

marife

dini araştırmalar dergisi

Turkish Journal of Religious Studies

cilt / volume: 22 • sayı / issue: 2 • kiř / winter 2022

İslâm Hukuku ile Türk Pozitif Hukukunda Hekimin Gayret Sarf Etme Sorumluluğu*

The Physician's Responsibility to Exert Effort in The Islamic Law and The Turkish Positive Law

Nilüfer Sena Çalık 

Arş. Gör., Kilis 7 Aralık Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı
Res. Assist., Kilis 7 Aralık University, Faculty of Theology, Department of Islamic Law
Kilis / Türkiye

senacalik@kilis.edu.tr | <https://orcid.org/0000-0002-7444-8575>

Article Type / Makale Tipi

Research Article / Araştırma Makalesi

Article Information / Makale Bilgisi

Received / Geliř Tarihi: 05.10.2022

Accepted / Kabul Tarihi: 03.12.2022

Published / Yayın Tarihi: 30.12.2022

DOI: 10.33420/marife.1184870

Cite as / Atıf: Çalık, Nilüfer Sena. "İslâm Hukuku ile Türk Pozitif Hukukunda Hekimin Gayret Sarf Etme Sorumluluğu". *Marife* 22/2 (2022): 891-910. <https://doi.org/10.33420/marife.1184870>

Plagiarism / İntihal: This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software. / Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.



Copyright / Telif Hakkı: "This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0) International License." / "Bu makale Creative Commons Alıntı-GayriTicari-Türetilemez 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0) Uluslararası Lisansı altında lisanslanmıştır."

Ethical Statement / Etik Beyan: * In this study, the content under the heading of "Defect" in the "Contractual Responsibility" section of our doctoral thesis, "The Casual Connections in Islamic Law and Its Comparison with Turkish Law", which is ongoing at Necmettin Erbakan University, Institute of Social Sciences, Department of Islamic Law, has been partially utilized. / Bu çalışma Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İslâm Hukuku Anabilim Dalında devam etmekte olan "İslam Hukukunda İlliyyet Bağlı ve Türk Hukukuyla Mukayesesi" isimli doktora tezimizin Akdî Sorumluluk kısmında yer alan "Kusur" başlığından kısmen istifade edilmiştir.

e-ISSN: 2630-5550



<https://marife.org/tr/>

İslâm Hukuku ile Türk Pozitif Hukukunda Hekimin Gayret Sarf Etme Sorumluluğu

Özet

Bu çalışma, hekimin sorumluluğunu gayret sarf etme borcu özelinde hastaya karşı gerekli özeni gösterme açısından ele almayı amaçlamaktadır. Gayret sarf etme borcu kusurdan beri olmanın ve hukuka uygunluğun ana sebeplerinden birini teşkil etmektedir. Bu sayede kurulan bir akitle neticenin gerçekleşmesi değil, neticenin gerçekleşmesi adına hekimin gereken özeni göstermesi beklenmektedir. Bunun Türk pozitif hukuk sistemi ve İslâm hukuku açısından tezahürü aslen benzerlik gösterse de hekimin kusurlu eyleminin icrası hususunda bazı farklar gündeme gelmektedir. Bunlar kişinin ruhen ve bedenen iyi olmasına yönelik yapılan her türlü müdahale esnasında hekimin kasıt veya ihmale dayalı hareketinden meydana gelmektedir. Kişiye verilen bu ehemmiyet tıp ile hukuku etkileşimli hale getirmektedir. Bu nazarla bakıldığında hukuk, yaşayan toplumun hakikatini oluşturmaktadır ve hukukun gelişim serüveni yaşanan gelişmelere paralellik arz etmektedir. Bu, esasında hukukun dinamizmini de sağlayan şeydir. Nitekim hukuk kendi sistematîği içerisinde müspet gelişmeleri karşılamaya açıktır. Hukukun bu etkileşimli yapısının benzeri kökleri eskilere dayanan tıp ilminde de kendini göstermektedir. Hukuk sisteminin kendi içerisinde gelişim yaşaması gibi tıp da bir bilim dalı olarak kendi içerisinde gelişim ve ilerleme göstermiştir. Buna mukabil tıp bir bilim dalı olarak sistematik bir yapıya bürünmeden önce geleneksel ve ilkel tıbbi yöntemler halinde iken; günümüzde gelişen teknolojik imkânlarla birlikte çeşitliliğini artırarak farklı problemlere cevap verebilecek seviyeye ulaşmıştır. Örneğin tüp bebek, organ ve doku nakli, doğum kontrol yöntemleri, genetik kopyalama, ötanazi gibi yöntemler tıp alanında yaşanan gelişmelerden sadece birkaçıdır. Tıbbın geçirdiği bu dönüşüm sürecinde yaşanan gelişmeler ekseriyetle hukukun da konusu olmuştur. Hukuk ve tıp alanındaki bu etkileşimli yapı hukuk doktrininin sağlık sistemine verdiği ehemmiyetin bir göstergesidir. Her iki hukuk sistemi açısından bu etkileşimli durum yeni gelişmelerle birlikte yeni sorunlar ve yeni cevap arayışlarını da beraberinde getirmiştir. Bu arayışların birisini de hekimin mesuliyeti meselesi oluşturmaktadır. Tıbbi müdahalede bulunan hekimin hangi durumlarda sorumlu olacağı, sorumluluğun sınırını belirleyen kıstasın hangi esas üzerine bina edileceği meselesi gerek Türk pozitif hukuk sisteminde gerekse İslâm hukuku açısından ele alınmış; mesele her iki hukuk sisteminde güncel gelişmelere paralel olarak hukukî düzenlemelere konu edilmiştir. Bu noktada çalışmanın temel hedefi her iki hukuk sisteminde hekimin mesuliyeti açısından temel sorumluluk alanlarının tespit edilmesi ve buna mukabil meydana gelen zararın hangi durumlarda ortaya çıktığının belirlenmesi olmuştur. Nitekim zararın meydana gelmesinin önüne geçilmesi, genel hukuk sistematîği açısından ve insan ile toplum ilişkileri nazarında kuşkusuz sosyal düzenin bir gereğidir. Diğer yandan her iki hukuk sisteminin temel gayesinin nizamı'ı beşer olduğu düşünüldüğünde iki bilim dalı arasında gaye ortaklığının bulunduğu da kolaylıkla ifade edilebilir. Ancak gerek Türk pozitif hukuk sisteminin gerekse İslâm hukukunun kullandığı yöntemlerin ve her iki hukuk sisteminin oluşum evrelerinin farklı olması gayeyi temin noktasında da bazı farklılıkların olabileceğini göstermektedir. Bu farklılıklar hekimin mesuliyeti meselesinde de karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte hekimin mesuliyeti noktasında her iki hukuk sisteminin benimsediği ortak sorumluluk ilkelerinin olması sistematik açıdan tabiidir. Çalışmamızın konusunu teşkil eden hekimin mesuliyetinin genel özen yükümlülüğü altında gayret sarf etme borcu minvalinde ele alınması da bu sorumluluk ilkelerinden birini teşkil etmektedir. Bu şekildeki yükümlülük hekimî akdî sorumluluk altına sokmakta ve bunun neticesi olarak hekimden hukuka uygunluk şartlarına riayet etmesi beklenmektedir. Çalışmamızda da bu durum her iki hukuk sistemiyle karşılaştırmalı olarak örneklerle ele alınacak; bu sayede konuya açıklık getirmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: İslâm Hukuku, Akdî Sorumluluk, Hukuka Uygunluk, İliyet Bağı, Hekim.

Physician's Responsibility to Exert Effort in the Islamic Law and the Turkish Positive Law

Summary

The study aims to address the responsibility of the physician in connection with taking care of the patient, in particular the duty of effort. Duty of effort constitutes one of the main reasons for proving free from fault and being in compliance with the law. What is expected of an established contract is not the realization of the result, but the physician's due diligence for the realization of the result. Although the manifestations of this in Turkish positive legal system and Islamic law are essentially similar, there are certain differences in the execution of the physician's defective action. These differences arise from the deliberate or negligent actions of the physician during any intervention for the mental and physical

well-being of the person. The value of the person makes medicine and law interact with each other. From this perspective, law constitutes the essence of the living society, and the development process of law is parallel to current developments. Actually, it is also what provides the dynamism of the law. Law is open to positive developments within its own system. The interactive structure of law is also to be seen in the science of medicine, which has its roots in ancient times. Just as the legal system has developed in its own right, medicine, as a branch of science, has developed and progressed as such. Thus, medicine had been as the traditional and primitive medical methods before it took on a systematic structure as a discipline, today it has reached a level to be able to solve different problems by reinforcing its methodical diversity with the developing technological opportunities. For example, methods such as IVF, organ and tissue transplant, contraception methods, gene duplication, and euthanasia are just a few of the developments in the field of medicine. The developments in this transformation process of medicine have mostly been the subject in law. The interaction between law and medicine is an indicator of the importance that the doctrine of law gives to the healthcare system. In terms of both legal systems, this interactive position has brought up new kinds of problem, as well as, pursuit of answers in line with new developments. One such pursuit is the issue of the responsibility of the physician. In which cases the physician performing the medical intervention will be responsible, and on which basis the criteria determining the limits of the responsibility can be built has been discussed both in Turkish positive legal system and in Islamic law; and the issue has been the subject of legal regulations in both legal systems in parallel with current developments. At this point, the main aim of the study is to establish the main areas of responsibility of the physician in terms of the liability in both legal systems and on the other hand, to determine the situations in which any damage may occur. As a matter of fact, preventing damage is undoubtedly a necessity in social order in compliance with the general legal system and human-society relations. In other respects, considering that the main purpose of both legal systems is the regulation of people (nizâm al-bashar), it can easily be stated that both legal systems share the identical purpose. However, the fact that the methods used in both Turkish positive legal system and Islamic law, and the difference in formation stages in both legal systems shows that some differences may arise with a view to attain that purpose. These differences also arise in the issue of the responsibility of the physician. However, it is systematically natural that common principles of responsibility adopted in both legal systems occur in dealing with the liability of the physician. Consideration of the responsibility of the physician, which is the subject of our study, a duty of effort under the general duty of diligence constitutes one of the principles of this responsibility. Such an obligation imposes a contractual responsibility on the physician and as a result, the physician is expected to observe the legal compliance requirements. In our study, this situation will be examined comparatively in both legal systems through examples and the matter will be clarified.

Keywords: Islamic Law, Contractual Liability, Compliance with Law, Causal Relation, Physician.

Giriş

Hekim ile hasta arasındaki ilişki Türk pozitif hukuk sistemi ve İslâm hukuku açısından hekimin sorumluluğunun tatbiki noktasından önem arz etmektedir. Her iki hukuk sisteminin konuya verdiği ehemmiyet toplu halde yaşayan kişilerin birbirine karşı sorumluluk sahibi olmalarının, hekim ile hasta arasındaki ilişkide ise hukuk doktrininin bu duruma verdiği önemin göstergesidir.

