

ATATÜRK KÜLTÜR, DİL VE TARİH YÜKSEK KURUMU
T Ü R K T A R İ H K U R U M U Y A Y I N L A R I
XXVI. Dizi - Sayı 14^a



38. Uluslararası Tıp Tarihi Kongresi Bildiri Kitabı

*Proceedings of the 38th International Congress on the
History of Medicine*

Actes du 38^{ème} Congrès International d'Histoire de la Médecine

1-6 Eylül 2002 ♦ 1-6 September 2002 ♦ 1-6 Septembre 2002

Cilt II

Editörler - Editors

Nil Sarı

Ali Haydar Bayat, Yeşim Ülman, Mary Işın



Ankara 2005

İSLÂM HUKUKUNA GÖRE YANLIŞ TEDAVİDE SORUMLULUK

Şükrü Özen*

İslâm hukuk sisteminde yanlış ve kusurlu tedavi ile ilgili temel hukukî kurallar İslâm'ın esas kaynaklarında belirlenmiş ve ayrıntıları ictihada bırakılmıştır. Sağlık mesleğindeki kişilerin yeterli meslekî bilgi ve tecrübeye sahip olmaları zorunluluğu "Allah emanetleri (işleri) ehli olanlara vermenizi emreder" (en-Nisâ 4/58) âyetinin genel kapsamı içinde değerlendirilebileceği gibi bu konu hakkında sünnette doğrudan açık bir hüküm de bulunmaktadır. Hz. Peygamber: "Daha önce tıp eğitimi aldığı bilinmeyen bir kimse hekimlik yapmaya kalkışırsa verdiği zararı tazmin eder."¹ buyurmuştur. II. Halife Hz. Ömer de çocuğa verdiği zarardan dolayı sünnetçiye tazminat ödettirmiştir².

İslâm hukukunun genel ilkeleri konu ile ilgili ayrıntıları hükme bağlama imkanı sağlamaktadır. Bu bakımdan bilhassa İslâm hukuk metodolojisinin maslahat (kamu yararı) ilkesi, fıkıhın genel ilkelerini ifade eden kavâid, ceza hukukunun ve borçlar hukukunun bazı normları oldukça önemi haizdir. Örneğin bütün fıkıh tarihinin Batılı anlamda ilk kanun metni olan *Mecelle*'de maslahatla ilgili bir çok esas kaide sevk edilmiştir. Bu cümleden olarak hakkında nas (âyet ve hadis) bulunmayan konularda idareye tanınan sınırlı yasama yetkisi kullanılırken mutlaka yönetilenlerin maslahatı gözetilmek, kamu adına ve yararına icrâda bulunmak mecburiyeti getirilmiştir (md. 58). Kural olarak toplum menfaati fertlerin menfaatine tercih olunur, zararı gidermek menfaat sağlamaktan evlâdır, en ağır zarar en hafif zarar ile giderilir, kötü olan iki şeyden birini yapmak durumunda kalındığında zararı az olan tercih edilir ve imkan olduğu sürece zararın önüne geçilir (md. 26-31). Doktorlar ve diğer sağlık personelinin görev ve yetkilerinin bu genel kurallar çerçevesinde ele alınacağına bizzat *Mecelle*'nin kendisi işaret etmektedir. Nitekim *Mecelle*'de (md. 26) toplum menfaatinin fertlerin menfaatine tercih edileceği (Zarar-ı âmmı def için zarar-ı hâs ihtiyâr olunur) kaidesine örnek olarak yeterli bilgi ve deneyime sahip olmayan câhil doktorun meslek icra etmekten engel olunması gösterilmiştir (Tabîb-i câhili men' etmek bu asıldan teferru' eder). Bu bakımdan meslekî bilgi ve donanımı yetersiz doktorun zararlı ilâçlar vererek ve yanlış tedavi yöntemleri uygulayarak insanların sağlıklarının daha da bozulmasına veya ölümlerine neden olması genel bir zarar olduğu için kazançtan engellenmesi gibi kendisinin özel zararına tercih edilerek topluma zarar vermesinin önüne geçilir³. Ayrıca *Mecelle*'de "Cevâz-ı şer'î damâna münâfî olur" (md. 21) şeklinde ifadesini bulan hukuk kuralında ise ferdin hukuken izin verilmiş bir fiilden dolayı sorumlu tutulamayacağı ifade edilmekle aynı zamanda tedavide bulunmasına izin verilmiş bir doktorun işinin gereğini yapmış olmasından dolayı maddî veya manevî herhangi bir sorumluluğunun bulunmaması gerektiği de zımnen ifade edilmiş olmaktadır.

Yüzyıllar boyu tartışılarak günümüze son derece iyi formüle edilmiş biçimde aktarılan bu kurallar kuşkusuz çağlar boyu İslâm devletlerine ilham kaynağı olmuş ve karşılaştıkları problemlerin çözümünde onlara rehberlik etmiştir. Örneğin tıp eğitimi almadığı halde hasta tedavi eden kimse- nin verdiği zararı ödeyeceğini ifade eden yukarıda zikri geçen hadis, yöneticiler ve hekimlerle ilgili idarî ve hukukî sorumluluğa işaret etmiş ve İslâm devletlerinde sağlık işlerinden sorumlu resmî

* TDV İSAM (İslâm Araştırmaları Merkezi) İstanbul/TÜRKİYE. e-mail: s.ozen@lycos.com

hekimlik müessesesinin kurulmasında etkili olmuştur⁴. İslâm hukukçuları yanlış ve kusurlu tedavi uygulamalarında verilen zararın tazmini konusunun hukukî yönlerini fıkıh kitaplarında ele aldıkları gibi meslekî yönlerini de hisbe gibi farklı bir literatür içinde tetkik etmişlerdir. Biz bu çalışmamızda meselenin sadece teorik yanını ele almakla yetinmeyip sistemin nasıl işlediğini göstermek için ana hatlarıyla kurumsal boyutlarına değinip doktrinel tartışmaların yanı sıra uygulamadan örnekler vererek konuyu aydınlatmaya çalışacağız.

Konunun Çerçevesi

Tedavide cezai sorumluluk konusu bilinen ilk fıkıh eserlerinden itibaren İslâm hukuk doktrininde ele alınıp tartışılmıştır. İmâm Mâlik'in *el-Muvatta'*ı ve İmâm Şâfiî'nin *el-Ümm*'ü gibi en eski kaynaklarda konuyla ilgili muhtelif hükümlere yer verilmiştir. Daha sonraki fıkıh eserlerinde ve fetva mecmualarında da doktor, cerrah, göz doktoru, ebe, sünnetçi, haccâm ve fassâd (flebotomist) gibi sağlık personeli ile ilgili hükümler hem ceza hukukunun hataen adam öldürme, yaralama ve sakat bırakma konusu kapsamında kısas ve diyet bölümlerinde ve hem de borçlar hukuku kapsamında icâre (iş veya sipariş = ıstısnâ) akdi içinde incelenmiştir. Günümüzde ise konu hakkında müstakil eserler yazılmış veya bazı eserlerde konuya geniş yer verilmiş olup bu eserlerin bir kısmında günümüz hukuk sistemleriyle mukayeselere girilmiştir⁵.

İslâm hukuk doktrininde hekimler, ecîr-i müsterek adı verilen esnaf ve sanatkârların hukuki yetki ve sorumlulukları ile bağlı kabul edilir. Tıbbî müdahale, hukuki bir sözleşme ile gerçekleşmesi bakımından iş ve kira akitlerini birlikte ifade eden icâre akdi çerçevesinde iş akdi olarak ele alınmış olup doktor da kendisinden belli bir işi görmesi istenen esnaf ve sanatkâr (ecîr-i müsterek) statüsünde görülmüştür. Doktorların hastalarına verdikleri zararın sorumluluğu genel ilkeler bakımından esnaf ve sanatkârların işlerini yaparken müşterinin malına verdikleri zararın mali sorumluluğu kapsamı içinde değerlendirilmiştir. Ancak tıbbî müdahalede akdin konusu diğer iş akitlerinde olduğu gibi emek olmakla birlikte bu akit, üzerinde iş ifa edilen varlığın mahiyeti, yani canlı olması bakımından diğer iş akitlerinden ayrılığı da göz önüne alınarak bazı farklı hükümler serdedilmiş olması doğaldır. Bu farklılık özellikle sonucun istenilen vasıfta olmaması noktasında kendisini göstermektedir. Çünkü diğer iş akitlerinde sonuçta sorumlu duruma düşmemek için yapılan işin kusursuz olması (selâmet) şartı aranır. Cansız varlıklar üzerinde işlerini icra edenler, onlar üzerinde kendilerinin yaptıkları veya kendilerinin gözleri önünde olan itlaftan dolayı tazminle sorumludurlar. Örneğin çamaşırcı yıkadığı çamaşırın yırtılmasından sorumludur. Çünkü kumaşın sağlamlık ve inceliğinin ne kadar çitilemeye dayanabileceğini, ne kadar çitilemenin ne kadar zarar vereceğini ictihadla (daha önceki deneyimlerine dayalı olarak) bilmesi mümkündür veya en azından bilmek durumundadır. Bunu bilmek insanın gücünü aşan bir şey olmadığı için başta zararı tazmin şartı getirilerek yapılan akitle bunun sorumluluğunu üstlenmek hukuken geçerli olur ve sonuçta çamaşırcıya inceliğinden dolayı yırtılan elbise tazmin ettirilebilir. Tıbbî müdahalede ise komplikasyonlara yol açmayacak, fıkıh kitaplarında söylendiği şekliyle "sirâyet etmeyecek, sonucu selâmet olacak" yani beklenilmeyen kötü sonuçları olmayacak bir iş değil, yalnızca ciddiyetle belli bir işi yapmak üstlenilmektedir. Bu bakımdan başta bu şartı ileri sürme imkanı bulunmadığından sözleşmede böyle bir şart muteber değildir. Çünkü komplikasyonlara yol açmayacak bir tıbbî müdahaleyi başta garantilemek beşerin gücü dahilinde değildir. Zira dayanıklılık kişinin tabiatının güçlülük veya zafiyeti ile ilgilidir; hekim kişinin yaranın ne kadarına dayanabileceğini kendi ictihâdıyla kestiremez. Bu nedenle ruh taşıyan varlık Allah'ın takdiriyle insanların bilmedikleri bir başka sebeple ölmüş olabileceği için hekimler ve sağlık personeli canlı üzerinde tedavi uyguladıktan sonra canlının ölmesi durumunda açık biçimde onların uygulamalarından ölmüştür denemez. Başka bir sebepten ölmüş de olabilir.

