

T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNDA
TIBBİ MÜDAHALELERDEN DOĞAN HUKUKİ
SORUMLULUK

Ahmet EKŞİ

DOKTORA TEZİ

Danışman
Prof. Dr. Hüseyin Tekin GÖKMENOĞLU

Konya-2010

T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNDA
TIBBİ MÜDAHALELERDEN DOĞAN HUKUKİ
SORUMLULUK

Ahmet EKŞİ

DOKTORA TEZİ

Danışman

Prof. Dr. Hüseyin Tekin GÖKMENOĞLU

Konya-2010

İÇİNDEKİLER

BİLİMSEL ETİK SAYFASI	v
DOKTORA TEZİ KABUL FORMU	vi
ÖZET	vii
SUMMARY	ix
KISALTMALAR	xi
ÖNSÖZ	xii
GİRİŞ	1
I. Araştırmanın Amacı ve Önemi	1
II. Araştırmada Başvurulan Kaynaklar	7
III. Araştırmanın Kavramsal Çerçevesi ve Sınırlandırılması	13
IV. Araştırmanın Metodu	15
BİRİNCİ BÖLÜM: TIBBİ MÜDAHALE	17
I. Tıbbi Müdahale Kavramı	18
II. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu İçin Gerekli Şartlar	19
A. Kanuni Unsur (Tipiklik)	20
B. Tıbbi Müdahalenin Uzman Doktor Tarafından Yapılması	21
C. Müdahalenin Tıp İlminin Kurallarına Uygun Olarak Yapılması	24
D. Tıbbi Müdahalenin Doğrudan ya da Dolaylı Tedavi Amacına Yönelik Olması	25
E. Sosyal İhtiyaç (Üstün Menfaat)	28
F. Hakkın Kullanılması	28
G. Hastanın Rızası	29
1. Geçerli Bir Rıza İçin Gerekli Şartlar	31
a. Rızanın Ehliyetli Kişiler Tarafından Açıklanması	31
b. Rızanın Serbestçe Beyan Edilmesi	32
c. Hastanın Aydınlatılması	33
d. Rızanın Tıbbi Müdahalenin Yapılacağı Zamana Kadar Açıklanmış Olması	33

2. Rıza Beyanına Gerek Olmayan Durumlar	34
a. Kamu Sağlığının Korunması Gereken Durumlar	34
b. Rıza Beyanına İmkân Bulunmayan Tıbbi Zorunluluk Durumları	34
III. Tıbbi Müdahaleyle İhlal Edilen Şahsiyet Hakları	36
A. Hayat Hakkı	38
B. Sağlık Hakkı	44
C. Vücut Bütünlüğü Hakkı	45

İKİNCİ BÖLÜM: TIBBİ MÜDAHALELERİN SINIFLANDIRILMASI 49

I. Hukuka Uygunluk Bakımından Tıbbi Müdahaleler	50
A. Hukuka Uygun Olan Tıbbi Müdahaleler	50
1. Araştırma ve Tıbbi Deneme Amacına Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Boyutu	51
2. Üremeyi Gerçekleştirme Amacına Yönelik Müdahaleler	53
3. Sünnet	56
4. Otopsi	59
5. Organ ve Doku Nakli	63
a. İnsandan İnsana Organ ve Doku Nakli	64
aa. Aynı İnsan Üzerinde Yapılan Doku Nakli	66
ab. Canlı Bir İnsandan Başka Bir İnsana Organ ve Doku Nakli	67
ac. Ölü Bir İnsandan Canlı Bir İnsana Organ ve Doku Nakli	69
b. Hayvandan İnsana Organ ve Doku Nakli	71
6. Vücuttan Bir Parçanın Kesilmesi	73
7. Yapay Uzuv (Protez) Takma ve Kopan Parçanın Tekrar Yerine Eklenmesi	75
8. Dağlama	76
9. Koruyucu Hekimlik	79
B. Hukuka Uygun Olmayan Tıbbi Müdahaleler	83
1. Estetik Amaçlı Müdahaleler	83
2. Cinsiyet Değişikliği	88
3. Ötanazi	92

4. Kürtaj (Gebeliğe Tıbben Son Verilmesi)	98
5. Hadım Etme ve Kısırlaştırma	110
II. İcra Yerine Göre Tıbbi Müdahaleler	114
A. Bağımsız Çalışan Bir Hekim Tarafından Yapılan Tıbbi Müdahaleler	114
B. Hastanelerde Yapılan Tıbbi Müdahaleler	116

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: TIBBİ MÜDAHALELERDEN DOĞAN HUKUKİ

SORUMLULUK	119
I. Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği	120
A. Hekim ile Hasta Arasında Akdi Bir İlişkinin Bulunması	120
1. Hizmet Akdi	122
2. İstisna' (Eser) Akdi	126
3. Vekâlet Akdi	128
4. Cuâle Akdi	134
5. Değerlendirme	136
B. Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Bir Akde Dayanmaması	137
1. Vekâletsiz İş Görme İlişkisi	137
2. Haksız Fiil İlişkisi	140
II. Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Nedenleri	142
A. Sorumluluk	142
B. Akdi Sorumluluk	144
1. Akdin İhlâli	145
a. Teşhis Koyma ve Uygun Tedaviyi Seçip Uygulama Borcu	147
b. Hastayı Aydınlatma Borcu	153
c. Özen Gösterme Borcu	157
d. Sadakat ve Sır Saklama Borcu	159
2. Kusur	162
3. Zarar	173
4. İlliyet Bağı	175

C. Akit Dışı Sorumluluk	179
1. Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluk	179
2. Haksız Fiil İlişkisinden Doğan Sorumluluk	180
a. Hukuka Aykırılık	183
b. Kusur, Zarar ve İliyet Bağı	186
D. Sorumsuzluk Anlaşması	186
E. Sorumluluğun Sonuçları	187
1. Maddi Tazminat	191
a. Diyet	192
b. Erş	196
c. Hükûmetü'l-Adl	198
d. Gurre	199
2. Manevi Tazminat	202
SONUÇ	207
BİBLİYOGRAFYA	213
ÖZGEÇMİŞ	228

Ek- 1: BİLİMSEL ETİK SAYFASI

T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

**BİLİMSEL ETİK SAYFASI**

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Ahmet EKŞİ

Ek- 2: DOKTORA TEZİ KABUL FORMU

T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

**DOKTORA TEZİ KABUL FORMU**

Ahmet EKŞİ tarafından hazırlanan **İSLAM HUKUKUNDA TIBBİ MÜDAHALELERDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK** başlıklı bu çalışma 24/12/2010 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

1	Prof. Dr. Vecdi AKYÜZ	Başkan	
2	Prof. Dr. Hüseyin Tekin GÖKMENOĞLU	Danışman	
3	Prof. Dr. Orhan ÇEKER	Üye	
4	Doç. Dr. Halit ÇALIŞ	Üye	
5	Prof. Dr. Mehmet AKGÜL	Üye	

ÖZET

Tezin Adı: İSLAM HUKUKUNDA TIBBİ MÜDAHALELERDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

Anahtar Kelimeler: Tıbbi müdahale, doktor, hasta, sorumluluk, sözleşme, tazminat.

Hayat, sağlık, vücut bütünlüğü değerlerine yönelik olan ve inceleme konumuzu oluşturan tıbbi müdahalelerle öncelikle kişilerin hastalıklarını teşhis ve tedavi etmek, bu rahatsızlıklardan kaynaklanan acıları hafifletmek veya kişileri hastalıklardan korumak amaçlanmaktadır. Ancak yapılacak işlemlerin tıbbi müdahale olarak isimlendirilebilmesi için müdahalenin yetkili kişiler tarafından, tıp ilminin kabul görmüş kural ve esaslarına uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Bu nitelikler aynı zamanda yapılan müdahaleye meşruluk kazandırmaktadır.

Doktor tarafından yapılmış olsa bile hastayı iyileştirme amacı taşımayan bazı tıbbi müdahaleler hukuka uygun kabul edilmez. Genel olarak hukuka uygun olmayan tıbbi müdahalelerin başında estetik ameliyatlar, cinsiyet değişikliği, ötanazi, kürtaj, hadım etme ve kısırlaştırma amacına yönelik müdahaleler gelmektedir. Hukuka uygun olmayan müdahalelerde tıbbi müdahaleyi serbest çalışan bir hekim uygulamışsa hekimin bizzat kendisi sorumlu tutulur. Müdahale bir hastanede gerçekleşmişse öncelikle hastane sorumlu tutulur.

Doktor ile hastası arasında, doktorun sorumluluğuna esas teşkil eden iki ayrı hukuki ilişkiden söz edilebilir. Bunlar, sözleşme ve haksız fiil ilişkisidir. Doktor, hastayı, aralarında yaptıkları tedavi sözleşmesine istinaden tedavi ederse sözleşmeye dayanan bir sorumluluk sözkonusudur.

Sözleşmesinin bulunmaması veya sözleşme hükümlerinin aşılması hâlinde doktor ile hasta arasında haksız fiil ilişkisi sözkonusu olur. Diğer taraftan zaruret hâli, acil durumlar, ameliyatın genişletilmesi gibi durumlarda hasta ile hekim arasında vekâletsiz iş görme ilişkisinden söz edilir.

Tıbbi müdahaleler, hukuka uygun olduğunda doktorun sorumluluğuna gidilmez. Fakat müdahale hukuka aykırı nitelik taşırsa doktor sorumlu tutulur. Doktorun tıbbi müdahaleden kaynaklanan sorumluluğu, ihlal edilen hakkın çeşidine göre değişir. Kusurlu olduğu ortaya çıkan doktorun müdahalesi, hastanın mal varlığında eksilmeye neden olmuş ise zararı telafi edici tazminat ödemekle yükümlü olur. Hastanın kişilik haklarını ihlal etmiş ise müeyyide doktorun kusuruna göre değişir. Kusur ağır ise hem cezai hem de medeni mesuliyet söz konusudur. Eğer kusur, ihmal ve dikkatsizlik şeklinde ise yalnız medeni mesuliyet söz konusu olur.

SUMMARY

Topic of The Thesis: LEGAL RESPONSIBILITY IN MEDICAL OPERATIONS IN ISLAMIC LAW

Key Words: Medical Operations, doctor, patient, responsibility, contract, compensation.

The objects of medical operations which constitutes the subject of the study and aim the values of life, health and body unity are, primarily, to determine and to cure diseases of individuals, to decrease the pains felt from diseases by individual and to protect individual from diseases.

However, to title an operation as a medical operation it should be exercised in accordance with accepted rules and principles of medicine and by authorised persons. It is these principles what makes an operation a legitimate one.

Certain medical operations not aiming to cure the patient cannot be accepted as legal even though they are exercised by a doctor. Main illegal medical operations are esthetics, sexual transformation, euthanasia, abortion, castration and sterilization operations. If such kind of illegal operations are exercised by a self employed doctor, it is himself/herself that will be held responsible. If it is exercised in a hospital, then the hospital is held as primer responsible.

There exists two types of legal relations, between doctor and patient, which hold doctor as responsible; namely contract and tortuous act. If doctor treats a patient on the basis of contract between themselves, it is a contractual responsibility.

It is tortuous act if there is no contract or if the contract is breached. On the other hand; in mandatory situations, emergency cases, enlargement of operation cases there exists an unauthorised representation/acting.

Doctors cannot be held responsible for legal medical operations. However doctor is held responsible for illegal medical operations. The responsibility of the

doctor changes depending on the type of right being infringed. If the wrongful medical operation of doctor decreases the wealth of patient, then the doctor is compensated for restitution. For the cases in which personal rights of an individual is infringed, sanction depends on the fault of doctor. If it is gross fault, then there exist both criminal liability and civil liability. If the fault stems from negligence or carelessness, then there exists only civil liability.

KISALTMALAR

a.g.e.	Adı geçen eser
a.g.m.	Adı geçen makale
AHFD	Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	bin
bk.	Bakınız
C	Cilt
c.c.	Celle Celâlühû
çev.	Çeviri, çeviren
DİA	Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
DÜHFD	Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İHFM	İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İTFM	İstanbul Tıp Fakültesi Mecmuası
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
m.	Madde
mv.f.	el-Mevsuatü'l-Fıkhiyye
nşr.	Neşreden
ö.	Ölüm tarihi
r.a.	Radiyallahü anh (anha, anhuma, anhum)
s.	Sayfa
s.a.v.	Sallellahü aleyhi ve sellem
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TCK	Türk Ceza Kanunu
TDN	Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
thk.	Tahkik, tahkik eden
TMK	Türk Medeni Kanunu
trc.	Tercüme, tercüme eden
TŞSTİDK	Tebabet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
t.y.	Tarihsiz
UÜİFD	Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
vb.	ve benzeri
vd.	ve devamı
y.y.	Yayımlı yeri yok

ÖNSÖZ

Her insanın sahip olduğu vazgeçilmez, devredilemez nitelikte olan bazı hakları vardır. Hayat, sağlık ve beden bütünlüğü bu haklar arasında yer alır. Özellikle İslam'ın değerler sistemine bir bütün olarak bakıldığında insan hayatının öncelikli bir değer olarak ortaya çıktığı görülür. Diğer taraftan sağlık ve vücut bütünlüğü hakkı ise hayat hakkına bağlı olarak değer kazanmaktadır. Bu haklar her türlü müdahale ve saldırıya karşı din ve hukuk tarafından koruma altına alınmıştır.

Hayatın belirli dönemlerinde, şu veya bu sebepten dolayı, gerek beden sağlığında ve gerekse ruh sağlığında bozulmalar (hastalık) ortaya çıkabilir. Sağlık durumunda ortaya çıkan her aksama, sağlığı bozulmuş olan kişi (hasta) ile hekimi karşı karşıya getirir. Bu karşılaşma, serbest çalışan bir hekim-hasta ilişkisi şeklinde veya bir hastane ortamında kendini gösterebilir. Karşılaşma nerede ve ne şekilde olursa olsun tıp mesleğini icraya yetkili olan hekim, hastanın sağlığını düzeltmek, onu yeniden eski sağlığına kavuşturmak için çeşitli müdahalelerde bulunur. Bu müdahaleler, hastalığın türüne ve şiddetine göre çeşitlilik gösterir.

Hekimin hastaya yaptığı müdahalede erişilmek istenen hedef hastanın iyileştirilmesidir. Ancak bazen aksi yönde sonuçlar ortaya çıkabilir ve bu durumdan hasta veya yakınları zarar görebilir. Öyleyse hasta veya onun ölümü halinde geride kalanlar, uğradıkları zararın tazmini için kime veya kimlere karşı ve hangi hukuki esasa dayalı olarak talep ileri sürebileceklerdir? Bu soru hasta ile doktor arasında tedavi amacına yönelik hukuki bir ilişkinin kurulmasını gerektirir.

Eskiden tedavi şekillerinin basitliğinden dolayı hekimle hasta arasında oldukça yalın olan ilişki, özellikle 19. yüzyıldan itibaren teşhis ve tedavi yöntemlerinde meydana gelen çeşitli gelişmeler sonucunda daha farklı bir boyut kazanmıştır. Ayrıca teşhis ve tedavi amacı olmadığı hâlde doktorlar tarafından icra edilen yeni bir takım ameliyeler de konunun bir başka boyutunu gözler önüne sermektedir. Yeni ilaç ve tedavi yöntemlerinin uygulanması, teşhis ve tedavi amacı dışındaki uygulamalar sadece tıp ilminin ve teknolojisinin gelişmesini değil, aynı zamanda hasta veya doktorun sorumluluklarında da etkilemiştir. Bu nedenle tıbbi müdahalelerde

sorumluluktan söz edilebilmesi için öncelikle hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin niteliğini tespit etmek gerekir.

Tarihin her döneminde hastalıkları teşhis ve tedavisi için tıbbi müdahalelere ve bunu gerçekleştirenlere izin verilmiş ve müdahaleyi yapacak kişilerin yetiştirilmesi teşvik edilmiştir. Bu durumda tıbbi müdahalelerle önemli hakların ihlali sözkonusu olduğundan, ilgililerin, fiilleri nedeniyle ne zaman ve hangi hâllerde ve ne ile sorumlu olacağına belirlenmesi gerekir.

Bu çalışmada öncelikle insan hayatının, sağlığının ve vücut bütünlüğünün korunması için uygulanan tıbbi müdahaleler, daha sonra bu müdahaleleri uygulayacak olan hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki, hekimin sorumlulukları ve bunlarla ilgili sorunlar ele alınacak ve bir bütünlük içerisinde işlenecektir.

Tez, girişten sonra üç bölüm, sonuç ve bibliyografya kısımlarına ayrılmıştır. Birinci bölümde, "Tıbbi Müdahale" başlığı altında tıbbi müdahale kavramı açıklanarak şartları incelendikten sonra tıbbi müdahale ile ihlal edilen kişilik hakları ele alınmıştır.

İkinci bölümde tıbbi müdahaleler hukuka uygunluk bakımından tasnife tabi tutularak bu tasnife esas teşkil eden şartlar incelenmiştir. Hukuka uygunluk ayırımında tıbbi müdahalelerin genel özellikleri ölçü alınmıştır. Diğer taraftan hekimin sorumluluğunda etkisi göz önünde bulundurularak tıbbi müdahaleler, yapıldıkları yere göre de tasnif edilerek yine bu bölümde işlenmiştir.

Üçüncü bölümde önce hekimle hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliği belirlenmeye çalışılmıştır. Ardından bu hukuki temele dayalı olarak hekimin sorumluluk nedenleri tespit edilmiştir. Son olarak tıbbi müdahalelerin hukuka uygun/aykırı olduğu durumlarda ortaya çıkan hukuki sonuçlar, sorumluluk ve tazminat yükümlülüğü bakımından ele alınmıştır.

Tüm bu açıklamaların ardından, çalışmada ulaşılan sonuçları ve kimi noktalarda görüşümüzü de içeren sonuç kısmıyla çalışmamız tamamlanmış

bulunmaktadır. Kaynakça kısmında müracaat edilen ve faydalanılan eserler, yazarlarının soyadları veya meşhur oldukları isimleri dikkate alınarak alfabetik sıraya göre dizilmiştir. Metin içinde kaynakların ve yazarlarının isimleri, müracaat kolaylığı sağlayabilecek kısaltmalarla gösterilmiştir. Ayrıca gerek metin içerisinde, gerekse özel isimlerin yazımında transkripsiyon işaretleri mümkün olduğunca kullanılmamıştır.

Tezi hazırlama sürecinde pek çok hocamın ve arkadaşımın desteği oldu. Öncelikle çalışmam sırasında yakın ilgisini gördüğüm ve görüşleriyle bana yol gösteren danışman hocam Sayın Prof. Dr. Hüseyin Tekin Gökmenoğlu'na teşekkür etmeyi ahlaki bir yükümlülük olarak görüyorum. Bu arada tez yazım aşamasında kendilerine müracaat ettiğimde yardımlarını esirgemeyen Prof. Dr. Orhan Çeker ve Doç. Dr. Halit Çalış'a, Nöroloji Uzmanı Dr. Atilla Tezcan'a, Kardiyoloj Uzmanı Alay Ekşi'ye ve tezi okuyarak katkıda bulunan tüm arkadaşlarıma ayrıca teşekkür ederim.

Ahmet EKŞİ
İstanbul 2010

GİRİŞ

I. Araştırmanın Amacı ve Önemi

İnsanoğlunun varlığını sürdürebilmesi için bazı temel haklarını sürekli muhafaza etmesi ve bunların kesintiye uğramasına izin vermemesi gerekir. Öte yandan insanın en önemli özelliklerinden biri, düşünebilme, sağlıklı kararlar verebilme, kendine ve çevresine faydalı olabilmesidir. Ancak bu özelliklerini her zaman gösterebilmesi onun sağlıklı olmasına ve buna bağlı olarak yaşama hakkını sonuna kadar koruyabilmesine bağlıdır.

İslam dini gerek kişisel açıdan gerekse toplumsal açıdan insan hayatının her merhalesine şekil ve yön verme iradesinde olan bir dindir. Bu dinin, insanlığa sunmak istediği dünya ve ahiret mutluluğu, ancak onun gereği gibi algılanıp yaşanmasıyla mümkündür. Bunun gerçekleşebilmesi için de onu yaşayacak olan bireylerin, dolayısıyla toplumların hem bedensel hem de ruhsal olarak sağlıklı olması gerekir. Ayrıca insanın işlerini en iyi şekilde yürütülebilmesi ve sorumluluklarını yerine getirebilmesi için sağlık temel şarttır. Bu bakımdan gerek Kur'an gerekse Hz. Peygamber (s.a.v.) sağlık konusu üzerinde önemle durmuştur.

İnsanların gerek fiziksel yapısı gerekse ruhsal yapısı itibariyle sağlıklı bir hayat sürdürebilmeleri, bu konuyu kendine gaye edinmiş bilim dalının gerekli ve yeterli ölçüde gelişmiş olmasına ve bu gelişmişliğini insanlara olabildiğince geniş bir çapta aktarabilmesine bağlıdır. Burada bahsini ettiğimiz bilim dalı, tıp bilimidir ki hastalıkların tedavisini gerçekleştirmek için gerekli verileri temin etmek onun başlıca gayesidir.

Tıp ilminin verileri, onun uygulayıcıları (kural olarak hekimler) tarafından tedavi etmek gayesi ile hastalıklara yakalanmış insanlara aktarılmaktadır. Bu ise fiili olarak tıbbi müdahale dediğimiz faaliyetlerle yapılmaktadır.

İslam hukuku kaynaklarında tıp ilmi öncelikle öğrenilmesi gereken ilimlerden sayılmıştır. Çünkü tıp ilmi sayesinde insan sağlığı korunabilmektedir. Bu nedenle İslam hukukçuları, tıp ilmini öğrenmenin ve uygulamanın da farz (farz-ı kifaye)

olduğunu söylemişlerdir.¹ Hatta bir yerde tek doktor bulunuyorsa bu doktorun hastaları tedavi etmesi ve hekimliğin gereklerini yerine getirmesi kendisi için farz-ı ayn kabul edilmiştir. Tıp öğreniminin ve uygulamalarının farz sayılması toplumun hekimliğe olan ihtiyacından doğmuştur.²

İslami kaynaklarda tıp ile ilgili konular genel olarak “tıbb-ı nebevî” başlığı altında yer almaktadır. Bu ad altında pek çok müstakil eser kaleme alınmıştır. “Tıbb-ı nebevî” terimi tıp ile ilgili ayetler ve Hz. Peygamber (s.a.v.)den tıp konusunda nakledilen hadislerin bütününe ifade etmek için kullanılmıştır.³ Kur’an-ı Kerim’de tıbbi konulara sadece genel ifadelerle değinilmiş, ayrıntılara ulaşmak ise insanlara bırakılmıştır. Yeme ve içmede aşırılığı yasaklayan ayet⁴ ile balın şifa kaynağı olmasından bahseden ayetler⁵ Kur’an’ın bu genel sağlık prensiplerinin güzel bir örneğini oluşturmaktadır.

Kur’an-ı Kerim’de hastalıklardan bahsedilmiş ve bu durum pek çok fıkhi hükümlere konu teşkil etmiştir. Hasta bir insanın hastalığın derecesine ve cinsine göre nasıl abdest alacağı, namaz kılacağı, oruç tutacağı gibi konular fıkıh kitaplarımızda önemli bir yer tutar. Ayrıca bedenle ilgili hastalıklardan korunma çareleri üzerinde de durulmuştur. Sıhhati korumak, sıhhate zarar veren şeylerden sakınmak, helal olmayan arzu ve isteklerden uzak durmak genel prensiplerdir.

Hz. Peygamber (s.a.v.)in tıp ile ilgili hadislerinde, günün şartları içinde çeşitli tedavi usulleri öğretildiği gibi ilaç olarak tavsiye edilen birtakım bitkilerin adı verilmekte, bazı hastalıklar gündeme getirilmekte ve bunlar için tedbirler sunulmaktadır. Örneğin Peygamberimiz (s.a.v.) çeşitli hastalıkların tedavisi için balı tavsiye etmiş ve rivayetlerden de anlaşıldığına göre bu tedavi yöntemi başarılı

¹ İbn Teymiyye, *Mecmû’u’l-Fetâvâ*, XVIII, 12; Mübarek, Kays b. Muhammed Âl-i Şeyh, *et-Tedavi ve’l-Mesuliyyeti’t-Tıbbiyye fi’ş-Şeriatil-İslâmiyye*, s. 100; Şerefüddin, Ahmet Hüseyin, *el-Ahkamü’ş-Şeriyye li’l-A’mali’t-Tıbbiyye*, s. 81.

² Udeh, Abdülkadir, *et-Teşriü’l-Cinaiyyü’l-İslâmî*, I, 520.