Sorumluluk, hukuk sisteminde “kişinin yetki alanına giren herhangi bir davranışın sonuçlarını üstlenmesi,”¹ “bir şahsın mükellef olduğu veya bil’iltizam ifa ettiği şeylerden dolayı suale maruz kalması ve îcabına göre mükâfat veya ceza görmesi” durumudur.² Bu nazarla sorumluluk, kişinin salâhiyeti altındaki herhangi bir durumda cezaî veya hukukî her türlü sonuçtan mükellef olma halini ifade etmektedir. Mükellefiyetin hekim ile hasta arasındaki münasebeti, konumuz açısından

¹ Cengiz Yelbaşı, *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü* (Ankara: Sim Matbaacılık, 2014), 562.

² Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1985), III/19.

önemi ifade edilen noktadadır.

Hukuk sistemi açısından hekimin tıbbi müdahale esnasında hukuka uygunluk şartlarına riayet etmesi icap etmektedir. Gayret sarf etme borcu da bu minvalde değerlendirilen, hukuka uygunluk şartı altında ele alınan; neticede ise hekimin âdeten yerine getirmesi beklenen, hastaya karşı gerekli özeni gösterme konusunda temel sorumluluklardan birisini teşkil etmektedir. Bu sorumluluğun yerine getirilmemesi durumunda ise hekimin akdî kusur içerisinde olduğu ve hukuka aykırı muamelede bulunduğu anlaşılmaktadır. Böyle bir kusur sonucunda, hekimin gayret sarf etme borcunu yerine getirmemiş olmasından ve tıbbi müdahale esnasında gerekli özeni göstermemesinden kaynaklı zarar meydana gelmesi kaçınılmazdır. Meydana gelen bu zarar ise gerek Türk pozitif hukuk sistemi nazarından gerekse İslâm hukuku açısından tasvip edilmeyen ve giderilmesi beklenen tazmin sorumluluğunu oluşturmaktadır. Bu sorumluluğun her iki hukuk sistemi açısından hukukî veya cezaî sorumluluk şeklinde teşekkül etmesi mümkündür. Çalışmamızda ise hekimin sorumluluğu hukukî sorumluluk nazarında ele alınacak, gayret sarf etme borcu özelinde, akdî kusur çerçevesinde değerlendirilecektir.

1.Kavramsal Çerçeve

Çalışmamızda konu ele alınış biçimi ve hukuk sistematiği nazarından Türk pozitif hukuk sistemi ve İslâm hukuku mukayeseli olarak ele alınmaktadır. Her iki hukuk sisteminin yapısal farklılığı düşünüldüğünde konunun kendisine münhasır kavramlar içermesi tabiidir. Bu kavramlara hukuk sistematiği açısından yeri geldikçe konu akışı içerisinde temas edilecektir. Bununla birlikte hekimin mesuliyeti meselesi, hekimlik mesleği gereği tıp alanını ilgilendiren ve tıp bilim dalına münhasır kavramları mündemiçtir. Bu açıdan öncelikle tıbbi müdahale, hukuka uygunluk, gayret sarf etme sorumluluğu ve hekimlik mesleğine ıstılahi açıdan vakıf olmak; sonrasında gayret sarf etme borcu ekseninde konuyu değerlendirmek konunun anlaşılabilirliği açısından önem arz etmektedir.

1.1.Tıbbi Müdahale Kavramı

Tıbbi müdahale literatürde tıp ilmine vakıf kişi tarafından; hekim eliyle yerine getirilmesi beklenen ve tedavi etme amacı güden doğrudan veya dolaylı her türlü muameledir. Tanımdan hareketle tıbbi müdahale kendi içerisinde iki önemli unsur barındırmaktadır. Bunlardan birincisi müdahalenin hekim eliyle yerine getirilmesi, ikincisi ise müdahalenin tedavi etmek amacına yönelik olmasıdır.³ Ancak günümüzde gelişen teknolojik imkânların tıp alanına yansması hangi uygulamaların tedavi etmek amaçlı olduğu konusunda zihinlerdeki açıklığı bozmaktadır.

Tedavi etmek maksatlı teşebbüsler en genel anlamda hastayı iyileştirerek sağlığına kavuşturmak, acıyı dindirmek ya da koruyucu tedbirler uygulamaya dönük eylemlerden müteşekkildir. Ancak günümüzde tıbbi müdahale adı altında gerçekleştirilen her işlemin tedavi etmek maksatlı olduğu söylenemez. Örneğin güzellik

³ Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk* (Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları, 1991), 4.

amaçlı yapılan ameliyatlar temelde tedavi etme amacı gütmese de tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilmektedir. Bununla birlikte bu kapsamdaki her eylemin hukuka uygun olduğu söylenemez. Örneğin kısırlaştırma, zorunlu olmadığı halde gebeliğe son verme gibi yöntemler hukuka uygunluk taşımasa da tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilmektedir.⁴ Bu açıdan tıbbi müdahale denildiğinde gerek alışagelmış cerrahi tedavi yöntemleri gerekse bunun dışında kalan psikolojik tedavi veya ilaçla tedavi yöntemlerinin hatta hekimin hastaya karşı yaklaşım yönteminin her birinin bu kapsamda değerlendirildiği söylenebilir.⁵ Bu açıklamalardan hareketle tıbbi müdahalenin anlamsal genişliğinin tek bir tanıma indirgenemeyeceğini ifade edebiliriz.

İslâm hukukunda da bir ilim geleneği olarak tıp farz-ı kifâye olarak incelenmekte olup⁶ insan bedeninin durumunu bilerek onu iyileştirmeye yönelik icra edilen tüm tıbbi teşhisler ve yapılan müdahaleler bu başlık altında mütâlaa edilmektedir. Bu kapsamda tıbbi müdahale doktorun şifa vermeye yönelik herhangi bir hastalığı veya meydana gelen zararı gidermek amaçlı her türlü muamelesini teşmildir.⁷ Ayrıca bu muamele esnasında insan bedeninin hürmetinin korunması durumu tatbik edilen tedavinin hastaya herhangi bir zarar vermemesi kaydıyla sınırlandırılmış olup mesele bu açıdan ayrı bir öneme sahiptir. Ancak insan bedeni her daim dokunulmaz değildir. Nitekim zaruret hali bu durumun istisnasını teşkil etmekte olup bu doğrultuda tıbbi müdahalenin mubah sayıldığı durumlar gerekli haller de göz önünde bulundurularak ayrıca ele alınmıştır.⁸

Klasik kaynaklarda mer'i hukuk sisteminde olduğu gibi tıbbi müdahale ifade sine kavramsal olarak yer verilmese de bu anlama mütekârip tedavi yöntemleri tazmin ve zararın giderilmesi açısından ele alınmıştır. Örneğin hacamat yapan, lavman yapan kişinin,⁹ sünnet yapan, kan alan kişinin, göz veya diş hekiminin işi kaynaklarda ele alınan bu şekildeki tedavi yöntemlerinden biri olarak zikredilebilir. Mer'i hukuk sisteminde olduğu gibi bu tedavi yöntemlerini yerine getiren kişilerin eylemlerinin tedavi maksatlı sayılması ancak tedaviyi icra eden kişinin işin ehli olması ve zarar verme kastıyla hareket etmemesine bağlıdır.¹⁰ Yine mer'i hukuk sisteminde

⁴ Aydın Zevkliler, "Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları (1982 - 1983 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni)", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/1 (02 Ekim 1983), 23-37.

⁵ Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, 16 vd.; Ahmet Ekşi, *İslam Tıp Hukuku Çağdaş Tıp Problemlerine İslam'ın Getirdiği Hukuki Çözümler* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2011), 38.

⁶ Abdülkadir Üdeh, *et-Teşrî'u'l-cinâ'yyü'l-İslâmî* (Beyrut: Darü'l-Katibi'l-Arabî, ts.), 2/520.

⁷ Muhammed b. Muhammed Muhtâr b. Ahmed Mezid el-Cekeni Şinkiti, *Ahkâmü'l-cirahati't-tbbiyye ve'l-asarü'l-müterettibe aleyha* (Cidde: Mektebetü's-Sahabe, 1994), 32,33,39; Kays b. Muhammed Al-i Şeyh Mübarek, *et-Tedavi ve'l-mes'uliyeti't-tbbiyye fî's-şeriatil-İslâmiyye* (Lübnan: Müessesetü'r-Reyyan, 1997), 29.

⁸ Bk. Ahmed Hüseyin Şerefeddin, *el-Ahkâmü's-şer'iyye li'l-a'mali't-tbbiyye* (Kahire: Camiatü Ayn Şems, 1987), 31-45.

⁹ Ebû Bekr Şemsü'l-e'imme Muḥammed b. Ebî Sehl Aḥmed es-Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1993), XVI/10; Ayrıca bk. Fahreddin Osman b. Ali b. Mihcen Zeylai, *Tebyinü'l-hakaik fî şerhi Kenzi'd-dekaik* (Kahire: Matbaatü'l-Kübra el-Emiriyye, 1313), IV/74.

¹⁰ Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme Cemmâîlî Makdisî İbn Kudâme, *el-Mugnî*, (Mektebetü'l Kahire, 1968), V/398,400; Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed Mısıri Hanefî İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-raik şerhu Kenzi'ddekaik* (Daru'l-Kitabi'l-Islami, ts.), VIII/33.

olduğu gibi¹¹ bu eylemlerin tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilmesi ancak kişinin rızası veya velisinin izni doğrultusundadır. Bunun ihlal edildiği durumda ise tazmin sorumluluğu söz konusudur.¹² Tazmin sorumlulunun istisnasını hastanın hayatını tehdit eden bir durumun vâki olması,¹³ hastanın rıza beyanında bulunmaya elverişli şartların bulunmaması; hayati tehlikesinin mevzubahis olması gibi haller oluşturmaktadır.¹⁴

İslâm hukukunda da tıbbi bazı uygulamalar hukuka aykırı sayılmıştır. Örneğin ötanazi bu uygulamalardan biridir.¹⁵ Klasik kaynaklarda zikredilen bir kimsenin hapsedilerek yeme içmesine engel olma veya soğukta bırakılarak ölmesine sebep olma hali esas alınarak ötanazinin kasten icra edilmesi durumu kasten adam öldürmeye benzetilmiştir.¹⁶ Nitekim öldürme amaçlı eylemler İslâm hukukunda suç kabilindedir.¹⁷ Dolayısıyla hekimin eylemi meşru addedilmediğinden ve tıbbi müdahalenin tanımında zikrettiğimiz şifa verme ile zararı giderme amacının dışında kalması sebebiyle bu şekildeki uygulamanın tıbbi müdahale olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmaya açık görülmektedir.

Neticede tıbbi müdahalenin Türk pozitif hukuk sistemi ile İslâm hukuku açısından meseleyi ele alış yönleri benzerlik arz edip; tedavinin için uzmanı sayılan hekim eliyle icra edilmesi ve tedavi etme maksadına yönelik olması kıstas olarak kabul edilmiştir. Bu iki esas gerçekleştiği takdirde, rızanın da bulunması şartıyla, hekimin uygulamasının meşru sayılması mümkündür. Tıbbi müdahale noktasında her iki hukuk sistemi arasında görülen fark tedavi etme amacına yönelik eylemlerin kapsamı konusundadır. Türk pozitif hukuk sisteminde bu kapsam daha genişken İslâm hukukunda müdahalenin hekimin iyileştirmeye yönelik eylemine dönük olması çizgisi korunmuştur.