Zira sirayetten kaçınmak mümkün değildir. "Sakınılması mümkün olmayan konularda tazminat olmaz", "görev gereği yapılması gerekenle (vâcib) tazmin yükümlülüğü bir arada bulunmaz"⁶ ve "memurun fiili selâmet şartına bağlanamaz"⁷ kaideleri gereği müdahalede mutata olan yapıldığı ve kusurlu davranılmadığı sürece ortaya çıkan komplikasyonların yol açtığı zararın tazmin edilmeyeceği konusunda fakihler arasında ittifak vardır. Dolayısıyla sağlık personeli yaptıkları işte izinli olmaları bakımından tazminle yükümlü olmazlar. Ancak aksine bir şey yapılsa tazminle sorumlu tutulurlar⁸. Fakat İmâm Şâfiî (ö. 204/820) sağlık personelinin mütecaviz davranmaları halinde başka ihtimal söz konusu olabileceği halde bu fiille öldüğünün kabul edilmiş olması dolayısıyla aynı şeyin bütün meslek sahipleri için de geçerli olması gerekeceğini ileri sürerek akitler arasında ortaya konmaya çalışılan bu farka eleştiri yöneltir⁹. Serahsî (ö. 483/1090) ise bu fikre katılmaz ve aradaki farkı temellendirmeye çalışır. Ona göre yara ruhun kapısının açılmasıdır; bundan sonra iyileşmekse yaranın etkisini ortadan kaldırmaya karşı bünyenin (tabiatın) gücüne kalmıştır. Bu ise beşer gücünü aştığı için muâvazalı bir akitte böyle bir şeyi üstlenmek caiz olmaz. Doktorun gücü dahilinde olan sadece ciddiyetle (belli çerçevede) işini yapmaktır. İzin alarak müdahalede bulunup işinin gereğini yerine getirdikten sonra hasta şahıs ölse tazminat ödemesi gerekmez. Ancak kusurlu davranmak (teâddî) yahut hastanın isteği dışında bir şey yapmak gibi aykırı bir davranışta bulunursa o zaman tazminat ödemek durumunda kalır. Tıbbî müdahale ile diğer iş akitleri arasında şöyle bir fark vardır: Sirayet yara ile birlikte olan bir şey değildir, yani yara varsa sirayet de vardır denemez; aksine daha sonra bünyenin yaranın etkisini gidermekte zafiyete düştüğü ve yaralının acılarla kıvrandığı bir zamanda ortaya çıkan bir durumdur. Bütün bunlar iş sahibine teslim edildikten sonra olan şeylerdir ve işin (amel) tazmin sorumluluğu kapsamı dışına çıkar. Elbisenin yırtılması ise iş çamaşırcının tazmin sorumluluğundan çıkmadan önce çitilemek ile var olan bir şeydir. Bu bakımdan kendi işi ile verdiği zararı tazmin eder. Zira işi, alacağı bedel karşılığında tazmin sorumluluğu altındadır¹⁰.

Tıbbî müdahale çoğunlukla icâre hükümleri çerçevesinde ele alınmakla birlikte bazı alimler tarafından emanetçi hükümlerine tabi görülmüştür. Emanetçi (emîn) kendi isteği dışında, kusuru ve hatası olmaksızın kendisine bırakılan eşyaya gelen zarardan sorumlu olmadığı gibi hekimin de aynı şartlar altında kendisine emanet edilen candan sorumlu tutulamayacağı ileri sürülmüştür. Ecîr-i müşterek emanetçi konumunda olduğu için başta tazmin şartı koşulmuş olsa da mal onun elinde telef olsa tazmin etmez, ancak kendi fiili ile verdiği zararı tazmin eder¹¹. Cerrahın ameliyat sonrası hastanın iyileşmemesi halinde tazminat ödemeyi kabullenmesi durumunda yine de tazminatla yükümlü sayılmamasının sebebi Alâeddin el-Haskefi'ye göre burada emanet akdinin kurallarının geçerli olması, emanette ise emanetçiye tazminat şartının getirilmesinin geçersizliği kuralı iken Hayreddin er-Remlî emanetin, üzerinde zilyetlik ispatı kabil bir mal olduğunu göz önüne alarak burada emanet ismi verilecek bir durum bulunmadığı için bu gerekçeyi İslâm hukuk doktrinine uygun bulmaz ve "buradaki illet kefalet konusu olan şeyde (mekfûlün bih) olduğu gibi güç yetirilemeyecek bir şey olmasıdır" der¹².

İmam Şâfiî'ye göre müdahalede bulunan hekim yapılması gerekenleri yapmış olsun veya yapılmaması gereken bir şeyi yapmış olsun her iki durumda da sonuç başarılı, ister başarısız olsun yaptığı işin ücretini hak eder. Şâfiî'den gelen bir diğer rivayete göre ise yapılmaması gereken bir şey yapmışsa hiçbir ücret alamaz; çünkü kusurludur, yaptığı şey kendisinden talep edilmeyen bir şey olduğu için tazminat öder ve ücret de alamaz. Şâfiî'nin iki görüşünden en sahih olanı budur¹³.

Cezaî Sorumluluk

İslâm hukukunda halk sağlığını korumak amacıyla şarlatanlık, hilekârlık ve itina ile meslek icra etmemeye karşı bazı yaptırımlar getirilmiştir. Hastayı kasıtlı olarak öldürme, sakatlama veya

yaralama durumunda doktor ve diğer sağlık personeli öteki adi suçlularla aynı cezaî kovuşturmayaya tabi tutularak duruma göre kısas veya diyet cezasına çarptırılır¹⁴. Ancak hasta tedavi etmeye kalkışan kişinin yetkili olup olmadığına, yetkili ise işini kurallarına göre yapıp yapmadığına bakılır ve verdiği zarardan buna göre sorumlu veya muaf tutulur. Hekim ve yetkili diğer sağlık personelinin kasıt unsuru bulunmayan yanlış tedavi ve müdahalelerinde ise ölüme sebebiyet verme yahut bir organı sakat bırakma gibi verilen zararın büyüklüğüne göre belirlenmiş olan kan bedeli (diyet), kan bedeli belirlenmemiş zararlarda ise klâsik İslâm hukuku literatüründe hükûmetü'l-adl diye anılan hakimnin belirleyeceği bir mali bedel ödettilir. Şarlatanlara ise ayrıca ta'zîr ve meslekten men cezası verilir.

İslâm hukuku literatüründe tıbbî bir müdahalenin başarısızlıkla sonuçlanması durumunda müdahaleyi yapan kişinin tıp bilgisi, uygulamada yapılan yanlışlık veya kusur ve hasta ya da velisinin izni dikkate alınarak hukuki sorumluluğu ayrı kategorilerde ele alınmıştır. Bunlardan bir kısmı meslekî bilgi ve donanımına sahip doktorlar, diğerleri ise şarlatanlar hakkındadır.

1. Meslekî bilgiye sahip olan sağlık personelinin cezai sorumlulukları:

Meslekî bilgi ve donanımına sahip sağlık personelinin tıbbî müdahaledeki sorumluluğu konusu ele alınırken müdahalenin hasta ya da velisinin izniyle yapılıp yapılmadığı ve yapılan işlemin benzer durumlarda yapılması mutlak olup olmadığı ve prosedür dışı (hâricü'r-resm) anormal bir şey yapılıp yapılmadığı dikkate alınmıştır¹⁵. İbnü'l-Münzir (ö. 309/921) hekimin teaddîde bulunmaması durumunda tazmin sorumluluğu olmayacağı konusunda alimler arasında icmâ bulunduğunu kaydede¹⁶. Teaddî ise haksız veya hukukun izin vermediği zararlı fiil demek olup buradaki çerçevesi itibariyle hekimin bilerek veya bilmeyerek, doğrudan veya dolaylı sakıncalı bir fiilde bulunması ya da yapılması gerekeni yapmaması diye tanımlanabilir¹⁷. Şimdi bu noktaları dikkate alarak hekimin cezaî sorumluluğunu inceleyelim:

a. Uzman doktor (tabîb-i hâzık)¹⁸ mesleğinin hakkını verdiği ve eliyle haksız bir fiilde bulunmadığı halde gerek kanun koyucu ve gerekse tıbbî müdahalede bulunduğu kişi veya onun kanuni temsilcisi tarafından izin verilen fiilinden dolayı hastanın bir organı zarar görür, hasta ölür yahut bir yetisi kaybolursa buradaki sirâyet izin verilen bir müdahalede gerçekleştiği için doktorun tazminat ödemeyeceği konusunda İslâm hukukçuları arasında görüş birliği (ittifâk) bulunmaktadır. Örneğin bir hasta hekime yarasını açmasını yahut ilerlemesinden korktuğu kangren olan organını kesmesini veya bir damarından kan akıtmasını yahut hacamatçıdan kendisine hacamat yapmasını veya dağlama (yakı) yapandan kendisini dağlamasını yahut da çocuğun babası sünnetçiden çocuğunu sünnet etmesini istese kendisinden bu talepte bulunulan hekim de talebi yerine getirirse bundan dolayı hasta ölür veya bir organı zarar görürse bu durumda eğer bu işleri bilen uzmanlara göre o kişi müdahalede bulunulan kişi için yararlı olan bir yöntem izlemişse tazminat ödemesi gerekmez. Ancak hastanın iyiliğini isteyen bir kişinin yapmayacağı bir şeyi bile bile yapmışsa o zaman tazminat öder¹⁹.

Müdahalede izin şart olmakla birlikte bir hekim, akıllı olsun olmasın herhangi bir kimseye gerektiği vakitte gerektiği şekilde tıbbî müdahalede bulursa bundan dolayı hasta ölse tazminatla sorumlu tutulmaz. İzinli müdahalelerde hekimin kusur ve ihmali (teaddî) sebebiyle meydana gelmeyen her sirâyet olayında bu geçerli bir kuraldır. Sirâyet konusunda şu iki konuda İslâm hukukçuları arasında görüş birliği sağlanmıştır: 1. Haksız fiilin sirâyeti tazmin edilir, 2. Görev gereği olan müdahalenin sirâyeti hederdir. Bu ikisi arasında kalan durumlarda ise doktrinde farklı görüşler vardır. Ebû Hanife müdahale izninin zarar verilmemesi (selâmet) şartına bağlı olarak gerçekleştiğini ileri sürerek²⁰ verilen zararın her halükârda tazmin edilmesini zorunlu görürken İmâm Mâlik ve Ahmed b. Hanbel iznin tazmin sorumluluğunu düşüreceğini göz önüne alarak bu kısma giren zararların tazmininin heder olacağını söylemişlerdir²¹. Çünkü bu müdahale risk alma (tagrîr) söz konusu

olan bir iştir. Hasta başına gelen duruma sanki kendi kendisini atmış gibidir. Ancak bu kural sünnetçi veya doktor, meslek bilgisine sahip olup fiilde hata etmediğinde geçerlidir²². İmâm Şâfiî'ye göre kendisinden herhangi bir tıbbî müdahalede bulunması istenen hekim isteneni aşan bir uygulama yapmamışsa diyet ödemeyeceği gibi eğer iyi niyetli ise âhirette bundan dolayı hesaba da çekilmez. Çünkü hekim ne yapmışsa, müdahalenin yapıldığı kişinin veya velisinin isteği üzerine onun iyiliği için yapmıştır²³.

b. Tedavi izni bulunan meslekî bilgi ve beceriye sahip olan bir hekim mesleğinin gereğini yapar, ancak yanlışlıkla sağlam bir organa zarar vererek organın sakat kalmasına veya tedavi ettiği hastanın ölmesine neden olursa kusurlu davrandığı (teaddî) bilinirse tazminat öder. Çünkü bu hataen işlenen cinayet demektir. Verilen izin müdahale iznidir, kusurlu ve yanlış müdahaleye izin değildir. Bu bakımdan Hanbelî alimlerden İbn Kayyim el-Cevziyye teaddînin varlığı veya yokluğunun bizzat doktorun fiili ile ilişkili olduğunu, bu konuda iznin varlığı veya yokluğunun bir etkisi bulunmadığına dikkat çekmiştir²⁴. Hekimin hatalı olduğu veya kasıtsız olarak kusurlu davrandığı (teaddîde bulunduğu) her durumda diyet ödeyeceği ve bu diyet sorumluluğuna âkilenin²⁵ de iştirak edeceği konusunda icmâ bulunduğu kaydedilmektedir²⁶. Ancak meslek bilgisine sahip hekim veya diğer sağlık personeli yaptığı işte hata ederse bedeni bir ceza verilmez; sadece üçte birini kendisi, geri kalanını âkilesi olmak üzere diyet öder²⁷. Âkilesi bulunmuyorsa diyetin doktorun malından mı yoksa hazineden mi ödeneceği; hazine mevcut değilse yahut borcu hazineye yükleme imkanı bulunmuyorsa diyet düşecek mi yoksa haksız fiilden sorumlu olan kişinin malından mı alınacağı konuları doktrinde tartışmalıdır²⁸. İmâm Mâlik'ten gelen bir rivayete göre ise yanlışlık yapan kişi tıp biliminde yetkin olan bir doktor ise hiçbir şey ödemesi gerekmez²⁹.