³ Nesimî, *et-Tıbbu’n-Nebevî*, I, 7.

⁴ “...Yiyiniz, içiniz, fakat israf etmeyiniz. Çünkü Allah israf edenleri sevmez.” (A’râf, 7/31.)

⁵ Nahl, 16/68, 69.

sonuçlar vermiştir.⁶ Diğer taraftan İslam öncesi Arapların ilaçla tedavi yöntemlerini kullandıkları da bilinmektedir.⁷

Hız. Peygamber (s.a.v.)'in tıp ile ilgili hadislerinde hastalıklar ve tedavi usulleri kadar hastalıklardan korunma yolları da konu edinilmektedir. Nitekim tıbb-ı nebevî konusunda kaleme alınan eserlerin hıfzıssıhha yani “Koruyucu Hekimlik”, “Hastalıklar ve Bunlara Ait Tedavi Usulleri” gibi iki ana bölümü içerdiklerini görmekteyiz. Örneğin şu hadis koruyucu hekimlik açısından dikkat çekicidir. مَا مَلَأَ أَدْمِيَّ وَعَاءً شَرًّا مِنْ بَطْنِهِ ، بِحَسْبِ ابْنِ آدَمَ أَكْلَاتٍ يُقِمْنَ صُلْبَهُ ، فَإِنْ كَانَ لَا مَحَالَةَ ، فَتُلْتُ لَطْعَامِهِ ، وَتُلْتُ لِشْرَابِهِ ، وَتُلْتُ لِنَفْسِهِ “Hiçbir kişi, midesinden daha tehlikeli bir kap doldurmamıştır. Oysa insana kendini ayakta tutacak bir kaç lokma yeter. Şayet mutlaka çok yiyecekse, midesinin üçte birini yemeğe, üçte birini içeceğe, üçte birini de nefesine ayırmalıdır.”⁸

Bir gün bazı bedeviler Resulullah'ın yanına gelmişler ve konuşma sırasında kendisine şöyle bir soru yöneltmişlerdi:

“İslam’da ilaç kullanmak suretiyle tedavi olmak meşru mudur?”

Resulullah şöyle cevap vermiştir:

قَالَ تَادَوُوا، عِبَادَ اللَّهِ! فَإِنَّ اللَّهَ سُبْحَانَهُ لَمْ يَضَعْ دَاءً إِلَّا وَضَعَ مَعَهُ “Evet, ey Allah’ın kulları! Tedavi olun. Çünkü Allah, ihtiyarlık dışında, çare ve dermanını vermediği hiçbir hastalık yaratmamıştır.”⁹

⁶ Hamidullah, Muhammed, *İslam Peygamberi*, II, 806.

⁷ Çağatay, Neşet, *İslam Öncesi Arap Tarihi ve Cahiliye Çağı*, s. 146.

⁸ Tirmizi, Zühd, 47; İbn Mâce, Etime, 50.

⁹ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III, 156, IV, 278; Buharî, Tıb, 1; İbn Mâce, Tıb, 1; Tirmizî, Tıb, 2; Ebû Davud, Tıb, 1.

Bir başka hadisinde ise **“Eğer sen hastalığı kesinlikle iyileştiren ilacı bulmuşsan, Allah’ın takdir ve emriyle hasta iyileşir.”**¹⁰ buyurmuştur.

Diğer taraftan Peygamberimiz (s.a.v.), ciddi rahatsızlıkları olan arkadaşlarına Taifli Haris b. el-Kelede’ye muayene olmalarını tavsiye etmiştir.¹¹ Neticede her şeyi takdir eden Allah’tır; ancak o, bunları sebepler ve vasıtalarla gerçekleştirmektedir. Allah Teâlâ istenilen sonuçları elde etmek için insanın çaba göstermesini ve sebeplere sarılmasını istemiştir.¹²

Askerî seferlere çıkıldığında Resulullah (s.a.v.)’ın karargâhında her zaman kadın hastabakıcılar da bulunurdu. Medine’de de bu konuyla ilgili olarak sık sık “Rufeyde’nin çadırı”ndan söz edilir. Hatta bu çadır bazen Medine’deki büyük mescide kurulur ve yaralılar buraya taşınırdı. Her hâlde Rufeyde’nin sıradan bir hastabakıcı olmaktan başka tedaviyle ilgili bilgilere sahip olmak gibi özellikleri de olsa gerekir. İbn Hişâm (ö. 218/833)’ın ifadesine göre bu hanım Eslem kabilesine mensup olup hem yaralıların bakımıyla ilgilenir hem de gönüllü olarak sahipsiz Müslümanların hizmetine koşardı.¹³ Peygamberimizle birlikte savaşlara katılan Ümmü Atiyye de yaralıların tedavisiyle meşgul olurdu.¹⁴ Ümmü Umere ise savaşlara giderken yanında mutlaka bir ilk yardım çantası bulundururdu.¹⁵

Genel olarak Peygamberimiz (s.a.v.)in tıpla ilgili tavsiyelerinden şu sonuçları çıkarmak mümkündür:

Hadislerde her hastalığın bir çaresinin olduğu hatırlatılarak tıbbi araştırmalar yapmak ve tedavi yollarına başvurmak teşvik edilmiştir. Tedavi yollarından bahseden pek çok hadis yanında, *“haramla tedaviden sakındıran”* hadisler de vardır.

¹⁰ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V, 371; Beyhakî, *Sünen*, IX, 343.

¹¹ Ebu Davud, *Tıb*, 12.

¹² Hamidullah, *İslam Peygamberi*, II, 805.

¹³ Hamidullah, *İslam Peygamberi*, II, 808.

¹⁴ İbn Sa’d, *et-Tabakâtü’l-Kübrâ*, VIII, 455.

¹⁵ Vâkıdî, *Kitabü’l-Meğazî*, I, 274.

Ayrıca hastalığı tedavi için ilaç kullanmak, kan aldirmek, bazı durumlarda dağlama da hadislerde zikredilen tedavi usullerindedir.¹⁶

İlaç ve tedavi şekilleri ile tedavide kullanılan araçlar dünya işidir ve beşerî bilgi alanına girer. Beşerî bilgi de zamana, mekâna, şartlara bağlı olarak değişir ve gelişir. Peygamberimiz (s.a.v.)in tavsiye ettiği tedavi araçlarının çoğu beşerî bilgi ve tecrübeye elde edilmiştir. Şah Veliyyullah ed-Dihlevî (ö. 1176/1762) de sünneti, tebliğ amacı olan ve tebliğ amacı bulunmayan sünnet olmak üzere iki kısma ayırmıştır. Birinci kısımda Hz. Muhammed (s.a.v.)'in içtihatlarının da vahiy konumunda olduğunu, ikinci kısımda ise tecrübeye dayandığını ve tıbbi hadislerin de bu kısma dâhil olduğunu söylemiştir.¹⁷ Bu durumda tedaviyle ilgili mevcut bilgileri bilmek, daha iyi ve gelişmiş yöntemleri öğrenmeye çalışmak dine de sünnete de aykırı değildir. Bununla birlikte Peygamberimiz (s.a.v.)in tavsiye ettiği, yaşadığı zamanın şartları içinde iyi ve geçerli olan tedavi araçları, uygun kullanıldığında az da olsa insanlara faydasının olduğu bir gerçektir. Çünkü zarar verecek olsaydı Allah, Peygamberini uyarır, insanlara zarar verecek bir tavsiyede bulunmasını engellerdi. Öyleyse vahyin kontrolü ve irşadı altında bulunan Hz. Peygamber, tıp konusundaki uygulamalarında da en güzel örnektir.

Peygamberimiz (s.a.v.)in tıpla ilgili tavsiyelerinin din ve vahiyle ilişkisi konusunda, Buharî şârihi İbn Hacer (ö. 852/1449)'in şu sözleri dikkat çekicidir: “Tıp (tedavi) ikiye ayrılır: Kalbin tıbbı, beden tıbbı. Kalbin tedavisi ancak Peygamberimiz (s.a.v.)in, getirdiği vahiy ile olur. Bedenin tedavisine gelince bu konuda Hz. Peygamberden nakledilenler (onun söyledikleri) de vardır, başkalarının söyledikleri de vardır ve bunların çoğu tecrübeye dayanır.”¹⁸ Bu nedenle tıpla ilgili hadislerin geçmişte yapılan bazı açıklamaları günümüz tıp anlayışına uygun düşmeyebilir. Bu açıklamaların müelliflerinin dönemindeki tıp anlayışını yansıttığı

¹⁶ Buharî, Tıb, 3, 4, 10; Müslim, Selam, 71, 75; Tirmizî, Tıb, 10; Ebu Davud, Tıb, 7.

¹⁷ Dihlevî, *Hüccetullâhi'l-Bâliğa*, I, 372.

¹⁸ İbn Hacer el-Askalânî, *Fethü'l-Bârî*, X, 140.

düşünülmektedir, söz konusu izahlar hadislerin mutlak yorumu olarak görülmemelidir. Aksine hadisler yeni tıbbi anlayışlar çerçevesinde yeniden yorumlanmalıdır.¹⁹

Yusuf el-Kardâvî ise tıbb-ı nebevîye farklı açıdan yaklaşmıştır. Ona göre kan aldirmek, çörek otu ve sürme kullanmak gibi tıp hadislerini uygulamak sünnet değildir. Nebevî tıbbın amacı önemlidir. O da insan sağlığına önem vermek, tedavi olmak ve hastalıklardan korunmak gibi hususlardır.²⁰

Kanaatimizce Peygamberimiz (s.a.v.) döneminde bugün anladığımız manada organize bir tıp hizmeti sunulmuyordu. Mevcut tıp hizmetleri günlük ihtiyaçları karşılayan geleneksel uygulamalardan ibaretti. Bu hizmetlerin bir kısmı bu yönüyle toplumda temayüz etmiş kişiler tarafından yürütülüyordu. Örneğin doğum, sünnet, bazı cerrahî müdahaleler ile yaralı askerlerin tedavisi bu alanda tecrübesi ve ilmi daha fazla olan kişiler tarafından yapılıyordu. Bütün bu tıbbi faaliyetlerin yürütülmesinde Peygamberimiz (s.a.v.)'in açıklamaları, hatalı tıbbi uygulamaların düzeltilmesine ve tıba ilmî bir hüviyet kazandırılmasına önemli katkılar sağlamıştır. Böylece Hz. Peygamber (s.a.v.) daha sonraları “tıbb-ı nebevî” adıyla anılacak olan yeni bir tıp anlayışı başlatmış ve günümüz tıbbına da önemli katkıları olan bazı prensipler koymuştur.²¹

Temeli asr-ı saadette atılan bu yeni tıp anlayışı, tarihi süreç içerisinde gelişerek devam etmiştir. Bu çalışmada öncelikle önemli bir tarihi alt yapıya sahip olan bu tıbbi geleneğin hukuki yönü ön plana çıkarılarak incelenmesi amaçlanmaktadır. Diğer taraftan tarihi süreçte gelişen hayat şartları sorumluluk alanında yeni sorumlulukların doğmasını da beraberinde getirmiştir. Buna bağlı olarak bu çalışmanın amaçları arasında tıbbi hukuk alanında ortaya çıkan yeni gelişmeler dikkate alınarak tıbbi müdahalelerin sorumluluk hukuku açısından incelenmesi de yer almaktadır.

¹⁹ Nesimî, *a.g.e.*, I, 121.

²⁰ Kardâvî, Yusuf, *Sünneti Anlamada Yöntem*, s. 154, 155.

²¹ Denizkuşları, Mahmud, *Kur'an-ı Kerim ve Hadislerde Tıp*, s. 146.

Tıbbi müdahalede sorumluluk deyince hekim, hasta ve tedavi akla gelmektedir. Bu durumda öncelikle bir kişiye hekimlik sıfatı kazandıran özellikler ve hekim kavramın kapsamı tespit edilmelidir. Ardından tıbbi müdahale ve tıbbi müdahaleye meşruluk kazandıran unsurlar bilinmelidir. Ayrıca tıbbi müdahalenin amaçları tespit edilerek bu doğrultuda tıbbi müdahale görünümünde olmasına rağmen aslında tıbbi müdahale sayılmayan girişimler ayıklanmalıdır. Çünkü sorumluluk açısından tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu ayrı bir değer taşımaktadır.

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

İnsan sağlığı ve bedeni normal durumlarda sözleşmelere konu olmayacak kadar mükerrem ve değerlidir. Ancak insan sağlığı ve bedeni üzerinde gerçekleşen tıbbi müdahalelerle insanın bu değeri bazen ihlâl eilmektedir.

Gerçektende her gün basında, hekim hatası yüzünden pek çok sayıda insanın ya sakat kaldığını ya da hayatını kaybettiğini malesef üzülen okuyoruz. Örneğin kırık bir kolun hatalı bir şekilde alçıya alınmasıyla kırık kolun kangren olması sonucunda kesildiği en çok duyduğumuz vakalardan biridir. Bu ve buna benzer örneklerde hasta veya yakını çoğu kez hekim hatası iddiasında bulunurken hekimler de kesinlikle böyle bir şey olmadığını ileri sürerler. Bu çalışmada, öncelikle tıbbi müdahalelerde hekime ne gibi sorumluluklar terettüp ettiği tartışılacaktır. Ancak bu tartışmaları sağlıklı bir zemine oturtmak için taraflar arasındaki hukuki münasebetin tespit edilmesi bu çalışmanın en önemli amaçlarından birini oluşturmaktadır.

II. Araştırmada Başvurulan Kaynaklar

Kur'an-ı Kerim'de tıpla ilgili yer alan genel ilkeler ve Hz. Peygamber (s.a.v.)in sağlık konusuna gösterdiği özen, İslam toplumunda tıbbın gelişmesinin en önemli amili olmuştur. Nebevî tıp, ilk dönemlerden itibaren muhaddislerin ilgisini çekmiştir. İlk hadis kitaplarında Hz. Peygamber (s.a.v.)den rivayet edilen hadisler tespit ve

tasnif edilmiştir. Peygamberimiz (s.a.v.)den özellikle koruyucu hekimlik (et-tıbbu'l-vikâî) ile alakalı çok sayıda hadis rivayet edilmiştir. Ancak bunların çoğunluğu taharet, namaz, oruç, cihat, kader ve muhtelif fıkıh bablarına dağılmış bir şekilde bulunmaktadır.²² Tıbb-ı nebevî kitaplarına ve hadis kitaplarındaki tıp bölümlerine ise koruyucu hekimlikle ilgili hadislerden ziyade, tedavi edici tıp (et-tıbbu'l-ilâcî) ile alakalı hadisler alınmıştır.²³

Peygamberimiz (s.a.v.)in tıpla ilgili hadisleri, hadis kitaplarında daha çok “kitâbu't-tıbb” bölümlerinde tasnif edilmiştir. İmam Malik (ö. 179/795), *el-Muvatta*'da “Kitabü'l-Ayn” bölümünde, göz değmesi, rukye, hastalık ve tedaviyle ilgili 14 hadisi bir araya getirmiştir. Daha sonra İmam Buharî (ö. 256/870), *el-Camiü's-sahîh* adlı eserinin 79. Bölümünü tıp konusundaki hadislere ayırmış ve bu bölüme “Kitâbu't-Tıbb” başlığını koymuştur. Buharî'den sonraki muhaddisler, tıpla ilgili hadisleri genelde bu başlık altında toplamışlardır. Ebu Davud (ö. 316/928)'un *Sünen*'inin 29. kitabı, İbn Mâce (ö. 273/886)'nin *Sünen*'inin 32. kitabı ve Tirmizî (ö. 279/893)'nin *el-Cami*'nin 29. kitabı tıp konusundaki hadisleri ihtiva etmektedir. Müslim (ö. 261/875) ise tıpla ilgili hadisleri *Sahih*'in 40. kitabı olan “Kitâbu's-Selam”da tahriç etmiştir.

Hacimli hadis kitaplarında yer alan tıbb-ı nebevî ile ilgili bölümlerin dışında, müstakil olarak meydana getirilmiş eserler de vardır. Umumiyetle tıbb-ı nebevî adını taşıyan bu eserlerin meydana getirilmeye başlanıldığı dönem, erken bir devreye rastlamaktadır. Ulaşabildiğimiz ilk tıbb-ı nebevî kitabı Abdülmelik b. Habîb el-Endelüsî (ö. 238/852)'ye aittir.²⁴ Daha sonra Muhammed en-Nîsâbûrî (ö. 245/860), Ahmed b. Muhammed ed-Dineverî (ö. 364/975) ve Ebu Nu'aym el-İsfahânî (ö. 430/1038) tıbb-ı nebevî ile ilgili müstakil eserler telif etmişlerdir. Muhaddis ve tarihçi ez-Zehebî'nin (ö. 748/1347) *et-Tıbbu'n-Nebevî* adlı çalışması, bu sahadaki meşhur eserlerdendir. Tıbb-ı nebevîye ilişkin en hacimli eser ise es-Suyûtî'nin (ö. 911/1505) *et-Tıbbu'n-Nebevî*'sidir. İbn Kayyim el-Cevziyye, (ö. 751/1350), *Zâdü'l-*

²² Endelüsî, *et-Tıbbu'n-Nebevî*, s.7.

²³ Nesimî, *a.g.e.*, I, 8.

²⁴ Küçük, Raşit, “Tıbb-ı Nebevî Literatürü Üzerine Bir Deneme”, *İlim ve Sanat Dergisi*, s. 5-7.

Meâd, isimli eserinin dördüncü cildini tamamen tıbb-ı nebevîye ayırmıştır. Bu eser özellikle çağdaş İslam hukuku çalışmalarında önemli bir başvuru kaynağı olmuştur.

Osmanlı Döneminde son yazılan tıbb-ı nebevî Hüseyin Remzi Bey'e (ö. 1896) aittir. Cumhuriyet Döneminde bu konuda Mahmut Denizkuşları tarafından Bursa Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi (Yüksek İslam Enstitüsü)'nde bir doktora tezi yapılmıştır. Bu tezde tıbb-ı nebevî ile ilgili 15 eserin tanıtımı yapılmıştır.²⁵ Tıbb-ı nebevî konusundaki araştırmalar günümüzde de devam etmektedir. Bunlar arasında en kapsamlı olanı Mahmud Nazım en-Nesimî'nin *et-Tıbbu'n-Nebevî ve'l-İlmu'l-Hadis* adlı üç ciltlik eseridir. Müellif bu eserinde tıbb-ı nebevîyi dört ana bölümde ele almıştır. Birinci bölümde koruyucu hekimlikle, ikinci bölümde tedaviyle ilgili ayet, hadis ve bu naslarla ilgili açıklama niteliğindeki rivayetlere yer vermiştir. Üçüncü bölümde insanın yaratılması ve aşamalarına ve bunlarla ilgili tıbbi meselelere değinmiştir. Bu çalışmayı daha fazla ilgilendiren son bölümde ise tedavinin meşruiyetine ve çeşitli tedavi yöntemleriyle ilgili rivayetlere yer vermiştir.

Tıbbi sorumluluk konusu bilinen ilk fıkıh eserlerinden itibaren İslam hukuk doktrininde ele alınıp tartışılmış ve konuyla ilgili muhtelif hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümler ilkesel düzeyde olup ayrıntıları içtihatlarla bırakılmıştır. Özellikle İmam Şâfiî(ö. 204/819)'nin *el-Ümm* adlı eserinde *Kitabü'l-Hudud* bölümünde “Babü Hatai't-Tabîb” şeklinde bir başlık açması konumuz açısından dikkat çekicidir.²⁶ Daha sonraki fıkıh eserlerinde ve fetva mecmualarında da doktor, cerrah, ebe, sünnetçi, haccâm²⁷ ve fessâd²⁸ gibi sağlık personeli ile ilgili hükümler ceza hukukunun hataen adam öldürme, yaralama ve sakat bırakma, diyet konuları kapsamında kısas ve diyet bölümlerinde incelenmiştir. Borçlar hukuku kapsamında ise icâre bölümünde ecîr-i müşterek ve ıstınsa' (eser) akdi konusu altında ele alınmıştır.

²⁵ Tekineş, Ayhan, “Alternatif İslamî Tıp: Tıbbî Nebevî”, *Dîvân Dergisi*, s. 61.

²⁶ Şâfiî, *el-Ümm*, VIII, 123.

²⁷ Ağızla ya da başka bir aletle vücuttan pis kan ya da irin alan kimse. Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, s. 127.

²⁸ Tedavi amacıyla kan alan kişi.

Günümüzde ise konu hakkında müstakil eserler yazılmış veya bazı eserlerde konuya geniş yer verilmiştir. Bu eserlerin bir kısmında yazıldıkları ülkenin meri hukukuyla mukayeselere yer verilmiştir. Yapılan bu çalışmalardan bazıları şunlardır: Abdülkadir Udeh, *et-Teşriü'l-Cinaiyyü'l-İslâmî: Mukarenen li-Kanuni'l-Vaz'î*, Muhammed Ebu Zehra, *İslam Hukukunda Suç ve Ceza*; Kays b. Muhammed Âli Şeyh el-Mübarek, *et-Tedavi ve'l-Mes'uliyyeti't-Tıbbiyye fi's-Şeriatil-İslâmiyye*; Ahmed Mezid Çekni eş-Şinkiti, *Ahkamü'l-Ciraheti't-Tıbbiyyeti ve'l-Asarü'l-Müterettibetü Aleyha*; Ahmet Hüseyin Şerefüddin, *el-Ahkamü's-Şeriyye li'l-A'mali't-Tıbbiyye*; Abdullah Kaya Usame, *el-Mesuliyyetü'l-Cinaiyye li'l-Etılba*; Mahmud Muhammed Abdülaziz Zeyni, *Mesuliyyetü'l-Etılba*; Abdullah b. Salim Gamidi, *Mesuliyyetü't-Tabibi'l-Miheniyye Dirase Ta'siliyye Mukarene Beyne's-Şeriatil-İslâmiyye ve'l-Kavanini'l-Muasıra*; Züheyr Ahmed Sibaî ve Muhammed Ali Bâr, *et-Tabib: Edebuhu ve Fıkhuhu*; Muhtar Salim, *et-Tıbbü'l-İnsanî Beyne'l-Akideti ve'l-İbda'*.

Bu eserler arasında özellikle içeriği, sistematığı ve diğerlerine kaynaklık etmesi açısından el-Mübarek ile eş-Şinkiti'nin eserleri dikkat çekicidir. Mübarek'in *et-Tedavi ve'l-Mes'uliyyeti't-Tıbbiyye fi's-Şeriatil-İslâmiyye* eseri üç bölüm ve 392 sayfadan oluşmaktadır. Birinci bölümde tıbbi sorumluluk ve tıbbi müdahalenin tanımı ile tıbbi faaliyetlerin meşruiyetine yer verilmiştir. İkinci bölümde tıbbi mesuliyetin sebepleri ile mesuliyeti düşüren unsurlar üzerinde durulmuştur. Üçüncü bölümde ise sorumluluğun tespiti ve sonuçları incelenmiştir. Kitabın sonunda ise konuyla ilgili ayet, hadis, fıkhi kaideler ve kaynak eserlerden oluşan geniş bir literatür verilmiştir.

eş-Şinkiti'nin *Ahkamü'l-Ciraheti't-Tıbbiyyeti ve'l-Asarü'l-Müterettibetü Aleyha* adlı eseri dört bölüm 709 sayfadan oluşmaktadır. Bu esrin birinci bölümünde tıbbi müdahalenin tanımı, tarihi seyri ve meşruiyeti incelemeye tabi tutulmuştur. İkinci bölümde hukuka uygun olan ve hukuka uygun olmayan tıbbi müdahaleler ayrı ayrı ele alınmıştır. Üçüncü bölümde tıbbi müdahalenin aşamaları ile bazı tıbbi müdahalelerin hükmü incelenmiştir. Dördüncü bölümde ise tıbbi sorumluluk ile sorumluluğun sonuçları yer almaktadır. Şinkiti bu alanda yazılan diğer eserlerden

farklı olarak dördüncü bölümde tıbbi müdahaleler dolayısıyla ibadetlerde kişiye tanınan ruhsatlara da yer vermiştir.

İslam Konferansı Teşkilâtı'na bağlı İslam Fıkıh Akademisi 2004 yılında Umman'da yaptığı 15. dönem toplantısında “Doktorun Sorumluluğu”nu ele almıştır. Bu toplantıda Muhammed Ali el-Bâr, Hassan Şemsî Paşa, Hasan el-Cevahirî, Muhammed el- Muhtar es-Selâmî, Muhammed Ahmed Abdülhâdî es-Sırâc tarafından birer tebliğ sunulmuştur. Yapılan tartışmaların sonunda beş maddelik bir karar alınmıştır. Bu kararlar Mecelletü Mecmai'l-Fıkhi'l-İslami'nin 15. sayının 4. cildinde yayınlanmıştır. Ayrıca Kuveyt Vakıflar Bakanlığı tarafından hazırlanan *el-Mevsuatü'l-Fıkhiyye*, adlı ansiklopedik çalışmada da konumuzla ilgili önemli bilgiler yer almaktadır.