1.2. Gayret Sarf Etme Sorumluluğu

Akdin kurulması sonucu olarak açığa çıkan borç her zaman için bir şeyi tamam kılmayı, almayı veya yapmayı gerektirmez. Bazen borç muayyen bir sonuca ulaşmak adına sarf edilen çabanın kendisini oluşturmaktadır. Hukuk sistemince borcun mevzûunun vasıta olma veya gerekli gayreti göstermeye yönelik olması akdin konusunu “gayret sarf etme borcu” kılmaktadır. Böylece borcun yerine getirilmesi akde yönelik gerekli gayretin sarf edilmesiyle olup borcun yerine getirilmediği durumda akdi kusur söz konusudur.¹⁸

¹¹ Türk pozitif hukuk sistemindeki uygulama için bk. Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, 16 vd.

¹² İbn Kudâme, *el-Mugni*, V/398.

¹³ Şinkiti, *Ahkâmü'l-cirahati't-tıbbiyye ve'l-asarü'l-müterettibe aleyha*, 253.

¹⁴ Mustafa Reşit Belgesay, *Tıbbi Mesuliyet Esaslar - Tipik Vakalar Türk Tabipler Birliği Kanunu* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953), 70.

¹⁵ Ekşi, *İslam Tıp Hukuku*, 121.

¹⁶ Üdeh, *et-Teşrîf'u'l-cinâ'iyü'l-İslâmî*, I/87; Yaşar Yiğit, “İslâm Ceza Hukuku Açısından Ötanazi ve Hukuki Sonuçlarının Değerlendirilmesi”, *İslami Araştırmalar* 16/3 (2003), 347.

¹⁷ Bk. Ebü'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Kurtubi İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihayetü'l-muktesid* (Kahire: Dârü'l-Hadis, 2004), IV/179; Ebü Abdullah Muhammed b. İdris b. Abbas eş-Şâfi, *el-Üm* (Beyrut: Dârü'l-Fıkr, 1990), VI/3.

¹⁸ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku* (İstanbul: İrfan Yayınevi, 1982), II/412,413,424.

Pozitif hukuk sistemlerinde mer'i olan “gayret sarf etme”¹⁹ veya “akdi gereği gibi ifa etmeme”²⁰ hallerinin klasik İslâm hukuk literatürüne yansımaları doğrudan olmayıp mesele kusurluluk halinde hizmet, vedâ, âriyet gibi emanet akitleri özelinde teşekkül etmektedir. Örneğin vedâ akdinin gayret sarf etme borcu nazarında değerlendirilmesine sebep teşkil eden şey emanet olarak bırakılan malın mûda' tarafından kendi malı özeninde korunmasıdır. Bu şekildeki bir özen akdi güvene dayalı akitler arasında zikretmeye vesile kılmakta; haddi aşan herhangi bir muamele olmadığı sürece kişi tazmin sorumluluğuyla mesul kılınmamaktadır.²¹ Benzer şekilde âriyet olarak verilen mal emanet hükmünde olup herhangi bir kusur olmaksızın telef olması halinde sorumluluk söz konusu değildir.²² Hizmet akdi kapsamında tatbik olan “ecîr-i hâs emindir” kaidesi gereğince özel işçinin tazmin sorumluluğu mevzu bahis değildir.²³ Ecîr-i müştereke gelindiğinde ise mezhep imamlarınca ortak bir kanaat hâsıl olmamakla birlikte Ebû Hanîfe'ye göre ma'kûdun aleyhin ecîr-i müşterekin elinde emanet hükmünde olması; haddi aşan herhangi bir muamele olmaması durumunda sorumluluk gerektirmemektedir.²⁴ Ecîr-i müşterek dâhilinde ele alınabilecek hekimin, sünnetçinin sorumluluğu ise birer gayret sarf etme sorumluluğu olup ecîr-i müşterek kapsamında ele alınabilecek diğer işlerden işin mahiyeti gereği ayrılmaktadır.²⁵ Nitekim bu kapsamdaki meslek gruplarından örneğin sanatkârlığın iş kapsamı cansız varlıklar üzerinayken hekimlik mesleğinin icrasının bizatihi canlı varlıklar üzerinde olması, her ne kadar akdin konusu emek de olsa, hekimlik mesleğini ecîr-i müşterek dâhilindeki diğer işlerden ayırmaktadır.²⁶

Zikredilen akitlerin her birisi için haddi aşan bir durum olmadığı sürece tazmin sorumluluğunu ortadan kaldıran şey edime gösterilen ihtimam olup ayrıca gayret sarf etme nazarında değerlendirmeye vesile kılan şey akdin genel yapısıdır. İslâm hukukunda kusurluluk olarak zikredebileceğimiz bu durum Türk pozitif hukuk sistemi açısından da kusur teşkil etmekte olup İslâm hukukunu Türk pozitif hukuk sisteminden ayıran akdin hizmet veya emanet akdi olması yönündeki ayırım ve her bir akdin mahiyet itibarıyla farkıdır.

¹⁹ Abdurrezzak Ahmed Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak fi'l-fikhi'l-İslâmî* (Beirut: Dâru İhyai't-Türâsî'l-Arabî, 1953), VI/80; Abdurrezzak Ahmed Senhûrî, *el-Vasit fi şerhi'l-kanuni'l-medeniyyi'l-cedid: nazariyyetü'l-iltizam bi-vechi am* (Beirut: Dâru İhyai't-Türâsî'l-Arabî, ts.), I/657; Hüseyin Amir, *el-Mesuliyeti'l-Medeniyyeti't-Taksiriyye ve'l-Akdiyye* (Kahire: Dârü'l-Ma'ârif, 1979), 292.

²⁰ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 1170.

²¹ Serahsî, *el-Mebisât*, XI/110; Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Kâsânî, *Bedâ'i'u's-sanâ'ic fî tertîbi's-şerâ'i* (Beirut: Dârü'l-kütübî'l-İlmiyye, 1986), VI/207; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihayetü'l-muktesid*, IV/94; Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukaha* (Beirut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1994), III/171; Mustafa Yıldırım, “Vedâ”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2012), 42/596.

²² Ebû'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Fergânî el-Merginânî, *el-Hidâye şerhu Bidâyeti'l-mübtedi* (Lübnan: Dâru İhyai't-Türâsî'l-Arabî, ts.), III/218; Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukaha*, III/177.

²³ Merginânî, *el-Hidâye*, III/243; Ali Haydar Efendi, *Dürerü'l-hukkam şerhu Mecelleti'l-ahkam* (Dârü'l-Celil, 1991), I/711.

²⁴ Merginânî, *el-Hidâye*, III/242; Zeylai, *Tebyinü'l-hakaik fi şerhi Kenzi'd-dekaik*, V/134; Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr alâ'l-Hidâye* (Lübnan: Dârü'l-Fikr, 1970), IX/127.

²⁵ Bk. Ahmet Akman, *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyet ve Tazminat* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 137.

²⁶ Şükrü Özen, “İslâm Hukukuna Göre Yanlış Tedavide Cezaî Sorumluluk”, *38. Uluslararası Tıp Tarihi Kongresi Bildiri Kitabı 2* (2005), 738.

1.3.Hukuka Uygunluk

Hukukî bir muamelede fiil hukuka uygun veya hukuka aykırı şekilde vuku bulabilir. Konumuz açısından hekimin uygulamasının tıbbi müdahale olarak değerlendirilebilmesi ve haksız fiil teşkil etmemesi adına müdahalenin hukuka uygunluk şartlarını taşıması gerekmektedir. İcra edilen fiilin hukuka uygun veya hukuka aykırı olarak meydana gelebileceği bir durumda hukuka uygunluğu belirleyen birtakım şartların olması hukuk sistematığı işlerliği açısından tabiidir. Bu şartlar çalışmamızda gayret sarf etme borcu bakımından hekimin hukukî sorumluluğunu belirleyen esasları teşkil etmektedir.

Hukuka uygunluk hukuk sistematığı işlerliği açısından fiilin hukukîliğine delil teşkil etmektedir. Hukukî bir muamele âdeten alışagelmış durumda hukuka uygun neticeler doğurmaktadır. Aksi durumda ise hukuka aykırılık söz konusudur. Hukuka aykırılık kişinin iradesinin neticeyi istemesi; kasıt veya neticenin meydana gelmesini arzu etmediği halde neticenin meydana gelmesi; ihmâl durumunda ortaya çıkabilir. Kast veya ihmâl her ne şekilde meydana gelirse gelsin neticede açığa çıkan zarar hukuka uygunluğun önünde engeldir.²⁷

Hukukî sorumluluk doktrinde kişilerin birbirine karşı verdiği zararı tazmin mecburiyetinde olmasıdır.²⁸ Örneğin hekim ile hasta arasındaki ilişkide hastanın uğradığı zarardan hekimin sorumlu olması hukukî sorumluluk kapsamındadır.²⁹ Bu doğrultuda İslâm hukukunda hukukî sorumluluk “et-tasarrufu’ş- şer’î” olarak ifade edilen ve “tasarruf” tan maksadın muamelenin borç doğuran, hukukî sonuç meydana getiren her türlü davranış olmasıdır.³⁰ Hekimin sorumluluğunda tasarruf olarak ifade edilen ise esasında icra edilen fiil olup fiilin zarar meydana getirmesi veya getirmemesi hukukî sorumluluğu belirleyen temeli teşkil etmektedir. Bu sayede hekimin muamalesi fiilin hukuka uygun olarak icra edilmesi veya hukuka aykırılık taşıması noktasında temel etken konumundadır.

Hekimin hukukî sorumluluğu açısından hukuka uygunluğu belirleyen bazı unsurlar vardır. Bu unsurlardan ilki tıbbi müdahalenin hekim eliyle gerçekleşmesidir. Hekim; literatürde tıbbi müdahalede bulunabilecek eğitimi almış, hekimlik mesleğini icra etme kabiliyetine sahip kişidir.³¹ Hekimin bu kabiliyeti “hâzik” olarak ifade edilmekte olup bu yetkinliğe sahip kişi “tabib-i hazik” şeklinde isimlendirilmektedir.³² Hekimin hâziklik sıfatına sahip olmadığı durumunda ise hukuka uygunluk ortadan kalkmaktadır. Hekimin yetkinliğiyle ilgili bu esas Hz. Peygamber’den

²⁷ Hâluk Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010), 4.

²⁸ Zahit İmre, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri* (Ankara: İsmail Akgün Matbaası, 1983), 5.

²⁹ Deschenaux Tercier - Henri Pierre, *Sorumluluk Hukuku*, çev. Salim Özdemir (Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1983), 2.

³⁰ Subhî b. Muhammed Receb el-Mahmesânî, *en-Nazariyyetü'l-‘âmme li'l-mûcebât ve'l-‘ukûd fi’ş-şerî‘ati'l-İslâmiyye* (Beyrut: Dârü'l-İlm li'l-Melayin, 1972), I/33.