Bir kimse sünnetçiden oğlunu sünnet etmesini istese, sünnetçi de yanlışlıkla haşefeyi³⁰ kesse sünnet işinin çerçevesi belli olduğu ve sünnetçi de o kısmı aştığı için tazminat ödemekle yükümlüdür. Ancak çocuk iyileşirse sünnetçi tam diyet öder, çocuk ölürse diyetin yarısını öder. Çünkü çocuk iyileştiği zaman sünnetçi vücutta onun işlevini gören bir başkasının bulunmadığı ve dolayısıyla bedeli can bedeline göre belirlenen bir organ olan haşafenin tazminatını ödemek durumundadır; çocuk öldüğünde ise canın telefi biri izin verilmiş olan gulfenin kesimi, diğeri izinsiz olan haşafenin kesimi olmak üzere iki ayrı fiille gerçekleşmiştir. Bu sebeple diyetin yarısını tazminle yükümlüdür³¹. Bu mesele fakihlere oldukça ilginç gelmiş olsa gerek ki "Hangi canı ki cinayet işlediği kişi ölürse yarım diyet, yaşarsa tam diyet öder?" şeklinde bilmece konusu olmuştur³². Zeyleî "Bu en garip meselelerdendir, iyileşince daha çok, ölünce daha az ödemek gerekiyor!" diyerek şaşkınlığını ifade etmiştir³³.

c. Mesleğinde mahir uzman bir doktor (emin olmadığı bir konuda) ictihad ederek hastaya bir ilâç tavsiye eder ve ictihadında yanlışlık yapması sonucu hastanın ölümüne neden olursa hastanın diyetini hazine mi yoksa doktorun âkilesi mi ödeyecektir konusu da yine doktrinde tartışmalıdır³⁴. İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre doktor hatasında diyet ödeme sorumluluğu âkileye yüklenirken bazı ilim adamlarına göre diyet doktorun malından alınır. Yanlışlıkla (hataen) ölümüne sebep olan hekimin ayrıca dinî bir sorumluluk olan kefaret ödemesinin vacip olduğu konusunda da farklı bir anlayış bulunmamaktadır³⁵.

d. Uzman bir doktor mesleğinin hakkını vererek bir yetişkin veya çocuk yahut akıl hastasının bedenindeki bir yağ kistini kendisinin veya velisinin izni olmaksızın keser yahut velisinin izni olmaksızın bir çocuğu sünnet eder ve bu müdahale o kişinin ölümüne neden olursa doktor tazminat ödemekle sorumludur. Çünkü ölüm, izinsiz bir fiilin sonucu olarak meydana gelmiştir. Yetişkin kişinin kendisi veya çocuk ve akıl hastasının velisi izin verirse doktor tazminat ödemez³⁶.

2. Şarlatanların cezai sorumlulukları:

a. Şarlatan (mütetabbib, hekim taslağı) "gerçekte tıp ilmini bilmediği halde kendi iddiasına göre doktor olan kişi"³⁷ diye tanımlanmaktadır. Literatürde meslekî bilginin bulunmaması halinde yapılan müdahalenin her halükârda yanlış olduğu göz önüne alındığı için uygulamanın doğru veya yanlış olması değerlendirmeye alınmamıştır. Hasta o kişinin hekim olduğunu sanarak bilgisinden güvendiği için kendisini tedavi etmeye kalkışmasına izin vermişse böyle biri kendi eliyle verdiği zararı tazmin etmekle sorumludur. Aynı şekilde hastaya kullanması için bir ilâç tavsiye eder, hasta da onun bilgisinden ve uzmanlığından dolayı tavsiye ettiğini sanarak kullandığı yanlış ilâç yüzünden ölürse hekim geçinen kişi tazminat öder. Tıp bilgisine sahip olmadığı halde tedavi ile ilgili yanlış bilgi vererek hastayı yönlendiren ve müdahalede bulunan kişiler büyük bir sorumsuzluk örneği sergileyerek bilgisizlikleriyle canları telef etmeye kalkışmış oldukları için hastaları aldatmış oldukları açıktır. İşte makalenin başında zikredilen hadis de tam bu konuya ışık tutmakta veya doğrudan bu konuyu ele almaktadır. Bu tür kimselerin verdikleri zararı tazminle yükümlü oldukları konusunda İslâm alimleri arasında tam bir görüş birliği (icmâ) vardır. Bilmediği için yanlış bilgi veren yahut müdahalede bulunan kişi müteceviz (müteaddî) sayılacağı için fiilinden dolayı hasta ölürse diyetini ödemek durumundadır. Ancak bunu hastanın izni olmaksızın tek başına yapmış olmadığı için kısasa gidilmez³⁸, fakat kırbaç ve hapis cezasına çarptırılır. Ödenmesi gereken diyetin ise kendi malından mı ödeneceği, yoksa âkilesine mi ödettirileceği doktrinde tartışmalıdır³⁹. Hattâbî'nin (ö. 388/998) belirttiğine göre İslâm hukukçularının geneline göre sahte hekimin verdiği zarar âkilesi tarafından karşılanır⁴⁰. Mâlikî mezhebinde diyetin suçlunun âkilesi yahut kendi malından ödenmesi konusunda iki görüş bulunmakta olup birincisi İbnü'l-Kâsım'a, ikincisi İmam Mâlik'e aittir. Mezhepte fıkında bu kişinin fiili kasıtlı olduğu ve kasıtlı suçların diyet sorumluluğunu ise âkilenin yüklenmeyeceği ileri sürülerek suçlunun kendi malından ödeneceği yolundaki ikinci görüş tercih edilmiştir⁴¹.

b. Cahil şarlatan kişi tedaviye kalkıştığı kişi üzerinde müdahalede bulunur ve hasta bu nedenle ölürse bu durumda eğer kendisine karşı haksız fiilde bulunulan kişi sözü edilen şahsın bilgisiz cahil biri olduğunu bile kendisini müdahalede bulunmasına izin vermişse şarlatanın tazmin sorumluluğu yoktur. Bu hukuk kuralı yukarıda geçen "daha önce tıp eğitimi aldığı bilinmeyen bir kimse hekimlik yapmaya kalkışırsa verdiği zararı tazmin eder" hadisiyle çelişmez. Çünkü hadisin bağlamından ve sözün gücünden bu hadiste anlatılan kişinin hastayı aldattığı ve kendisinin hekim olduğu izlenimi uyandırdığı anlaşılmaktadır. Oysa burada tasvir edilen hukuki kural öyle değildir⁴².

Hekim - Hasta Kontratı

Hz. Ali'nin: "Hekim yaptığı tedaviye şahit tutmazsa kendisinden başkasını kınamasın. Zararı tazmin eder" dediği ve halka hitaben yaptığı bir konuşmada: "Ey hekimler, baytarlar ve sağlık işleriyle uğraşanlar! Sizden biri bir insanı veya hayvanı tedavi edeceği zaman kendisi için berat alsın. Çünkü kendisi için berat almadan tedaviye kalkışır da başarısız olursa tazmin eder." diye tavsiyede bulunduğu rivayet olunmaktaysa⁴³ da İslâm'ın ilk çağlarında tedavi sürecinde beklenmedik komplikasyonlar ortaya çıktığında veya gerekenin yapıp yapılmadığı, doktorun kusurlu davranıp davranmadığı konusunda hasta ve hekim arasında anlaşmazlık çıkması ihtimaline karşı hekimin başta kendisini güvene almak üzere hasta ya da yakınından resmi bir makam önünde izin alma prosedürünün bulunup bulunmadığını bilmemekteyiz. Ancak hisbe literatürünün ortaya çıkmaya başlamasıyla bu tür kitaplarda hekimin sorumlu duruma düşmemesi için uyması gereken bir prosedür önerildiği görülmektedir. Buna göre:

Doktor hastanın yanına girince hastalığının sebebini ve hissettiği acıyı sormalı ve sonra düzenli olarak alınacak şuruplar ve sair ilâçları içeren bir reçete düzenlemelidir. Sonra da hastanın refakatçilerinin tanıklığında hastanın velileri için bunun bir kopyasını yazmalıdır. Ertesi gün doktor gelir hastayı kontrol eder, idrar şişesine bakar ve hastaya hastalığının azalıp azalmadığını sorar. Sonra duruma göre gerekli tertibatı alır ve bunu yazarak bir kopyasını hastanın ailesine teslim eder. Üçüncü, dördüncü gün de aynı işlemi yapar. Hasta iyileşinceye veya ölünceye kadar bu sürer. Hasta iyileşince doktor ücretini ve ikramını alır. Ölürse velileri ünlü hekimin yanına gider ve doktorun kendilerine yazıp verdiği kopyaları kendisine arz ederler. Hekim eğer bunların tıp ilminin ve tabiplik sanatının gereği olduğunu, doktorun herhangi bir kusuru ve eksik tedavisi bulunmadığını görürse "Bu şahıs eceli ile ölmüştür" der. Eğer durumun bunun tersine olduğunu görürse bu sefer "Hastanızın diyetini doktordan alın. Çünkü yanlış ve kusurlu tedavi ile hastanızı öldüren odur" der. Doktorların böyle bir güzel yol izleyerek bu derece ihtiyatlı davranmalarının sebebi ehliyetsiz kimselerin doktorluk yapmaya kalkışmalarının ve doktorun da bu mesleği icra ederken herhangi bir gevşeklik göstermesinin önüne geçmek olduğu belirtilir⁴⁴.