İslam ülkelerinde yapılan çalışmaların birçoğunda sorumluluğun ahlaki yönü ön plana çıkarılmıştır. Örneğin tıbbi sorumluluğun en önemli nedenlerinden biri olan “özen eksikliği ve sır saklama borcunun ihlâli” gibi konular ahlaki sorumluluk kapsamında değerlendirilmiştir. Hâlbuki tedavilerde elde edilen olumsuz sonuçlarının çoğu özen eksikliğinin yol açtığı ihmâllerdir. Diğer taraftan bu çalışmaların çoğunda tıbbi müdahalenin meşruiyeti hastanın iznine dayandırılmıştır. Hâl böyle olunca sorumluluğun gerekçesi iznin olmayışına dolayısıyla haksız fiile dayandırılmıştır. Çok azı akdi (icare akdi) bir ilişkiden söz etmekle birlikte konuyu bu kapsamda değerlendirmemişlerdir. Hâlbuki çok yönlü ilişkileri ve karmaşık sonuçları bünyesinde bulunduran tıbbi müdahaleleri sadece hastanın izni doğrultusunda değerlendirmek bazı problemler doğurabilir. Örneğin ameliyatın genişletilmesi, acil vakalar gibi durumlarda hastanın izni söz konusu olmamaktadır.

Konumuzla ilgili bilgiler fıkıh kaynaklarımızda daha çok ceza hukuku bölümlerinde yer almaktadır. Dolayısıyla çağdaş çalışmaların çoğu ağırlıkta olarak konuyu ceza hukuku açısından ele almışlardır. Konuya sorumluluk açısından bakıldığında tıbbi müdahalelerden doğan sorumluluğun daha çok hukuki (medeni) sorumlulukla ilgili olduğu görülür. Öyleyse konunun medeni sorumluluk açısından incelenmesi daha fazla öne arzetmektedir. Bu nedenle konu ceza hukukunun yanı sıra borçlar hukuku açısından da ele alınmalıdır. Yapılan bu çalışmada hekimle hasta

arasındaki ilişki borçlar hukuku açısından ele alınmış ve medeni sorumluluk öncelenmiştir.

Ülkemizde ise bu alanda tez olarak (Yüksek lisans/doktora) konumuzu tam anlamıyla kapsayan her hangi bir çalışma yapılmamıştır. Sadece Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesinden Ali Kaya Hoca'nın doktora tezi değerinde bir makalesi bulunmaktadır. Ancak bu makalede klasik fıkıh literatürünün dikkate alınmış olması çok önemli olmakla birlikte günümüzde bu alanda yapılan çalışmalardan yararlanılmamış olması bir eksiklik olsa gerek. Bu durum bu alanda böyle bir çalışma yapmamıza karar vermede önemli amillerden biri olmuştur.

Konumuzla dolaylı da olsa ilişkisi bulunan bazı kitap ve makaleler daha çok tıbb-ı nebevi eksenli çalışmalardır. Ancak Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi'nin konumuzla ilgili maddelerinden, Din İşleri Yüksek Kurulu'nun ilgili kararlarından ve tıp tarihini konu alan sempozyumlarda sunulan bildirimlerden önemli ölçüde faydalandığımı belirtmek isterim.

Bu tez çalışmamızın kaynakları arasında Türk Pozitif Hukuku'nu konu alan eserler de önemli ölçüde yer almaktadır. Özellikle Mehmet Ayan'ın *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk* adlı eseri gerek sistematığı gerekse içeriği bakımından bu alanda yapılan çalışmalar arasında önemli bir yere sahiptir. Bizim de çokça yararlandığımız bu eser kendisinden sonra yapılan çalışmalar için önemli bir kaynak eser olmuştur.

Türk hukukunda "Tıbbi Hukuk" adı altında yeni bir hukuk dalı oluşturma amacı da taşıyan eserlerin en önemlileri şunlardır: Cüneyt Çilingiroğlu, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*; Köksal Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*; Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*; Barış Erman, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*; Merter Özay, *Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu*. Ayrıca konumuz açısından Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman'ın *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Fikret Eren'nin *Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Ayhan Önder'in Ceza Hukuku Dersleri* adlı kitapları ile *TBK, TCK, TDN, TMK, TŞSTİDK* önemli birer kaynak niteliği taşımaktadır.

Tıp ilmi, teşhis ve tedavi yöntemlerindeki gelişmelere ve yeniliklere paralel olarak sürekli gelişme içerisindedir. Bu gelişmelerle birlikte tıbbi faaliyetlerde bulunan hekimlerin sorumluluk alanları da genişlemekte ve kendine özgü nitelikler kazanmaktadır. Bunun sonucunda da tıbbi sorumluluk konusu kendine özgü kurallarıyla özel olarak çalışılması gereği ortaya çıkmıştır. Kanunun arz ettiği bu öneme karşılık, özel bir çalışmanın bulunmaması “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk” konusunun doktora tezi olarak seçilmesinde etkili olan sebeplerden biri olmuştur.

III. Konunun Kavramsal Çerçevesi ve Sınırlandırılması

Tezin adı belirlenirken failden (hekimden) değil, fiilden (tıbbi müdahaleden) hareket edilmiş ve isim olarak “İslam Hukukunda Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk” ifadesi tercih edilmiştir. Bu, hem konunun sadece münferit bir hekimin sorumluluğu ile sınırlı olmadığını gösterecek hem de hastanelerde yapılan tıbbi müdahaleler bakımından hastane işletmecisinin sorumluluğunu ele alabilme imkânı verecektir. Ancak bu çalışmada hastane işletmecisinin sorumluluğuna, sadece hekimin sorumluluğunun sınırlarını belirlemeye imkân tanıyacak kadar değinilecektir. Çünkü hastanenin sorumluluğu ayrı bir çalışma konusu olacak kadar geniştir.

Çalışmamızda sıkça bahsi geçen “tıbbi müdahale”, “hukuki sorumluluk” ve “hekim” kavramları incelenmiş, İslam hukukundaki yeri ve bunlarla ilgili hükümlere yer verilmiştir. Bu kavramsal çerçeve aynı zamanda tezin sınırlarını da oluşturmaktadır. Çalışmamızda öncelik ve ağırlık İslam hukuku kaynaklarına verildiği için tezin isminde “İslam Hukuku” kaydına yer verilmiştir. Ancak zaman zaman pozitif hukukun kaynaklarından da faydalanılarak genellikle her konunun sonunda mukayeselere yer verilmiştir.

Yetkili ve uzman bir kişinin tedavi amacıyla gerçekleştirdiği her türlü faaliyet tıbbi müdahale olarak isimlendirilir. Dolayısıyla tıbbi müdahale kavramı, hekimin hastaya yönelik müdahalesinde taşıdığı amaç bakımından değer kazanacaktır. Çünkü hekimin amacı, aynı sonuçlara yol açan iki eylemden birine tıbbi müdahale niteliği

kazandırırken diğereine suç niteliği kazandırmaktadır. O hâlde kişinin yaşamına, sağlığına veya vücut tamlığına yönelik bir müdahalenin, tıbbi müdahale olarak kabul edilebilmesi için birtakım şartların olması gerekir. Çalışmamızın birinci bölümünde detaylı olarak ele alınacak olan bu şartların varlığı aynı zamanda müdahaleyi hukuka uygun hâle getirecek ve müdahaleyi yapan doktorun sorumluluğu da söz konusu olmayacaktır.

Tezimizin ana gövdesini oluşturan kavramlardan biri de sorumluluktur. Sorumluluk, başta dinî (uhrevî), ahlaki ve hukuki olmak üzere çeşitli yönleri olan geniş bir kavramdır. Bu çalışmada sadece hekimin sorumluluğu hukuki açıdan ele alınacaktır. Sorumluluğun insan ile Allah (c.c.) arasındaki ilişkiler yönünü ifade eden dinî sorumluluk konumuz dışında tutulacaktır. Ayrıca insanın kendi vicdanına karşı sorumluluğunun ifadesi olan ahlaki sorumluluğa da bu tezde değinilmeyecektir.

Hukuk dilinde sorumluluk denilince cezai ve hukuki (medeni) olmak üzere iki tür sorumluluk akla gelmektedir. Cezai sorumluluk, kişinin isteyerek, anlamını ve sonucunu idrak ederek yapmış olduğu yasak fiillerin sonucuna katlanması demektir.²⁹ Hukuki sorumluluk ise bir kişinin, hukuka aykırı davranışı nedeniyle başkalarına verdiği zararı tazmin etme zorunluluğu olarak tanımlanmaktadır. Tazminat borcu ise hukuki sorumluluğun müeyyide ve neticesidir.³⁰ Bu yönüyle hukuki sorumluluk, bir zararın giderimi ile ilgili tüm akdi ve akit dışı yükümlülükleri gösterir. Tıbbi müdahaleler açısından bakıldığında tazmin yükümlülüğünün kaynağını bir haksız fiil teşkil edebileceği gibi, hekim ile hasta arasında önceden geçerli olarak kurulmuş bir akit de oluşturabilir. Bu çalışmada hekimin hukuki sorumluluğu bu iki sorumluluk sebebinden hareketle ele alınmıştır.

Cezai sorumluluk ile medeni sorumluluk, her ikisinde de yapılan işin hukuka aykırı olması bakımından ortak özelliğe sahip olmakla birlikte, bazı hususlarda farklılıklar taşımaktadırlar. Bizi böyle bir ayırım yapıp da konuyu sadece hukuki sorumluluklarda sınırlandırmamıza sevk eden en önemli sebep, cezaî sorumluluğun

²⁹ Udeh, *a.g.e.*, I, 392.

³⁰ İmre, Zahit, *Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Hâlleri*, s. 5.

sübutu için failin kastının/kusurunun bulunması şartıdır. Hukuki sorumlulukta ise kasıt/kusur şart değildir. Kaldı ki hekimin sorumluluğunda kasıtlı davranışlar fazla görülmez. Sorumluluğa esas teşkil eden olayların büyük çoğunluğu ihmal şeklinde kendini gösterir.³¹

Bir diğer sebep de hukuki sorumlulukta hükmedilecek tazminat/bedel, meydana gelen zararı karşılayacak oranda olur. Cezai sorumlulukta ise suçun durumuna göre, verilecek ceza farklılık arz edebilir. Örneğin cezai sorumluluk sonucunda kısas cezası verilebilmektedir. Hâlbuki doktorun zarar veren davranışı hiçbir zaman kısasla cezalandırılmaz. Bu nedenle konu sadece hukukî sorumluluk açısından ele alınacaktır. Dolayısıyla tez metninde yalın olarak kullanılan “sorumluluk” ifadesinin hukuki sorumluluk anlamında kullanıldığını şimdiden belirtmekte fayda görmekteyiz.

IV. Araştırmanın Metodu

İslam hukuku ile ilgili günümüzde yapılan çalışmalarda genellikle iki yöntem uygulanmaktadır. Bu yöntemlerden birisi, araştırma konusunun, İslam hukuku kaynaklarında ele alındığı şekliyle incelemeye tabi tutulmasıdır. Bu tez çalışmasında da tercih edilmiş olan diğer yöntem ise araştırma konusunun başka bir hukukun sistematiğini benimseyerek ve terimlerinden yararlanarak ele alınmasıdır. Bu anlamda konunun sistematiğinde Türk pozitif hukukunun sistematiğinden faydalanılmıştır. Ayrıca konu, mümkün olduğunca Türk pozitif hukuku ile mukayeseli olarak ele alınmıştır.

Klasik fıkıh literatüründe konuyla ilgili malumatın değişik yönleriyle farklı bölümlerde yer alması ikinci metodun tercih edilmesinin en önemli amillerinden biri olmuştur. Diğer taraftan kavramların aslına sadık kalmakla birlikte gerek çağdaş İslam hukukunda gerek pozitif hukuktaki kullanımlarına da yer verilmiştir. Doğrudan tıp ilmiyle ilgili kavram ve uygulamaların isimlendirilmesi ve tanımlanmasında genellikle günümüz tıp literatürünün verilerinden faydalanılmıştır. Yazılı eserlerin

³¹ Esen, Hüseyin, *İslam Hukukunda Cezaî Sorumluluk*, s. 13, 14.

yanı sıra bazı hukukçu ve tıp doktorlarıyla da görüşülerek edinilen şifahi bilgilerle çalışmaya önemli katkılar sağlanmıştır.

Tezin yazımında üslup ve dil açısından Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü tarafından hazırlanmış olan *Tez Hazırlama ve Yazma Kılavuzu*, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)* ve *Türk Dil Kurumu İmla Kılavuzu* esas alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM
TIBBİ MÜDAHALE

İnsan, ruh ve bedenden oluşan bir varlıktır. Onun sağlığı da bu her iki yönün sıhhat ve afiyet üzere olmasına bağlıdır. Bedenimiz birtakım biyoloji kurallarına bağlı olarak çalışmaktadır. Onlarda meydana gelen bozulma hastalık olarak karşımıza çıkmaktadır. Kur'an-ı Kerim'de iki tür hastalıktan bahsedilmektedir. Bunlardan birincisi inkâr, nifak, şirk, şüphe gibi olumsuzlukların oluşturduğu kalp (manevi) hastalığıdır.³² Mecazi anlamdaki bu manevi hastalık konumuz dışındadır. Kur'an'da söz konusu edilen bir diğer hastalık türü ise bizim de konumuzu ilgilendiren fiziki (maddi) hastalıklardır. Bu hastalıkların bazı ibadetlerin gerçekleştirilmesine engel olmasından bahsedilerek³³ sağlığa zarar verici tutum ve davranışlardan kaçınılması istenmiştir.³⁴ İnsanın beden sağlığını koruması için alacağı tedbirler koruyucu hekimliğin konusudur. İleride bu konuya kısaca yer verilecektir. Bu bölümde daha çok hastalık durumundan sonrası yani kişiyi tekrar sağlığına kavuşturma ameliyeleri ele alınacaktır ki buna genel anlamda “tıbbi müdahale” denir.

I. Tıbbi Müdahale Kavramı

Sözlükte hastalıkları iyileştirmek, hafifletmek veya önlemek amacıyla başvurulan teknik ve bilimsel çalışmaların tümünü konu edinen bilim dalına tıp denir.³⁵ Tıp ilmini tahsil ettikten sonra hastalıkları teşhis ve onları ilaçlarla veya bazı araçlarla tedavi eden kimseye ise doktor, hekim veya tabip denir. Tıpta yetkili ve uzman bir kişinin yani doktorun tedavi amacıyla gerçekleştirdiği her türlü faaliyete ise “tıbbi müdahale” denir.³⁶ Tıbbi müdahale, en basit muayene, teşhis ve tedavi yönteminden en ağır cerrahi müdahalelere kadar geniş bir faaliyet alanına sahiptir. Tıbbi müdahale ile öncelikle kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığı,

³² Bakara, 2/10; Müddessir, 74/31; Nûr, 24/48-50; Ahzâb, 33/32.

³³ Bakara, 2/184, 196.

³⁴ Mâide, 5/90.

³⁵ Kocatürk, Utkan, *Tıp Terimleri Sözlüğü*, s. 470.

³⁶ Ayan, Mehmet, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*, s. 5; Şinkiti, *Ahkamü'l-Ciraheti't-Tibbiyyeti ve'l-Asarü'l-Müterettibetü Aleyha*, s. 39, 131.

noksanlığı tedavi edilir. Bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletme, acıları dindirme ve onları böyle bir rahatsızlıktan koruma yoluna gidilir.³⁷

Fiziksel tamlığa ilişkin olmamakla birlikte psikolojik hastalıklara yönelik girişimler de tıbbi müdahale kapsamındadır. Bu nedenle doktorun sözleri, önerileri, davranışları ve hastayla ilişkisinde kullandığı yaklaşım metodu da bu kavram içinde değerlendirilir. Diğer taraftan hastalıkları önlemeye ve hafifletmeye yönelik müdahaleler de tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilir. Örneğin hastalıktan korunmaya yönelik olan aşı, hastaya diyet önerme ve kan alma gibi faaliyetler ilgili sağlık personeli tarafından bilimsel ve tıbbi şekilde yapılması, vücut bütünlüğüne doğrudan ya da dolaylı etki etmesi kaydıyla tıbbi müdahale sayılır.³⁸

Tıbbi müdahaleyle gerçekleştirilmek istenen pek çok amaç olmakla birlikte asıl amaç hastayı tedavi ederek iyileşmesini sağlamaktır. Bu nedenle doktor tarafından yapılmış olsa bile hastayı iyileştirme amacı taşımayan bir işlem tıbbi müdahale sayılmaz. Tedavi amacı olmayan estetik müdahaleler, meşru bir sebebe dayanmayan kürtaj buna örnek olarak verilebilir. Çünkü bu tip müdahalelerde kişinin sağlık kazanması birincil amaç değildir. Neticede müdahaleyi yapan suç işlemiş³⁹ ve hasta da böyle bir fiil sonucunda ölmüşse doktor “adam öldürme” suçu işlemiş olur.⁴⁰

II. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu İçin Gerekli Şartlar

Tıbbi müdahaleler nitelikleri itibariyle temelde önemli kişilik haklarını ihlal ettiklerinden objektif olarak müessir fiil suçunun kanuni unsurlarını yapılarında taşırlar. Ancak çok eski zamanlardan beri bu tip faaliyetlerin yapılması, toplum tarafından kabul edilmesi hatta yapılmalarının devlet tarafından desteklenmesi, ilgilinin müdahaleye rızasının bulunması, fiilin suç teşkil edip etmediği; suç teşkil etmediği kabul edilirse müdahalenin hukuka uygunluğunun gerekçesinin ne olduğu konusunda pek çok görüşün ortaya atılmasına neden olmuştur.

³⁷ Çilingiroğlu, Cüneyt, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, s. 15.

³⁸ Çakmut, Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, s. 24.

³⁹ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid*, IV, 251.

⁴⁰ Ebu Zehra, *el-Cerime*, s. 486.

Tıbbi müdahalenin tanımından da anlaşılacağı üzere, hastaya yönelik gerçekleştirilen iki eylemden biri tıbbi müdahale sayılırken diğeri ise suç sayılmaktadır. Bunun nedeni fiilleri işleyenlerin vasıflarının veya amaçlarının farklı olmasıdır. Zira biri tedavi amacıyla diğeri ise başka bir amaçla yapılmaktadır. İşte bu sebeple, sonuç aynı olsa da hukuk, doktorun fiilini meşru kabul ederken diğerrinin fiilini suç saymıştır. Kişinin yaşamına, sağlığına veya vücut tamlığına yönelik bir müdahalenin, hukuka uygun kabul edilebilmesi için birtakım şartların bulunması gerekir. Bu şartların varlığı aynı zamanda müdahaleyi yapan doktorun sorumluluğunu da etkileyecektir. Çalışmamızın bu kısmında söz konusu şartları ve günümüzde genellikle bu konuda benimsen görüşün ne olduğunu belirlemeye çalışacağız.

A. Kanuni Unsur (Tipiklik)

Günümüz hukuk sistemlerinde bir suçun varlığı için işlenen fiilin kanunda gösterilen tarife uygun olması gerekir. İşlenen fiilin kanundaki tarife uygun olmasına “kanuni unsur”⁴¹ diyenler olduğu gibi “tipiklik” olarak ifade edenler de vardır.⁴² Kanuni unsur, maddi olay olarak bir fiilin ne zaman suç vasfını alacağını belirlemekten ibarettir. Bu da fiilin kanuni tarife uygun olup olmamasını araştırmakla ortaya çıkar.⁴³

Günümüz pozitif hukukçularından kanuni unsurun bulunmadığını savunanlara göre tıbbi müdahale kanuni tarife uygun, yani tipik değildir. Müessir fiil ve adam öldürme suçları, kişinin beden bütünlüğüne zarar vermek amacıyla yapılan hareketlerin sonucudur. Hâlbuki tıbbi müdahaleler vücuda şifa kazandırmak maksadına yöneliktir.⁴⁴ Bu fark, tıbbi müdahale ile ortaya çıkan fiilin kanuni modele uygun (tipik) olmadığını gösterir. Bu görüşü kabul edenlerin bazıları ise müdahale başarıyla sonuçlandığı takdirde kanunilik unsurunun olmayacağını, başarısızlık

⁴¹ Dönmezer, Sulhi ve Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, I, 310,

⁴² Önder, Ayhan, *Ceza Hukuk Dersleri*, s. 153.

⁴³ Dönmezer ve Erman, *a.g.e.*, I, 361.

⁴⁴ Şinkiti, *a.g.e.*, s. 32, 33. Burada tıbbi müdahale ile ilgili verilen bir çok tanımlamalar bulunmaktadır. Bu tanımlamalarda dikkat çeken ortak noktanın tedavi etmek ve şifa kazandırmak olduğu görülmektedir.

hâlinde kanuni unsurun var olacağını, yani suçun meydana geleceğini ileri sürmüşlerdir. Bu görüş sahipleri, tıbbi müdahalede bulunan kişinin vasfını dikkate almadıkları ve neticeyi tesadüflere bağladıkları için yoğun eleştirilere maruz kalmışlardır.⁴⁵ Hâlbuki doktor olumlu sonuç alacağına zanni galibiyle kanaat getirirse tedaviyi başlatır.⁴⁶

Neticede tıbbi müdahaleler açısından ortada kanuni tipe uygun bir fiil yoktur. Suç oluşmasını sağlayacak hareket veya sonuç gerçekleşmemiştir. Dolayısıyla yapılan fiil unsurlardaki eksiklik nedeniyle hukuka uygundur.⁴⁷

İslam hukukunda ise bir fiilin suç sayılabilmesi için o fiilin doğrudan ya da dolaylı olarak şari tarafından yasaklanmış olması gerekir. Bu açıdan baktığımızda İslam hukuku kaynaklarında yasaklamanın aksine tıbbi müdahaleyi teşvik eden naslar bulunmaktadır. Peygamberimiz (s.a.v.) hastalandığında bizzat tedavi olmuş yakın çevresine ve ashabına da tedavi olmayı emretmiştir. Bedeviler bir defasında: “Ey Allah’ın Resulü! Hastalandığımız zaman tedavi yollarını aramasak bu günah mıdır?” diye sordular. Peygamberimiz (s.a.v.): **“Evet, ey Allah’ın kulları! Tedavi olun. Çünkü Allah, ihtiyarlık dışında, çare ve dermanını vermediği hiçbir hastalık yaratmamıştır.”**⁴⁸ buyurdu. Peygamberimiz (s.a.v.)’in bu ve benzeri⁴⁹ hadisleri de tedavi hususunda bilimsel gelişmenin, mevcut bilgileri aşmanın ve tıbbi müdahaleye başvurma birer sâiki olarak görülebilir.

B. Tıbbi Müdahalenin Uzman Doktor Tarafından Yapılması

Tıbbi müdahalenin yetkili ve uzman bir hekim tarafından yapılması gerekir. Bu nedenle yetkisiz birinin, yani doktor olmayan kişilerin yaptığı müdahalelere tıbbi müdahale denilmez. Böyle bir müdahaleden dolayı hasta ölür veya sakat kalırsa

⁴⁵ Özek, Çetin, “Hekim ve Hukuk”, *İTFM*, s. 447.

⁴⁶ Mübarek, *a.g.e.*, s. 101.

⁴⁷ Dönmezer ve Erman, *a.g.e.*, II, 45; Özek, *a.g.m.*, s. 447.

⁴⁸ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III, 156, IV, 278; Buhârî, *Tıb*, 1; İbn Mâce, *Tıb*, 1; Tirmizî, *Tıb*, 2; Ebû Davud, *Tıb*, 1.

