, Beyrut ty.
- Karaman, Hayrettin, **Mukayeseli İslâm Hukuku**, c.I-III, İstanbul 1993.
- el-Kerderî, **Fetâva'l-Bezzâziye**, el-Hindiye kenarında
- Mâlik, **el-Muvatta'**, c.I-II, nşr. M.F.Abdülbâkî, Mısır 1951.
- Muhammed Ali, **Tehzîbü'l-Fürûk**, el-Fürûk'un kenarında, c.I-II, Beyrut ty.
- Müslim, **es-Sahîh**, thk.M.F.Abdülbâkî, Beyrut 1374/1954
- en-Nevevî, **el-Mecmu' Şerhu'l- Mühezzeb**, c.I-XX, Daru'l-Fikr ty.

Özcan, Hüseyin, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*, 6. Baskı, Ankara 1985.

er-Remlî, *Gayetü'l-Beyân*, Mısır 1379/1959.

es-Sahnûn, *el-Müdevvenetü'l-Kübrâ*, c.I-VI, Beyrut ty.

es-San'ânî, *Sübülü's-Selâm*, c.I-VI, Kahire ty.

eş-Şâfiî, *el-Ümm*, c.I-VIII, Beyrut ty.

Tirmizî, *es-Sünen*, c.I-VIII, İstanbul ty.

Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, c.I-II, İstanbul 1976.

☉ Udeh, Abdülkadir, *et-Teşrî'u'l-Cinâi'l-İslâmî*, c.I-II, Beyrut 1405/1985.

Zekeriyya el-Ensârî, *Fethu'l-Vehhâb*, c.I-II, Mısır 1367/1948.

ez-Zerkâ, *Şerhu'l-Kavâ'idü'l-Fıkhıyye*, Dimeşk 1409/ 1989.

ez-Zuhaylî, *Nazariyyetü'z-Zarûreti's-Şer'iyye*, Beyrut 1402/1982.