Bazı şer'îye sicillerinden anlaşıldığına göre Osmanlı döneminde tedavi ve tıbbî müdahalenin yolunda gitmemesi durumunda diyet iddialarına karşı cerrahları korumak için gerekli bir önlem olarak, tedavi görecektir veya ameliyat geçirecek kişinin veya en yakın akrabasının (hukuken kısıtlı olması halinde velisinin) cerraha karşı dava açmayacağına dair resmî olarak mahkeme huzurunda izninin alınması normal bir uygulama gibi gözükmektedir⁴⁵. Muvafakatname diyebileceğimiz bu izin belgeleri hekimlerin isteği üzerine mahkemece düzenleniyordu. Nitekim Isparta Şer'î Sicil Defterleri'nde yer alan 1062 (1652) tarihli bir belgeye göre gayri müslim bir şahıs mesanesinde taş bulunan oğlunu tedavi ettirmek üzere Ahmed İbni Mûsâ adında bir hekime başvurmuş ve hekim hastanın ameliyatsız iyileşmeyeceğini söylemiş; bunun üzerine baba mahkemeye (meclis-i şer') gelerek mesele ile ilgili olarak dilekçeyle başvuruda bulunan (râfiu'l-kitâb) hekimin huzurunda, velayetine sahip bulunduğu kendi öz oğlunun mesanesindeki taşı ameliyatla çıkarması için adı geçen hekimin eline bir hüccet verilerek "Eğer tedavi ve ameliyatla taşın çıkarılmasından dolayı çocuk ölürse dava açmayacağım" diye ikrarda bulunmuş ve bu ikrar mahkeme sicil defterine kaydedilmiştir⁴⁶.

28 Rebîülevvel 1146 (7 Eylül 1733) tarihli bir şer'îye siciline göre Serdar Çavuşu Mehmed Beşe adında bir hasta yarasını tedavi etmek üzere Cerrah Hacı Ahmed ile altı kuruşa pazarlık yapmış, cerrah bu ücrete hastaya bakmaya razı olmuş ve paranın hasta iyileştikten sonra verilmesi için anlaşma yapılmış ve bu anlaşma mahkemece kayda geçirilmiştir⁴⁷.

Meslekî Denetim

İslâm toplumları sağlık alanında şarlatanlığın, sahtekârlığın ve hilekârlığın önüne geçmek için bazı tedbirler almış ve her mesleğin mensuplarının denetiminde olduğu gibi doktorların ve sağlık personelinin denetimlerini de muhtesibler eliyle yürütmüştür. Muhtesibler kadılarının emrinde çalışan resmî görevlilerdir.

Çeşitli meslekleri icra edenleri denetlemekle görevli hisbe yahut ihtisâb denilen müessesenin (makamın) işleyiş kurallarını ele alan ve denetimlerin her meslek grubuna göre özel yöntemlerinden söz eden İslâm kültüründe ayrı bir literatür gelişmiştir ve bu literatürde sağlık hizmeti verenlerin de denetimlerinden söz edilmiştir.

İslâm devletlerinde tıp alanında idarî bir fonksiyon üstlenmiş olan hekimbaşılık⁴⁸ makamı ile muhtesiblik (hisbe) makamı koordineli olarak ülkede faaliyet gösteren hekimlerin denetimi görevini yerine getirmişlerdir. Eski Yunan'da olduğu gibi her şehirde tıp ilminde tanınmış bir hekimbaşı tayin edilir, şehrin diğer hekimleri imtihan için ona gönderilirdi⁴⁹. Hekimler muhtesibin idarî

kontrolü altında hekimbaşı tarafından her sahanın en tanınmış hekimlerinin muteber sayılan eserlerinden imtihan edilirler. Örneğin doktorlar Huneyn b. İshâk'ın *Mihnetü't-tabîb* adlı eserinden, göz hastalıklarında Huneyn b. İshâk'ın *el-Aşru Makâlât fi'l-ayn*'dan, kemik kırıklarında Künnâşü Pûlis⁵⁰ adlı eserin altıncı makalesinden ve cerrahide Galen'in *Kata Genos* (Yaralar ve pansumanları, *De Compositione Medicamentorum Secundum Genera*) adlı eserinden sınava tabi tutulmaları tavsiye olunmuştur⁵¹. Hekimbaşı işinde eksik gördüğü hekime bilgi ve becerisini artırmak için tıp öğrenimini sürdürmesini ve bu ilimle ilgili kitaplar okumasını emreder ve tedaviden men eder⁵². Ayrıca hekimin yanında tedavide kullanılacak ekipmanın tam olarak bulunması da gerekmektedir⁵³. Bu yolla bir standart tutturulmak istenmiştir.

Ayrıca bütün hekimlere Hipokrat yemini ettirilmesi muhtesibin görevleri arasında sayılmıştır. Bu yeminin içeriği ise şöyle belirlenmiştir: "Hiç kimseye zararlı bir ilâç vermeyecek, hiç kimsenin ilâcına zehir katmayacak, halktan birinin yanında tılsımların (zehirlerin) tanımlarını yapmayacak, çocuk düşürten ilâcı kadınlara ve üremeyi kesen ilâcı erkeklere söylemeyecek, hastaların yanına girdiklerinde gözlerini haramlardan sakınacak, sırları ifşa etmeyecek, gizli kalması gereken şeyleri açmayacak ve kendilerine yasak olan şeylere kalkışmayacaklardır."⁵⁴

Osmanlı döneminde de hekimleri ve diğer sağlık personelinin denetleme görevi kanunla muhtesiblere verilmiştir. II. Bâyezid döneminde 17-26 Haziran 1502 (907/1501) tarihleri arasında hazırlanan *İstanbul İhtisâb Kanunnâmesi*'nde (*Kanunnâme-i İhtisâb-ı İstanbul el-Mahrûse*) "Ve dahi hekimlere ve attârlara ve cerrâhlara muhtesibin hükmü vardır; görse ve gözetse gerekdir"⁵⁵ denilmek suretiyle sağlık alanında hizmet verenlerin denetiminin muhtesibler tarafından gerçekleştirileceği hükme bağlanmıştır. Yavuz Sultan Selim (1512-1520), Kanûnî (929/1523 yılı civarında hazırlanan *Kanunnâme-i Osmânî*) ve I. Ahmed dönemlerinde hazırlanan kanunnamelerde ise muhtesiblerin denetleme işini Bîmaristan hekimleriyle koordineli olarak yürütmeleri hükmü getirilmiştir. Buna göre muhtesip piyasada meslek icra eden hekimlikleri şüpheli şahısları Bîmaristan hekimlerine götürecektir, buradaki hekimlerce imtihan edilen şahıs imtihanı geçerse mesleğini sürdürecektir, geçmezlerse meslekten men edileceklerdir. Ayrıca cerrahlar da yeterli bilgi ve beceriye sahip olmadan hiç kimseye müdahalede bulunmayacaklardır⁵⁶. Sahte hekimler hakkında 1001 (1592) tarihinde çıkarılan bir fermanla Hekimbaşı Mevlâna Yusuf Efendi'nin (ö. 1005/1597) mektubundan aktarılan "mevâli-i izâm hidmetine vasil olub tahsil-i ulûm etmeyüb ve hükemâ-i hâzikînden taallüm-i ilm-i tıb etmeyüb amelini ilmine tatbik etmeyüb ve bilcümle cahil iken kendü reyî ile tatabbub eden cehele..."⁵⁷ ifadesinin mefhumu muhalifinden anlaşılacağı üzere yeterli bilgi ve beceriye sahip olmanın yolu ise medresede alimlerden ilim tahsil etmekten, sahasında uzman hekimlerden tıp ilmini öğrenip teorik bilgileri uygulamayla desteklemekten geçmektedir.

Padişahlar tarafından hekimbaşılar ve kadılara gönderilen bazı fermanlar Osmanlı tarihi boyunca hekim denetimlerinin nasıl yapıldığını gösteren önemli bilgiler içermektedir. Zaman zaman ehliyetsiz kişilerin hekimlik yaptıkları ihbâr edildiği veya böyle kimselerin hastalara zarar verdiği şikâyetleri üzerine, İstanbul'da hekimbaşı hükümdârın fermânı ile yerli ve yabancı hekimlerin teftişini yapar, gerektiğinde imtihana tâbi tutarak başarılı olanlara icâzetnâme verir; başarısız olanların işyerlerini kapatarak bu gibilerin hekimlik yapmalarını yasaklardı⁵⁸. İstanbul dışındaki diğer vilayetlerde ise hekimlerin denetimini kadıların yaptıkları anlaşılmaktadır⁵⁹.

Hekimbaşı Garsüddînzâde Mehmed Muhyiddin'in (ö. 982/1575) İstanbul ve diğer şehirlerdeki sahte cerrah ve hekimlerin hastalara verdikleri zararlara engel olabilmek için 981'de (1573) II. Selim'e verdiği bir takrirle hekimlerin imtihana tâbi tutulmalarını teklif etmiş ve bunun üzerine padişah da İstanbul kadısına bir ferman göndererek tıp mesleği icra edenlerin mesleklerini sürdürebilmeleri için hekimbaşı tarafından imtihana tâbi tutulup ondan ruhsat almaları gerektiğini bildirmesini ve bunun için gerekli denetimleri yapmasını emretmiştir⁶⁰. 1001 (1592) tarihinde Hekimbaşı

Mevlâna Yusuf Efendi'ye gönderilen yukarıda zikri geçen fermana göre hekimbaşı, şeyhülislâm tarafından "sahte hekimlerin hasta tedavisine kalkışarak insanların bedenlerine zarar verdikleri için engel olunmaları, hatta ta'zîr cezasına çarptırılmaları ve sürgüne gönderilmelerinin meşrû olduğuna" dair fetva verildiğini hatırlatarak hekim, cerrah ve göz doktoru geçinen bilgisiz kimselerin engellenmesi için ferman talebinde bulunmuş ve bunun üzerine böyle kimselerin meslekten el çektilirmeleri ve engel olunmaları, ancak meslekte maharetleri olanlara ilişilmemesini emreden ferman gönderilmiştir⁶¹. 1826'da Hekimbaşı Mustafa Behçet Efendi'nin II. Mahmud'a sunduğu ariza sonucu 14 Mart 1827'de Tıbhâne-i Âmire ve Cerrahhâne-i Âmire açılmış⁶² ve artık bundan böyle hekim olabilmek için standart bir eğitim-öğretimle tıbbiyeden mezun olma şartı getirmenin yolu açılmış oldu.

Yargılama

XVI. yüzyılın son çeyreğinde yanlış tedavi sonucu ölüme sebebiyet vermekten yargılanan bir hekimle ilgili olarak tarih kaynaklarına geçmiş bir olay, en azından devlet ricali ve hanedan mensuplarıyla ilgili vakalarda hekimlerin yargılama prosedürünü göstermesi açısından önemli ip uçları vermektedir. *Tarih-i Selânikî*'de anlatıldığına göre iki yılı aşkın bir zaman böbrek ve mesane (idrârını yapamama) rahatsızlığı sebebiyle tedavi gören emekli vezir Ferhad Paşa 24 Şevval 982 (7 Şubat 1575) tarihinde vefat edince ertesi günü paşanın adamları Dîvân-ı Âlî'ye başvurup hekimin yanlış ilâç vererek ölümüne neden olduğu gerekçesiyle davacı oldular. Bunun üzerine Sultan III. Murad tezkire hazırlatarak davanın görülmesi için onay çıkardı. Hekimbaşı Garşüddinzâde Muhyiddin Mehmed Efendi (ö. 982/1575), İstanbul'da hizmet veren hekimler ve davalı hekim Divan'a getirilerek vezirler ve kazaskerler (Anadolu ve Rumeli kazaskerleri) huzurunda yargılama yapıldı ve yargılama sonunda yanlış tedavi uygulayan hekim bir çavuşa teslim edilerek hapse konuldu⁶³.