⁴⁹ İbn Ebî Şeybe, *el-Musannefi'l-Ehâdis ve'l-Âsâr*, V, 421.

müdahalede bulunan kişi hukuken sorumlu tutulur.⁵⁰ Bu durumda uygulanan bir tedavinin tıbbi müdahale sayılabilmesi için tedavinin bizzat yetkili ve uzman bir kişi, yani doktor tarafından yapılmış olması zaruridir. Ancak tıbbi müdahaleleri sadece doktorla sınırlı tutmadığımızı burada belirtmek isterim. Çünkü yardımcı personel dediğimiz hemşire, ebe, sağlık memuru da kendi yetki alanlarına bırakılmış olan konularda yaptıkları iş, tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilir. Nitekim klasik fıkıh literatüründe tabibin⁵¹ yanı sıra haccâm, fessad⁵² ve hattan⁵³ gibi yardımcıları da sağlık personeli kapsamında değerlendirilmiştir. Diğer taraftan İbn Kayyim (ö. 751/1350) **“Kim, daha önce tıpla uğraştığı bilinmediği hâlde hekim diye geçinir de, herhangi bir hastayı tedaviye kalkışırsa o hastanın gördüğü zarardan sorumludur.”**⁵⁴ hadisinde geçen “hekim” teriminin sözlü veya yazılı (reçete) tavsiyesi ile tedavi eden kimselerin tamamını kapsadığını söyler. Ardından hekim, sürmeci (kakhâl), operatör (cerrah), sünnetçi (hattan), kan alıcı (fessad), hacamatçı (haccâm), sargıcı (mucebbir), dağılayıcı (kevvât), lavmancı (hâkin) gibi mesleklerin tümü için kullanılabileceğini ifade eder.⁵⁵ Osmanlılar döneminde ise tabip, cerrah, göz hekimi (kehhâl), ebe (kâbile), sünnetçi (hattan), haccâm, fessâd ve baytar sağlık hizmetlerini yürüten kişiler olarak bilinmektedir.⁵⁶

Uzman doktora muayene olma konusunda Peygamberimiz (s.a.v.) Döneminden örneklere rastlamak mümkündür. Örneğin bir defasında Hz. Sa'd hastalanınca Peygamberimiz (s.a.v.) onu ziyaret etmiş ve orada şöyle buyurmuştur: **إِنَّكَ رَجُلٌ** “Ey Sa'd, senin **أنت الحارث بن كعدة أخا ثقيف فإنه رجلٌ يتطبب**

⁵⁰ Şinkiti, *a.g.e.*, s. 112; Kaya, Ali, “İslam Hukuku'na Göre Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluk”, *UÜİFD*, s. 150.

⁵¹ Malik b. Enes, *el-Muvatta*, V, 1378; Şâfiî, *a.g.e.*, VIII, 123.

⁵² bk. Serahsî, *Mebcut*, XVI, 11-13; İbn Kudame, *el-Muğni*, V, 538, 539; Mavsili, *el-İhtiyar*, s. 229, 230; İbnu'l-Humâm, *Fethu'l-Kadir*, IX, 127.

⁵³ Kâsânî, *Bedâi'u's-Sanâi*, VII, 84. Hattan sünnetçi demektir.

⁵⁴ Ebu Davud, *Diyat*, 25; Nesai, *Kasame*, 41; İbn Mace, *Tıb*, 16.

⁵⁵ İbn Kayyim, *Zadü'l-Meâd*, IV, 142.

⁵⁶ Özcan, Tahsin, *Fetvalar Işığında Osmanlı Esnafı*, s. 170-180.

kalbin hastalanmış. Tâifli Hâris b. El-Kelede'yi hemen çağırınız. Çünkü o, tıp tahsil etmiş uzman bir doktordur...’’⁵⁷

Pozitif hukukta bir kimsenin tıp alanında yetkili ve uzman kabul edilmesi için o kişinin ilgili yüksek öğretim kurumundan diploma almış olması ve tabipler odasına kayıtlı olması şarttır. Diğer taraftan bu yetkili kimseler hekimler, diş hekimleri, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler ve hastabakıcı hemşireler şeklinde isim olarak belirtilmiş olup, bunların dışında kalanların bilgi ve tecrübeleri ne olursa olsun hiçbir şekilde yetkili kabul edilmemiştir.⁵⁸

İslam hukuku geleneğinde, bir kimsenin tıp alanında yetkili ve uzman kabul edilmesi herhangi bir kurumun tescili ile kayıtlanmamıştır. Kişilere bu yetkiyi toplumun genel kanaati veriyordu. Eğer bir kişi toplum içinde doktor olarak biliniyorsa hukukta o kişiyi doktor olarak kabul ediyordu. Nitekim Peygamberimiz (s.a.v.)’in yukarıda geçen hadisleri kişinin tıp alanındaki uzmanlığını, o kişinin toplum içerisindeki şöhretine bağlamaktadır. Bu yüzden Peygamberimiz ciddi rahatsızlıkları olan arkadaşlarına o dönemde tıp ilmiyle meşhur olan Tâifli Hâris b. El-Kelede’yi tavsiye etmiştir.⁵⁹ İmam Gazzali (ö. 505/1111) de doktorluk yetkisini toplumun genel kanaatinin verdiğini şöyle bir örnekle dile getirmiştir: “Çocuğu hastalanan ve kendisi tabip olmadığı hâlde çocuğuna kendi reyile bir ilaç veren kişi, haddi aşmış, kusurlu davranmış ve sorumluluğu yüklenmiş olur. Hâlbuki eğer bir doktora başvurmuş olsaydı, kusurlu sayılmayacaktı. Eğer beldede iki doktor varsa ve tedavi hususunda farklı düşünüyorlarsa hasta sahibi, uzman olanı değil de diğer doktoru tercih ederse kusurlu davranmış olur. Bu iki doktorun maharetleri, mütevatir haberlerle bilinebileceği gibi doktorlardan birinin zann-ı galip ifade eden birtakım emarelerle diğer doktoru öne çıkarmasıyla ve kendinden üstün tutmasıyla da bilinebilir.⁶⁰ İbn Hacer el-Askalânî (ö. 852/1448) Fethü’l-Bârî’nin tıp bölümüne yazdığı girişte, hastaları tedavideki maharetiyle tanınan kişileri uzman doktor (et-

⁵⁷ Ebu Davud, Tıb, 12.

⁵⁸ Dönmezer ve Erman, *a.g.e.*, II, 51.

⁵⁹ Öztürk, *a.g.e.*, *İslam Tıp Tarihi Üzerine İncelemeler*, s. 61.

⁶⁰ Gazzâlî, *el-Mustasfa min İlmi’l-Usul*, II, 391-392; Mübarek *a.g.e.*, s. 261.

Tabibü'l-Hazık) olarak nitelendirir.⁶¹ Bu bilgi o dönemlerde uzmanlığın mesleki yeterliliğe bağlı olduğunu göstermekle birlikte bunun tescili için herhangi bir şartın aranmadığını göstermektedir. Ancak bu durum, günümüzde olduğu gibi doktorların uzmanlığı için onların aldığı eğitimlerin ve edindikleri mesleki derecelerin bir ölçü olarak kabul edilmesine engel değildir.

Son dönem İslam hukukçuları da “*tıbbi müdahale, kanunun yetkili ve uzman kabul ettiği kişiler tarafından yapılmalıdır.*” sözleriyle “yetkili ve uzman olma”yı kanunun onayı ile kayıtlamışlardır.⁶² Örneğin Abdülkadir Udeh (ö. 1954) bu konuda şöyle bir kayıt düşmüştür: “İslam hukukunda, devlet reisinin doktorluk konusunda belirli bir ilmî formasyon şartı aramasını, özel nitelikler istemesini ve devlet başkanından izin alınmadıkça hiç kimsenin doktorluk yapamayacağı şartını koymasını engelleyecek hiçbir prensip yoktur. Hatta İmam Malik (ö. 179/795), tıbbi sorumluluğun kalkması için yargıç tarafından ‘doktorluk yapabilir’ şeklinde izin verilmiş olması gereğini belirtir.”⁶³ Ayrıca kişinin doktor sayılabilmesi için ilgili yüksek öğrenim kurumunda gerekli eğitim ve uygulamayı görmüş olduğuna dair diplomaya sahip olması gerekir.⁶⁴ Bu nedenle tıbbi müdahalenin yetkili ve uzman bir kişi yani doktor tarafından yapılması, eylemin hukuki meşruiyetinin ilk sebebi sayılır. Bu sıfatları kendisinde bulundurmayanların yapacağı müdahalelerin daha başından itibaren hukuka aykırı kabul edileceği nasla sabittir.⁶⁵

C. Müdahalenin Tıp İlminin Kurallarına Uygun Olarak Yapılması

Doktor tarafından uygulanan müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için müdahalenin tıp ilminin kurallarına uygun olarak yapılması gerekir.⁶⁶ Çünkü doktor, tıp ilminin nazari ve pratik bilgilerini öğrenmek ve bunları uygulamak zorundadır.

⁶¹ İbn Hacer el-Askalânî, *a.g.e.*, X, 140.

⁶² Zerkâ, *el-Fi'lu'd-Dâr*, s. 30; Adli, Halil, *el-Mevsuatü'l-Kanuniyye fi Mihneti't-Tıbbiyye*, s. 76; Ebu Guddê, *Buhus fi'l-Fikhi't-Tıbbi*, s. 55; Şinkiti, *a.g.e.*, s. 115.

⁶³ Udeh, *a.g.e.*, I, 521; Ayrıca bk. Hassan Şemsî Paşa, “Damanü't-Tabib”, *Mecelletü Mecmai'l-Fikhi'l-İslami*, s. 461.

⁶⁴ Mübarek, *a.g.e.*, s. 261.

⁶⁵ Ebu Davud, *Diyat*, 25; Nesai, *Kasame*, 41; İbn Mace, *Tıb*, 16.

⁶⁶ Gamidi, Abdullah b. Salim, *Mesuliyetü't-Tabibi'l-Miheniyye Dirase Ta'siliyye Mukarene Beyne's-Seriatü'l-İslâmiyye ve'l-Kavanini'l-Muasıra*, s. 353.

Aksi takdirde fiilinden sorumlu tutulur. Mesela sünnetçi, çocuğu sünnet ederken yanlışlıkla çocuğun yumurtalıklarını keserse bu fiilinden dolayı cezalandırılır. Çünkü tıp geleneğinde sünnetin sınırı bellidir.⁶⁷

İslam hukukçuları “**Daha önce tıp eğitimi aldığı bilinmeyen bir kimse hekimlik yapmaya kalkışrsa verdiği zararı tazmin eder.**”⁶⁸ hadisinden hareketle hekimin yanlış teşhis ve tedavisi neticesinde ölen kimsenin diyetini ödemesi gerektiği üzerinde ittifak etmişlerdir. Zira bu durumda hekim, “yanlışlıkla adam öldürmüş” gibidir. Ancak İmam Malik’in “*Hekime bir şey lazım gelmez.*” dediği rivayet olunmuştur. Bu da eğer kişiyi tedavi eden kimse gerçek hekim ise böyledir. Yoksa tıp ilminden habersiz olup da hekim diye geçinen kişinin hatalı fiili daha baştan hukuka aykırı olduğu için diyeti ödemek zorundadır. Çünkü bu durumda müdahalede bulunan kişi kendi yetki sınırlarını aştığı için kusur işlemiş olur.⁶⁹ İbn Nüceym (ö. 970/1563), “Zarar-ı âmı def için zarar-ı has ihtiyar olunur.” kaidesinin açıklamasında şöyle demektedir: “Cahil doktor mesleğinden men edilir. Böylece onun insanlara vereceği daha büyük zararın önüne geçilmiş olur.”⁷⁰

D. Tıbbi Müdahalenin Doğrudan ya da Dolaylı Tedavi Amacına Yönelik Olması

Tıbbi müdahaleler şahsın en önemli kişisel haklarından hayat, sağlık ve beden bütünlüğü haklarıyla ilgilidir. Bu nedenle tıbbi müdahale, hastalığın teşhisi, tedavisi⁷¹ veya hastalıktan korumak amacıyla yapılmalıdır.⁷² Hastayı öldürme veya sakat bırakma gibi başka amaçlarla icra edilen tıbbi müdahaleler hukuka aykırıdır. Çünkü söz konusu müdahale bir hakkın kullanılması veya bir görevin ifa edilmesi

⁶⁷ Şâfiî, *a.g.e.*, VIII, 123; Serahsî, *Mebcut*, XVI, 13; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukukî İslamiyye ve İstalahatı Fıkhiyye Kamusu*, III, 113.

⁶⁸ Ebû Dâvud, *Diyât*, 25; Nesâî, *Kasâme*, 38; İbn Mâce, *Tıb*, 16.

⁶⁹ İbn Rüşd, *a.g.e.*, IV, 251.

⁷⁰ İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, s. 96; Zerkâ, Mutafa, *el-Medhal*, II, 986.

⁷¹ Şerefüddin, *a.g.e.*, s. 41; Usame, Abdullah Kaya, *el-Mesuliyetü'l-Cinaiyye li'l-Etubba*, s. 179; Gamidi, *a.g.e.*, s. 354.

⁷² Gürelli, Nevzat “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları”, *İÜHF*, s. 270.

kapsamına girmez.⁷³ Hatta bu müdahalenin sonunda hasta ölmez veya sakat kalmaz da tam aksine iyileşse dahi müdahale hukuka aykırıdır. Zira bu gibi durumlarda doktorun hareketi yasak bir fiil olup neticesinde cezalandırılır.⁷⁴

İbn Kayyim el-Cevziyye (ö. 751/1350) doktorun ilacını ve tedbirini şu beş esasa göre yapması gerektiğini belirtmiştir:

1. Mevcut sağlığı korumak.
2. İmkânlar ölçüsünde kaybolan sağlığı geri getirmek.
3. Hastalığı gidermek veya azaltmak.
4. Daha büyük rahatsızlığı gidermek için daha hafif olanına tahammül etmeyi sağlamak.
5. İki menfaatten daha büyük olanı elde etmeye çalışmak.⁷⁵

İbn Kayyim bütün bu tedbirlerin ortak amacının hastayı tedavi etmek olduğuna dikkat çekmiştir. Dolayısıyla bu esasları gerçekleştirmeye yönelik yapılanların dışındakiler tedavi sayılmaz. Böyle bir amaca yönelik çalışanların da doktor olamayacakları kesindir.⁷⁶

Tıbbi müdahalelerin tedavi maksadıyla yapılmasının şart koşulması, aynı zamanda hem tıbbi müdahaleye hastanın rıza gösterme hakkının, hem de doktorun tıbbi müdahalede bulunma hakkının sınırlarını oluşturur.⁷⁷

Diğer taraftan tedavi amacının bulunup bulunmaması bakımından bazı tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu tartışılmaktadır.⁷⁸ Bunların başında estetik amaçlı

⁷³ İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar ale'd-Dürri'l-Muhtar*, X, 194; Behnesi, Ahmet Fethi, *el-Mesuliyetü'l-Cinaiyye fi'l-Fıkhi'l-İslami*, s. 150; Haseni, Haşim Maruf, *el-Mesuliyetü'l-Cezaiyye fi'l-Fıkhi'l-Caferi*, s. 206-207; Kaya, "Sorumluluk", s. 151.

⁷⁴ Udeh, *a.g.e.*, I, 521.

⁷⁵ İbn Kayyim, *Zadü'l-Meâd*, IV, 143-145.

⁷⁶ İbn Kayyim, *Zadü'l-Meâd*, IV, 145.

⁷⁷ Özek, *a.g.m.*, s. 449.

yapılan müdahaleler gelmektedir. Bu tür müdahaleler bitişik olan parmakları ayırmak, altıncı parmağı aldırma veya herhangi bir uzvun bozulan doğal hâlini düzeltmek gibi tedavi maksadıyla yapılıyorsa müdahale hukuka uygun kabul edilir.⁷⁹ Ancak sadece güzellik maksadıyla yapılan yüz gerdirme, burun kaldırma veya bastırma, göğüsleri küçültme veya büyütme gibi estetik ameliyatlara, tedavi amacı taşımadığı için hukuka aykırı kabul edilmiştir.⁸⁰

Tedavi amacı bulunup bulunmaması açısından tartışılan bir diğer mesele de bilimsel amaçlı olabilen yeni tıbbi denemelerin hukuka uygun olup olmadığıdır. Bu tür müdahaleler, hastayı iyileştirmekten çok yeni bazı tedavi yöntem ve araçlarının olumlu sonuçlar verip vermediğini araştırmaya yönelik girişimlerdir.⁸¹ Dolayısıyla kişiyi kobay gibi kullanma amacına yönelik olan ve tedavi amacı taşımayan bu gibi girişimler kişilik haklarına saldırı niteliği taşıdığı için hukuka aykırıdır.⁸² Ancak tedavi amacı ağır basan, henüz deneme aşamasında olan yeni yöntem ve araçlarla hastaya müdahalede bulunmanın şu iki şartın yerine gelmesi durumunda hukuka uygun olabileceği ileri sürülmüştür. Bu şartlardan birincisi söz konusu yöntem ve araçların laboratuvar araştırmaları neticesinde denenmiş olması, ikincisi ise zararlı sonuçlar doğurma ihtimalinin bulunmamasıdır.⁸³

Tedavi amaçlı tıbbi müdahalelerden biri de organ ve doku nakilleridir. T.C. Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu 3.3.1980 tarihli 13 nolu fetvasında ve Mecmaü'l-Fıkh'ın 1988'de Cidde'de aldığı kararlarda organ ve doku naklinin cevaz şartları arasında "tedavi maksadına yönelik olma" ve "müdahalenin başarıyla sonuçlanma ihtimalinin yüksek olması" şartları da yer almıştır.⁸⁴ Bu nedenle söz konusu şartlar dışında, organ veya doku nakli için yapılan müdahaleler hukuka aykırı kabul edilmektedir.

⁷⁸ Adli, *a.g.e.*, s. 77-78.

⁷⁹ Bâr, Muhammed Ali, "İntifâu'l-İnsan", *Mecelletü Mecmai'l-Fıkhî'l-İslami*, s. 94; Adli, *a.g.e.*, s. 78.

⁸⁰ Haylamaz, Reşit, *İslam Hukukuna Göre Organ ve Doku Nakli*, s. 108.

⁸¹ Zevkliler, Aydın, "Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", *DÜHFD*, s. 24.

⁸² Adli, *a.g.e.*, s. 77.

⁸³ Zevkliler, a.g.m., s. 24; Ayan, *a.g.e.*, s. 13.

⁸⁴ Gökmenoğlu, H. Tekin, *İslam Hukukunda Şahsiyet Hakları*, s. 102-104; Haylamaz, *a.g.e.*, s. 127-128.

Şahsın kendi rızasıyla şahsiyet hakkına müdahale edilmesinin hukuka aykırı bir yönünün olmadığı düşünülebilir. Ancak, şahsın kendi nefesine eza etme, kişinin durumunu tehlikeye sokma neticesine götüren ve tedavi amacı gütmeyen müdahaleler İslam hukukunda yasaklanmıştır.

E. Sosyal İhtiyaç (Üstün Menfaat)

Tıbbi müdahalelerde iki menfaatin çakışması söz konusudur. Bunlardan biri tıbbi müdahaleye tabi tutulan ferdin, diğeri ise toplumun menfaatidir. Zorunlu tıbbi müdahalenin dışında kişinin menfaatini üstün tutmak gerekir. Bu nedenle hastalık içinde bulunan kişi müdahaleye razı olmadıkça doktor müdahalede bulunamaz.⁸⁵ Bu durumda tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hâle getiren hastanın veya kanuni temsilcisinin rızasıdır. Ancak hastanın rızası sadece kişinin kendi menfaatleri açısından bir sorumluluğu gerektirse bile toplumun menfaati söz konusu olduğu durumlarda ferdi menfaat göz önünde bulundurulmaz. Dolayısıyla hastanın rızasına gerek duyulmaksızın müdahalede bulunulur.⁸⁶ Ebu Hanife'nin de kabul ettiği bu fikrin iki temel dayanağı vardır: Birincisi sosyal ihtiyaç diğeri ise hastanın veya kanuni temsilcisinin iznidir.⁸⁷ Hastanın menfaati ile sosyal ihtiyaç yani toplumun yararı arasında bir tercih söz konusu olduğunda “Zararı âmmı def için zararı has ihtiyar olunur.”⁸⁸ kaidesi gereğince toplumun menfaati öncelenir.

F. Hakkın Kullanılması

Hukukçuların çoğunluğu tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğunu yetkili makamın tanıdığı “hakkın icrası” müessesesi ile açıklamışlardır.⁸⁹ Hekim, herhangi bir durumda hastaya müdahale ettiği zaman icra ettiği mesleğin kendisine tanıdığı hakları kullanmaktadır. Hak, hukukun şahıslara tanıdığı yetki ve yükümlükleri kapsadığı için⁹⁰ hekim, hastaya gerektiği şekilde müdahale etmediği takdirde bu ihmâlden doğacak neticelerden dahi sorumlu tutulabilecektir. Örneğin bir

⁸⁵ Özek, a.g.m., s. 448.

⁸⁶ Şerefüddin, a.g.e., s. 41.

⁸⁷ Udeh, a.g.e., I, 521.

⁸⁸ Mecelle, m. 26.

⁸⁹ Adli, a.g.e., s. 72-73.

⁹⁰ Zerkâ, *el-Medhal*, III, 1086.

hastanenin acil servisine getirilen ağır yaralıya görevli nöbetçi doktorun herhangi bir müdahalede bulunmaması ve yaralının da kan kaybından ölmesi durumunda doktor mesleğinin gereğini yapmadığından yani ihmâlınden dolayı sorumlu olur.⁹¹ Bu görüş İmam Malik'in yaklaşımına da uygun düşmektedir. Zira İmam Malik, doktorun müdahalesi için hastanın rızasının yeterli olmadığını, öncesinde yetkili makamın izninin de zorunlu olduğunu ileri sürmüştür.⁹²

Bu durumda doktorun müdahalesinin meşruiyetinin temelini, yetkili makamın yani hukukun izni oluşturur. Hukukun izin verme salahiyeti tıbbi müdahalenin mubahlığından kaynaklanır.⁹³ Nitekim İslam Fıkıh Akademisi 2004 yılında Umman'da yaptığı 15. dönem toplantısında “*Doktorun sorumlu tutulmaması için yetkili makamın izni şarttır.*” şeklinde bir karar almıştır.⁹⁴ Hastanın izni ise mübâh olan tıbbi müdahalenin, kendi vücuduna tedavi amacıyla uygulanmasını meşru hâle getirir. İşte bu şartlar altında uygulanacak bir tedavi hukuka uygundur. Dolayısıyla doktor, söz konusu tedavi esnasında herhangi bir zarara sebebiyet verse bile tazminle sorumlu tutulmaz. Çünkü “*Cevaz-i şer’i tazmine manidir.*”⁹⁵

G. Hastanın Rızası

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için yukarıdaki şartlarla birlikte hastanın kendi rızasının veya hastanın bizzat irade beyanından mahrum olduğu durumlarda kanuni temsilcisinin rızasının da alınması gerekir.⁹⁶ Şafii⁹⁷ (ö. 204/819) ve Ahmed b. Hanbel⁹⁸ (ö. 241/855) hastanın rızasını tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için yeterli görmekte birlikte zımnen yetkili makamın iznini de şart koştukları görülmektedir. Çünkü bu İmamların yaşadıkları dönemlerde doktorluk yetkisini veren toplumun genel kanaati, yetkili makam anlamı da taşıdığı için bu şartı

⁹¹ Dönmezer ve Erman, *a.g.e.*, II, 50-51; Dağcı, Şamil, “İslam Ceza Hukukunda İrade-Suç İlişkisinin Cezaya Etkisi”, *Marife Bilimsel Birikim*, s. 73-74.

⁹² el-Hattab, *Mevahibü'l-Celil li-Şerhi Muhtasari Halil*, VI, 321. Udeh, *a.g.e.*, I, 521; Ayrıca bk. Hassan Şemsî Paşa, a.g.m., s. 461; Kaya, “Sorumluluk”, s. 152.

⁹³ Şinkiti, *a.g.e.*, s. 104; Gamidi, *a.g.e.*, s. 351.

⁹⁴ *Mecelletü Mecmai'l-Fıkhi'l-İslamî*, C 4, Sayı: 15, s. 679.

⁹⁵ Şerefüddin, *a.g.e.*, s. 41.

⁹⁶ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 14, XXVI, 147; Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 349; Adli, *a.g.e.*, s. 74-75.

⁹⁷ Şâfiî, *a.g.e.*, VIII, 123.

⁹⁸ İbn Kudame, *a.g.e.*, V, 539

açıkça zikretmeye gerek duymamış olabilirler. İmam Malik yukarıda da geçtiği üzere hastanın rızasıyla birlikte devletin izninin de gerekli olduğunu ileri sürer.