³¹ Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, 16 vd.; Üdeh, *et-Teşrî‘u'l-cinâ‘iyyü'l-İslâmî*, I/520.

³² İbn Kudâme, *el-Mugnî*, V/398; Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyûb ez-Zürâî ed-Dimaşkî el-Hanbelî İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-Meâd fi Hedyi Hayri'l-İbad* (Kuveyt: Mektebetü'l-Menari'l-İslâmiyye, 1994), IV/124,130; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve Istilahat-ı Fikhiyye Kamusu*, VI/238.

(s.a.) rivayet edilen hadiste “Hekimlik eğitimi aldığı bilinmediği halde hekimlik icra eden kişi tazmin sorumluluğu altındadır.”³³ şeklinde zikredilerek gerekli eğitime sahip olmayarak hekimlik icra etmeye çalışan kişinin sorumlu olacağı belirtilmiştir. Neticede hukuka uygunluk, hekimlik icra edebilmede yetkinlik gerektirir. Bu yetkinlik ve maharetin gereği ise hekimlik mesleği ve tıp ilmini ortaya çıkaran şeydir.³⁴

Hukuka uygunluk için bir diğer şart rızadır.³⁵ Hekimin işin ehli olması yanında icra ettiği mesleği yerine getirebilmesi hastanın rızasının bulunmasına bağlıdır.³⁶ Rıza beyanının geçerli olabilmesi için hastanın tıbbi müdahale öncesi bilgilendirilmiş olması, ikrah altında olmayarak kendi serbest iradesiyle hareket etmesi ve ehliyet sahibi olması gereklidir.³⁷ Şayet hastanın rızası için şartlar elverişli değil veya hasta izin verme noktasında ehliyetten yoksunsa velinin izni gereklidir. Ancak hastanın velisi de bulunmuyorsa bu durumda yetkili makamın yani hâkimin izni hastanın izni kabilindedir.³⁸ İmam Şâfiî ve Ahmed b. Hanbel'e göre hasta veya veliden alınan izinle yapılan müdahaleler hukuka uygunluk arz ederken³⁹ İmam Mâlik'e göre hukuka uygunluk ancak hekimin hekimlik izninin bulunması ve bununla birlikte hasta yahut veliden alınan izne bağlıdır. Hanefî mezhebinin genel görüşü de Mâlikî mezhebinin görüşüne yakındır.⁴⁰ Hanefî mezhebinde yaygın kanaat hekimlik izni bulunmayan cahil hekimin hacredilmesi gerektiği yönündedir.⁴¹ Bu konudaki teferruat esasında tazmin sorumluluğuyla alakalı olup neticede her bir mezhebin ortak kanaati hekimin muamelesinin hukuka uygun olması için hastanın rızasının bulunmasıdır.⁴² Hekimin uygulamasında hastanın rızası bulunmasına rağmen müdahalenin hukuka uygunluk şartı taşımaması noktasında bir istisna estetik kaygılarla yapılan müdahalelerdir. Böylesi müdahalelerin tıbbi herhangi bir zorunluluk içermemesi hekimin mesleği icra konusunda hukuka uygunluk âmillerinden yararlanması önündeki engeldir.⁴³

Bir diğer husus ise hekimin mutadî aşmamasıdır.⁴⁴ Örneğin sünnet yapan,⁴⁵ yarayı açan, kan alan, hacamat yapan kişinin yaptığı işte hukuka uygunluğun

³³ Ebû 'Abdirrahmân Ahmed b. Şu'ayb b. 'Alî el-Horâsânî en-Nesâî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, thk. Hasan 'Abdülmeam Şelebî (Beirut: Mü'essesetü'r-Risâle, 2001), 10/"Kasâme", 39 (No. 7005); Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd Mâce el-Kazvîni İbn Mâce, *Sünen-i İbn Mâce*, thk. Muhammed Fu'âd b. 'Abdilbâkî (b.y.: Dâru l-hyâi'l-Kütübî'l-Arabiyye; Faysal 'İsa el-Bâbî el-Halebî, ts.), "Tıp", 39 (No. 3466).

³⁴ İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-Meâd fi Hedyi Hayri'l-İbad*, IV/124; Mübarek, *et-Tedavi ve'l-mes'uliyeti't-tibbiyye fi's-şeriatî'l-İslâmiyye*, 27.

³⁵ Hakan Hakerî, *Tıp Ceza Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2022), 28; Belgesay, *Tıbbî Mesuliyet*, 62.

³⁶ Mübarek, *et-Tedavi ve'l-mes'uliyeti't-tibbiyye fi's-şeriatî'l-İslâmiyye*, 197.

³⁷ Bk. Şinkiti, *Ahkâmü'l-cirahati't-tibbiyye ve'l-asarü'l-müterettibe aleyha*, 250-255.

³⁸ İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-Meâd fi Hedyi Hayri'l-İbad*, IV/129; Muhammed Ebû Zehra, *el-Cerime ve'l-ukube fi fikhi'l-İslâm* (Kahire: Dârü'l-Fikri'l-Arabi, 1988), 351; Hastanın rızasının bulunması noktasında örnek olması açısından ayrıca bk. Serahsî, *el-Mebsût*, XVI/14; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadir alâ'l-Hidâye*, IX/127.

³⁹ Ebû Zehra, *el-Cerime ve'l-ukube fi fikhi'l-İslâm*, 352; Ayrıca bk. İbn Kudâme, *el-Mugnî*, IX/179; Şâfiî, *el-Üm*, VI/190.

⁴⁰ Abdülganî b. Tâlib b. Hammâde el-Meydânî, *el-Lübâb fi şerhi'l-Kitâb* (Beirut: el-Mektebetü'l-İlmiyye, ts.), II/94; Üdeh, *et-Teşri'ü'l-cinâ'iyü'l-İslâmî*, I/523.

⁴¹ Mustafa Ahmed Zerkâ, *el-Fi'lü'd-darre ve'd-damânu fihi* (Beirut: Dârü'l-Kalem, 1988), 30.

⁴² Bk. Serahsî, *el-Mebsût*, XXVI/149; İbn Kudâme, *el-Mugnî*, IX/179.

⁴³ Mustafa Avcı, *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınları, 2018), 130.

⁴⁴ Zerkâ, *el-Fi'lü'd-darre*, 30.

⁴⁵ Zeylai, *Tebyinü'l-hakaik fi şerhi Kenzi'd-dekaik*, V/137.

sağlanması mutadın aşılması ile. Şayet âdeten uygulanan ve alışlagelen sınır aşılmış ve neticede hasta zarar görmüşse,⁴⁶ hastanın rızasının bulunması sonucu etkilemeyecek hekimin hukuka aykırı muameleden sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

Hukuka uygunluğu belirleyen bir diğer husus hekimin gerekli özeni göstermesidir. Gayret sarf etme borcunun en açık gereklerinden birini teşkil eden özen yükümlülüğü hekimin gücü dâhilinde elinden gelen gayreti göstererek en iyi sonucu ortaya koymasını gerektirmektedir. Beklenmeyen herhangi bir reaksiyon olması durumunda ise hekimin özen yükümlülüğünden kaynaklı haddi aşan bir muamele olmadığı sürece sorumluluk söz konusu değildir.⁴⁷

Bir diğer şart hekimin sır saklama sorumluluğudur. Türk pozitif hukuk sisteminde hükmen açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte hekimin sır saklama sorumluluğunun varlığı kabul edilmektedir.⁴⁸ İslam hukukunda da meslek sahiplerinin sır saklama yükümlülüğüne yönelik klasik kaynaklarda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte hekimin buna riayet etmemesi hukuka aykırılık teşkil etmekte, herhangi bir zarar meydana gelmesi durumunda sorumluluk gerektirmektedir.⁴⁹

Netice itibarıyla tıbbi müdahalede uygulamaların meşruluğu, meşruluğun gereği olarak hekimin hukukî veya cezaî sorumluluktan beri olması, bazı esaslar çerçevesinde mümkündür. Bu esasların tahakkuk etmemesi durumunda hukuka uygunluk ortadan kalkarak hukuka aykırılık söz konusu olmaktadır. Hukuka aykırılığın hukuk sisteminin tasvip etmediği davranışlardan müteşekkil olması ise⁵⁰ hekimin mesuliyeti meselesini gündeme getirmekte; hukukî ve cezaî⁵¹ sorumluluk söz konusu olmaktadır.

Hekimin sorumluluğu temelde bir sözleşme ilişkisine bağlıdır. Hekim, kurulan akit gereği mesleğini icra ederken sözleşme ilişkisini ihlal ettiği ve hukuka aykırı muamelede bulunduğu her bir durumda meydana gelen zarardan sorumludur.⁵² Böylece bir eylemin meşru addedilmesi ve neticede kişinin hukukî veya cezaî sorumluluktan berî olması bazı şartlara bağlıyken hukuka uygunluk bu şartların yanında gelmektedir.

Tıbbi müdahale esnasında hukuka uygunluk şartları sağlanarak hukuka

⁴⁶ Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülazîz ed-Dımaşki İbn Âbidîn, *Reddül-muhtar ala Dürri'l-muhtar* (Beyrut: Dârü'l-Fıkr, 1966), VI/67-68; Heyet, *el-Fetâva'l-Hindîyye* (Beyrut: Dârü'l Fıkr, 131M.S.), IV/499; es-Serahsî, *el-Mebsût*, XVI/11; Ebû Muhammed Gıyâsüddîn Ganım b. Muhammed el-Bağdadi, *Mecmaü'd-damânât* (Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2005), 87.

⁴⁷ Serahsî, *el-Mebsût*, XVI/11; Bilmen, *Hukuk-ı İslâmîyye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, VI/238.

⁴⁸ Belgesay, *Tıbbî Mesuliyet*, 116; Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, 97-98.

⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bk. Ekşi, *İslam Tıp Hukuku*, 192-195.

⁵⁰ Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 3.

⁵¹ Hekimin sorumluluğunu yerine getirmemesi veya haddi aşan herhangi bir muamelenin olması durumunda farklı cezalar öngörülmüştür. Örnek olması açısından bk. Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed el-Bâbertî, *el-İnâye şerhü'l-Hidâye* (Lübnan: Dârü'l-Fıkr, 1970), VIII/128; Ayrıca cezaî sorumlulukla ilgili ayrıntılı bilgi için bk. Şeyma Akartepe, *Hekimin Hatalarının Hanefî Mezhebi Açısından Değerlendirilmesi* (İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018), 74-89; Cana ve vücut bütünlüğüne yönelik zararlar ve hukuka aykırılığın ortadan kalktığı diğer sebepler için bk. Kemal Yıldız, *İslâm Sorumluluk Hukuku: Akit Dışı Sorumluluk* (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2013), 111 vd.

⁵² Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, 45.

aykırılık veya kusurluluk teşkil eden herhangi bir durumun meydana gelmemesi hekimin gayret sarf etme sorumluluğunun neticesidir. Bu açıdan hukuka uygunluğu belirleyen her bir unsur gerekli gayreti ve özeni göstermeye yönelik hekimin muamelesinin vasfını belirlemektedir. Böylece hukuka uygun şekilde gerçekleşen her bir eylem örneğin; müdahalenin hekim eliyle gerçekleşmesi, müdahalede gerekli özeni gösterilmesi, tıp ilminin gereklerine uygun eylemde bulunma sözleşmeye aykırı muamelede bulunmama gayret sarf etme sorumluluğunun icrasının neticesidir.