Atâî'nin kaydına göre Sadrazam Mehmed Paşa yönlendirmesi ile hekimin veziri zehirlediği yorumu yapılarak Kanuni Sultan Süleyman'ın şehzâdelerinden Sultan Murad'ın kızı ve vezir Ferhad Paşa'nın hanımı Hümâ Sultân'ın padişaha şikayeti üzerine hekim hakkında dava açılmıştı⁶⁴. Dolayısıyla uygulanan bu prosedürün hanedan mensupları ve devlet ricali ile ilgili davaların görülmesinde izlenen bir prosedür olduğu anlaşılabilir. Bu bakımdan aynı prosedürün hekim hatalarıyla ilgili bütün vakalarda uygulandığını söylemek mümkün değildir.

Mağdurun halktan biri olması durumunda davaya yerel mahkemelerin bakacağı açıktır. Isparta Şer'i Sicil defterinde kayıtlı 1062 (1652) tarihli bir vesika Hacı Ahmed adında bir hekimin yargılanmasını anlatmaktadır. Burada anlatıldığına göre adı geçen hekim Hacı Kemal oğlu Hacı Şaban'ın oğlunun boğazında oluşan bir yarayı (bağa) tedavi edebileceğini söyleyerek açar ve açtığı yeri dikip tedavisini sürdürürken hasta ölür. Olayın yaşandığı mahalle sakinlerinden adları belgede zikredilen üç kişi ve daha başka bazı kimseler mahkemede şahitlik edip mahkeme tarafından olayın araştırılmasını talep ederler. Bunun üzerine mahkeme Mevlana Mustafa Efendi adında muhtemelen ulemeden birini göndererek olayı incelemek üzere mübaşir tayin edilen Çavuşzâde Mehmed Bey adında bir kimse ile isimleri belgenin altında yazılı kişilerden oluşan bir araştırma komisyonu kurdurur. Bu komisyon hasta üzerinde otopsi yaptıktan sonra hastanın tedavi maksadıyla ameliyat edilmek üzere boğazının açıldığını ve vefat etmiş olduğunu gelip mahkemede beyan ederler⁶⁵. Bu komisyon da yer alanlardan birinin bilirkişi sıfatıyla, muhtemelen de adı geçen Çavuşzâde Mehmed Bey'in hekim olması kuvvetle muhtemeldir. Zira aynı mahkemenin başka kayıtlarından anlaşılmaktadır ki hekimler yaralama ve darp vakalarında mahkemece vakanın tespitine memur edilmekteydiler⁶⁶. Olayda tıp mesleğinin gereğinin yapılıp yapılmadığını tespit edecek kişinin bu bilim dalını iyi bilen biri olması kaçınılmazdır.

Geniş fıkıh eserlerinde ve Osmanlı şer'îye sicillerinde fetva ve yargı konusu edilen hekim müdahaleleri ile ilgili gerçek hadiselerle dair daha pek çok örnek bulmak mümkündür. Örneğin hicrî yedinci yüzyıl civarında (muhtemelen Buhara'da) bir küçük kız çocuğu çatıdan düşüp başı şişti; pek çok cerrah "Kafasını açarsanız ölür" dedi, içlerinden birisi ise "Bugün açmazsanız ölür, ben onu açıp iyileştiririm" diyerek yardı, bir iki gün sonra çocuk öldü. "Bu durumda cerrah tazmin eder mi?" diye fakih Muhammed Necmeddin'e sordular. Uzun bir süre düşündükten sonra "Hayır, eğer başın açılması izinle olmuş⁶⁷, mutad bir işlem yapılmış ve prosedür dışına (hâricü'r-resm) çıkılarak anormal bir şey yapılmamışsa" cevabını verdi. Orada bulunanlar "(Ama çocuğun ailesi) bu tür bir girişim tedavi edicidir düşüncesiyle izin vermişlerdi?" deyince "Bunu bilmek mümkün değil. Bu bakımdan doğru- dan doğruya iznin bizzat kendisi esas alınır." "Bu cerrah: 'Çocuk ölürse ben tazmin ederim' demiş olsaydı tazmin etmekle sorumlu olur muydu?" diye sorulması üzerine yine "Hayır" karşılığını vermiştir⁶⁸. Osmanlı döneminde Recep 941 (Ocak 1535) tarihli bir mahkeme kararına göre Bursa'da yanlışlıkla bir oğlan çocuğunun haşefesini kesen sünnetçi verdiği zarara karşılık 42.000 akçe ödemeye mahkum edilmiştir⁶⁹. Şam'ın en önemli Hanefî alimlerinden olan İbn Âbidîn (ö. 1252/1836) zamanında da şöyle bir hadise olur: Bir kişi bir küçük çocuğun karnını bağırsaklarının bir kısmı görünecek şekilde bıçakla yarar. Bağırsakları yerine yerleştirerek yarayı dikmesi için bir cerrah getirilir. Cerrah bunu yapabilmek için mutlaka yarayı genişletmesi gerektiğini söyler. Çocuğun babasının izin vermesi üzerine yarayı diker. Fakat o gece çocuk ölür. İbn Âbidîn bu durumda (hekimin değil) yaralayan kişinin diyetin yarısını kendi malından ödemesi gerektiğini, çünkü diğer fiile (cer- rahın yarayı genişletmesine) izin verildiği için onun heder olacağını belirtir⁷⁰.

Sonuç

Hekimlerin hastalar üzerinde müdahaleleri ve onlara ilâç tavsiye etmeleri ile hasta tedavisinde yaşanacak hata, kusur ve ihmallerle ilgili hukuk kuralları İslâm'ın ilk dönemlerinden itibaren belirlenmeye çalışılmıştır. İslâm tarihi boyunca yaşanan yoğun tartışmalar sonucu oluşan geniş fıkıh literatüründe tıp mesleğinin icrası sırasında hastaya verilen zararların tazmini konusuna önemli bir yer ayrılmıştır. Bu eserlerde gerek mağdurun hakkının korunması ve gerekse cerrahların yanlış ithamlara maruz kalarak tazminat ödeme yükümlülüğü ile karşı karşıya bırakılmamaları için kurallar belirlenmeye çalışılmış ve bir kimsenin hekim olarak görev yapabilmesi için yeterli olup olmadığı konusunda nasıl karar verileceği hakkında bazı kriterler getirilmiştir.

Hekimlerin tedavideki sorumlulukları teaddî, sirayet ve selâmet kavramları içinde ele alınmıştır. Meslekî bilgi ve beceriye sahip hekimin prosedürlere uymayan yanlış bir tedavi uygulaması, doğru bir tedavi yöntemini uygularken yanlışlık yapması yahut yapılması gereken bir müdahaleyi yerine getirmekte ihmalkâr davranması haksız bir fiil (teaddî) olarak görülmüş ve bu şartlar altında hastaya verilen zararın hekime tazmin ettirilmesi cihetine gidilmiştir. Literatürde sirayet (komplikasyon) ve selâmet terimleri birbirinin mukabili olarak kullanılmaktadır. Yapılan bir müdahalenin beklenmedik biçimde seyir takip ederek ölüme veya tedavi edilmek istenen hastalıktan daha ağır bir hastalığa sebebiyet vermesi demek olan "sirayet" in doğru yöntemleri uygulayan bir hekime sorumluluk yüklemeyeceği kabul edilmiş ve tedavinin başarı ile sonuçlanması anlamındaki "selâmet" de tedaviden zorunlu olarak beklenebilecek bir sonuç olarak görülmemiştir. Bu temel yaklaşım bütün İslâm alimlerince benimsenen hukuki bir norm olarak literatürdeki yerini almıştır. Bunun yanında halk sağlığını korumak maksadıyla hekimleri mesleklerini kurallarına uygun biçimde davranmaya zorlamak için kasıt, hata ve ihmâl durumlarında cezai sorumlulukla karşı karşıya bırakma ve yeterli bilgiye sahip olmadığı halde hekimlik yapmaya kalkışanları meslekten men etme, ta'zîr cezasına çarptırma gibi bir takım önlemler ve yaptırımlar getirildiği görülmektedir. Özetle İslâm hukukuna

göre tıbbî müdahalede sorumlu olmamak için gerekli meslekî bilgi ve donanıma sahip bulunmak, müdahale öncesi hastanın veya velisinin iznini almak ve hata yapmadan mutata olan tedaviyi uygulamak yeterli sayılmıştır.

Başta Osmanlı olmak üzere İslâm devletlerinde hekimlik yapanların denetimine çok büyük önem verilmiş ve bu konuda müteaddit çalışmalar yapılmıştır. Buna karşın hekimlerin haksız ithamlardan korunmaları için de müdahale öncesi hasta ile hakim huzurunda sözleşme yapmaları kural olarak kabul edilmiş ve uygulanmıştır.

EK

BAZI ŞEYHÜLİSLÂM FETVALARI⁷¹

1. EBUSSUUD EFENDİ (ö. 982/1574):

Soru: Hekim olan Zeyd, Amr'ı tedavi ederken Amr ölse, Zeyd'e ne lâzım olur?

Cevâb: Diyet lâzım gelmez.⁷²

2. FEYZULLAH EFENDİ (ö. 1115/1703):⁷³

Soru: Zeyd, küçük oğlu Amr'ı sünnet etmesi için sünnetçi Bekir'e emretmekle Bekir Amr'ı sünnet ederken hataen Amr'ın haşefesini tamamen kesip daha sonra Amr tam iyileşince asla haşefesi kalmasa Bekir'e ne lâzım olur?

Cevâb: Tam diyet.

Soru: Bu surette tam diyet gümüşten ne miktardır?

Cevâb: On bin dirhemdir."

Soru: Berber tâifesinden Zeyd, Amr'ın dilinin altında olan damardan Amr'ın izniyle kan aldığı anda o damarı Amr'ın izni olmaksızın mutadı aşır ziyâde kesmekle Amr bu kal almadan yatağa düşüp kalkmadan müteessiren ölse Amr'ın vârisleri yarım diyetini Zeyd'den almağa kâdir olurlar mı?

Cevâb: Olurlar.

Soru: Bu surette Amr'ın yarım diyeti gümüşten beş bin dirhem olur mu?

Cevâb: Olur.

3. ABDÜRRAHİM EFENDİ (ö. 1128/1716):⁷⁴

Fi'l-Cerrâh ve't-Tabîb (Cerrah ve Hekim Hakkında):

Soru: Sanatında mahir olan cerrah Zeyd, küçük kız Hind'in başında çıban çıkmakla Hind'in başına Hind'in velisinin izniyle bir merhem sürüp birkaç gün geçince Hind Allah'ın takdiriyle ölse halen Hind'in vârisleri Zeyd'e: "Hind'in ölmesine sadece senin merhemin sebep oldu" diyerek Zeyd'den diyet namına bir nesne almağa kâdir olurlar mı?