Hastanın rızasını tek başına hukuka uygunluk sebebi saymak, şu iki soruyu da beraberinde getirmektedir: Birincisi hastanın rızasının alınmasına imkân bulunmayan durumlarda müdahale hukuka aykırı mı kabul edilecek? Diğeri ise hastanın rızasına binaen, şifa verme ve iyileştirme maksadı dışında yapılan; estetik cerrahiler, cinsiyet değişikliği, kürtaj, ötanazi ve kısırlaştırma gibi müdahaleler hukuka uygun kabul edilecek mi?⁹⁹ İşte bu nedenlerle hastanın rızası tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için başlı başına yeterli bir sebep sayılmamıştır. Ancak diğer sebepler arasında zorunlu olarak yer alması gereken bir sebep kabul edilmiştir. Çünkü bu tür müdahalelerde ortaya çıkan zarar sadece ferdi ilgilendirmemekte, aynı zamanda toplumu da yakından ilgilendirmektedir.¹⁰⁰ Ancak tıbbi müdahale, kişilerin zihin ve bedeni melekelerine zarar vermiyorsa, insan sağlığını tehdit etmiyorsa, insanların toplum içindeki görevlerini ifaya mani olmuyorsa ve toplum düzenine ve umumi ahlaka aykırı değilse “hastanın rızası” tek başına hukuka uygunluk sebebi kabul edilir.¹⁰¹

Hastanın rızasının şart koşulmasının nedeni, insanların şahsiyet haklarının dokunulmazlığıdır. Bu nedenle müdahalenin hastanın menfaatine yönelik olduğu kesin olsa bile hastanın iznine dayanmıyorsa müdahale hukuka aykırıdır. Dolayısıyla müdahalede bulunan doktor, meydana gelecek sonuçtan sorumludur.¹⁰²

Neticede, ne hastanın rızası ne de diğer sebepler tek başına tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hâle getirebilir. Çünkü tıbbi müdahalenin konusunu oluşturan insanın bedeni üzerinde hem Allah’ın hem de o bedenin sahibinin hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuka uygunluk sebeplerini bir tek sebebe irca etmek “yetkisiz tasarrufta bulunma” denilen yeni bir hukuka aykırılığı doğurur.¹⁰³

⁹⁹ Dönmezer ve Erman, *a.g.e.*, II, 47-48; Özek, *a.g.m.*, s. 449.

¹⁰⁰ Usame, *a.g.e.*, s. 105-106; Adli, *a.g.e.*, s. 74.

¹⁰¹ Usame, *a.g.e.*, s. 109.

¹⁰² Usame, *a.g.e.*, 164, 179.

¹⁰³ Şerefüddin, *a.g.e.*, s. 42-43.

Hastanın rızası tedavinin sonucunda doğacak sorumluluklar açısından ayrı bir önem taşımaktadır. Bu nedenle hastanın rızasının geçerlilik şartlarını ve hastanın rızasının açıklanmasına gerek olmayan durumları ayrı ayrı ele alacağız.

1. Geçerli Bir Rıza İçin Gerekli Şartlar

İnsanın, fiil ve sözlerini iradesi doğrultusunda kullanıp kullanmaması dinî ve hukuki açıdan önemli sonuçlar doğurur. Çünkü insanın dinî ve hukuki sorumluluğu iradesine dayanmaktadır. İrade, ihtiyar ve rızadan oluşan iki unsurdan meydana gelir. İhtiyar bir şeyi yapıp yapmama hususunda tercihte bulunmak, rıza ise bir şeyi arzu etmek, gönül hoşluğu ve memnuniyetle yapmak demektir. Kişinin kendi rızası ve tercihiyle yaptığı fiillerden ve söylediği sözlerden sorumlu olması tabiidir. Çünkü bunlar kendi hür iradesinin sonucudur.¹⁰⁴

Bazen kişinin iradesini sakatlayan durumlar ortaya çıkabilmektedir. Hata, hile ve ikrah insan iradesini etkileyen başlıca unsurlardır. Böylesi durumlarda kişinin yaptığı işin veya söylediği sözün hukuki sonucu nedir? İslam hukukçuları eserlerinde bu meseleye geniş yer ayırmışlardır. Biz bu bölümde sadece tıbbi müdahaleler bakımından rıza beyanının geçerliliğini ele alacağız ve hukuki açıdan değeri ve tatbikatta ortaya çıkardığı sonuçlar üzerinde duracağız.

a. Rızanın Ehliyetli Kişiler Tarafından Açıklanması

Hastanın, vermiş olduğu rızanın geçerli olabilmesi için her şeyden önce bu rızayı açıklamaya ehil olmalıdır.¹⁰⁵ Zira hasta, kendi üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahale ve neticelerini, tıbbi müdahaleye gösterdiği rıza açıklamasının anlam ve önemini kavrayabilecek yetenekte olması gerekir. Çünkü hasta rıza beyanı ile sahip olduğu haklar üzerinde, doktora müdahale yetkisi vermektedir. Ancak yetki veren kişiyi ehil olması şarttır. Bu nedenle çocukların ve akıl hastalarının rızaları geçersiz sayılmıştır.¹⁰⁶ Hastanın çocuk veya akıl hastası olması hâlinde veli veya vasinin

¹⁰⁴ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 37.

¹⁰⁵ Remli, *Nihâyetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc fi'l-Fıkh alâ Mezhebi'l-İmam eş-Şâfiî*, VII, 311; Şinkiti, *a.g.e.*, s. 250; Zeyni, Mahmud, *Mesuliyetü'l-Etubba*, s. 166.

¹⁰⁶ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 31; Şinkiti, *a.g.e.*, s. 251.

iznine müracaat edilir.¹⁰⁷ Küçüğün üzerinde tıbbi müdahalelerde bulunabilmek için kanunî temsilcisinin (veli ya da vasinin) rızasının aranmasının sebebi, küçüklerin korunmaya muhtaç oluşları ve bunların menfaatlerini kanuni temsilcilerinin korumakla yükümlü olmalarıdır.

Türk hukuku da rızanın geçerliliğini, rıza beyanında bulunacak kişinin ehil olmasına bağlamıştır.¹⁰⁸

b. Rızanın Serbestçe Beyan Edilmesi

Hasta rızasını hiçbir kimsenin baskısı altında bulunmadan zorlayıcı etkilerden uzak olarak serbestçe vermelidir. Hastanın rızasının öncelikle hata, hile ve ikrah¹⁰⁹ gibi iradeyi bozan nedenlerle sakatlanmamış olması gerekir. Hastanın bütün bu etkilerden uzak bir şekilde iradesini hür olarak ortaya koymasındaki maksat, onun tedaviyi ve cerrahi müdahaleyi kabul etmesi veya reddetmesidir. Hastanın rızasına başvurmak onun iradesine ve beden üzerindeki haklarına saygıdan kaynaklanır. Kısacası bu şart şahsiyet haklarının dokunulmazlığının bir neticesidir.¹¹⁰

Rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırılabilmesi için açıkça belirtilmiş veya rızaya delalet eder bir tarzda ortaya konmuş olmalıdır.¹¹¹ Hasta, rızasını çeşitli tarzlarda açıklayabilir. Rıza sözle veya birtakım hareketlerle ifade edilebileceği gibi¹¹² yazıyla da beyan edilebilir. Mesela hastanın, ameliyatın mahiyetini öğrendikten sonra kendi başına ameliyathaneye girmesi zımnen bir rıza beyanıdır. Sonuçta her ne şekilde olursa olsun rıza, hür bir iradenin mahsulü olmalıdır.¹¹³ Ancak sükût rıza beyanı yerine geçmez.¹¹⁴

¹⁰⁷ Şinkiti, *a.g.e.*, s. 252; Usame, *a.g.e.*, s. 176.

¹⁰⁸ Zevkliler, *a.g.m.*, s. 21.

¹⁰⁹ Sahi, Şevki Abduh, *el-Fikrû'l-İslami ve'l-Kadaya't-Tıbbiyyeti'l-Muasıra*, s. 85; Şinkiti, *a.g.e.*, s. 253.

¹¹⁰ Usame, *a.g.e.*, s. 168.

¹¹¹ Aydın, M. Akif, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, s. 96; Ayrıca bk. Ayan, *a.g.e.*, s. 12.

¹¹² Şinkiti, *a.g.e.*, s. 254.

¹¹³ Şinkiti, *a.g.e.*, s. 253; Adli, *a.g.e.*, s. 74; Sahi, *a.g.e.*, s. 185.

¹¹⁴ Mahmasani, Subhi, *en-Nazariyyetü'l-Amme li'l-Mücabat ve'l-Ukud*, I, 176; Zeyni, *a.g.e.*, s. 166.

c. Hastanın Aydınlatılması

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayabilecek geçerli bir rızadan söz edebilmek için hastanın, hekim tarafından gerçekleştirilecek müdahale hakkında aydınlatılmış olması gerekir. Bu aydınlatmadan sonra hastanın rızasına başvurulur. Çünkü hastanın rızası, neye rıza gösterdiğini bildiği takdirde geçerli olacaktır. Hastanın hangi tedavi veya müdahaleye rıza göstereceği söz konusu aydınlatmadan sonra ortaya çıkar. Zira hasta, bazı tedavileri kabul etmeyebilir. İşte bu noktada hastanın bilgilendirilmesinin önemi bir kat daha artmaktadır.¹¹⁵ Hastaya gerekli açıklamalar yapıldıktan sonra hastanın rızası alınarak yapılan müdahaleler hukuka uygun kabul edilir.¹¹⁶ Aydınlatmanın içeriği, ne zaman ve kim tarafından yapılacağı gibi hususlar üçüncü bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

d. Rızanın Tıbbi Müdahalenin Yapılacağı Zamana Kadar Açıklanmış Olması

Geçerli bir rızadan söz edebilmek için rıza, müdahaleden önce veya en geç müdahale esnasında açıklanmış olmalıdır. Şayet tıbbi müdahaleye önceden rıza gösterilmemiş ve “hastanın rızasının aranmadığı durumlar” da söz konusu değilse bu durumda müdahalenin hukuka uygunluğundan söz edilemeyecek ve dolayısıyla sonuçtan doktor sorumlu tutulacaktır. Mesela ameliyat esnasında doktor, hastanın hareketini engellemek amacıyla hastaya vursa hasta da bu sebeple ölse doktor bu hareketinden sorumlu tutulur. Çünkü müdahale öncesi gerçekleşmesi gereken şartların, müdahaleden sonra gerçekleşmesi müdahalenin hukuka uygunluğu için yeterli değildir.¹¹⁷

Hastanın rızasını almak zaman bakımından imkânsız olursa¹¹⁸ veya hasta irade beyanında bulunamayacak derecede acziyet içinde olup kendisi adına irade

¹¹⁵ Adli, *a.g.e.*, s. 74.

¹¹⁶ Usame, *a.g.e.*, s. 170.

¹¹⁷ Adli, *a.g.e.*, s. 76.

¹¹⁸ Buradaki zamanın imkânsızlığından kasıt, tedavinin veya tıbbi müdahalenin yaşam tehlikesi veya kamu sağlığı gibi acil durumlardır.

beyanında bulunacak kanuni temsilcisi de yoksa bu gibi durumlarda doktorun uygulayacağı tedaviler ve yapacağı müdahaleler hukuka uygun kabul edilir.¹¹⁹

2. Rıza Beyanına Gerek Olmayan Durumlar

Bazı durumlarda hastanın rızasına gerek duymadan doktor tıbbi müdahalede bulunur ve bu davranışı sebebiyle sorumlu tutulmaz.

a. Kamu Sağlığının Korunması Gereken Durumlar

Bulaşıcı hastalığa tutulmuş birinin bu hastalığı toplum sağlığını tehdit eder nitelikte ise bu gibi durumlarda doktor hastanın rızasına gerek duymaksızın müdahalede bulunur. Burada doktorun müdahalesinin meşruiyetinin dayanağı kanundur.¹²⁰

TMK m. 24/II’de yer alan düzenlemeye göre “üstün nitelikli kamu yararı” ve “kanunun verdiği özel yetki” gibi nedenlerle kamu sağlığının korunması amacıyla yapılan tıbbi müdahaleler hukuka uygun sayılmıştır. Toplum sağlığını tehdit eden durumlarda *üstün nitelikli kamu yararı*, kişinin şahsiyet hakkına tercih edilerek kişinin rızası olmasa dahi yapılan tıbbi müdahaleler hukuka uygun kabul edilmiştir.¹²¹

b. Rıza Beyanına İmkân Bulunmayan Tıbbi Zorunluluk Durumları

Kural olarak yapılacak tıbbi müdahalede hastanın veya kanuni temsilcinin rızasının alınması gerekir. Hasta veya onun kanuni temsilcisi rızasını sarih veya zımni olarak açıklayabilir. Örneğin sözle, yazı ile veya işaretle rızanın verilebilmesi mümkündür. Ancak doğabilecek ihtilaflarda ispat kolaylığı sağlaması açısından

¹¹⁹ Adli, *a.g.e.*, s. 74-75.

¹²⁰ Zeyni, *a.g.e.*, s. 189. Burada kanundan maksat, “Zarar-ı âmîni def’ için zarar-ı has ihtiyar olunur.”, “Zaruretler memnu’ olan şeyleri mubah kılar” ve “Def’i mefasid celb-i menafi’den evladır.” gibi temel hukuk kaideleridir. Zeyni, *a.g.e.*, s. 100-101; Ayrıca bk. Usame, *a.g.e.*, s. 169; Şinkiti, *a.g.e.*, s. 262; Adli, *a.g.e.*, s. 74-75.

¹²¹ Özek, *a.g.m.* s. 452; Ayrıca bk. Hancı, İ. Hamit, *Hekimin Yasal Sorumlulukları (Tıbbi Hukuk)*, s. 102 vd.

yazılı olarak verilmesi uygun olur.¹²² Özellikle cerrahi müdahaleler için rızanın yazılı olması gerekir.¹²³ Ancak gecikmesinde hayati açıdan ölüm veya cismani zarar tehlikesi bulunan durumlarda hastanın rızasının alınması da o anda imkânsız bulunuyorsa tıbbi zorunluluktan söz edilecek ve hastanın rızasına gerek kalmaksızın tıbbi müdahalede bulunulabilecektir.¹²⁴ Burada doktorun yaptığı müdahalenin meşruiyetinin dayanağı “zaruret hâli”dir.¹²⁵ Zira hukukçular, insana zararlı olan ve onun helakine yol açacak olan her türlü hastalığın tedavisinin zorunlu olduğu üzerinde ittifak etmişlerdir. Eğer hasta böyle bir durumda tedaviye izin vermez ve tedaviden kaçınırsa günahkâr sayılır. Çünkü hastanın bu tavrı **وَلَا تُفُؤُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى** **الدَّهْلَكَةِ** “...Kendinizi ellerinizle tehlikeye atmayın...”¹²⁶ ayetine aykırıdır.¹²⁷

Hatta bu gibi durumlarda kişi kendinin katili olup olmayacağı tartışılmıştır. İbn Abidin (ö. 1252/1836) tedavisine izin vermeyen kişinin durumunu, yeme içmeyi terk ederek helakine sebep olan kişinin durumuna benzeterek bu kişinin yukarıda mealini verdiğimiz ayetin hükmü gereği katil değil, asi sayılacağı kanaatindedir.¹²⁸ Ancak İbn Kudame (ö. 620/1223) ve İbn Teymiye (ö. 728/1328) gibi âlimler bu gibi durumlarda kişinin, kendisinin katili olacağı kanaatindedirler.¹²⁹

Bir diğer tıbbi zorunluluk durumu da hastanın, rızasını geri alması nedeniyle ortaya çıkabilir. Hekim önemli güçlüklerle karşı karşıya kalabilir. Bu durumda eğer tedaviye başlanmışsa ve bunun yarıda bırakılması hastanın ölümüne veya sağlığı açısından çok ağır bir zarara yol açacaksa hekim, hastanın rızasını geri almasını görmemezlikten gelerek tedaviyi devam ettirir. Burada da doktorun yaptığı müdahalenin meşruiyetinin dayanağı yine “zaruret hâli”dir.¹³⁰

¹²² Bakara suresinin 282. Ayetinde yer alan **وَلْيَكْتُمِبَ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ** “...Aranızda bir yazıcı, adaletle yazsın...” ifadesi bu yönde bir teşvik içermektedir.

¹²³ Mübarek, *a.g.e.*, s. 296.

¹²⁴ Bâr, “Damanü’t-Tabib ve’l-Mesuliyetü’t-Tıbbiyye”, *Mecelletü Mecmai’l-Fıkhi’l-İslami*, s. 419.

¹²⁵ Zeyni, *a.g.e.*, s. 189.

¹²⁶ Bakara, 2/195.

¹²⁷ Şinkiti, *a.g.e.*, s. 258.

¹²⁸ İbn Abidin, *a.g.e.*, IX, 488-489.

¹²⁹ İbn Teymiyye, *a.g.e.*, XXI, 80; Şinkiti, *a.g.e.*, s. 261.

¹³⁰ Zeyni, *a.g.e.*, s. 189.

Tıbbi zorunlulukların hepsinde de tıbbi müdahale yapılması gerekli hastanın, rıza beyanında bulunmasına imkân yoktur. Bu duruma ilk örnek olarak trafik kazası veya başka bir kaza sonucu şuurunu yitirmiş bir kişiye acil olarak müdahalede bulunulması gereken hâl gösterilebilir.¹³¹

Türk hukuk doktrininde, tıbbi zorunluluk durumunda, doktorun müdahalesinin hukuka uygunluğunun temelini “mefruz (varsayılan) rıza”nın oluşturduğu ileri sürülmüştür. Buna göre “Eğer hasta rızasını açıklayabilecek şuura sahip olsaydı tıbbi müdahalede bulunulmasına veya ameliyatın yapılmasına rıza gösterirdi.” şeklindeki varsayım, müdahalenin hukuka aykırılığına engel olmaktadır.¹³² Bazı hukukçular ise hiç böyle bir zorlamaya gitmeden Tebabet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (TŞSTİDK)’un 70. maddesinde yer alan “*üzerinde ameliyat yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir...*” ifadesine dayanarak hastanın mefruz da olsa rızasına gerek kalmadan müdahalenin hukuka uygun olacağı kanaatindedirler.¹³³

III. Tıbbi Müdahaleyle İhlal Edilen Şahsiyet Hakları

Şahsiyet kavramı, şahsın fizikî varlığını aşan, onun tüm maddî-manevi varlıklarını, değerlerini ve şahsi durumlarını ifade etmektedir.¹³⁴ Bu durumda şahsiyet hakları, mal varlığı dışında kalan, başka bir deyişle paraya çevrilemeyen, şahsın daha çok manevi ve sosyal yönünü ilgilendiren haklardır. Bunlar kişinin, hayat, vücut, sağlık, ruhsal bütünlük gibi insan olmaktan kaynaklanan kişisel değerler ile isim, onur, saygınlık ve özel yaşam gibi toplum içinde yaşamasından kaynaklanan kişisel değerlerin bütünüdür.¹³⁵

Şahsiyet haklarının paraya çevrilememesi, soyut bir kavram olduğu kanaati uyandırmamalıdır. Başkalarından muayyen bir hareket tarzı talep edebilmek, bu

¹³¹ Özek, a.g.m., s. 453; Zevkliler, a.g.m., s. 23.

¹³² Dural, Mustafa, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, s. 120.

¹³³ Arpacı, Abdülkadir, *Kişiler Hukuku*, s. 110.

¹³⁴ Gökmenoğlu, a.g.e., s. 61

¹³⁵ Gözübüyük, A. Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, s. 154..

hareket tarzına uymayanları ise dava etmek, yani onlara karşı bir müeyyideyi harekete geçirebilmek salahiyeti bu hakların müşahhas neticesidir.¹³⁶

Buna göre şahsiyet haklarının, şahsın maddi-manevi varlık ve değerleriyle şahsi durumlarına sahip olabilme ve onları herkese karşı koruyabilme yetkisini ifade ettiği söylenebilir. Aynı zamanda, bu haklara sahip olan şahısların, bunlar üzerinde başkalarının müdahalelerinden bağımsız, hür bir hâkimiyet tesis edebilmeleri bu hakların temel özelliğidir. Bu haklar, şahıslara, toplum içinde saygın bir statü sağlayan ve şahsiyeti geliştirmek için fırsatlar tanıyan en önemli haklardır.¹³⁷

Şahsiyet hakları hususi haklardandır. Bu haklar şahsın bizzat kendi varlığının bütünlüğünü temin eder. Devlet, şahsın bu haklarını koruduğu gibi muhtelif suretlerde idari himayeler de temin eder. Fakat şahsiyetin bu şekilde korunması, şahsiyet haklarının hususi hak olma niteliğine hâlel getirmez.¹³⁸ Çünkü hakların umumi veya hususi olması hak sahibine bağlıdır.

Şahsiyet hakları her insanın doğumu ile başlar ve her şahsın müstakil varlığı icabı olarak devam eder. Bu nedenle her şahsın bir şahsiyet hakkı vardır. Bu hakkı ancak kişinin kendisi kullanır. Ölüm ile bu haklar sona erer.¹³⁹

Şahsiyet haklarının mamelek haklarından olmayışı, hak sahibinin bu haklar üzerinde istediği gibi tasarrufuna manidir. Bu hakların tamamı kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardır. Dolayısıyla miras yoluyla geçme ve başkasına devredilebilme niteliğine sahip değildir. Kısaca bu haklar, hukuki muamelelerin konusu olmaya müsait değildir.

İslam dini insanı yüceltmiş, saygıya layık görmüş ve onu birçok hak ve sorumluluk ile donatmıştır. Bunun için insanlar, gerek hayatta ve gerekse vefatlarından sonra, her türlü saldırıya karşı korunmuşlardır. Yani insan her yönüyle

¹³⁶ Gözübüyük, *a.g.e.*, s. 85; Ayrıca bk. *TMK*, m. 24.

¹³⁷ Gökmenoğlu, *a.g.e.*, s. 62.

¹³⁸ Gökmenoğlu, *a.g.e.*, s. 64.

¹³⁹ Mavsilî, *a.g.e.*, s. 635.

muhteremdir. Bu korunmuşluk kişinin maddi ve manevi bütün varlığını içine almaktadır. Bu meyanda kişi, mal, can, beden ve namus dokunulmazlığına sahiptir.¹⁴⁰ Kişi, en başta insan olduğu için ve insanlık özelliği gereği, varlığını ve bütünlüğünü sürdürebilmesi için korunur.¹⁴¹ Bu varlık ve bütünlüğün sürdürülebilmesi amacıyla, şahsiyet denilen bütünü oluşturan kişisel değerlere yapılan saldırılar hukuk düzenince yasaklanmış ve bunların korunması *zaruret-i diniyye*'den sayılmıştır. Hatta kanunların vaz'ının asıl sebebinin bu esasları korumak olduğu fikrinden hareketle bu haklara “*makâsidü's-şeria*” adı verilmiştir. Korunması zorunlu olan haklar din, can, akıl, mal ve nesil olarak belirlenmiştir.¹⁴²

Teşhis, tedavi ve iyileştirme amacıyla da olsa yapılacak tıbbi bir müdahale, kişi üzerinde birtakım işlemlerde bulunmayı zorunlu kılmaktadır. Yapılacak bu faaliyet başlangıçta insanın yaşam, sağlık ve vücut tamlığı gibi değerlerine zarar verici nitelikte görülmektedir. Ancak müdahalenin amacı, bu değerlerin daha da iyileştirilmesini sağlamak olduğundan hukuka uygun kabul edilmiştir.

A. Hayat Hakkı

Korunması zorunlu olan haklardan biri canın korunmasıdır. Canın korunmasından maksat, hukuk nazarında dokunulmazlığı olan *hayattır*. Buna “can güvenliği (el-masumiyetü'd-dem)” de denir.¹⁴³ Ancak “canın korunması” ilkesinin muhtevası sadece hayat hakkının korunmasıyla sınırlı olmayıp, şahsın herhangi bir uzvunun telef edilmesi veya yaralanmasına yönelik saldırıların önlenmesini de içermektedir.¹⁴⁴

İslam'da insan hayatına büyük önem verilmiş, insanın yaşaması ve yaşatılması temel gayelerden biri olarak benimsenmiştir. Bu nedenle Allah (c.c.) haksız yere bir insanın öldürülmesini bütün insanların öldürülmesi, bir hayatın kurtarılmasını ise bütün insanların kurtarılması gibi saymış ve şöyle buyurmuştur: **مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا**

¹⁴⁰ Karafi, *ez-Zehîra*, XII, 262; Şirbînî, *Muğni'l-Muhtaç*, IV, 194; Karaman, *İslam'ın Işığında Günün Meseleleri*, II, s. 790.

¹⁴¹ Zevkliler, a.g.m., s. 10.

¹⁴² Gazzâlî, *a.g.e.*, I, 287; Tahir b. Aşur, *Makâsıdu's-Şerîati'l-İslâmiyye*, s. 300-306.

¹⁴³ Buti, Ramazan, *Kadaya Fıkhiyyetü'l-Muasıra*, s. 118; Sahi, *a.g.e.*, s. 183.