2.Hekim ile Hasta Arasındaki Muamelenin Hukukî Niteliği

Gayret sarf etme borcu bakımından hekimin hukukî sorumluluğunun sınırlarını belirleyebilmek adına öncelikle hekim ile hasta arasında ne tür bir ilişkinin kurulduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Hukukî sorumluluk açısından hekim ile hasta arasındaki muamelenin mahiyeti akdî sözleşme ilişkisine bağlı olabileceği gibi bu ilişki akit dışı muameleden de kaynaklanabilir.

Hukuk sistematığı içerisinde akdî sorumluluk herhangi bir sözleşmeden doğan borca aykırılığı ifade etmektedir. Borcun hiç ifa edilmediği veya akdin gereği gibi yerine getirilmediği, hukukî ilişkinin gereği olarak ise tarafların akde bağlılığa riayet etmediği anlaşılmaktadır.⁵³ Yükümlülüğün yerine getirilmediği bu durum akde muhaliflik teşkil etmekte; neticede ise sorumluluk gerektirmektedir.⁵⁴ İslâm hukukunda da Türk pozitif hukuk sistemine benzer şekilde akdin yerine getirilmesi veya akdin şartlarının ihlal edilmesi zarar meydana getirmekte; bu ise akdî sorumluluk teşkil etmektedir.⁵⁵ Bu şekildeki bir sözleşme ilişkisine bağlılık her iki hukuk sisteminde beyan edilen iradeye uygun hukukî muamelede bulunmayı gerektirirken sözleşmenin ihlal edilmesi durumunda sorumluluk hâsıl olmaktadır.

Tıbbi müdahale açısından muamelenin mahiyetinin akdî sorumluluk teşkil etmesi durumunda hekimin hangi hallerde sorumlu olacağına bilinmesi gerekmektedir. Türk pozitif hukuk sisteminde hekim ile hasta arasındaki muamelenin mahiyetinin akit olması durumunda sözleşme “hekimlik sözleşmesi” veya “tedavi sözleşmesi” olarak isimlendirilirken akdin hukukî durumunun niteliğinin de bilinmesi gerekmektedir. Bununla birlikte sözleşmenin ne olduğu hususunda hukuk sistemi açısından hizmet sözleşmesi, ıstısnâ’ (eser) sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi ve kendine has (sui generis) bir sözleşme olduğuna dair farklı görüşler serdedilmiştir. Örneğin Alman hukukunda tedavi; hizmet sözleşmesi, İsviçre hukukunda vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabidir.⁵⁶ Bu görüşlerin her biri açısından sorumluluğun koşulları ve sonuçları farklılık arz etmektedir. Sözleşmenin niteliği hususunda mer’i hukuk sisteminde benimsenen hasta ile hekim arasında kurulan akdin vekâlet sözleşmesi olduğudur. Ancak kimi zaman takma diş, estetik operasyonlar gibi kesin sonuç elde etmeye yönelik işlemlerde, ıstısnâ’ olarak, kurulan akdin ıstısnâ’ (eser)

⁵³ Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, 5; Mustafa Reşit Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku* (Ankara, 1981), 59; Pierre Tercier vd., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020), 417.

⁵⁴ Tandoğan, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, 5.

⁵⁵ Muhammed Ahmed Sirâc, *Damânü'l-udvan fi'l-fikhi'l-İslâmî* (Beyrut: el-Müessesetü'l-Câmiyye, 1993), 56-57.

⁵⁶ Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, 51-53.

sözleşmesine benzer yönleri olduğu da söylenebilir.⁵⁷

İslâm hukuku açısından hekim ile hasta arasındaki muamelenin hukukî niteliğinin sözleşmeye dayalı olduğu konusunda genel bir kanaat hâkimdir. İslâm hukukunda Türk pozitif hukuk sisteminde olduğu gibi hekim ile hasta arasındaki ilişki hekimlik sözleşmesi veya tedavi sözleşmesi gibi özel bir isimle zikredilmeyerek mesele klasik kaynaklarda daha çok icâre akdi bölümünde ele alınmış ve hekimin konumu ecîr-i müşterek olarak görülmüştür.⁵⁸ Ecîr-i müşterek, belli bir işi yapmak üzere tutulan kişidir.⁵⁹ Kurulan akdin ecîr-i müşterek olmasının tıbbi müdahale noktasında hekimin mesuliyeti açısından bazı sonuçlar doğurması tabiidir. Nitekim hukuk sisteminde akit dâman için bir kaynak teşkil etmektedir. Bu sebeple şartları açıkça belli olan bir akde aykırı hareket etmek de tazmin gerektirmektedir. Hekimin durumunun ecîr-i müşterek statüsünde olması, ecîr konumunda olan hekim için de akitte şart koşulan ve yerine getirmesi beklenen sonuca aykırı harekette bulunması tazmin mesabesinde dir.⁶⁰ Örneğin icâre akdi kapsamında ecîr-i müşterek konumda olan sünnetçinin haddi aşması halinde ne şekilde sorumlu olacağına dair mesele klasik kaynaklarda tartışılmıştır.⁶¹ Benzer şekilde hacamat yapan kişinin, baytarın,⁶² kan alan kişinin⁶³ ve diğer tıbbi müdahale kapsamında ele alınan ve hekim statüsünde olan her bir iş kolunun sorumluluğu ecîr-i müşterek hükmüne tâbidir. Hekimin ecîr-i müşterek konumunda olmasının gereği olarak herhangi bir hatada bulunmadığı bilindiği takdirde, dış etkenler ya da ârızî bir sebepten dolayı hastanın zarar görmesi veya ölmesi durumunda hekim üzerine sorumluluk gerekmemektedir.⁶⁴ Çünkü hekimin gayret sarf etme borcu içerisinde yerine getirmesi beklenen gayreti göstermesi hekim eliyle meydana gelmesi muhtemel zararın önündeki asıl engeldir. Böylece hekimin herhangi bir kusurunun bulunmadığı, muamelenin ise hizmet sözleşmesi kabul edildiği bu durumlarda sorumluluk gerekmemektedir.

Hekimin sorumluluğunun ıstisnâ' (eser) sözleşmesi dâhilinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği noktasında ise ıstisnâ' akdinin mahiyet itibarıyla belli vasıf ve ölçülerde bir şey îmal etmek olduğu düşünüldüğünde akdin yapısı gereği tâyin edilen işin sıfatının ve tüm özelliklerinin önceden belirlenmesi; uygulanan işlem sonucu tam bir netice sağlanmasının beklenmesi⁶⁵ tıbbi müdahalenin mahiyetine aykırıdır. Nitekim hekimin mesuliyeti gayret sarf etme sorumluluğu kapsamında olup hekim yalnızca elinden gelen gayreti göstermekle mükelleftir. Vasıfları belirlenmiş

⁵⁷ Mehmet Demir, "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını* 57/3 (2008), 238.

⁵⁸ Ahmet Akman, "Hekim Uygulamaları ve Hukuki Sorumluluk (İslâm ve Türk Hukuku'nda)", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13/169-170 (2018), 163; Ali Kaya, "İslâm Hukukuna Göre Tıbbî Müdahaleden Doğan Sorumluluk", *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 6/6 (1994), 153; Ali Bardakoğlu, "İcâre", *Diyanet İslam Ansiklopedisi* (İstanbul, 2000), XXI/384; Örnek olması açısından bk. İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr alâ'l-Hidâye*, IX/127; İbn Kudâme, *el-Mugnî*, V/398.

⁵⁹ Bk. Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukaha*, II/352; Bâbertî, *el-İnâye şerhü'l-Hidâye*, IX/65.

⁶⁰ Akitlerle ilgili genel bilgi için bk. Vehbe Zuhaylî, *Nazariyatü'd-damân* (Dimaşk: Dârü'l-Fikr, 1998), 62; Ayrıca bk. Abdurrezzak Ahmed Senhûrî, *Nazariyyetü'l-akd* (Beyrut, 1998), 63.

⁶¹ Bâbertî, *el-İnâye şerhü'l-Hidâye*, IX/128; İbn Kudâme, *el-Mugnî*, V/398.

⁶² Serahsî, *el-Mebsût*, XVI/10; Kâsânî, *Bedâ'î'u's-sanâ'i' fi tertîbi's-şerâ'i*, IV/211.

⁶³ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr alâ'l-Hidâye*, IX/127.

⁶⁴ Bilmen, *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstilahat-ı Fikhiyye Kamusu*, VI/238.

⁶⁵ Merginânî, *el-Hidâye*, V/2-3; İbn Âbidîn, *Reddül-muhtar ala Dürri'l-muhtar*, V/223.

bir işi icra etmek ve sonuca yönelik selamet şartı tâyin etmek ise sonuçlandırma borcu dâhilinde olup akdin gereğine aykırıdır. Bu açıdan ıstisnâ' akdinin genel yapısı sonuçlandırma borcu şeklinde değerlendirilmeye uygunken; hekimin mesuliyeti gayret sarf etme borcu teşkil etmektedir.

Mer'i hukuk sisteminde olduğu gibi takma diş, alçı yapımı gibi durumlarda bir yönüyle ıstisnâ' (eser) sözleşmesine benzeyen hekimin mesuliyetinin istisnai olarak bu şekilde değerlendirilmesi tıbbi müdahalenin tedavi etmek amacına mâtuftur.⁶⁶

Türk pozitif hukuk sisteminde vekâlet akdi çerçevesinde değerlendirilen hekimin mesuliyeti İslâm hukuku açısından akdin hukukî niteliği yönünden farklılık arz etmektedir. Vekâlet, kişinin kendisinin yapmaya muktedir olduğu bir işi başkasına yapmaya vekil kılmasıdır.⁶⁷ Bu, bir anlamda müvekkil konumda olan kişinin bizatihi kendisinin yapabildiği bir işte bir başkasını vekil tâyin etmesidir.⁶⁸ Vekâlet akdi hekimin mesuliyeti açısından ele alındığında ise müvekkil konumunda olan kişinin yani hastanın bizatihi kendisinin yapabileceği bir işi, bu akdin konusunu oluşturan tedavi olup, hekime yaptırması şeklinde tatbik olmaktadır. Bu noktada akdin yapısının vekâlet sözleşmesi olması tıbbi müdahalenin mahiyetine aykırılık taşımaktadır. Nitekim tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu ilgili kısımda zikrettiğimiz özelliklerin her birinin gerçekleşmesine bağlıdır. Müvekkil konumunda olan hastanın böyle bir yetkinliği söz konusu olmadığı için vekâlet akdi kapsamında muamele haksız fiil teşkil etmektedir.