Cevâb: Olmazlar.

Soru: Cerrah olan Zeyd, Amr'ın eli üzerinden kan aldıktan yapılması mutata olanı aşır sinirlerine neşter vurup bundan dolayı Zeyd'in eli şişip iyileştikten sonra belinden aşağısı tamamen iş göremez hale gelse Zeyd'e ne lâzım olur?

Cevâb: Yarım diyet.

Soru: Zeyd bir çürük dişini cerrah olan Amr'a gösterip "Şu dişimi çıkarıver" dedikte Amr Zeyd'in gösterdiği çürük dişini çıkarmayıp bir sağ dişini çıkarsa Amr'a ne lâzım olur?

Cevâb: Diyetin yirmide biri (yani 500 dirhem gümüş para).

Soru: Zeyd'in ayağına bir hastalık ârız oldukta cerrah olan Amr, Zeyd'in izniyle bu hastalık için mutat üzere Zeyd'in ayağına bir yakı yakıp daha sonra o yakı onuldukta Zeyd'in ol ayağı tamamen iş göremez olup basamaz olsa Amr, yapılması mutat olanı aşmamışken Zeyd Amr'a o ayağı için "diyet namına bana şu kadar akçe ver" deyip bir nesne almağa kadir olur mu?

Cevâb: Olmaz.

Soru: Zeyd Amr'a çürük dişini çıkarmasını emrettiğinde Amr yapılması mutat olanı aşmayıp kerpeten ile çene kemiğinden sokup çekmekle çeneyi yerinden oynatıp daha sonra onuldukta çene-si eğri kalsa Amr'a ne lâzım olur?

Cevâb: Hükûmet-i adl.

Soru: Hâzık doktorlardan Zeyd, hasta Amr'ı tedavi ederken "Şerbet lâzımdır" deyip bir şerbet yapıp getirip Amr'a teslim idip Amr dahi alıp içse daha sonra Amr fevt oldukda vârisleri "Zeyd'e senin şerbetin sebep oldu" deyip Zeyd'den diyet almağa kadir olurlar mı?

Cevâb: Olmazlar.

Soru: Zeyd'in küçük oğlu Amr hasta oldukta Hind Amr'a ilâç için göztaşı ve nişadır sürüp bir miktar su ile karıştırıp Zeyd'in izni olmaksızın Amr'ın boğazına gidi eliyle icrâ itmekle bundan dolayı iki gün geçince Amr fevt olsa Hind'e ne lâzım olur?

Cevâb: Diyet.

Fi'l-Hattân ve Kâbile (Sünnetçi ve Ebe Hakkında):

Soru: Zeyd, reşid olan Amr'ı Amr'ın emriyle mutat üzere sünnet ettikte Amr o yara nefesine si-rayet edip yirmi gün geçince geride vâris bırakmadan ölse beytûlmâl emîni, Zeyd'den Amr'ın diyeti namına bir nesne almağa kadir olur mu?

Cevâb: Olmaz.

Soru: Ebelik yapan Hind, Zeyneb'i doğurturken doğum esnâsında bırakıp gidip çocuk ölü doğup ve Zeyneb de ölse vârisleri "Sadece senin gitmen ile çocuk ve Zeyneb öldü" diyerek ebeden diyet almağa kadir olurlar mı?

Cevâb: Olmazlar."

Soru: Zeyd'in adamı olan Amr hasta oldukta Zeyd, hekim olan Bekir'e 'Amr'ı tedavi et, sana şu kadar akçe ücret vereyim' deyip daha sonra birkaç gün kendi malından ilâçlarına bir miktar akçe harç ve sarf edip Amr'a ilâç edip fakat Amr iyileşmeyip Allah'ın takdiriyle ölse hâlâ Bekir Zeyd'den ilâç parası ve ücretini talep edip almağa kâdir olur mu?

Cevâb: Olur.

4. YENİŞEHİRLİ ABDULLAH EFENDİ (ö. 1156/1743):⁷⁵

Soru: Zeyd Amr'ın bir gözünü taş ile vurup yaralamakla Amr, cerrah olan Bekir'e "O gözüme ilâç eyle" dese Bekir "İlâç fayda vermez" dedikte Amr "Olur olmaz, sen ilâç eyle" diyerek ısrar edip Bekir de mutat üzere Amr'ın ol gözüne ilâç edip yara iyileşip fakat Amr'ın ol gözü tamamen görmez olsa Amr Bekir'e "Senin ilâcından gözüm görmez oldu" diyerek gözünün diyeti namına Bekir'den nesne almağa kâdir olur mu?

Cevâb: Olmaz.⁷⁶

Soru: Bu surette Bekir işinin ve ilâcının ecr-i mislini (piyasa değerini) Amr'dan almağa kâdir olur mu?

Cevâb: Olur.

Soru: Cerrah olan Zeyd Amr'ın bir kolunun müşterek damarından Amr'ın izniyle kan aldığında o damarı Amr'ın izni olmaksızın mutadî aşır ziyade kesmekle Amr o kan almadan yatağa düşüp kalkmadan müteessir(en) ölse vârisleri Amr'ın yarım diyetini Zeyd'den almağa kâdir olurlar mı?

Cevâb: Olurlar.⁷⁷

Soru: Hind'in gözünde bir illet olup göz hekimi Amr'a gösterip Amr "Bu illeti kan almak izâle ider" deyip Hind'in gözünün pınarından mutadî olmayan bir şekilde kan alıp ziyâde akıtıp o sözü edilen mahalden Amr'ın kan almasından dolayı aslâ görmez olsa Amr sanatında câhil olup galat (yanlışlık) ve hata ettiği için Hind gözünün diyetini Amr'a tazmîn ettirmeye kâdir olur mu?

Cevâb: Olur.⁷⁸

Soru: Göz ağrısına müptela olan Zeyd, göz hekimi olan Amr'a gözlerine mutadî üzere ıslâh iden kuhl koymayıp körlük yapan bir ot koyup bundan dolayı Zeyd'in iki gözü tamamen görmez olsa Zeyd gözlerinin diyetini Amr'dan almağa kâdir olur mu?

Cevâb: Olur.⁷⁹

Soru: Zeyd, berber Amr'a "Benim şu ağrıyan dişimi çıkar" diyerek gösterdikten sonra Amr hataen Zeyd'in başka dişini çıkarsa Amr'a ne lâzım olur?

Cevâb: Diş diyeti.⁸⁰

Soru: Ratkâ (rahim ağız kapalı) olan Hind rahim ağzını açmada mahareti olan Zeyneb'e "Rahmimin kapalı olan ağzını aç" diye emr etmekle Zeyneb dahi o yeri yarıp mutadî aşmayıp daha sonra Hind yarmadan kaynaklanan yaradan dolayı kramp (teşennüc) girip ölse vârisleri Hind'in diyeti namına Zeyneb'den nesne almağa kâdir olurlar mı?

Cevâb: Olmazlar.⁸¹

Soru: Zeyd küçük oğlu Amr'ı sünnet etmesi için sünnetçi Bekr'e emretmekle Bekir Amr'ı sünnet ederken hataen Amr'ın haşefesinin yarısını kesip daha sonra Amr iyileşince haşefesinin yarısı eksik kalsa Bekr'e ne lâzım olur?

Cevâb. Hukûmet-i adl.⁸²

Notlar

- 1- "Men tetabbebe ve lem yu'lem minhü tıbbün kable zâlike fe-hüve dâminün." Ebû Dâvud, "Diyâr", 25; Nesâî, "Kasâme", 41; İbn Mâce, "Tıb", 16; Hâkim en-Nisâbü'rî, *el-Müstedrek*, IV, 236. Hâkim bu hadisin isnadının sahih olduğunu, ancak Buhârî ve Müslim'in rivayet etmediklerini belirtir. Beyhakî ise (*es-Sünenü'l-kübrâ*, VIII, 141) hadisi "ölüme veya sakatlığa neden olursa" kaydıyla rivayet etmektedir.
- 2- Abdürrezzâk es-San'ânî, Ebû Bekr Abdürrezzâk b. Hemmâm, *el-Musannef* (nşr. Habîburrahmân A'zamî), Beyrut 1983, IX, 470 (nr. 18045-18046).
- 3- Ali Haydar Efendi, *Dürrerü'l-hükkâm fî şerhi Mecelleti'l-ahkâm*, İstanbul 1319, I, 83.
- 4- Cemil Akpınar, "Hekimbaşı", DİA, XVII, 160.
- 5- Ahmed Hüseyin Şerefüddin, *el-Ahkâmü's-şer'iyye li'l-a'mâlî't-tıbbiyye*, Kuveyt 1983; Üsâme Abdullah Kaya, *el-Mes'ûliyyetü'l-cinâiyye li'l-etıbbâ*, 2. bs., Kahire 1990; Mahmûd Muhammed Abdülaziz ez-Zeynî, *Mes'ûliyyetü'l-etıbbâ*, İskenderiye 1993; Muhammed b. Muhammed el-Muhtâr b. Ahmed Mezîd el-Cenkî eş-Şinkîti, *Ahkâmü'l-cerâhati't-tıbbiyye ve'l-âsârü'l-müterettibe aleyhâ*, 2. bs., Şarika 1994/1415; Kays b. Muhammed Âlü's-Şeyh Mübârek, *et-Tedâvî ve'l-mes'ûliyyetü'l-tıbbiyye fî's-şer'iatü'l-İslâmiyye*, Beyrut 1997; Abdullah b. Sâlim el-Gâmidî, *Mes'ûliyyetü'l-tabîbî'l-miheniyye dirâse te'siliyye mukârene beyne's-*