¹⁴⁴ Remli, *a.g.e.*, VIII, 23.

عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا وَلَقَدْ جَاءَتْهُمْ رُسُلُنَا بِالْبَيِّنَاتِ ثُمَّ إِنَّ كَثِيرًا مِنْهُمْ بَعَدَ ذَلِكَ فِي الْأَرْضِ لُمُسْرِفُونَ

İşte bu yüzden ki İsrailoğullarına şöyle yazmıştık: Kim bir canı, bir can mukabilinde veya bir fesat çıkarmaktan dolayı olmayarak (haksız yere) öldürürse bütün insanları öldürmüş gibi olur. Kim de onu kurtarırsa bütün insanları diriltmiş gibi olur.¹⁴⁵ Bilindiği üzere insan Allah tarafından yaratılmış¹⁴⁶ olup onun yeryüzündeki halifesi¹⁴⁷, en güzel yaratılış sahibi¹⁴⁸, en değerli varlık ve yaratılanların en şerefli sidir. Diğer varlıklar onun emrine verilmiştir. İnsan yetenekleri sayesinde inisiyatif alabilen, tasarruf kabiliyetine sahip bir varlıktır.¹⁴⁹ Ancak bütün bunlar insana, istediği zaman ve istediği yerde hayatına son verme hakkı vermez.

İnsan hayatının korunması, malın, neslin ve aklın korunması gibi İslam dininin gerçekleştirmeyi hedeflediği diğer temel gayelerden önce gelmektedir.¹⁵⁰ Çünkü bunların temeli hayat hakkı olup diğerleri bunun üzerine bina edilmiştir. Zira hayat hakkına sahip olmayan bir şahsın diğer temel hak ve hürriyetlerinden söz edilmesi mümkün değildir. Hatta bunun, insan hayatına bu değeri kazandıran dinin korunmasından da önce geldiği söylenebilir. Çünkü din, insanlar için gönderilmiştir ve dinin muhatabı insandır.¹⁵¹ İslam'ın, insanın şahsında gerçekleştirmeyi amaçladığı sosyal, kültürel, ekonomik gibi değerlerin bir anlam ifade etmesi, insana hayat hakkının tanınmasına bağlıdır.

Şahsiyet haklarının başında gelen hayat hakkının korunması maksadıyla Şari teâlâ adam öldürmeyi suç saymış ve katile de ölüm cezası verilmesini kabul etmiştir.

Bir ayette Allah (c.c.) şöyle buyurur: **يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ**

¹⁴⁵ Mâide, 5/32.

¹⁴⁶ Rahmân, 55/3.

¹⁴⁷ Yûnus, 10/14.

¹⁴⁸ Tîn, 95/4.

¹⁴⁹ İsrâ, 17/70.

¹⁵⁰ Gazzâlî, a.g.e., I, 287-288; Çalış, Halit, *İslam'da Kolaylaştırma İlkesi*, s. 165, 166.

¹⁵¹ Kaya, "İslam Hukukuna Göre Ötanazi", *UÜİFD*, s. 134.

”¹⁵² Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında size kısas farz kılındı...“ فِي الْقَتْلِ

Bir başka ayette ise şöyle buyurmuştur: وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ وَمَنْ لَمْ يَحْكَمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ “Tevrat’ta onlara şöyle yazdık: Cana can, göze göz, buruna burun, kulağa kulak, dişe diş (karşılık ve cezadır). Kim bunu (kısası) bağışlarsa kendisi için o kefarettir. Kim Allah’ın indirdiği ile hükmetmezse işte onlar zalimlerdir.”¹⁵³ buyurmuştur.

Ölümlerle sonuçlanmasa bile, insanların maddi ve manevi hayatına tecavüz ve eziyet *zulüm* kabul edilmiş ve bu sebeple yasaklanmıştır. Zulüm kavramı Kur’an’da çok çeşitli manalarda kullanılmıştır. Bu manalar içine, konumuzla ilgili olarak, kişi dokunulmazlığını ihlâl eden davranışlar da dâhildir ve bunlar yasaklanmıştır. Konuyla ilgili ayetlerden birinde şöyle buyrulur: وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ إِنَّهُ كَانَ مَنْصُورًا “Haklı bir sebep olmadıkça Allah’ın da muhterem kıldığı cana kıymayın. Bir kimse haksız yere (zulmen) öldürülürse onun velisine (hakkını alması) için yetki verdik. O da artık kısasta ileri gitmesin. Zaten (kendisine bu yetki verilmekle) o, alacağını almıştır.”¹⁵⁴ Bu ve benzeri ayetlerde¹⁵⁵ yaşam hakkına saldırı yasaklanmıştır.

Peygamberimiz (s.a.v.) Ved Haccı’nda Mina’da kurban kesme gününde irad ettiği hutbesinde bu hakların dokunulmazlığını şu sözleriyle ilan etmiştir: **إِنَّ**

¹⁵² Bakara, 2/178.

¹⁵³ Mâide, 5/45.

¹⁵⁴ İsrâ, 17/33.

¹⁵⁵ bk. Âl-i İmrân, 3/140; Nisâ, 4/110; En’âm, 6/21; Yûnus, 10/10; Furkân, 25/25; Ankebût, 29/40; Rûm, 30/9.

دِمَائِكُمْ ، وَأَمْوَالِكُمْ وَأَعْرَاضِكُمْ حَرَامٌ عَلَيْكُمْ كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا ، فِي
 شَهْرِكُمْ هَذَا ، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا “Ey insanlar! Bugünleriniz nasıl mukaddes bir
 gün, bu aylarınız nasıl mukaddes bir ay, bu şehriniz (Mekke) nasıl mübarek bir
 şehir ise canlarınız, mallarınız ve namuslarınız da öyle mukaddestir. Her türlü
 tecavüzden korunmuştur.”¹⁵⁶ Bir başka hadisinde de şöyle buyurmuştur: مَنْ قَتَلَ
 رَجُلًا مَوْمِنًا فَهُوَ قَوْدٌ بِهِ “Kim kasten öldürürse bunun hükmü kısastır.”¹⁵⁷

Bütün bunlar gösteriyor ki, bir şahsın hayatına son veren şahıs bunu kendi hayatıyla
 ödeyecektir. Dolayısıyla hayat hakkının bundan daha etkili ve kesin bir biçimde
 korunması herhâlde mümkün değildir.

İslam’da insan hayatının korunması ve kollanması için maddi ve manevi bütün
 tedbirler alınmıştır. Nasların belirttiği durumlar haricinde insan hayatına son veren
 bütün müdahaleler yasaklanmıştır.¹⁵⁸ Sadece şu üç nitelikten birini taşıyan insanların
 can dokunulmazlığı istisna edilmiştir. Peygamberimiz (s.a.v.) bu kişilerin kimler
 olduğunu bir hadisinde şöyle bildirmiştir: لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِيٍّ مُسْلِمٍ يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ
 إِلَّا اللَّهُ وَأَنَّي رَسُولُ اللَّهِ إِلَّا بِأَحْدَى ثَلَاثٍ: التَّيَّبِ الزَّانِي، وَالنَّفْسِ بِالنَّفْسِ،
 وَالتَّارِكِ لِدِينِهِ الْمُفَارِقِ لِلْجَمَاعَةِ “Allah’tan başka ilah olmadığına ve benim
 onun elçisi olduğuma şahadet eden bir kimsenin kanı ancak şu üç şeyden biri ile
 helal olur: Cana karşı can, zina eden evli, dinini terk edip cemaatten ayrılan
 (mürted).”¹⁵⁹ Bunların dışında başka hiçbir sebep hayat hakkına müdahaleyi haklı
 gösteremez.

¹⁵⁶ Müslim, İmaret, 36; İbn Mace, Menasik, 84; Tirmizî, Cihad, 28.

¹⁵⁷ Ebu Davud, Diyat, 5.

¹⁵⁸ Şîrazî, *el-Mühezzeb*, III, 261; Udeh, *a.g.e.*, I, 529-531.

¹⁵⁹ Buharî, Diyat, 6; Müslim, Kasame, 25; Ebu Davud, Hudud, 1; Nesai, Tarim, 5, Kasame, 5; Tirmizî,
 Diyat, 10. Tirmizî bu hadisi sahih hasen hadis olarak nitelendirmiştir.

Hayat hakkı sadece dışarıdan gelecek tehlikelere karşı değil, hak sahibi tarafından gelecek zararlara karşı da koruma altına alınmıştır.¹⁶⁰ Buna “*kişiliğin, kişinin kendisine karşı korunması*” denir. Ötanazinin¹⁶¹, ölüme rızanın, intiharın¹⁶², düellonun¹⁶³ ve vücut organlarına yönelik müessir fiillerin yasaklanması¹⁶⁴ bu asla racidir. Diğer taraftan İslam hukuku, şahsı, kendini korumak ve hayatını idame ettirmekle sorumlu tutmuştur. Bu nedenle kişinin hayatını idame ettirebilmesi için gerekirse şer’an yasak olan şeyleri yapması mübâh, hatta bazen de vaciptir.¹⁶⁵

Neticede başta hayat hakkı olmak üzere insanların bütün şahsiyet hakları ve malvarlığı hakları bizzat Şari’ tarafından kesin ifadelerle koruma altına alınmıştır. Dolayısıyla bu haklara yönelik işlenecek haksız fiiller başta Şari’in emrine muhalefet olacağından hukuka aykırıdır.¹⁶⁶

Şahsın öldürülmesi şeklinde tezahür eden hayat hakkının ihlali bir cinayettir. Bütün hukuk düzenlerinde cinayetlerden dolayı suçun işleniş biçimi de göz önünde tutularak katile ceza verilmesi esas tutulmuştur. Çünkü suçlulara işledikleri suçun ağırlığına göre ceza vermek, hem fertlerin hem de toplumun huzurunu teminat altına almak gayesinin bir gereğidir.¹⁶⁷ Böylece şahısların hayat hakları ve toplumun huzuru korunmuş olur.

Bir insanın haksız yere öldürülmesinin, bütün insanların öldürülmesiyle eş değerde tutulması, katile verilecek cezanın ağırlığını daha da artırmaktadır. Kur’an’da “**Allah’ın haram kıldığı cana kıymayın...**”¹⁶⁸ buyrulurken hayat hakkına yapılacak tecavüzler yasaklanmıştır. Bu yasağı çiğneyenler, “**Büyük günah işlemiş**

¹⁶⁰ Kalyûbî, *Haşiyetü Şerhi’l-Mahalli*, IV, 206.

¹⁶¹ Bilmen, *a.g.e.*, III, s. 46.

¹⁶² Bakara, 2/195; Buhari, Eyman, 7, Cenaiz, 84, Edeb, 44, Magazi, 38, Cihad, 182; Müslim, İman, 176, 178; Tirmizî, İman, 16; Ebu Davud, İman, 9; Nesai, Eyman, 7.

¹⁶³ Nesai, Tahrim, 28; İbn Mâce, Fiten, 12.

¹⁶⁴ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 438; Mavsilî, *a.g.e.*, s. 737-740; Bilmen, *a.g.e.*, III, s. 13.

¹⁶⁵ Kasım, Yusuf, *Nazarîyyetü’z-Zarurati fi’l-Fıkhî’l-İslami*, s. 202 vd.

¹⁶⁶ Udeh, *a.g.e.*, I, 206.

¹⁶⁷ Gökmenoğlu, *a.g.e.*, s. 80.

¹⁶⁸ İsrâ, 17/33.

olmak¹⁶⁹, “...Ebedi olarak cehennemde kalmak...”¹⁷⁰ gibi uhrevi; “*kısas*”¹⁷¹, “*diyet, keffaret*”¹⁷², “*ta’zir*”¹⁷³ ve “*mirastan mahrumiyet*”¹⁷⁴ gibi dünyevi müeyyideler ile cezalandırılmışlardır. Görüldüğü gibi İslam’da insan hayatına büyük önem verilmiş, onun korunması ve kollanması için maddi ve manevi bütün tedbirler alınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 2. maddesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin 3. maddesi ve T.C. Anayasası’nın 14/1 fıkrasında yer alan, “*yaşam hakkı kişinin fizik ve ruhsal bütünlüğünü koruyabilmesi, sürdürebilmesi ve varlığının çeşitli etkilerle bozulmasına engel olabilmesi hakkıdır.*” şeklindeki bir düzenleme ile yaşam hakkı her türlü saldırıya karşı kanuni koruma altına alınmıştır.

Hayat hakkı, şahsiyet hakkının yaşam üzerindeki bir yansımasından ibarettir. Bu nedenle hiç kimse yaşam hakkından vazgeçemez ve kendisinin öldürülmesine izin veremez. Bir kimsenin öldürülmesine rıza göstermesine ilişkin sözleşmeler kişilik hakkına aykırıdır ve geçersizdir.¹⁷⁵ Çünkü hayat, kişinin vazgeçilmez bir hakkıdır ve hiçbir hayat, yaşanmaya değmez nitelikte değildir.¹⁷⁶

Demek oluyor ki bütün hukuk sistemleri insan hayatının korunmasını temel haklardan biri olarak kabul etmiş ve hayat hakkına yönelik haksız müdahalelere kesinlikle müsaade etmemiştir.

B. Sağlık Hakkı

Yüce Allah insanlara sayısız nimetler vermiştir.¹⁷⁷ Bu nimetlerin başında gelenlerden biri de sağlıktır. Çünkü sağlığı bozuk olan kimseler günlük hayatlarında birçok güçlüklerle karşılaşır. Allah’a karşı yapmakla yükümlü oldukları ibadetlerini

¹⁶⁹ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II, 211. Buharî, *Hudud*, 44; Tirmizî, *Tefsürü’s-Süre*, 4; Nesaî, *Tahrim*, 3.

¹⁷⁰ Nisâ, 4/93.

¹⁷¹ Bakara, 2/178; Mâide, 5/45.

¹⁷² Nisâ, 4/92.

¹⁷³ Udeh, *a.g.e.*, II, 260-261.

¹⁷⁴ Udeh, *a.g.e.*, I, 632.

¹⁷⁵ *TMK*, m. 23; *TBK*, m. 20/1.

¹⁷⁶ *Zevkliler*, a.g.m. s. 19.

¹⁷⁷ bk. *Nahl*, 16/18.

de tam olarak yerine getiremez, ailesiyle ve içinde yaşadığı toplum fertleriyle gerektiği şekilde ilgilenemezler. Dolayısıyla insanın kendisinden beklenen görevleri ve hatta ibadetlerini hakkıyla yapabilmesi için öncelikle sıhhatli olması gerekir.

Bunun içindir ki dinimiz, insan sağlığına büyük önem vermiştir. İnsana kendi sağlığını koruma görevi verdiği gibi ailesi ve çevresinin hatta içinde yaşadığı toplumun sağlığını korumakla da onu yükümlü kılmıştır. Çocuğun dinî terbiyesi ve eğitimi kadar sağlığı ile de ilgilenilmesi konusunda anne ve babaya hatta topluma da sorumluluk yüklemiştir.¹⁷⁸

Bir insanın rahatsızlığı sebebiyle bazı ibadetleri yapmasından sağlığı olumsuz şekilde etkilenecekse bu ibadetleri, iyileşinceye kadar ertelemesine izin verilmiştir. Buna orucu örnek verebiliriz. Ramazan ayında her Müslüman kadın ve erkeğin oruç tutması farzdır. Ancak oruç tutmakla yükümlü olan kimse, rahatsızlığı sebebiyle oruç tutamayacaksa veya oruç tuttuğu takdirde sağlığı bozulacak veya iyileşmesi gecikecekse bu kimsenin iyileştiğinde tutmak üzere orucunu yemesine müsaade edilmiştir.¹⁷⁹ Emziren kadının durumu da bundan farklı değildir. Yani emziren kadınlar oruç tuttuğu takdirde çocuğuna yeterli derecede anne sütü veremeyecekse ve çocuğunu dengeli olarak besleyemeyecekse orucunu daha sonra tutmak üzere yiyebilecektir.¹⁸⁰

Peygamberimiz (s.a.v.) her şeyden önce Müslümanlara sağlığın kıymetini bilmelerini öğütlemiş ve bunu sağlamanın yollarını da göstermiştir: Bunlar ana hatlarıyla, temizlik ve düzenli bir hayat, yiyip içmede itidal, yani ölçülü ve dengeli beslenme, sağlığa zararlı şeylerden sakınmak ve bulaşıcı hastalıklardan uzak durmaktır.¹⁸¹

Bütün bunlara rağmen, eğer hasta olunursa tedavi olunmasını emreden Peygamberimiz (s.a.v.): **“Ey Allah’ın kulları, tedavi olunuz; çünkü Allah,**

¹⁷⁸ Çetin, Abdurrahman, “Sağlık ve Hayat”, *Diyanet Aylık Dergi*, s. 13.

¹⁷⁹ Bakara, 2/184.

¹⁸⁰ Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhu*, II, 646-647.

¹⁸¹ Buharî, Rikak, 1; Tirmizî, Zühd, 1; İbn Mâce, Zühd, 15.

yarattığı her hastalık için, mutlaka bir deva ve şifâ da yaratmıştır.”¹⁸² buyurmuştur. Diğer taraftan Peygamberimiz (s.a.v.), bazı hastalıklar için bir takım ilâçlar, perhiz,¹⁸³ hava değişimi¹⁸⁴ ve kan aldırma¹⁸⁵ gibi tedavi yöntemlerini tavsiye etmiştir.

Sağlığı korumak için gerekli olan koruyucu önlemleri almanın yanı sıra hastalandıktan sonra tedavi çarelerine de başvurmak gerekir. Çünkü Allah (c.c.) her şey için bir sebep yaratmıştır. O sebebi arayıp bulmak da insanın görevidir.

C. Vücut Bütünlüğü Hakkı

Vücut bütünlüğü hakkı da tıpkı hayat hakkı gibi mutlak bir haktır ve başkalarının hukuka aykırı her türlü saldırılarına karşı kesin bir şekilde korunmuştur. Zaten “*hayat hakkı*”, “*beden bütünlüğü hakkı*” ile birlikte kullanıldığında ideal bir anlam ifade eder.¹⁸⁶ Kişi, bedenini oluşturan organlar, dokular, kemikler, hatta en küçük parçalar üzerinde dahi kişilik hakkına sahiptir. Beden, onu oluşturan tüm parçalarıyla birlikte bir bütün olarak kişilik hakkının konusunu oluşturur.¹⁸⁷

Şahsa, beden bütünlüğü hakkının tanındığının en açık ifadeleri, beden bütünlüğüne karşı girişilecek haksız müdahaleler karşısında uygulanacak cezai müeyyidelerde yer alır.¹⁸⁸

¹⁸² Buhâri, Tıb, 1; Müslim, Tıb, 2; Ebû Davud, Tıb, 1.

¹⁸³ Tirmizî, Tıb, 4; İbn Mâce, Tıb, 4.

¹⁸⁴ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II, 38.

¹⁸⁵ Buhâri, Tıb, 13.

¹⁸⁶ Gökmenoğlu, *a.g.e.*, s. 92.

¹⁸⁷ Gökmenoğlu, *a.g.e.*, s. 93.

¹⁸⁸ Kasten öldürme suçlarında olduğu gibi kasten bedene yönelik saldırılarda da asıl ceza olarak kısas uygulanır. (Udeh, *a.g.e.*, II, 211 vd.). Allah Teala'nın “**O (hak kitabı)n'da onlara: cana can, göze göz, buruna burun, kulağa kulak, dişe diş ve yaralara karşılık kısas yazdık...**” (Mâide 5/45) buyruğu bunu açıkça ifade etmektedir. Hz. Peygamberden de aynı doğrultuda pek çok rivayet bulunmaktadır. (Buhârî, Tefsir'ü Sureti'l-Bakara 23, Sulh 8; Tirmizî, Tahare, 55; İbn Mâce, Diyat, 16). Öldürme suçunda olduğu gibi vücut bütünlüğüne yönelik işlenen suçlarda da fiilde kasıt unsuru yoksa veya kısasa mani bir durum varsa, fail tam diyet veya tam diyetten daha az olan erş ile cezalandırılır. İmam Malik kasten müessir fiillerde faile ta'zir cezasının uygulanacağı düşüncesindedir. (Udeh, *a.g.e.*, II, 260). Bununla birlikte İslam'a göre, böyle bir suç işleyen kimse dünyada karşılaşacağı cezai müeyyidelerden başka ahirette hesabını vereceği günahı da almış olacaktır. “**İnanan erkek ve kadınlara hak etmedikleri bir şeyden dolayı eziyet edenler, şüphesiz iftira etmiş ve apaçık günaha girmişlerdir.**” (Ahzâb, 33/58.)

Şahsın fizikî varlığına yönelik olan beden varlığı hakkının ihlali, yaralama (cerh)¹⁸⁹, bir uzvun koparılması (kat')¹⁹⁰ veya uzvun bedende kalmasına rağmen fonksiyonlarını yerine getiremeyecek şekilde muattal kılınması şeklinde tezahür eder.¹⁹¹

İslam hukukunda beden bütünlüğüne karşı yapılan tecavüzler, “*el-cinâye a'lâ mâ düine'n-nefs*”¹⁹² yani “ölümle neticelenmeyen saldırılar” veya “*el-cinâye fi'l-etrâf*”¹⁹³ yani “kişinin organlarına karşı yapılan saldırılar” diye ifade edilir.¹⁹⁴ TCK'da bu tip tecavüzler “*Kişilere karşı suçlar*” başlığı altında düzenlenmiştir.¹⁹⁵

Şahsın bedeninde yer alan küçük bir parçanın koparılıp yok edilmesi veya hasara uğratılması, o şahsın hayatını sona erdirici nitelikte olmasa bile hukuka uygun kabul edilmez. Çünkü beden, parçalarıyla birlikte bir bütün teşkil eder ve şahsiyet hakkı bu bütünlük üzerinde geçerlidir. İslam hukukunun temin etmeyi gaye edindiği maslahatlardan biri olan “*canın korunması*” prensibi, beden bütünlüğünü de kapsamaktadır.¹⁹⁶ Bu nedenle kişinin rızası olmadığı takdirde bedene yönelik fiiller, ister önemli nitelikte olsun ister olmasın, kişilik hakkına saldırı niteliğindedir. Bu hususta kişinin rızası olmadan bedeninden parça alınması ile saçının tümüyle ya da biçimini önemli ölçüde bozacak şekilde kesilmesi arasında kişilik hakkına saldırı açısından hiçbir fark yoktur ve her iki durumda da hakların korunması yoluna başvurulacaktır. Saldırının biçimi, şiddeti, hangi araçla yapıldığı önemli değildir, saldırının vücut bütünlüğüne yönelik olması yeterlidir. İşte söz konusu bu eylem rızaya dayanmıyor ise kişilik hakkının ihlalden söz edilecektir.¹⁹⁷

¹⁸⁹ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 437; Bilmen, *a.g.e.*, III, 10.

¹⁹⁰ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 437-438; Mavsîlî, *a.g.e.*, s. 737; Bilmen, *a.g.e.*, III, 18.

¹⁹¹ Udeh, *a.g.e.*, II, 205.

¹⁹² Şâfîî, *a.g.e.*, VII, 252; Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 436; İbnu'l-Humâm, *a.g.e.*, X, 233.

¹⁹³ Mavsîlî, *a.g.e.*, s. 736; İbnu'l-Humâm, *a.g.e.*, X, 288.

¹⁹⁴ Bilmen, *a.g.e.*, III, 13.

¹⁹⁵ bk. TCK, m. 81-96.

¹⁹⁶ Remli, *a.g.e.*, VIII, 23.

¹⁹⁷ Gökmenoğlu, *a.g.e.*, s. 94.

Buna karşılık beden bütünlüğüne yapılan saldırının, hak sahibi kişinin rızasına dayanması hâlinde fiilin hukuka aykırılığı hakkında değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler son bölümde ele alınacaktır.

Türk hukukunda, beden bütünlüğüne yönelik müessir fiillere rızanın, hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp kaldırmadığı hususunda açık bir düzenleme yoktur. TMK 23. maddesi ile düzenlenen kişilik hakkından tümüyle vazgeçme, onu başkasına devretme veya kişilik hakkının aşırı sınırlanması yasağı karşısında, vücut bütünlüğüne saldırı hak sahibinin rızasına dayansa dahi yine hukuka aykırı sayılır.