Hekim ile hasta arasındaki ilişkinin diğer bir şekli haksız fiil ilişkisidir. Haksız fiil, hukukî sorumlulukta akdin kurulmadığı akit dışı muameleleri teşmildir.⁶⁹ Türk pozitif hukuk sisteminde haksız fiil hukuk düzeninin yapılmasını hoş görmediği genel görev veya ödev ihlallerinden meydana gelmektedir. Bu durumda haksız fiil hukuk düzenince tasvip edilmeyen ve izin verilmeyen zararlı fiillerden müteşekkildir.⁷⁰ İslâm hukuku açısından da haksız fiil Türk pozitif hukuk sisteminde olduğu gibi başkasına zarar vermeme noktasında genel bir yükümlülük ihlalini ifade etmektedir.⁷¹ Tıbbi müdahale noktasında ise bu durum herhangi bir akdî ilişkinin olmadığı hekim müdahaleleri veya tıbbi müdahalenin zikretmiş olduğumuz hukuka uygunluk sebeplerinin ihlali durumunda karşımıza çıkmaktadır.⁷²

Netice itibariyle hekim ile hasta arasındaki muamelenin hukukî mahiyetinin tayini her bir akdin yapı itibariyle farklılık arz etmesi sebebiyle gayret sarf etme borcu bakımından hekimin göstermesi gereken özenin sınırını belirleyebilmek adına önem taşımaktadır. Bu, mer'i hukuk sisteminde vekâlet akdi kapsamındayken

⁶⁶ Ekşi, *İslam Tıp Hukuku*, 158; İstisnâ' akdine yönelik genel bir değerlendirme için bk. Akman, "Hekim Uygulamaları ve Hukuki Sorumluluk (İslâm ve Türk Hukuku'nda)", 157.

⁶⁷ Merginânî, *el-Hidâye*, III/136.

⁶⁸ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihayetü'l-muktesid*, IV/85.

⁶⁹ Zuhaylî, *Nazariyatü'd-damân*, 79, 201; Sirâc, *Damânü'l-udvan fi'l-fikhi'l-İslâmî*, 55-56; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 551.

⁷⁰ Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağlı Teorisi* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975), 142; Turgut Akıntürk - Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri* (İstanbul: Beta Yayınları, 2020), 87.

⁷¹ Tevfik Hasan Ferec, *en-Nazariyyetü'l-amme li'l-iltizam fi mesadiri'l-iltizam* (Beirut: Dârü'l-Câmiyye, ts.), 364.

⁷² Bk. Zerkâ, *el-Fi'lü'd-darre*, 30.

İslâm hukuku açısından ecîr-i müşterek hükmüne tâbidir.

3. Gayret Sarf Etme Borcu Bakımından Hekimin Mesuliyeti

Hekim ile hasta arasında yapılan akdin mücebi olarak hekim hastayı tedavi etme yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğünün icrası hastaya herhangi bir zararın sirayet etmemesi veya hastanın her türlü zarardan berî olması şeklinde bir şart koşmak değildir.⁷³ Nitekim böylesi bir şart akdin muktezâsına aykırıdır.⁷⁴ Hekim her ne kadar akdin selametini şart koşarak hastanın iyileşmesi yönünde bir anlaşma yapmasa da bunun gerçekleşmesi adına; hastanın zarar görmemesi ve iyileşmesi yönünde gerekli gayreti göstermekle yükümlüdür.⁷⁵ Bu yükümlülük hekimi yalnızca hastaya karşı gerekli özeni gösterme konusunda borç altına sokmaktadır. Borcun yerine getirilmemesi durumunda ise hekim açısından akdî kusur söz konusudur.⁷⁶

Gayret sarf etme borcunda amaç neticenin bizatihi kendisine hâsıl olmak değildir. Akdin medyunu olan; yani borcu yerine getirmekle mükellef taraf olan hekimin neticeyi elde etmek adına gerekli gayreti sarf etmekle yükümlü olmasıdır. Burada kıstas olarak kabul edilen şey bizatihi neticenin kendisini elde etmek olmayıp istenilen neticeye ulaşmak adına sarf edilen çabanın ve gösterilen gayretin kendisidir.⁷⁷ Hekim tedavi süresi boyunca olası tüm ihtimalleri göz önünde bulundurarak tıbbi müdahaleyi icra etmesi kendi üzerine borç addedilmektedir. Bu açıdan hekimlik mesleği gereğince hastaya doğru tedavi yöntemini tatbik etmek, gerekli teşhisi koymak, hastanın ilaç ve birtakım maddelere karşı duyarlılığını belirleme noktasında ön araştırmayı yapmak ve olası yan etkileri belirleme konusunda hekimin gerekli gayreti sarf etmesi gerekmektedir. Tüm bunlara rağmen gerekli araştırmaları yapıp bulguları değerlendiren hekimin yanlış teşhis koyması durumunda üzerine herhangi bir sorumluluk söz konusu değildir. Hekimden beklenen yalnızca gerekli gayreti gösterme yönündeki çaba; bunun neticesi olarak uygun tedavi yöntemini belirlemesi ve bu yöntemi icra etmesidir. Yani bu aşamada hekimin mesuliyeti tıp ilminin gereğinin tatbikidir. Örneğin steril aletler kullanmak veya tedavi süresince ortaya çıkması muhtemel tepkimelere müdahale etme gerekli özeni gösterme noktasında hekimden âdeten beklenen durumların birkaçıdır.⁷⁸ Tüm bunlara rağmen sakınılması mümkün olmayan bir durumun ortaya çıkması halinde ise hekimin tazmin sorumluluğu yoktur.⁷⁹ Örneğin hastanın ölmesi durumunda hekim için sorumluluk söz konusu değildir.⁸⁰ Akdî kusur ancak hekimin gerekli gayreti icra etmeyecek bir zarara sebebiyet vermesi durumunda açığa çıkmaktadır. Şayet bir zarar meydana gelmiş ve bu zarar hekimin kusuruyla açıklık kazanmışsa fiil ile sonuç arasında kurulan illiyet bağı neticesinde hekim bu müdahaleden sorumlu addedilir. Aksi durumda ise tedavinin selamet şartının yerine getirilmemesi hekimin mesuliyeti için

⁷³ Bağdadi, *Mecmaü'd-damânât*, 87.

⁷⁴ Bardakoğlu, "İcâre", 21/386.

⁷⁵ Senhûrî, *el-Vasit*, I/656.

⁷⁶ Senhûrî, *el-Vasit*, I/656.

⁷⁷ Senhûrî, *el-Vasit*, 657-659.

⁷⁸ Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, 65-67; Ayrıca bk. es-Serahsî, *el-Mebûsât*, XV/104.

⁷⁹ Zerkâ, *el-Fi'lü'd-darre*, 30.

⁸⁰ Serahsî, *el-Mebûsât*, XVI/10; Ebû Zehra, *el-Cerime ve'l-ukube fi fıkhi'l-İslâm*, 348.

gerekli sebeplerden biri sayılmamaktadır. Bu durumda hekimin gayret sarf etme borcu bakımından sorumluluğunun anlaşılması noktasında bir unsur olarak “kusur” karşımıza çıkmaktadır. Kusur mer’i hukuk sisteminde sözleşmeye riayet etmeyerek borcun yerine getirilmemesi neticesinde anlaşmaya aykırı davranmaktan kaynaklanan sorumluluğu ifade etmektedir.⁸¹ TBK md. 112’de “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*” şeklindeki hüküm ve md. 114’de zikredilen “*Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur.*” şeklindeki kanun hükmü gereğince mer’i hukuk sisteminde borçlu, borcun yerine getirilmemesi sebebiyle ilgili borçtan ve neticede meydana gelen kusurdan sorumludur. Böylesi bir sorumluluğa sebep teşkil eden ise temelde in’ikad olan akdin varlığıdır.⁸²

Akdî kusur, kasten veya ihmalen yerine getirilmeyen akdi yükümlülükleri teşmildir. Bu durumda kusur akdi sorumluluk açısından kast ve ihmâl olarak iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Borçlu ihmâlen herhangi bir zararda bulunsa sebebiyet verdiği bu zarardan ve aslen meydana gelen kusurundan sorumludur. Bu sorumluluğu belirleyen asıl etken ise yerine getirilmesi beklenen genel özen kriteridir. Bu açıdan genel özen kriteri, toplumun âdeten benimsediği ve herkesten normal şartlarda beklenen umûmî özen ilkesini oluşturmaktadır.⁸³

İslâm hukukunda da Türk pozitif hukuk sistemine benzer şekilde akitten doğan borcun yerine getirilmemesi ve ihlâl edilmesi akdî kusur teşkil etmektedir. Bu durum borçlunun kastına, ihmâline ya da fiilin kendine isnat edilmiş olsa da sonuç değişmeyerek genel anlamda adem-i ifa durumu kusur teşkil etmektedir.⁸⁴ Nitekim akit taraflar nezdinde ve hukuk sisteminde kanun mesabesinde olduğu için akdin yerine getirilmemesi veya ihlâl edilmesi kusur telakki etmektedir. Sorumluluğun sağlanması için önemli şartlardan birisinin de akdin yerine getirilmesi olması, meselenin hilafı durumunda ilgili kusurun tayini açısından önem arz etmektedir.⁸⁵

Genel ifadeyle sorumluluk için zikredilen, özelde ise akdî kusur için zikrolunan ve borcun ifası hususunda mühim olan iki unsur bulunmaktadır. Bunlardan birincisi edimin muayyen olması, bir diğeri akdin konusunun taraflar nezdinde biliniyor olmasıdır. Bir başka mesele ise borcun kusur yönünden tespiti olup edimin sonuçlandırma borcu mu gayret sarf etme borcu mu olduğunun belirlenmesidir.⁸⁶ Bir akitte şayet borç muayyen bir malın teslimi, bir işin yapılması veya bir işten imtina etmek şeklinde gerçekleşiyorsa; yani akdin mevzuu yapmakla tamam oluyorsa, akit sonuçlandırma borcudur. Örneğin malın müşteriye teslim edilmesi bu kabilden borcu şamildir. Bununla birlikte iltizam yalnızca vazedilmiş şeyin yapılmasından

⁸¹ Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 671.

⁸² Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1189; Andreas Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umuni Kısmı*, çev. Cevat Edege (Ankara: Olgaç Matbaası, 1983), I-II/581.

⁸³ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1190; Selehattin Sulhi Tekinay, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 874.

⁸⁴ Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, VI/80; Senhûrî, *el-Vasit*, 1/656; Amir, *el-Mesuliyeti'l-Medeniyye*, 287; Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II/419.

⁸⁵ Akman, *Akdî Mesuliyet*, 124.