- şeriatî'l-İslâmiyye ve'l-kavânini'l-muâsıra, 2. bs., Cidde 2000/1421; Ali Bardakoğlu, "İslam Hukukunda Doktor ve Diğer Sağlık Personelinin Hukuki Mesuliyeti", K. Ü. (Erciyes) Üniversitesi Gevher Nesibe Bilim Haftası ve Tıp Günleri, Kayseri 1982, s. 527-530.
- 6- Molla Hüsrev, Mehmed b. Ferâmûz, *Dürerü'l-hükkâm fî şerhi Gureri'l-ahkâm*, İstanbul 1978, II, 236.
- 7- Kâsânî, Alâüddin Ebû Bekir b. Mes'ûd, *Bedâ'ü's-sanâi' fî tertîbi's-şerâi'*, Beyrut 1982, IV, 211; Mergînânî, Burhaneddin Ali b. Ebû Bekir, *el-Hidâye*, el-Mektebetü'l-İslâmiyye, y.y., ts., II, 117; Haskefî, Alâüddin Muhammed b. Ali b. Muhammed ed-Dımaşkı, *ed-Dürri'l-muhtâr fî şerhi Tenvîri'l-ebşâr*, Kahire 1966, VI, 565; İbn Âbidîn, Muhammed Emîn b. Ömer b. Abdülâzîz ed-Dımaşkı, *Reddül-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*, Kahire 1966, VI, 67, 565.
- 8- Şeyh Bedreddin Simâvî, *Câmi'u'l-fusûleyn*, Kahire 1300, II, 185-86; İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, VI, 67.
- 9- İmam Şâfiî, Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, nşr. Muhammed Zühri en-Neccâr, Beyrut 1973, VI, 172.
- 10- Serahsî, Ebû Bekr Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed b. Schl, *el-Mebsût*, Kahire 1324-31, XVI, 10-11.
- 11- İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, VI, 67.
- 12- Haskefî, *ed-Dürri'l-muhtâr*, VI, 568; İbn Âbidîn, VI, 568.
- 13- Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 172.
- 14- Hanefî alimlerinden *el-Muhîtü'l-burhânî* adlı eserin sahibi Burhânüddin Mahmud b. Ahmed el-Buhârî'ye (ö. 616/1219) uykudaki bir kişiden kan alan ve onu o şekilde bıraktığı için kan kaybından ölümüne sebep olan kişiye ne yapılması gerektiği sorulduğunda kısas edileceğini söylemiştir. Bk. Şeyh Bedreddin, *Câmi'u'l-fusûleyn*, II, 186; Haskefî, *ed-Dürri'l-muhtâr*, VI, 69; İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, VI, 215.
- 15- Şeyh Bedreddin, *Câmi'u'l-fusûleyn*, II, 186; Haskefî, *ed-Dürri'l-muhtâr*, VI, 567-68.
- 16- İbnü'l-Münzir, Muhammed b. İbrahim, *Kitâbü'l-İcmâ* (nşr. Abdullah Ömer el-Bârûdî), Beyrut 1986, s. 141.
- 17- Abdullah b. Sâlim el-Gâmidî, *Mes'ûliyyetü't-tabîbi'l-miheniyye dirâse te'siliyye mukârene beyne's-şeriatî'l-İslâmiyye ve'l-kavânini'l-muâsıra*, Cidde 2000, s. 77.
- 18- İbn Kayyim el-Cevziyye hâzık hekimi tedavide yirmi hususa riayet eden kişi olarak tanımlar ve bu yirmi hususu tek tek sıralar. Bk. İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed, *Zâdü'l-meâd fî hedyi hayri'l-ibâd* (nşr. Şuayb el-Arnaût - Abdülkâdir el-Arnaût), Beyrut 1981, IV, 142-145.
- 19- Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 61, 172, 175-176; İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-meâd*, IV, 139; Şemseddin Muhammed b. Ahmed ed-Desûkî, *Hâşiyetü't-Desûkî ale's-Şerhi'l-kebîr*, Kahire 1373, IV, 28.
- 20- Hanefî alimlerinden Zâhidî'nin *Kınye* adlı eserinde belirtildiğine göre tıp ilmini bildiğini iddia eden kimse hem hata ile ve hem de normalde aşarak verdiği zararı tazmin eder (Şeyh Bedreddin, *Câmi'u'l-fusûleyn*, II, 186; Haskefî, *ed-Dürri'l-muhtâr*, VI, 567-68). Haccâm, baytar ve fassâd mutat olan yeri teaddide bulunmadıkça (ve izinle olduğu sürece) tazminatla sorumlu olmazlar. Mutadî teaddide bulunursa kendisine karşı cinayet işlenen kişi ölmediği zaman ziyadenin tamamını, ölürse can diyetinin yarısını tazmin eder. Çünkü izinli ve izinsiz iki fiille telef olduğu için diyet ikiye bölünür (Haskefî, *ed-Dürri'l-muhtâr*, VI, 68). İbn Âbidîn'in *el-Kâfî*'den aktardığına göre *el-Muhtasar*'ın ibaresi teaddî bulunmamasını söylüyor, izinden söz etmiyor; *el-Câmiu's-sagîr*'in ibaresi izinden söz ediyor, teaddiden söz etmiyor. Dolayısıyla bunun söylediği diğerinin söylediğinin beyanı durumundadır. Her iki rivayetin toplamından tazminattan sorumlu olmamak için teaddî bulunmaması ve iznin varlığının şart olduğu anlaşılır. Bu şartlardan biri veya her ikisi bulunmadığı zaman tazminat gerekir. bk. İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, VI, 68-69.
- 21- İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-meâd*, IV, 139-140.
- 22- Desûkî, *Hâşiyetü't-Desûkî ale's-Şerhi'l-kebîr*, IV, 28.
- 23- Şâfiî, *el-Ümm*, VI, 175-176.
- 24- İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-meâd*, IV, 141.
- 25- Âkile: Kasıt unsuru bulunmayan bir öldürme ve yaralama hadisesinde suçlu adına diyet ödemeyi yüklenen şahıslar topluluğu. Bk. Hamza Aktan, "Âkile", *DİA*, II, 248-249.
- 26- *Muvatta'*, "Ukûl", 5; İbnü'l-Münzir, *Kitâbü'l-İcmâ*, s. 141; İbn Rüşd, Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kurtubî *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, Beyrut 1978, II, 418. İmam Mâlik mezkur görüşü Medinelilerin icmâi olarak kaydetmektedir.
- 27- İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 233; İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-meâd*, IV, 140-141; Desûkî, *Hâşiyetü't-Desûkî*, IV, 28.
- 28- İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-meâd*, IV, 140-141.
- 29- İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 418.
- 30- Burada kastedilen haşafenin tamamıdır. Çünkü haşafenin bir kısmı kesilirse hükümet-i adl gerekir. Bk. İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, VI, 69.
- 31- Serahsî, *el-Mebsût*, XVI, 13-14; Haskefî, *ed-Dürri'l-muhtâr*, VI, 69, 573, 624; İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, VI, 527, 567.
- 32- Haskefî, *a.g.e.*, VI, 573.
- 33- İbn Âbidîn, *Reddül-muhtâr*, VI, 69.
- 34- İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-meâd*, IV, 141.
- 35- İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 418.
- 36- İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-meâd*, IV, 141.
- 37- Desûkî, *Hâşiyetü't-Desûkî*, IV, 355.
- 38- İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-meâd*, IV, 139. Mâlikîler'den Ebû'l-Berekât Ahmed ed-Derdîr (ö. 1201/1786) "Cahil hekime

- kıyas uygulanmaması, amacının zarar vermek olmaması, sadece hastanın şifa bulmasını kastetmiş veya bunu ümit etmiş olması sebebiyledir; ama eğer zarar vermek kastetmiş olursa kıyas edilir" demektir. Bk. *eş-Şerhu'l-kebîr (Hâşiyetü't-Desûkî ile birlik-te)*, IV, 355.
- 39- İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 233. İbn Rüşd (ö. 595/1198) eserinin bir başka yerinde tedavi yapan kişinin tıpcı (ehl-i tıp) olmaması halinde verdiği zararın kendi malından tazmin ettirileceği konusunda bir görüş ayrılığı bulunmadığını belirtir (*Bidâyetü'l-müctehid*, II, 418). Oysa aşağıda geleceği üzere kendi mezhebinin alimlerinden Desûkî (ö. 1230/1815) de kendisinin buradaki söylediklerine uygun olarak Mâlikî mezhebi içinde farklı iki görüş bulunduğunu ifade etmektedir.
- 40- İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdû'l-meâd*, IV, 139.
- 41- Desûkî, *Hâşiyetü't-Desûkî*, IV, 28.
- 42- İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdû'l-meâd*, IV, 140.
- 43- Abdürrezzâk es-San'anî, *el-Musannef*, IX, 471 (nr. 18047).
- 44- Şeyzerî, Ebû'n-Necîb Celâleddin Abdurrahman b. Nasr, *Nihâyetü'r-rutbe fî tâlibî'l-hisbe* (nşr. Muhammed Mustafa Ziyâde), Kahire 1936, s. 97-98; İbnü'l-Uhuvve, Ziyâeddin Muhammed b. Muhammed b. Ahmed el-Kureşî, *Meâlimü'l-kurbe fî ahkâmî'l-hisbe* (nşr. Reuben Levy), Cambridge 1938, s. 167.
- 45- Uriel Heyd, *Studies in Old Ottoman Criminal Law* (ed. V. L. Menage), Oxford 1973, s. 309 (msl. Bursa Sicilli, A5, vr. 74a, 386a).
- 46- Fehmi Aksu, "Ispartalı Hekim ve Cerrahlar", *Ün Isparta Halk Evi Mecmuası*, IV/XXXVII (Nisan 1937), s. 527. Benzer bir vaka münasebetiyle 1275 (1859) yılında mahkeme siciline kaydedilen muvafakatname örneği oldukça tipik bir belge niteliği görünümünde bulunduğu için aynen aktarıyoruz: "Medîne-i Burdur kasabası mahallâtından Hecin Mahallesi'nde sakin Hasan bin Hüseyin nam kimesne meclis-i şer'-i şerîf-i enverde işbu bâisül-vesika Hekim Lâzerî veledi Mihail mahdarında ikrâr-ı tâm ve takrîr-i kelâm idüb işbu hazır bi'l-meclis oğlum Mehmed'in bi-kudretillâhi teâlâ mesanesinde taş tekevvin idüb günbegün mazarratı müşted ve ıztırâbı ezyed olmağla merkûm Lâzerî mutadî üzere maraz-ı mezbûru def etmek için mesanesini şak ve taşını ihrâc idüb bür'-i tâm hâsıl olunceye değin timar ve ilââç itmek üzere merkûm Lâzerî nefsinin altmış gurûş ücret ile oğlum merkûm için icâr ve ben dahi bi'l-velâye isticâr itmemle eğerci cerrâh-ı merkûm âdeti üzere timar ve ilâç ider iken oğlum merkûm bi-emrillâhi teâlâ fevt olur ise dem-i diyetine müteallika amme davadan bi'l-velâye merkûmun zimmetini ibrâ-i âmm-i sahîh-i şer'î ile ibrâ ve iskat eyledim didikde gıbbe't-tasdik-i şer'î mâvekaa bi't-taleb ketbolundu. 8 Receb 1275 (18 Şubat 1859)." Bk. Aksu, a.g.m., s. 529. 1089 (1678) yılında gerçekleşen bir yaralama vakasında yaralıyı tedavi için hekime mahkemece izin verildiğini gösteren bir başka belge için bk. Aksu, a.g.m., s. 528.
- 47- Aksu, "Ispartalı Hekim ve Cerrahlar", s. 528.
- 48- Geçmiş İslâm devletlerinde ve Osmanlı döneminde hekimbaşılık makamı ile ilgili bilgi için bk. Cemil Akpınar - Nil Sarı, "Hekimbaşı", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XVII, 160-164; Ali Haydar Bayat, *Osmanlı Devleti'nde Hekimbaşılık Kurumu ve Hekimbaşılar*, Ankara 1999.
- 49- Şeyzerî, *Nihâyetü'r-rutbe*, s. 97; İbnü'l-Uhuvve, *Meâlimü'l-kurbe*, s. 166-167.
- 50- *Künâşü Pûlis*: Milâdi 680'de ölen İskenderiyeli Yunan hekim Paul d'Egine'un *Thesaurus of Medicine* adlı eseri.
- 51- Şeyzerî, *Nihâyetü'r-rutbe*, s. 100-102; İbnü'l-Uhuvve, *Meâlimü'l-kurbe*, s. 168-169.
- 52- Şeyzerî, *Nihâyetü'r-rutbe*, s. 97; İbnü'l-Uhuvve, *Meâlimü'l-kurbe*, s. 166-167.
- 53- Şeyzerî, *Nihâyetü'r-rutbe*, s. 98-99.
- 54- Şeyzerî, *Nihâyetü'r-rutbe*, s. 98; İbnü'l-Uhuvve, *Meâlimü'l-kurbe*, s. 167-168.
- 55- Ahmed Akgündüz, *Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukukî Tahlilleri*, İstanbul 1990, II, 296.
- 56- Akgündüz, a.g.e., İstanbul 1991, III, 115; İstanbul 1992, IV, 329; İstanbul 1996, IX, 532.
- 57- Hikmet Turhan Dağlıoğlu, "Tababet Tarihimize Ait Vesikalar", *Türk Tıp Tarihi Arkivi*, IV/XIII (1939), s. 44-45 (*Mühimme* 70, s. 155'ten aktarılmıştır); Ahmed Refik, *Hicrî On Birinci Asırda İstanbul Hayatı (1000-1100)*, İstanbul 1988, s. 8-9.
- 58- Ali Haydar Bayat, *Osmanlı Devleti'nde Hekimbaşılık*, s. 8.
- 59- Isparta kadısına gönderilen Rebîülâhîr 1150 (Ağustos 1737) tarihli bir fermana göre Isparta'da cerrahlık yapan Hacı Ahmed ve oğlu Mehmed, bazı sahte hekimlerin hocadan tıp öğrenimi görüp tahsilini tamamlayarak kethûda ve yiğitbaşlar marifetiyle meslek eğitimi almadan tedaviye kalkıştuklarından şikayetle engellenmeleri için ferman talebinde bulunmaları üzerine kadiya böyle kişileri cerrahlık yapmaktan menetmesi emredilmektedir. Bk. Fehmi Aksu, "Ispartalı Hekim ve Cerrahlar", *Ün Isparta Halk Evi Mecmuası*, IV/XXXVII (Nisan 1937), s. 528-529. Not: Bu makaleden beni haberdar eden aziz dostum Himmet Taşkömür'e şükranlarımı arz ederim.
- 60- Bayat, *Osmanlı Devleti'nde Hekimbaşılık*, s. 42-43. Hekimbaşı Hayatizâde Mustafa Feyzî Efendi'ye (ö. 1151/1738) gönderilen 1142 (1730) tarihli ve Hekimbaşı Kâtibzâde Mehmed Refî Efendi'ye (ö. 1183/1769) gönderilen 1182 (1768) tarihli benzer içerikli başka fermanlar için bk. Bayat, a.g.e., s. 97-98, 110-111 (Ahmed Refik, *Hicrî On İkinci Asırda İstanbul Hayatı (1100-1200)*, İstanbul 1930, s. 106-107, 214-215). İkinci fermanın Şeyhülislâm Veliyüddin Efendi'nin arzı üzerine yazıldığı belirtilmektedir.
- 61- Dağlıoğlu, "Tababet Tarihimize Ait Vesikalar", s. 44-45; Ahmed Refik, *Hicrî On Birinci Asırda İstanbul Hayatı*, s. 8-9.
- 62- Bayat, a.g.e., s. 141.
- 63- Selânikî Mustafa Efendi, *Tarih-i Selânikî* (haz. Mehmet İpşirli), Ankara: Türk Tarih Kurumu, 1999, I, 111; Bayat, a.g.e., s. 43. Bu olayla ilgili olarak bk. Feridun Nafiz Uzlu, "Meslek Hatasıyla Öldürüldüğü İddia, Fakat Aslı Olmadığı Anlaşılan Bir Hadise", *Dirim*, XXVIII/V (1953), s. 164-169. Atâî hikâyenin tamamını şöyle anlatır: Hekim Şucâeddin İlyâs el-Karâmânî, suçsuz olduğu anlaşıncı Şeyhülislâm Ebüssuûd Efendi'nin aracılık yapması ile kurtulmuş iken vezirin adamlarından bazı fedaileri Hekim Şucâeddin'i sabah namazına giderken yolda bıçaklayıp öldürdüler. Durum padişaha arz edilip ölen vezirin adamlarından altmış