İnsan kendi bedeninin sınırsız hâkimi değildir. Diğer taraftan kişinin vatanına, topluma ve ailesine karşı yerine getirmesi gerekli görevleri vardır. Kişi bu görevleri sebebiyle, yaşamı üzerinde olduğu gibi beden bütünlüğü üzerinde de tasarruf edemez.¹⁹⁸ Bununla birlikte belirli şartlar dâhilinde insanın, beden bütünlüğü üzerinde tasarruf edebileceği bazı özel durumların olduğu kabul edilmiştir. Bu durumlarda beden bütünlüğüne yönelik müdahaleye gösterilen rıza ile birlikte söz konusu müdahalenin kişilik haklarına aykırılığından söz edilemeyecektir. Beden bütünlüğü üzerindeki girişimlere hangi durumlarda izin verilebileceği hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu konuda genellikle kabul edilen görüşe göre “üstün amaç”, izni hukuka uygun hâle getirecektir. Bu üstün amaç, kişinin yaşamı ve sağlığını kurtarma olabileceği gibi başka kişilerin hayat ve sağlığının kurtarılması da olabilir.¹⁹⁹ Üstün amaç veya zaruret kapsamına kan ve organ nakli girebildiği gibi²⁰⁰ kangren olan organın kesilmesi, sağlık kazandırıcı ya da hastalık veya sakatlığı giderici tıbbi müdahaleler de girmektedir.²⁰¹

Kişinin, kişisel bir değer olarak beden bütünlüğü üzerindeki hakkı özellikle tıbbi müdahaleler bakımından önem taşımaktadır. Bu nedenle beden bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu ikinci bölümde incelenecektir.

¹⁹⁸ Önder, *a.g.e.*, s. 260.

¹⁹⁹ Udeh, *a.g.e.*, I, 469-470.

²⁰⁰ Haylamaz, *a.g.e.*, s. 127-128.

²⁰¹ Şinkiti, *a.g.e.*, s. 239 vd.; Sahi, *a.g.e.*, s. 200, 201.

İKİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALELERİN SINIFLANDIRILMASI

Tıbbi müdahalelerden doğan sorumlulukları tespit edebilmek için somut olay verilerinden yani tıbbi müdahalelerden hareket edilmesi daha sağlıklı sonuçlara ulaştırır. Ancak bütün tıbbi müdahalelerin belirlenip incelenmesi mümkün olmadığından niteliği itibariyle özellik arz eden bazı müdahale çeşitlerini gruplandırarak ele alınması ve daha ayrıntılı olarak gözden geçirilmesi yerinde olacaktır. Böylece her zaman karşılaşılabilecek farklı tiplerdeki müdahalelerin, ne zaman ve hangi şartlar altında sorumluluk gerektireceği daha açık bir şekilde belirlenecektir.

I. Hukuka Uygunluk Bakımından Tıbbi Müdahaleler

Tıbbi müdahaleleri çeşitli esaslardan hareketle sınıflandırmak mümkündür. Biz, çalışmamıza esas teşkil etmek üzere iki ayrı açıdan sınıflandırma yapmaya çalışacağız. Bunlardan birincisi, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğundan hareketle “hukuka uygun olan tıbbi müdahaleler” ve “hukuka uygun olmayan tıbbi müdahaleler” ayrımıdır. İkincisi ise tıbbi müdahalenin icra edildiği yerden hareketle “bağımsız çalışan bir hekim tarafından yapılan tıbbi müdahaleler” ve “hastanelerde yapılan tıbbi müdahaleler” şeklindeki ayrımıdır.

A. Hukuka Uygun Olan Tıbbi Müdahaleler

Hastalık durumundan sonra kişiyi tekrar sağlığına kavuşturma ameliyelerine genel anlamda tıbbi müdahale denildiğini birinci bölümde belirtmiştik. Tıbbi müdahale en basit teşhis ve tedavi yönteminden başlayarak en ağır cerrahi müdahaleleri kapsayan geniş bir faaliyet alanına sahiptir. Tıbbi müdahale ile öncelikle kişilerin bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığı, noksanlığı tedavi edilir. Bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletme, acıları dindirme ve onları böyle bir rahatsızlıktan koruma yoluna gidilir.²⁰²

Hastaya yapılan müdahaleye hukuka uygunluk niteliği kazandıran en belirgin özellik, müdahaleyi yapan kişinin vasfı ve amacıdır. Bu nedenle ancak doktor tarafından başta tedavi olmak üzere belirli şartlar doğrultusunda gerçekleştirilen tıbbi

²⁰² Çilingiroğlu, *a.g.e.*, s. 15; Çakmut, *a.g.e.*, s. 24.

müdahaleler hukuka uygun kabul edilir.²⁰³ Şimdi bu şartlar çerçevesinde gerçekleştirildiği takdirde hukuka uygun olan bazı tıbbi müdahaleleri inceleyeceğiz.

1. Araştırma ve Tıbbi Deneme Amacına Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Boyutu

Tıbbi araştırma ve denemeler, önceden tatbik edilmeyen ve insan vücudu üzerindeki etkileri kesin olarak bilinmeyen faaliyetlerin tedavi veya bilimsel amaçla tatbik edilmesidir.²⁰⁴ Bilimsel amaçla yapılan tıbbi denemelerde asıl hedef, bilimsel bir gayeyi ortaya çıkarmak olup tedavi ikinci plana itilmektedir. Dolayısıyla kişiyi kobay gibi kullanma amacına yönelik olan ve tedavi amacı taşımayan bu gibi girişimler kişilik haklarına saldırı niteliği taşıdığı için kural olarak hukuka aykırı kabul edilir.²⁰⁵

İnsan sağlığı, beden bütünlüğü ve hayatı kişinin sahip olduğu haklardan olup başkalarının hukuka aykırı her türlü müdahalesine karşı kesin bir şekilde korunmuştur. Bu nedenle insan vücudu üzerinde yapılan gelişmiş denemeleri ve insanın kobay olarak kullanılmasını hukuka aykırı fiiller arasında saymak mümkündür. Ancak insan üzerinde gerçekleştirilen deneysel faaliyetlerden bir kısmı sadece tedavi amacına yönelik olabilir. Mevcut metotlarla tedavi mümkün değilse bu türden müdahaleler bazı şartlar dâhilinde hukuka uygun sayılmıştır.²⁰⁶

Tedaviye yönelik denemelerin hukuka uygun olabilmesi için öncelikle hastanın, üzerinde icra edilecek müdahale konusunda daha detaylı bir şekilde aydınlatılması gerekir. Asıl amacı, tedavi olan bu müdahalelerin bünyesinde, deney niteliğinin de bulunduğu hastaya açıklanmalıdır.²⁰⁷

Bilimsel gaye ile yapılan tıbbi denemelerin hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilebilmesi için ulaşılmak istenen sonuç ile deneye tabi tutulan kişi için muhtemel tehlikeler arasında mantıklı bir oran bulunmalıdır. “Zaruretler memnu“

²⁰³ Bu şartlar için bk. Tez metni 1. Bölüm.

²⁰⁴ Bayraktar, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, s. 159.

²⁰⁵ Adli, *a.g.e.*, s. 77; Zevkliler, *a.g.m.*, s. 24.

²⁰⁶ Sibaî ve Bâr, *et-Tabib*, s. 170, 171.

²⁰⁷ Zevkliler, *a.g.m.*, s. 24.

olan şeyleri mübâh kılar.”²⁰⁸, “Zararı ammi def için zararı has ihtiyar olunur.”²⁰⁹ ve “Def’i mefasit celb-i menafi’den evladır.”²¹⁰ gibi temel hukuk kaideleri bu oranı belirlemede esas alınabilir. Sonuçta amaçlanan hedef insanlığın yararı için bilimsel yönden zorunlu olduğu ve tehlikenin ağırlığı ile sonuç mantıklı bir oran dâhilinde bulunduğu takdirde deneysel araştırma faaliyeti hukuka uygun sayılır.²¹¹

Tıp bilimi sürekli olarak gelişmeler kaydetmektedir. Bunun neticesi olarak ortaya çıkan yeni tedavi metotlarının bilinip uygulanması söz konusu olmaktadır. Başlangıçta, bu yeni tedavi yöntemleri uygulama yönünden deney niteliği taşımaktadırlar. Ancak, bu tamamen tedaviye yönelik bir deneydir. Daha doğrusu, bu yeni bir araştırma faaliyetidir.²¹² Hastaya uygulanacak müdahale ve yöntemlerle ilgili araştırmalar, öncelikle laboratuvar ortamında ve hayvanlar üzerinde yapılmalıdır. Yeteri kadar denenip büyük ölçüde menfi neticeler doğurma ihtimalinin bulunmaması durumunda hastaya uygulanmalıdır.²¹³ Ancak buna imkân yoksa öncelikle hasta üzerinde uygulanabilir. Ama bu durumda da öncelikli amaç tedavi olmalıdır.

Doğrudan doğruya bir ölüm tehlikesini bünyesinde bulunduran veya hayvan deneylerinde gereği kadar denenmemiş ilaçlarla yapılan bilimsel araştırmalarda tehlike, muhtemel yararın üstündedir. Dolayısıyla bu tip araştırmalara yani insanın kobay olarak kullanıldığı tıbbi denemelere müsaade edilmemelidir.²¹⁴

Yukarıda belirtilen şartlara uyulmadan girişilen tıbbi müdahaleler kişilik hakkına saldırı niteliği taşıdığı için hukuka aykırı kabul edilir. Dolayısıyla müdahalede bulunan sorumlu tutulur.

²⁰⁸ *Mecelle*, m. 21.

²⁰⁹ *Mecelle*, m. 26.

²¹⁰ *Mecelle*, m. 30.

²¹¹ Sibaî ve Bâr, *a.g.e.*, s. 171; Şinkiti, *a.g.e.*, s. 172, 173.

²¹² Kayalı, Zeka, *Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler*, s. 48.

²¹³ Karaman, *Günlük Hayatımızda Helaller ve Haramlar*, s. 294; Şinkiti, *a.g.e.*, s. 181.

²¹⁴ Ayan, *a.g.e.*, s. 15-16.

2. Üremeyi Gerçekleştirme Amacına Yönelik Müdahaleler

Evliliğin temel amacı çocuk sahibi olmaktır. Bu nedenle evlilik gibi çocuk sahibi olmakta fitri bir ihtiyaçtır. Ancak şu bir gerçek ki her evli çift bu isteklerine erişememekte²¹⁵ uzun yıllar çocuk özlemi çekerek yaşamaktadır. Anne ve babanın en tabii hakları olarak çocuk sahibi olmayı istemeleri din tarafından da teşvik edilmiştir. Meşru evlilik dışında çocuk sahibi olma yolları ise yasaklanmıştır.

Çağımızda bilim ve teknoloji alanında kaydedilen hızlı değişim ve ilerlemeler, hayatın pek çok alanında olduğu gibi tıp sahasında da kendini göstermiş, tıbbi herhangi bir problemin tetkik, teşhis ve tedavi aşamalarında kimi zaman kesin, kimi zaman da ümit verici sonuçlara ulaşılmasına zemin hazırlamıştır. Tıp alanındaki bu gelişim, kısırlık tedavisinde de yeni imkânlar sunmuştur. Bu durum kadın veya erkekteki bir rahatsızlık sebebiyle tabii ilişkiyle gebeliğin gerçekleşmesi mümkün olmayan çiftler için bir ümit ışığı olmuştur. Bu konudaki genel görüş bebek sahibi olmak için gerekli olan sperm, yumurta ve rahim evli çifte ait olmak şartıyla yapay dölleme veya embriyon nakli denilen yardımcı üreme teknikleri yardımıyla tedaviye başvurularak²¹⁶ bebek sahibi olunmasında dinî bir sakınca olmadığı yönündedir.²¹⁷

Yapay dölleme, erkek üreme hücrelerinin, normal cinsel birleşme olmaksızın, tıbbi bazı yöntemler kullanılarak kadın üreme organına aktarılması ve bu şekilde döllemenin gerçekleştirilmesi amacıyla yapılan müdahaledir.²¹⁸ Başka bir ifadeyle yapay dölleme, klasik yöntemler ile gebe kalamayan kadınlarda uygulanan bir tedavi şeklidir. Erkek (sperm) ve dişi (yumurta) döl hücrelerinin laboratuvar koşullarında birleştirilmesi sonucunda oluşan embriyoların, rahime transferi ilkesine dayanır.

Yapay döllemenin günümüzde en yaygın olarak kullanılanı, erkeğin spermi ile kadının yumurtasını bir tüpte birleştirmek, sonra aşılınmış yumurtayı rahime

²¹⁵ Ülkemizde her 100 çiftin yaklaşık 15'inin kendiliklerinden gebe kalamadıkları belirtilmiştir. Kahraman, Semra, *Diyanet İşleri Başkanlığı Güncel Dinî Meseleler İstişare Toplantısı II*, s. 160.

²¹⁶ Taşçı, Ali İhsan, *Cinsel Eğitim*, s. 394-396.

²¹⁷ Karaman, *İslam'da Kadın ve Aile*, s. 441; Görgülü, Ülfet, "Taşıyıcı Annelik", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, s. 198.

²¹⁸ Zevkliler, a.g.m., s. 32-33; Çakmut, a.g.e., s. 169.

yerleştirmektir (embriyon nakli). Bu yoldan çocuk sahibi olabilmek için üç unsurun bir araya gelmesi gerekmektedir. Bunlar; sperm, yumurta ve rahimdir. Bunların her üçü de birbiri ile evli çiftte ait olursa tüpte aşılama yoluyla çocuk sahibi olmakta şer'an bir sakınca görülmemektedir. Çünkü kocanın sperminin, karısının yumurtasını tabii yerinde iken aşılması ile sperm ile yumurtayı alıp tüpte aşılama, sonra rahime yerleştirmek arasında bir fark yoktur.²¹⁹

İki karısı olan bir erkeğin spermi ile çocuk sahibi olamayan karısının yumurtası tüpte aşılandıktan sonra diğer karısının rahmine yerleştirmek şeklinde yapılacak uygulama da İslam hukukçuları arasında tartışılmıştır. Bu uygulamada çocuğu olmayan hanımın rahmi müsait olmadığı için diğer hanımın rahmi kullanılmaktadır. Bu konuda asıl tartışma, bu yolla doğacak olan bebeğin annesinin kim olacağıdır. Annesi, yumurta hücresi veren kadın mı, yoksa ona hamile olup dünyaya getiren mi olacaktır? Mustafa ez-Zerkâ ve onunla aynı düşüncede olan bazı fıkıh âlimlerine göre gerçek anne, yumurta hücresi veren kadındır. Doğuran kadın ise sütanne konumundadır. Ancak bu durumda, nesep ve mirasçı olma, gerçek anneninki gibi herhangi bir hak ve sorumluluk söz konusu değildir. Fıkıh âlimlerinin çoğu ise annenin, çocuğu karnında taşıyıp, dünyaya getiren kadın olduğunu kabul etmişlerdir.²²⁰

İki hanım da aynı kocaya ait olduğu araya yabancı bir unsur girmediği için Fıkıh Akademisi 1983'teki 7. Dönem Toplantısı'nda bu yöntemin cevazı yönünde karar vermiştir.²²¹ Ancak nesep karışıklığına ve annenin kim olduğunun belirlenememesine yol açacağı gerekçesiyle aynı kurul 1984'teki 8. Dönem Toplantısı'nda bu yöntemin haram olduğu yönünde karar vermiştir.²²² Durum böyle olunca eşlerden alınan yumurta ve sperm hücrelerinin dışarıda döllmesi ile oluşan embriyonun çocuğa hamile kalmaya gönüllü bir başka kadının (taşıyıcı annenin) rahmine yerleştirilmesi de evleviyetle haram sayılmıştır.²²³ İslam dini tarafından

²¹⁹ Bardakoğlu, Ali, "Cinsi Hayat", *İlmihâl*, II, 141.

²²⁰ Bâr, Din ve Tıp Açısından Tüp Bebek, s. 93-95.

²²¹ *Mecelletü Mecmai'l-Fıkhî'l-İslamî: Kararât*, (Mecmeü'l-Fıkhî'l-İslamî'nin Kararı), s. 150.

²²² *Mecelletü Mecmai'l-Fıkhî'l-İslamî: Kararât*, (Mecmeü'l-Fıkhî'l-İslamî'nin Kararı), s. 159, 165.

²²³ bk. İslam Fıkıh Akademisi Meclisi'nin 11-16.10.1986 tarihli 3. dönem toplantısı, Karar No: 4.

meşru kabul edilmeyen ve taşıyıcı annelik olarak isimlendirilen bu yöntemin din, hukuk, ahlak sosyal ve psikolojik açıdan pek çok mahzurları da mevcuttur.²²⁴

Meşru usule göre yapılan yapay dölleme veya embriyon nakilleri, tıbbi bir nitelik taşımakta ve hukuka uygun olmaktadır. Öte yandan yapılan müdahale, tıbbi müdahale olarak kabul edilince bu nitelikteki müdahale için varlığı gerekli tüm şartları taşımaktadır. Yani yetkili bir hekim tarafından gerçekleştirilmeli, müdahale öncesinde taraflar ayrıntılı bir şekilde aydınlatılmalı, müdahalelerin etkisi, sonucu varsa olası riskleri çiftlere anlatılmalı ve rızaları alınmalıdır. Eşlerden birinin dahi rızasının alınmamış olması, onun kişilik hakkının ağır ihlali olacağından fiil, hukuka aykırılık teşkil edecektir.²²⁵

Yapay döllemenin bir diğer çeşidi de evli bir kadının üreme organına kocasından başka bir erkeğin veya evli olmayan bir kadının üreme organına herhangi bir erkeğin üreme hücreleri aktararak dölleme gerçekleştirilmesidir. Bu metoda daha çok erkeğin üreme hücrelerinde bir bozukluk olduğunda ya da erkeğin çocuk yapma yeteneğine sahip olmadığı kısırlık hâllerinde başvurulmaktadır.²²⁶ Bu şekilde başka kadının yumurtası veya kocası dışında yabancı bir erkekten alınan sperm ile bir kadının gebeliğinin sağlanması insanlık duygularını rencide etmesi ve zina unsurlarını taşıması sebebiyle hukuka uygun değildir. Çünkü meşru bir çocuğun gerek sperm ve yumurta ve gerekse rahim bakımından karı-kocaya ait olmasında İslam dini bakımından zaruret vardır. Diğer taraftan yapay döllemenin anne, baba ve doğacak çocuğun maddi, ruhi ve akli sağlığı üzerinde olumsuz bir etkisinin olmayacağı tıbben sabit olmalıdır.²²⁷

Günümüzde bazı Avrupa ülkeleri (İngiltere, Fransa) hariç evli olmayan eşler arasında uygulanan yapay dölleme, genellikle insan onuruna ve anayasal güvence

²²⁴ bk. Görgülü, a.g.m., s. 200-206.

²²⁵ Ayan, a.g.e., s. 42.

²²⁶ Çilingiroğlu, a.g.e., s. 23.

²²⁷ Din İşleri Yüksek Kurulu Kararı, "Tıbbi Müdahale İle Gebeliğin Sağlanması", *Diyanet Aylık Dergi*, s. 19.

altında bulunan aileyi koruyucu hükümlere aykırılık oluşturacağı için kabul edilmemekte, hukuka ve ahlaka aykırı sayılmaktadır.²²⁸

3. Sünnet

Sünnet yani circumcision işlemi tıbbi olarak penis başını örten prepisyum denen sünnet derisinin uygun şekil ve uzunlukta kesilerek alınması ve penis başının yani glansın açığa çıkarılması işlemidir.²²⁹ Yüzyıllardır uygulanan sünnet, günümüzde de teknik yöntemlerdeki bazı değişikliklerle, yaygın biçimde uygulanmaktadır. Müslümanların çocuklarını sünnet ettirme geleneğinin en önemli dayanağı Peygamberimiz (s.a.v.)in bu konudaki tavsiyeleridir. **الفِطْرَةُ خَمْسٌ ، أَوْ خَمْسٌ مِنَ الْفِطْرَةِ : الْخِتَانُ ، وَالْإِسْتِحْدَادُ ، وَتَقْلِيمُ الْأَظْفَارِ ، وَتَنْفِ الْإِبْطِ ، وَقَصُّ الشَّارِبِ** “Beş şey fitrat gereğidir: Sünnet olmak, kasıkları tıraş etmek, tırnakları kesmek, koltuk altını temizlemek, bıyıkları kırpma.”²³⁰

Fukaha arasında gerekliliği (vücubiyeti) tartışılan²³¹ sünnet, tıbbi bir zorunluluk olmamakla birlikte bazı durumlarda sağlık sorunlarını gidermek için başvurulmuş bir tedavi yöntemidir. Örneğin; penis deliğinin küçük olması, sünnet derisinde tekrarlayan iltihaplanmalar gibi bazı tıbbi nedenlere bağlı olarak sünnet gerekebilir. Tıbbi açıdan hijyeni kolaylaştırma, idrar yolu enfeksiyonlarını ve penis kanseri gelişme riskini azaltma gibi pek çok faydalarının olduğu kabul edilmektedir. Ayrıca sünnetli erkeklerin cinsel partnerlerinde serviks (rahim ağzı) kanseri riskinin daha az olduğu tespit edilmiştir.²³² Sünnet, her geçen gün dünyada daha yaygın olarak uygulanmaktadır. ABD’de yeni doğan çocukların %70’i doğar doğmaz sünnet edilmektedir.²³³

Sünnet, üroloji veya çocuk cerrahisi uzmanlarınca yapılması gerekir. Ancak

²²⁸ Çakmut, a.g.e., s. 171-172.

²²⁹ Kocatürk, a.g.e., s. 136.

²³⁰ Buharî, Libâs, 51, 62, 64; Müslim, Tahâret, 49, 50.

²³¹ Tartışmalar için bk. Şinkiti, a.g.e., s. 161-168.

²³² Taşçı, a.g.e., s. 157.

²³³ Avcuoğulları, Emel, “Tıbbi Açıdan Sünnet”, www.annemiz.biz/haber/tibbi-acidan-sunnet_abs10716.html (erişim tarihi, 03.03.2010.)

sünnet, bu konuda eğitimli olan bir hekim ya da kanunda²³⁴ sünnetçi olarak isimlendirilen yetkili sağlık memurları tarafından da yapılabilir. Fakat yeni doğan sünneti çok daha özen gerektiren bir cerrahi müdahale olduğu için çocuk cerrahı tarafından yapılmalıdır.²³⁵ İmam Malik hataen yaralama diyetinden bahsederken sünneti örnek verir ve bu örnekte sünnet eden kişi için “tabib” ifadesini kullanır.²³⁶ Hadım edilme korkusunun yaratacağı, ileri yaşlarda ortaya çıkabilecek olumsuzluklardan korunmak için 3-5 yaş aralığında acil hâller dışında sünnet edilmemesi önerilmektedir. 3 yaş öncesi dönem ya da okul öncesi 5-7 yaş arası dönem sünnet için ideal zamanlardır.²³⁷ İbn Teymiye sünnetin istenilen zamanda yapılabileceğini söylemekle birlikte sünnetin ergenlik öncesinde yapılması gerektiğini belirtir.²³⁸

Sünnet önemli bir cerrahi müdahaledir, uygun koşullar altında yapılmadığı takdirde telafisi mümkün olmayan sorunlar ortaya çıkarabilir. Sünnet ameliyathane ortamında steril şartlarda ve anestezi uygulanarak yapılmalıdır. Uygun olmayan koşullarda ve deneyimsiz kişilerce yapılan sünnet sonucu; kanama, enfeksiyon, idrar yolu veya penis başının yaralanması gibi sorunlar oluşabilir. Ayrıca sünnet derisinin az veya çok kesilmesi ve dikişlerin uygunsuzluğu ileriki yaşlarda bir takım olumsuzluklara neden olabilmektedir.²³⁹

Hypospadias²⁴⁰, Epispadias²⁴¹ gibi dış genital yapıların cerrahi düzeltme gereken sorunlarının varlığında sünnet yapılmamalıdır. Çünkü düzeltici cerrahi

²³⁴ bk. *TŞSTİDK*, m. 58.

²³⁵ Taşçı, *a.g.e.*, s. 158.

²³⁶ Malik b. Enes, *a.g.e.*, IV, 162.

²³⁷ Taşçı, *a.g.e.*, s. 159-160.

²³⁸ İbn Teymiyye, *a.g.e.*, IV, 400.

²³⁹ Taşçı, *a.g.e.*, s. 158-160.

²⁴⁰ Yeni doğan erkek çocuklarda görülebilen bir bozukluktur. Normal bir peniste idrar kanalı penis başının ucunda sonlanır ve çocuklar penisin ucundan idrarını yaparlar. Hypospadiaslı çocuklarda ise idrar kanalı penisin alt yüzünde ve daha geride sonlanır. Bu sonlandığı nokta ile penis ucu arasındaki mesafede idrar kanalı oluşmamıştır. Kocatürk, *a.g.e.*, 365.