⁸⁶ Karaman, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, II/419; Akman, *Akdî Mesuliyet*, 125.

müteşekkil değildir. Ayrıca bir edimin gerçekleşmesi yönünde gerekli gayretin sarf edilmesidir ki bu gibi borç ilişkileri, hekimin mesuliyetini de kapsayan, gayret sarf etme borcu olarak isimlendirilmektedir. Netice itibariyle ifade edilebilir ki borcun kapsamı Fransız hukukunda iki kısımdan müteşekkildir: Birincisi “*obligation de résultat*” olarak isimlendirilen sonuçlandırma borcu, ikincisi ise “*obligation de moyen*” şeklinde isimlendirilen gayret sarf etme borcudur. Her iki durumda da borcun yerine getirilmemesi akdî kusur teşkil etmektedir.⁸⁷

Gayret sarf etme borcu bakımından hekimin sorumluluğunun kusurlu fiilin icrası noktasında tatbik olduğu anlaşılmaktadır. Neticede ise sorumluluğun tetkiki, hekimin kusurlu davranışı ile sonuç arasında kurulan illiyet bağı ilelerdir. Böylece hekimin kusuru hukuk sisteminde kişinin hukuka aykırı davranışa, ki bunun konusunu bizatihi insan davranışı oluşturur, yönelik iradesini ifade etmektedir.⁸⁸ Bu durumda hukuka aykırılık ve kusur arasında bir ayırım yapmak gerekirse; doktrinde hukuka aykırılık fiilin vasfına, kusur ise failin vasfına yöneliktir.⁸⁹

Hekimin hizmet akdi gereğince sorumluluğu tıbbi müdahalenin gereği yönünde ilgili amelin tatbikidir.⁹⁰ Bu sorumluluk gayret sarf etme borcunun gereğini oluşturmaktadır. Bu açıdan hekimin herhangi bir görev ihlali neticesinde ihmali davranışta bulunması veya kasten müdahalede bulunmaktan kaçınmak şeklinde kasti eylemin icrası, hekimin gayret sarf etme borcunun ihlalini teşkil etmektedir. Hekimin fiili ile kasıtlı veya ihmali davranış arasında kurulan illiyet bağı ise hekimi mesul kılan şeydir.

Tıbbi müdahale açısından hekimin hatasının söz konusu olması tabiîdir. Hata olarak zikredilen durum; hukuk sisteminde failin iradesine yönelik kasten veya kasıt dışı meydana gelmeye uygun, özünde kötülük barındıran her türlü zararlı davranışı kapsamaktadır.⁹¹ Bu sebeple gayret sarf etme borcu bakımından hekimin hatasının niteliği sorumluluk hukuku açısından ayrı bir önemi haizdir. Hekimin teşhiste veya fiilde hata etmesi tabiiyken sorumluluk açısından önemli olan hekimin hatasının niteliğidir. Şayet hekimin icra ettiği eylem sonucu hata ettiği anlaşılmış; ancak hekim eylemi kasten tatbik eylememişse veya hastaya verdiği ilaç sonucu gerçekleşen tepkimede hasta zarar görmüşse böyle bir durumda sorumluluk söz konusu değildir. Çünkü İslâm hukukunda kıstas kabul edilen şey hekimin zarar vermeye yönelik kasıtlı eylem icra etmemesi; bununla birlikte hekimin işin ehli olması ve iyileştirmeye yönelik elinden gelen gayreti sarf etmesidir.⁹² İslâm hukuk sistemine benzer şekilde mer’i hukuk sisteminde de esas kabul edilen şey budur. Mer’i hukuk sisteminde vekâlet sözleşmesi gereğince hekim elinden gelen gayreti göstermekle yükümlüdür. Buna mukabil hekim hekimlik mesleğini gereği gibi ifa etmez; teşhisi

⁸⁷ Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, VI/80; Senhûrî, *el-Vasit*, I/657; Amir, *el-Mesuliyeti'l-Medeniyye*, 292.

⁸⁸ Karahasan, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, 98; M. Kemal Oğuzman - Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2016), II/55.

⁸⁹ Tuncî Abdüsselâm, *Müessesetü'l-Mesuliyeye fi's-Şerâti'l-İslâmiyye* (Trablus: Menşûrâtü Cemiyeti'd-Daveti'l-İslâmi'l-Alemiyye, 1994), 139.

⁹⁰ İcâre akdi ile ilgili sorumluluk hususunda ayrıntılı bilgi için bk. Zuhaylî, *Nazariyatü'd-damân*, 206.

⁹¹ Zerkâ, *el-Fi'lü'd-darre*, 59; Abdullah b. Salim Gamidi, *Mes'uliyetü't-tabibi'l-miheniyye dirase ta'siliyye mukarene beyne's-şeriatü'l-İslâmiyye ve'l-kavanini'l-muasira* (Camiatü'l-Melik Suud, 1993), 72.

⁹² Ebû Zehra, *el-Cerime ve'l-ukube fi fihki'l-İslâm*, 348-349.

koyma ve özen borcunu yerine getirmeyerek sözleşmeye bağlılık göstermezse, akdî kusur söz konusu olur. Örneğin doktor göstermesi gereken özeni göstermeyerek mikroplu iğneyi bilerek, steril etmeden hastaya enjekte etse mikropların bulaşması sonucu hastada meydana gelen zarardan sorumludur. Açığa çıkan kusur hekimin kusurlu davranışı ile meydana gelen zarar arasında kurulan illiyet bağının neticesidir.⁹³ Bu şekilde görülmektedir ki illiyet bağı, fiil ile meydana gelen zarar arasındaki ilişkide aslî müessiri belirlemede ana unsuru teşkil etmektedir.⁹⁴

Esasında Türk pozitif hukuk sistemi ve İslâm hukuku açısından kusur kapsam olarak farklı değerlendirilmektedir. Türk pozitif hukuk sisteminde kusur, yüklenen anlam itibarıyla İslâm hukukundan daha geniş bir mahiyet arz etmektedir. Bununla birlikte İslâm hukukunda kusurun mahiyeti kendi içerisinde de tartışmalıdır.⁹⁵ Ancak hekimin gayret sarf etme borcu bakımından bizi bağlayan kısmı esasında hekimin kasıtlı eylemi değildir. Nitekim İslâm hukukunda hekimin kastının tespiti zor olması sebebiyle daha çok ihmali davranışı esas alınmıştır. Bu açıdan delil veya kârîne yoksa hekimin kasıtlı muamelede bulunduğu düşünülmez.⁹⁶ Türk pozitif hukuk sisteminde ise İslâm hukukundan farklı olarak hekimin kasten bir fiili icra edebileceği kabul edilmiştir.⁹⁷

Sonuç

Mer'î hukuk sistemi ve İslâm hukuku açısından hekimin mesuliyeti noktasında benzer yönlerin ağırlıkta olduğunu ifade edebiliriz. Her iki hukuk sisteminin farklılaştığı nokta öncelikli olarak tıbbî müdahale kavramının mahiyetidir. Türk pozitif hukuk sisteminde tedavi etmek maksatlı olmayan bazı müdahaleler de bu kapsamda değerlendirilirken İslâm hukukunda müdahalenin tedavi etmeye yönelik olması noktasında ittifak vardır.

Hekim ile hasta arasındaki münasebette gerek Türk pozitif hukuk sistemi nazarından gerekse İslâm hukuku açısından kurulan bağın akdî bir ilişki olduğu yönünde genel bir kanaat hâkimdir. Bu sözleşme ilişkisi mer'î hukuk sisteminde hekimlik sözleşmesi olarak isimlendirilirken sözleşmenin mahiyeti hususunda hukuk sistemleri nazarında ortak bir kanaat hâsıl olmuş değildir. Batı hukuk sistemlerinde sözleşmenin kendine has bir sözleşme olduğu, ıstısnâ' akdi veya hizmet akdi olduğu yönünde farklı görüşler serdedilmişken sözleşmenin niteliği hususunda mer'î hukuk sisteminin benimsediği in'ikat olan akdin vekâlet sözleşmesi olduğudur. İslâm hukukunda ise akdin ıstısnâ' akdi veya vekâlet akdi olduğu yönünde farklı yaklaşımlar bulunmakla birlikte tespitimiz, bu yöndeki genel kanaatin ecîr-i müşterek olduğudur. Hukuk sistematîği açısından hekimlik sözleşmenin her iki hukuk

⁹³ Türk pozitif hukuk sistemindeki uygulama için bk. Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk*, 63 vd.; Belgesay, *Tıbbî Mesuliyet*, 85.

⁹⁴ Richard Honig, "İlliyet Nazariyesine Dair", çev. M. Yavuz Abadan, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 2/0 (2011), 169.

⁹⁵ Bilgi için bk. Kamil Yelek, *Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019), 66 (Eserin yayımlanmış hali için bk. Kamil Yelek, *Hanefî Sorumluluk Hukuku*, Timaş Yayınları, İstanbul, 2021).

⁹⁶ Kaya, "İslâm Hukukuna Göre Tıbbî Müdahaleden Doğan Sorumluluk", 163.

⁹⁷ Belgesay, *Tıbbî Mesuliyet*, 86.

sistemindeki mahiyet farklılığının belirlenmesinin önemi gayret sarf etme borcu açısından gösterilmesi gereken özenin sınırının tayini noktasındadır. Farklı yaklaşımlar değerlendirildiğinde ise bu akitlerin tıbbi müdahale tanımının ve hukuka aykırılığın dışında mahiyet teşkil ettiği; ayrıca gayret sarf etme borcu yerine sonuçlandırma borcunun ağırlıkta olduğu görülmektedir.

Gayret sarf etme borcunun her iki hukuk sistemindeki tezahürü aslen benzerlik göstermekle birlikte mesele hekimin kusurlu eyleminin icrası noktasında farklılık arz etmektedir. İslâm hukuk düşüncesinde hekimin gayret sarf etme borcu gereği zarar vermeye yönelik kasıtlı eylemde bulunması beklenmezken İslâm hukukunun aksine Türk pozitif hukuk sisteminde uygulamada hekimin kasıtlı eylemde bulunabileceği kabul edilmiştir. Her iki hukuk sistemindeki bu farklılıktan hareketle gayret sarf etme sorumluluğu İslâm hukuku nazarında anlam itibarıyla daha geniş bir mahiyet arz ederken hekimin tıbbi müdahale esnasında iyi niyetinin varlığı esas alınmıştır. Bununla birlikte İslâm hukukunda hekimin tamamen sorumluluktan berî olduğunu iddia etmek de doğru bir yaklaşım değildir. Hekim haksız bir müdahalede bulunduğu takdirde veya mutadî aşması halinde zarar meydana gelirse bundan sorumludur.

Sonuç olarak hekimin mesuliyeti her iki hukuk sistemi açısından dinamizmini ve güncelliğini koruyan bir meseledir. Günlük düzen içerisinde zaman zaman güncellik kazanan olayların da etkisiyle gündeme gelen hekimin mesuliyeti meselesi muhtemeldir ki uzun bir süre bu yapısını korumaya devam ederek hukukî düzenlemelere konu edinecektir.

Funding / Finansman: This research received no external funding. / Bu araştırma herhangi bir dış fon almamıştır.

Conflicts of Interest / Çıkar Çatışması: The author declare no conflict of interest. / Yazar, herhangi bir çıkar çatışması olmadığını beyan eder.