kişi göz altına alındı ve işkence ile sorgulanarak suçunu itiraf edenlerden kardeşi, kethüdası ve dokuz adamı idam, geri kalanı da bilâd-ı selâse dışına sürgün edildiler. Atâî, Nev'izâde Ataullah Efendi, *Hadâikü'l-hakâik fî tekmileti's-Şakâik* (nşr. Abdülkadir Özcan), İstanbul 1989, s. 229.

- 64- Atâî, *Hadâikü'l-hakâik*, s. 229.
- 65- Aksu, "İspartalı Hekim ve Cerrahlar", s. 527-528.
- 66- Isparta'da yaşanan yaralama ve darp vakalarında tespit yapan heyet arasında cerrahların adları yer almaktadır. Sicillere göre hicri 1015 (1606) ve 1024 (1615) tarihlerinde Pir Muhammed (Mehmed), 1120'de (1708) Cerrah Usta Ömer ve 1133'te (1721) Cerrahbaşı Ahmed adlı cerrahlar vakayı yerinde görüp keşif yapmak üzere tayin edilmişlerdir. Bk. Aksu, "İspartalı Hekim ve Cerrahlar", s. 527-528.
- 67- İbn Âbidîn burada "İzinsiz olursa öyle anlaşılıyor ki kısas gerekir" açıklamasını yapmaktadır. Bk. *Reddû'l-muhtâr*, VI, 568.
- 68- Şeyh Bedreddin, *Câmi'u'l-fusûleyn*, II, 186; Haskefî, ed-Dürri'l-muhtâr, VI, 567-68.
- 69- Heyd, *Ottoman Criminal Law*, s. 309 (Bursa Sicilli, A36, vr. 315b).
- 70- İbn Âbidîn, *Reddû'l-muhtâr*, VI, 545.
- 71- Burada verilen fetva örnekleri kısmen sadeleştirilerek aktarılmıştır.
- 72- M. Ertuğrul Düzdağ, *Şeyhülislâm Ebussu'ud Efendi'nin Fetvalarına Göre Kanunî Devrinde Osmanlı Hayatı (Fetâvâ-yı Ebussu'ud Efendi)*, İstanbul 1998, s. 244.
- 73- Seyyid Feyzullah Efendi, *Fetâvâ-yı Feyziyye*, İstanbul 1266/1850, s. 526-527.
- 74- Menteşzâde Abdürrahim Efendi *Fetâvâ-yı Abdürrahîm*, İstanbul 1243/1827, I, 357-358, II, 109.
- 75- Burada verilen fetvalar Abdullah Efendi'nin *Behcetü'l-fetâvâ ma'n-nukûl* (İstanbul 1266/1849, s. 590-591, 593) adlı eserinden aktarılmış olup Türkçe fetvalardan sonra Arapça kaynaklardan yapılan alıntılar tercüme edilerek dipnotlarda verilmiştir.
- 76- "Bir adam bir adamın gözüne vurup yaralasa ve yaralanan kişi göz tedavi etmekle maruf bir adamı tedavi için çağırsa çağrılan şahıs "Bu göz benim tedavimle iyileşmez" dediğinde "Sen tedavi et. İyileşmese de belki acısı teskin olur" dese o da tedavi uygulasa bir müddet sonra gözün yarası kapansa ve ağrısı azalsa, ancak görmez olsa yaralanan kişi tedaviyi yapan hekime "Gözümü sen bozdun. Tazminat öde" dese tazminat ödemesi gerekmez. Çünkü bu konuda en fazla söylenebilecek husus gözün itlafını emretmiş demektir, tazmin etmez. Tedaviyi yapan hekime tedavi masraflarının ve iş ücretinin piyasa değerini (ecr-i mislini) ödemesi gerekir. Aynı şekilde tedaviyi yapan hekime "Görmesini gidermeyecek biçimde gözü iyileştir" dese tedavi sonunda göz görmez olsa yine tazmin etmez. Sirâyet hekime değil harice izafe edilir. Hekime ecr-i misli ödenir. *Cevâhiru'l-fetâvâ*, Cinâyât, 3." *Cevâhirü'l-fetâvâ* Rüknuddîn Ebû Bekr Muhammed b. Abdürreşid el-Haneffî el-Kirmânî'nin (ö. 565/1169) eseridir.
- 77- Ancak mutadî aşarsa vefat etmediğinde fazlının tamamını tazmin eder. Vefat ederse can diyetinin yarısını tazmin eder. Çünkü izin verilmiş ve verilmemiş şeyler (me'zûn ve gayri me'zûn) sebebiyle vefat etmiştir. Dolayısıyla hesabına göre, yani yarısını tazmin eder. Molla Hüsrev, *Dürrerü'l-ahkâm*, II, 236.
- 78- Sirâyet edenin tazmin edilmeyeceği konusunda fakihler arasında ittifak vardır. Ancak bu mutad olan fiili yaptığı ve bu işte kusurlu olmadığı zaman geçerlidir. Ama bunun aksine bir şey yaparlarsa tazmin ettirilirler. Şeyh Bedreddin, *Câmi'u'l-fusûleyn*, II, 186.
- 79- "İlm-i tıp iddia eden kimse hatasını ve ziyadesini tazmin eder, sirâyetini değil. *Kınye*, Cinâyât, damânu'l-müdâvî." Ayrıca bk. Şeyh Bedreddin, *Câmiu'l-fusûleyn*, II, 186. *Kınye* Ebû'r-Recâ Necmeddin Muhtâr b. Mahmûd ez-Zâhidî'nin (ö. 658/1260) tam adı *Kınyetü'l-münye li-tetmîmi'l-Gınye* olan eseridir.
- 80- "Bir kimse ağrıyan dişini çekmek için bir adama emretse ve dişi belirtse, emredilen şahıs ise bir başka dişi çekse sonra bu konuda ihtilaf etseler emreden söz geçerlidir. Çünkü o ihtilaf etmiştir. Diyet, dişi çeken adamın malından alınır, çünkü kasıtlı davranmıştır. Kısas ise düşer. *Nakdû'l-fetâvâ*, Cinâyât, 3." *Nakdû'l-fetâvâ* Muhammed b. Hamza el-Alâî'nin eseridir.
- 81- *Kınye*: Bir cerrah ratkâ bir cariye satın alsa cariye elem duysa bile ratkı yarma hakkı vardır. *Bahr*, Talâk, Bâbü'l-Innîn.
- 82- *Tetimmetü'l-Burhân*'nin ecir-i müşterek meseleleri bölümünden naklen denilmektedir ki: ... Hacâmat yapan ve sünnetçi fiillerinin sirâyetinden dolayı tazminat ödemezler. Sirâyet malumdur. Sünnetçi haşefenin bir kısmını keserse hükûmt-i adl tazmin eder. Haşefenin bütünü keserse tam diyet öder.