Kaynakça

- Abdüsselâm, Tuncî. *Müessesetü'l-Mesuliyeye fi's-Şer'ati'l-İslâmiyye*. Trablus: Menşûrâtü Cemiyeti'd-Daveti'l-İslâmi'l-Alemiyye, 1994.
- Akartepe, Şeyma. *Hekimin Hatalarının Hanefî Mezhebi Açısından Değerlendirilmesi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Akıntürk, Turgut - Ateş, Derya. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri*. İstanbul: Beta Yayınları, 29. Basım, 2020.
- Akman, Ahmet. "Hekim Uygulamaları ve Hukuki Sorumluluk (İslâm ve Türk Hukuku'nda)". *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13/169-170 (2018), 145-201.
- Akman, Ahmet. *İslâm Hukukunda Akdî Mesuliyet ve Tazminat*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Ali Haydar Efendi. *Dürerü'l-hukkam şerhu Mecelleti'l-ahkam*. 4 Cilt. Dârü'l-Celil, 1991.
- Amir, Hüseyin. *el-Mesuliyeti'l-Medeniyyeti't-Taksiriyye ve'l Akdiyye*. Kahire: Dârü'l-Ma'ârif, 2. Basım, 1979.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınları, 2018.
- Ayan, Mehmet. *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*. Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları, 1991.
- Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed. *el-İnâye şerhü'l-Hidâye*. 10 Cilt. Lübnan: Dârü'l-Fikr, 1970.

- Bağdadi, Ebû Muhammed Gıyâsüddîn Ganim b. Muhammed. *Mecmaü'd-damânât*. Beyrut: Dârü'l-Kütübî'l-İlmiyye, 2005.
- Bardakoğlu, Ali. "İcâre". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 21/379-388. İstanbul: TDV Yayınları, 2000.
- Belgesay, Mustafa Reşit. *Tıbbî Mesuliyet Esaslar - Tipik Vakalar Türk Tabipler Birliği Kanunu*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1953.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukuk-ı İslâmiyye ve İstılahat-ı Fıkhiyye Kamusu*. 8 Cilt. İstanbul: Bilmen Yayınevi, 1985.
- Demir, Mehmet. "Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını* 57/3 (2008), 225-252.
- Ebû Zehra, Muhammed. *el-Cerime ve'l-ukube fi fıkhi'l-İslâm*. Kahire: Dârü'l-Fikri'l-Arabi, 1988.
- Ekşi, Ahmet. *İslam Tıp Hukuku Çağdaş Tıp Problemlerine İslam'ın Getirdiği Hukuki Çözümler*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2011.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 29. Basım, 2019.
- Eren, Fikret. *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağlı Teorisi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975.
- Ferec, Tevfik Hasan. *en-Nazariyyetü'l-amme li'l-iltizam fi mesadiri'l-iltizam*. Beyrut: Dârü'l-Câmiyye, 3. Basım, ts.
- Gamidi, Abdullah b. Salim. *Mes'uliyetü't-tabibi'l-miheniyeye dirase ta'siliyye mukarene beyne's-şeriatil-İslâmiyye ve'l-kavanini'l-muasıra*. Camiatü'l-Melik Suud, 1993.
- Hakeri, Hakan. *Tıp Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2. Basım, 2022.
- Heyet. *el-Fetâva'l-Hindiyye*. 6 Cilt. Beyrut: Dârü'l Fikr, 131M.S.
- Honig, Richard. "İlliyet Nazariyesine Dair". çev. M. Yavuz Abadan. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 2/0 (2011), 169-188.
- İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülazîz ed-Dımaşki. *Reddü'l-muhtar ala Dürri'l-muhtar*. 6 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1966.
- İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed b. Ebî Bekr b. Eyyûb ez-Zürafî ed-Dımaşkî el-Hanbelî. *Zâdü'l-Meâd fi Hedyi Hayri'l-İbad*. 5 Cilt. Kuveyt: Mektebetü'l-Menari'l-İslâmiyye, 1994.
- İbn Kudâme, Ebû Muhammed Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme Cemmâilî Makdisî. *el-Mugnî*. 10 Cilt. Mektebetü'l Kahire, 1968.
- İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd Mâce el-Kazvîni. *Sünen-i İbn Mâce*. thk. Muhammed Fu'âd b. 'Abdilbâkî. 2 Cilt. b.y.: Dâru İhyai'l-Kütübî'l-Arabiyye;Faysal 'İsa el-Bâbî el-Halebî, ts.
- İbn Nuceym, Zeynüddin Zeyn b. İbrâhim b. Muhammed Mısri Hanefî. *el-Bahrü'r-raik şerhu Kenzi'ddekaik*. 8 Cilt. Daru'l-Kitabi'l-İslami, 2. Basım, ts.
- İbn Rüşd, Ebü'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Kurtubi. *Bidâyetü'l-müctehid ve nihayetü'l-muktesid*. 4 Cilt. Kahire: Dârü'l-Hadis, 2004.
- İbnü'l-Hümâm, Kemâluddîn Muhammed b. Abdilvâhid b. Abdilhamîd es-Sivâsî el-İskenderî. *Fethu'l-Kadîr alâ'l-Hidâye*. 10 Cilt. Lübnan: Dârü'l-Fikr, 1970.
- İmre, Zahit. *Doktrin ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*. Ankara: İsmail Akgün Matbaası, 1983.
- Karahasan, Mustafa Reşit. *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*. Ankara, 1981.
- Karaman, Hayreddin. *Mukayeseli İslâm Hukuku*. 3 Cilt. İstanbul: İrfan Yayınevi, 1982.
- Kâsânî, Alâüddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed. *Bedâ'i'u's-sanâ'i' fi tertîbi's-şerâ'i*. 7 Cilt. Beyrut: Dârü'l-kütübî'l-ilmiyye, 1986.
- Kaya, Ali. "İslâm Hukukuna Göre Tıbbî Müdahaleden Doğan Sorumluluk". *Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 6/6 (1994), 147-166.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 20. Basım, 2016.
- Mahmesânî, Subhî b. Muhammed Receb. *en-Nazariyyetü'l-'amme li'l-mücebât ve'l-'ukûd fi's-şer'ati'l-İslâmiyye*. 2 Cilt. Beyrut: Dârü'l-İlm li'l-Melayin, 2. Basım, 1972.
- Merginânî, Ebü'l-Hasen Burhânüddîn Alî b. Ebî Bekr b. Abdilcelîl el-Fergânî. *el-Hidâye şerhu*

- Bidâyeti'l-mübtedi*. 4 Cilt. Lübnan: Dâru İhyai't-Türâsi'l-Arabi, ts.
- Meydânî, Abdülganî b. Tâlib b. Hammâde. *el-Lübâb fi şerhi'l-Kitâb*. 4 Cilt. Beyrut: el-Mektebetü'l-İlmiyye, ts.
- Mübarek, Kays b. Muhammed Al-i Şeyh. *et-Tedavi ve'l-mes'uliyeti't-tıbbiyye fi's-şeriatil-İslâmiyye*. Lübnan: Müessesetü'r-Reyyan, 2. Basım, 1997.
- Nesâî, Ebû 'Abdirrahmân Ahmed b. Şu'ayb b. 'Alî el-Horâsânî. *es-Sünenü'l-kübrâ*. thk. Hasan 'Abdülmeam Şelebî. Beyrut: Mü'essesetü'r-Risâle, 2001.
- Oğuzman, M. Kemal - Öz, Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 2 Cilt. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 12. Basım, 2016.
- Özen, Şükrü. "İslâm Hukukuna Göre Yanlış Tedavide Cezai Sorumluluk". *38. Uluslararası Tıp Tarihi Kongresi Bildiri Kitabı 2* (2005), 737-752.
- Semerkandî, Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed b. Ahmed b. Ebî Ahmed. *Tuhfetü'l-fukaha*. 3 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, 1994.
- Senhûrî, Abdurrezzak Ahmed. *el-Vasit fi şerhi'l-kanuni'l-medeniyyi'l-cedid: nazariyyetü'l-iltizam bi-vechi am*. 10 Cilt. Beyrut: Dâru İhyai't-Türâsi'l-Arabi, ts.
- Senhûrî, Abdurrezzak Ahmed. *Mesâdiru'l-Hak fi'l-fıkhi'l-İslâmî*. 6 Cilt. Beyrut: Dâru İhyai't-Türâsi'l-Arabi, 1953.
- Senhûrî, Abdurrezzak Ahmed. *Nazariyyetü'l-akd*. Beyrut, 2. Basım, 1998.
- Serahsî, Ebû Bekr Şemsî'l-e'imme Muḥammed b. Ebî Sehl Aḥmed. *el-Mebsût*. 30 Cilt. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1993.
- Sirâc, Muhammed Ahmed. *Damânü'l-udvan fi'l-fıkhi'l-İslâmî*. Beyrut: el-Müessesetü'l-Câmiyye, 1993.
- Şâfiî, Ebû Abdullah Muhammed b. İdris b. Abbas. *el-Üm*. 8 Cilt. Beyrut: Dârü'l-Fikr, 1990.
- Şerefeddin, Ahmed Hüseyin. *el-Ahkâmü's-şer'iyye li'l-a'mali't-tıbbiyye*. Kahire: Camiatü Ayn Şems, 2. Basım, 1987.
- Şinkiti, Muhammed b. Muhammed Muhtâr b. Ahmed Mezid el-Cekeni. *Ahkâmü'l-cirahati't-tıbbiyye ve'l-asarü'l-müterettibe aleyha*. Cidde: Mektebetü's-Sahabe, 2. Basım, 1994.
- Tandoğan, Hâluk. *Türk Mes'uliyet Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Tekinay, Selehattin Sulhi. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 7. Basım, 1993.
- Tercier, Deschenaux - Pierre, Henri. *Sorumluluk Hukuku*. çev. Salim Özdemir. Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1983.
- Tercier, Pierre vd. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Tuhr, Andreas Von. *Borçlar Hukukunun Umuni Kısmı*. çev. Cevat Edege. 2 Cilt. Ankara: Olgaç Matbaası, 1983.
- Üdeh, Abdülkadir. *et-Teşri'u'l-cinâ'iyyü'l-İslâmî*. 2 Cilt. Beyrut: Darü'l-Katibi'l-Arabi, ts.
- Yelbaşı, Cengiz. *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü*. Ankara: Sim Matbaacılık, 2014.
- Yelek, Kamil. *Gasp ve İtlaf Bağlamında Hanefî Sorumluluk Hukuku*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.
- Yıldırım, Mustafa. "Vedâ". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 42/596-598. İstanbul: TDV Yayınları, 2012.
- Yıldız, Kemal. *İslâm Sorumluluk Hukuku: Akit Dışı Sorumluluk*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2. Basım, 2013.
- Yiğit, Yaşar. "İslâm Ceza Hukuku Açısından Ötanazi ve Hukuki Sonuçlarının Değerlendirilmesi". *İslami Araştırmalar* 16/3 (2003), 347.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed. *el-Fi'lü'd-darre ve'd-damânu fihi*. Beyrut: Dârü'l-Kalem, 1988.
- Zevkliler, Aydın. "Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırımın Sonuçları (1982 - 1983 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni)". *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/1 (02 Ekim 1983), 1-37.
- Zeylai, Fahreddin Osman b. Ali b. Mihcen. *Tebyinü'l-hakaik fi şerhi Kenzi'd-dekaik*. 6 Cilt. Kahire: Matbaatü'l-Kübra el-Emiriyye, 1313.
- Zuhaylî, Vehbe. *Nazariyatü'd-damân*. Dımaşk: Dârü'l-Fikr, 1998.