²⁴¹ İdrar yolu çıkışının, normalde olduğu gibi penisin ucuna değil, üst yüzeyine açılmasıyla oluşan doğumsal bozukluk, hypospadiasın zıddı bir hastalık. Kocatürk, *a.g.e.*, 238.

girişim için sünnet derisi kullanılmaktadır.²⁴² Ayrıca doktorlar zararlı olduğunu söylerlerse sünnet ertelenebilir veya hiç yapılmayabilir.²⁴³

Tıbbi açıdan doğru yapılmayan sünnet birçok ciddi sağlık sorununun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Uzmanlarca yapılmayan her 100 sünnetin 30 ile 40 arasında hatalı uygulamalara rastlanmaktadır. Bu hataların bir kısmı tedavi edilme şansına sahip olup diğer kısmının geriye dönüşü olmayan problemlere neden olduğu bilinmektedir.²⁴⁴

Bir tıbbi müdahale çeşidi olarak sünnetin hukuka uygun olması için öncelikle tıp ilminin kurallarına göre uzman sağlık personeli tarafından uygun ortamlarda yapılması gerekir. Diğer taraftan çocuğun velisinin veya vasisinin izni alınmalıdır.²⁴⁵ Bu şartlar çerçevesinde sünnet edilen bir çocuğun yarası iyileşmeyip çocuğun ölümüne neden olsa bile sünnetçi sorumlu tutulmaz.²⁴⁶ İbn Kayyim el-Cevziyye (ö. 751/1350) kanun koyucu ve hasta/hastanın kanuni temsilcisi tarafından kendisine izin verilen şahısların bu alanda yaptıkları ameliyelerin doğuracağı olumsuzluklardan sorumlu tutulamayacağını söyledikten sonra şu örneği verir: “Bir çocuğun sünnet olma vakti gelmiş ve velisi de izin vermişse bunun üzerine sünnetçi de mesleğinin gereklerine uygun bir şekilde davranarak sünnet işlemini gerçekleştirdikten sonra çocuğun organı (sünnet mahalli) veya kendi bundan zarar görürse sünnetçi bu zararı tazmin etmez.”²⁴⁷

Türk hukukunda ise sünnetçi tarif edilmek suretiyle kanunla sorumluluk sınırları çizilmiştir: “Ruhsatsız ve müsaadesiz sünnetçilik eden bir haftadan bir aya kadar hafif hapis ile cezalandırılır. Bu surette icrayı sanatı neticesinde Türk Ceza

²⁴² 28 Kasım 2009 tarihinde İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesinde bir hasta çocuk için kan verdim. Daha sonra hasta yakınına çocuğun hastalığını sorduğumda doğuştan idrar borusunun olmadığını ve ameliyatla sünnet derisinden idrar borusu yapıldığını söyledi.

²⁴³ İbn Teymiyye, *a.g.e.*, IV, 401.

²⁴⁴ Hattat, Halim, “Sünnet Konusunda Bilinmesi Gerekenler”, www.saglikvakfi.org.tr/html/psy.asp?id=601

²⁴⁵ Şâfiî, *a.g.e.*, VIII, 123; Udeh, *a.g.e.*, I, 524-525; *mv.f.*, “Tatbîb”, XII, 139, “Hitân”, XIX, 30.

²⁴⁶ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 13; İbn Kayyim, *Zadü'l-Meâd*, IV, 139; Bilmen, *a.g.e.*, III, 114; *mv.f.*, “Hitân”, XIX, 30; “Ebu Zehra, *el-Cerime*, s. 456-457.

²⁴⁷ İbn Kayyim, *Zadü'l-Meâd*, IV, 139.

Kanunu itibariyle daha ağır cezayı müstelzim bir fiil işlenmiş olduğu takdirde o fiile mahsus ceza verilir.”²⁴⁸

4. Otopsi

İslam dini insanı yüceltmış, saygıya layık görmüş, onu birçok hak ve sorumluluk ile donatmıştır. Buna göre insanların gerek hayatta ve gerekse vefatlarından sonra dokunulmazlıkları vardır. Bu anlamda beden ve ceset de dokunulmazlık hakkına sahip bulunmaktadır.²⁴⁹

Kişinin dokunulmazlığı mutlak ve sınırsız değildir. Gerek hayat hakkını ve gerekse diğer dokunulmazlıkları sınırlayan, hatta ortadan kaldıran durumlar vardır. Örneğin, insanın kendisini tehlikeye atması caiz değildir.²⁵⁰ Ancak gerektiğinde canı pahasına düşmanla savaşması yalnızca caiz değil, farzdır.²⁵¹ İşte bunun gibi cesedin dokunulmazlığı da mutlak değildir. Faydasız ve gereksiz olma durumuna bağlıdır. Faydalı, gerekli ve zaruri olduğunda cesede dokunmak, otopsi yapmak, bazı organ ve dokuları alarak yaşayan insanların acılarını dindirmek, sağlığa kavuşmalarını sağlamak caizdir. Bunları haram kılan bir ayet veya hadis mevcut değildir. Tam aksine bu filleri, insanları ilme ve araştırmaya, iyiliğe ve yardımlaşmaya teşvik eden ayet ve hadisler kapsamında değerlendirmek mümkündür. Diğer taraftan zaruretlerin yasakları kaldırması prensibi de ayete dayanmaktadır.²⁵²

Otopsi, ölü, yakınları veya insanlık için faydalı bazı bilgiler elde etmek, ölüm nedenini veya hangi organların ölüme yol açan hastalıklardan ne biçimde ve ne kadar etkilendiklerini belirlemek için ceset üzerinde yapılan bir ameliyedir. Otopsi sayesinde ölüm sebebi anlaşılmakta, cinayetler aydınlatılmakta, bulaşıcı hastalıklarla

²⁴⁸ TŞSTİDK, m. 61.

²⁴⁹ İbn Hazm, *Muhalla*, V, 166; Gökmenoğlu, *a.g.e.*, s. 92-94.

²⁵⁰ “...Kendi ellerinizle kendinizi tehlikeye atmayın...” Bakara, 2/195. Müfessriler insanın hayatını tehlikeye düşüren her türlü tehlikenin bu ayetin kapsamında değerlendirilebileceğini söylemişlerdir. Taberi, *Câmi ‘u’l-beyân*, III, 324-325; Zemahşerî, *el-Keşşâf*, I, 235; Neseî, *Tefsirü’n-Neseî*, I, 99.

²⁵¹ bk. Bakara, 2/191; Nisâ, 4/95.

²⁵² bk. Bakara, 2/173.

mücadele edilebilmekte ve tıbbi yönden daha birçok faydalı bilgiler elde edilmektedir.²⁵³

Otopsi hakkında İslam'ın iki ana kaynağı olan Kur'an ve Sünnet'te özel bir hüküm yoktur. Ancak Peygamberimiz (s.a.v.)in **كَسْرُ عَظْمِ الْمَيِّتِ كَكْسْرِهِ وَهُوَ** **كَيْ** “Ölünün kemiğini kırmak, onu diri iken kırmak gibidir.”²⁵⁴ hadisine dayanarak otopsinin caiz olmayacağı ileri sürülmüştür. Malikiler ve Hanbeliler, bu hadise dayanarak ölen hamile bir kadının çocuğunu almak için karnının yarılacağına söylerler. Çünkü böyle bir çocuk adeten yaşamaz veya yaşayacağından emin olunmaz. O hâlde zayıf bir ihtimal sebebiyle kesin olarak riayet edilmesi gereken saygınlığın çiğnenmesi caiz değildir. Şafiiler ise hem bunun için hem de yuttuğu mal için kadının karnının yarılacağına söylerler.²⁵⁵ Hanefiler de başkasının olan bir malı yutan birisinin; bunun ödeneceği terikesi ya da ödeyecek biri bulunmaması hâlinde karnı yarılıp o mal çıkarılabilir, demişlerdir.²⁵⁶

“Zarar izale olunur.” külli kaidesinin açıklamasında şöyle bir örnekten bahsedilir. Ölmüş bir kadının karnındaki bebeğin hayatından ümit varsa o kadının karnın yarılmasına cevaz vardır.²⁵⁷

Diğer taraftan otopsi İslam'ın, insana verdiği değere zarar verici bir özellik taşımamaktadır. Eğer vücut üzerinde yapılacak bir ameliye fayda yerine zarar getirecekse ve bu biliniyorsa hiçbir kimsenin bunu yapmaya hakkı yoktur. Kişinin böyle bir operasyona izin vermiş ve razı olmuş bulunması sonucu etkilemez. Yapılacak ameliye faydalı sonuçlar doğuruyor ve hiçbir zarara da sebebiyet vermiyorsa ya kişinin veya yakınlarının rızası yahut da kamuyu ilgilendiren konularda salâhiyetli makamın izni ile gereken yapılır.

²⁵³ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhu*, III, 521-522; Sibaî ve Bâr, *a.g.e.*, s. 169-172.

²⁵⁴ Malik b. Enes, *Muvatta*, Cenâiz, 15; Ebu Davud, Cenâiz, 58-60; İbn Mâce, Cenâiz, 63.

²⁵⁵ Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuhu*, III, 521.

²⁵⁶ İbn Abidîn, *a.g.e.*, III, 246; Sibaî ve Bâr, *a.g.e.*, s. 167.

²⁵⁷ İbn Nuceym, *a.g.e.*, s. 97; Ayrıca bk. İbn Hazm, *a.g.e.*, V, 167.

İslam tarihinde hukuku ilgilendiren boyutuyla tıptan ve dolayısıyla hekimlerden bugün de olduğu gibi otopside faydalanılmıştır. “Bursalı Ramazan kızı Şahban Hatun'un oğlu Ali'nin, ustası Satılmış oğlu Celal tarafından dövülmek suretiyle ölümüne sebep olduğu iddia edilmiştir. Mahkeme tarafından Mevlana Ali Halife, Ramazan oğlu Ali ve Hekim Ahmet oğlu Mustafa ve Cerrah Hayreddin oğlu Pir Ahmet Çelebi gönderilip muayene ettiklerinde, müteveffanın üzerinde darp izi olmadığını 1552 Şubat'ında mahkemeye haber vermişlerdir. 1555'de Tahtakale'de vefat eden Abdullahoğlu Cafer, Karamanlı Abdurrahman tarafından vurularak öldüğü için şikâyet edilmesi üzerine muayene edildiğinde sol tarafında taun (veba) çıkardığı anlaşılıp, ‘Ol yaradan adam ölmez ve taundan ölmüştür.’ şeklinde rapor etmişlerdir.”²⁵⁸

Malezya'nın Cidde sefiri tarafından Suudi Arabistan Adalet Bakanlığına yöneltilen “Tıbbi hizmetlerde faydalanmak üzere Müslüman bir ölü üzerinde cerrâhi operasyon yapmak caiz midir?” şeklindeki bir soruya ilgili kurumdan şöyle cevap verilmiştir:

Bu operasyonu, din hükmü bakımından üç guruba ayırmak gerekir:

1. Cinayet davalarında gerçeği öğrenmek üzere yapılan otopsi.
2. Sonucuna göre gerekli koruyucu tedbirleri almak üzere bulaşıcı bir hastalığın bulunup bulunmadığını anlamak üzere yapılan otopsi.
3. Öğrenmek ve öğretmek için bilgilenmek maksadıyla yapılan otopsi.

Konu âlimler komisyonunda enine boyuna görüşülüp tartışılmış ve şu sonuca varılmıştır:

Meclisin görüşüne göre birinci ve ikinci nevi operasyonların caiz görülmesi güvenlik, adalet ve toplumun bulaşıcı hastalıklardan korunması sahalarda önemli

²⁵⁸ Düzbakar, Ömer, “Osmanlı Hukuk Sistemi İçinde Tıp ve Hekimlerin Yeri”, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği Hukuk Tarihi Dergisi*, s. 106.

faydalar getirmektedir. Otopsi yapılarak elde edilen bu büyük faydalar (mesâlih) karşısında “cesedin dokunulmazlığını kaldırma” mahzuru küçük kalmaktadır. Bu sebeple ulema meclisi, mezkûr iki maksatla yapılan operasyonun caiz olduğunu ittifakla kabul etmiş ve bu hükümde cesedin bir Müslüman’a veya gayr-i müslime ait olmasında bir fark görmemişlerdir.

Üçüncü maksatla yani ilmî maksatla yapılan operasyona gelince meclis, bu konuda bir hükme varmadan önce şu esasları göz önüne almıştır:

a) İslam dini faydalı şeylerin elde edilmesi ve çoğaltılmasına, zararlı şeylerin ortadan kaldırılması ve azaltılmasına önem vermiştir.

b) İki zarar bir araya gelir, ikisinden birden kurtulmak mümkün olmazsa zararı az olana katlanma ve zararı çok olanı önleme, iki fayda böyle çatışırsa faydası daha çok olanı elde etme prensip ve kaidesini getirmiştir.

c) Hayvanlar üzerinde yapılan teşrih çalışmaları ihtiyacı karşılamamakta, yeterli olmamaktadır. İnsan cesetleri üzerinde bu nevi çalışmalara ihtiyaç vardır.

d) Kadavra üzerinde yapılan çalışmalar, tıbbın çeşitli kollarında kendini gösteren önemli ilmî gelişmeler sağlamış, faydalar hâsıl etmiştir.

İşte bu gerçekleri göz önüne alan ulemâ meclisi genel olarak insan cesedi üzerinde ilmî çalışma ve operasyon yapılmasını caiz görmektedir. Ancak;

a) Peygamberimiz (s.a.v.) **“Ölünün kemiğini kırmak, onu diri iken kırmak gibidir.”**²⁵⁹ buyurmuştur.

b) Ceset üzerinde operasyon onun saygınlığını ortadan kaldırmaktadır.

c) Ölüme mahkûm edilmiş kişilerin cesetleri üzerinde yapılacak çalışmalar ihtiyacı karşılamak için yeterlidir.

²⁵⁹ Malik b. Enes, *Muvatta*, Cenâiz, 15; Ebu Davud, Cenâiz, 58-60; İbn Mâce, Cenâiz, 63.

Meclis son üç maddede sayılan gerçeklerin söz konusu olduğu durumlarda kanı helal olmayan insanların cesetleri üzerinde ilmî maksatla teşrih yapılmasının caiz olmadığı sonucuna varmıştır.²⁶⁰

Yukarıdaki hadiste yasaklanan husus, ölünün cesedine ve kabrine hakaret etmek, saygısızca davranmaktır.²⁶¹ Bu hadis mezar kazanların kemikle karşılaşmaları durumunda bu kemikleri kırmamaları için söylenmiştir.²⁶² Başka bir rivayette ise hadis “nebbâşların (kefen hırsızlarının) yaptığı işin kötülüğünü ortaya koymaktadır.”²⁶³ Otopsinin bu davranışlarla bir alâkası yoktur. Diğer taraftan otopsi, art niyet olmadığı sürece cesedin saygınlığına zarar vermez. Kanaatimizce söz konusu hadise dayanarak ve cesedin saygınlığını ileri sürerek otopsiyi yasaklamak isabetli görünmemektedir. Ayrıca insanlar hangi gerekçelerle ölmüş veya öldürülmüş olursa olsun cesetleri aynı derecede saygıya layıktır.

Hususi zarar karşısında genel menfaatin tercih edilmesi büyük zarardan kurtulmak için küçük zarara katlanılması hususlarını ifade eden genel prensipler otopsiyi de caiz olan tıbbi müdahaleler içine sokmaktadır. Hatta burada hiçbir zarar sözkonusu olmaksızın hususi ve umumi fayda, bazı durumlarda ise zaruret (zorunluluk) sözkonusudur. Aynı gerekçelerle, 1907 yılında Mısır’da, Reşit Rıza, bir soru üzerine otopsinin caiz olduğunu ifade etmiştir.²⁶⁴

5. Organ ve Doku Nakli

Günümüzde tedavi amacına yönelik olarak uygulanan tıbbi müdahalelerden biri de modern tıpta transplantation olarak isimlendirilen organ ve doku naklidir. Transplantation, bir kimseden alınan doku veya organın diğer bir kimseye ya da aynı

²⁶⁰ Karaman, *Günlük Hayatımızda Helaller ve Haramlar*, s. 293-294; Şinkiti, *a.g.e.*, s. 181.

²⁶¹ Buharî, *Mezâlim*, 30, *Zebâih*, 25. Diğer taraftan Nahl suresinin 126. Ayetinde **وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ وَلَئِنْ صَبَرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ** “Eğer ceza verecekseniz, size veriyen cezanın misliyle ceza verin. Ama sabrederseniz, elbette o, sabredenler için daha hayırlıdır.” buyrulurken suçlunun cezalandırılmasında bile bu sınırların aşılması noktasında uyarılar yer almaktadır.

²⁶² Ebu Davud, *Cenâiz*, 58-60.

²⁶³ Malik b. Enes, *Muvatta*, *Cenâiz*, 15.

²⁶⁴ Karaman, *Günlük Hayatımızda Helaller ve Haramlar*, s. 295.

kimsenin bir yerinden alınan doku parçasının tahrip olan diğer bir yerine nakledilmesidir.²⁶⁵ Bazı hastalıkların tedavisi yalnız organ veya doku nakli ile mümkün olması konunun önemini bir kat daha artırmıştır. Diğer taraftan bu tedavi yöntemi, dinî ve hukuki açıdan da bazı tartışmaları beraberinde getirmiştir.

Canlı organizmanın, dokulardan oluşan, belirli görevleri bulunan ve kesin olarak sınırları belirlenebilen kısmı organ olarak isimlendirilir. Doku, çok hücreli canlılarda, fonksiyon ve yapı bakımlarından birbirine benzeyerek anatomik olarak bütün oluşturan hücre-lif gibi unsurlardan oluşan yapıdır.²⁶⁶

Organ aktarma konusunda, “aynı insan üzerinde yapılan aktarma”, “insanlar arası organ aktarma” ve “hayvanlardan insanlara yapılan aktarma” şeklinde üçlü bir ayırım yapılmaktadır. Ancak hayvanlardan insanlara yapılan nakillerde henüz tam başarı sağlanamamıştır.²⁶⁷ Hâlen üzerinde yoğun olarak çalışılan bir konudur. Organ ve doku nakilleri, yaşayanlar arasında yapılabildiği gibi ölmüş kişiden yaşayan kişiye de yapılabilmektedir. Her ne şekilde olursa yürürlükte olan Türk hukukunda da belirtildiği üzere “organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklinin, bu işler için gerekli uzman personele, araç ve gerece sahip sağlık kurumlarınca yapılması zorunludur.”²⁶⁸

a. İnsandan İnsana Organ ve Doku Nakli

Bir insanın vücudundan çıkarılan doku veya organın, ihtiyaç içindeki başka bir insanın bedenine nakledilmesi organ ve doku nakillerinin birinci çeşidini oluşturur. İnsanlar arası organ aktarma, 1954 yılında başarılı bir şekilde icra edilen ilk böbrek ameliyatından sonra hızlı bir gelişme seyri takip etmiş, sonraki yıllarda karaciğer nakli, pankreas nakli, kemik iliği nakli ve nihayet kalp nakli başarılı bir şekilde gerçekleştirilmiştir.²⁶⁹

²⁶⁵ Kocatürk, *a.g.e.*, s. 801.

²⁶⁶ Akıncı, Şahin, *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*, s. 10.

²⁶⁷ Ayan, *a.g.e.*, s. 17.

²⁶⁸ *Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun*, m. 10.

²⁶⁹ Ayan, *a.g.e.*, s. 17.

İnsanın mükerrem olduğu²⁷⁰ ve her ne suretle olursa olsun bedenine müdahale edilemeyeceği fikri organ nakillerindeki tartışmanın temelini oluşturur. Çünkü insanın yerini doldurabilecek başka bir varlık yoktur. Bu nedenle onun hayatını tehlikeye atacak olan bütün tıbbi müdahalelerden kaçınılmalıdır. Organ naklinde ise hasta birisini tedavi amacıyla sağlam bir insanın zarar görmesi sözkonusudur.²⁷¹ Özellikle Peygamberimiz (s.a.v.)in “**Ölünün kemiğini kırmak, canlı iken kırmak gibidir.**”²⁷² diğere bir rivayette **تَعْنِي فِي الْأَثْمِ ...günahta canlısını kırmak gibidir**”, anlamındaki hadisi organ nakli konusundaki tartışmaları daha da derinleştirmiştir.

Burada asıl konuyu teşkil eden organ nakli, insan hayatının bedeli takdir edilemez değeri ile onu sağlıklı bir yapıda devam ettirme duyarlılığı arasında kalan bir sorundur. Organ nakli bir tedavi yöntemi olduğuna göre insan bedenini ve sağlığını koruma yönündeki ısrarlı tavsiyelerin burada da peşinen geçerli olduğu hatırlanmalıdır. İnsanı yaşatma ve hayatı koruma esas olunca bunu temin eden son çare olarak organ nakli de düşünülecektir. Nitekim bunun tarihsel izlerine ve benzerlerine fıkıh literatürümüzde rastlamak mümkündür. Örneğin İmam Şâfiî²⁷³ (ö. 204/819) ve Ahmed b. Hanbel²⁷⁴ (ö.241/855) sökülmiş dişin yerine, eti yenen boğazlanmış bir hayvanın dişinin, bu da bulunamazsa başka insana ait bir dişin yerleştirilmesinin caiz olduğunu söylemiştir.²⁷⁵

İnsandan insana nakillerin toplumda meydana getireceği muhtemel cinayetler, organ ticareti gibi sorunlar tartışmanın bir diğere boyutunu oluşturmaktadır. Bu türden olumsuzlukların ülkemizde ve dünyada yaşanmış pek çok örneklerine rastlamak mümkündür. Öyle ki okuduğumuz veya duyduğumuz her insan kaybolması/kaçırılması vakalarında ilk akla gelen organ ticareti şüphesidir. Bu

²⁷⁰ İsrâ, 17/70; Tîn, 95/4.

²⁷¹ Sükkeri, Abdüsselam, *en-Nakl ve Ziraetü'l-Azai'l-Ademiyye*, s. 103.

²⁷² Malik b. Enes, *Muvatta*, Cenâiz, 45; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, VI, 58, 100, 105, 169, 200, 264; İbn Mâce, Cenâiz, 63; Ebu Davud, Cenâiz, 45, 60.

²⁷³ Şâfiî, *a.g.e.*, VI, 156.

²⁷⁴ İbn Kudame, *a.g.e.*, VIII, 356.

²⁷⁵ Yaman, Ahmet, “Organ Nakli”, *Diyanet Aylık Dergi*, s. 25.

yönüyle organ ve doku nakli “Sedd-i zerâi” prensibi açısından da tartışmalara neden olmuştur.

Hâlen yürürlükte olan kanunlarda “Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır.” ve “Bilimsel istatistiki ve haber niteliğindeki bilgi dağıtımı hâlleri istisna olmak üzere organ ve doku alınması ve verilmesine ilişkin her türlü reklam yasaktır.”²⁷⁶ denilmek suretiyle doku ve organ nakillerinin kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi hedeflenmiştir. Bütün bu tartışmaların teferruatı bizim konumuz dışındadır. Bu nedenle biz burada sadece organ naklinin caiz olduğu durumların tespiti ardından ilgililerin sorumluluğundan söz edeceğiz.

aa. Aynı İnsan Üzerinde Yapılan Doku Nakli

Aynı insan üzerinde organ nakli söz konusu olmazken doku aktarımı yapılabilmektedir. Bir insan vücudunun belirli bir bölümünden elde edilen deri, kemik ve damar gibi doku, yine aynı insan vücudunun başka bir bölümüne aktarılmaktadır. Burada verici ve alıcı aynı insan olduğundan dolayı tedavi maksatlı yapılan bu türden nakiller İslam hukukçularının çoğunluğu tarafından hukuka uygun kabul edilmektedir.²⁷⁷

Bir insandan alınan bir dokunun kendisine naklinin caiz olabilmesi için öncelikle bu nakil gerçekleşmediğinde hastanın zarar göreceğinden emin olunmalıdır. Nakil ameliyatından ve sonrasında hasta daha fazla zarar göreceksene nakil caiz olmaz.²⁷⁸

İnsan bedeninden bir doku alınarak aynı bedenin bir başka yerine naklinde elde edilecek faydanın, getireceği zarardan daha fazla olacağına dair kesin kanaat olmalıdır. Bu türden nakillerde; kaybedilen bir dokunun yerine getirilmesi, eski şeklinin veya işlevinin kazandırılması, bir kusurun giderilmesi hedeflenir. Ayrıca

²⁷⁶ *Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun*, m. 3, 4.

²⁷⁷ *Mecelletü Mecmai'l-Fıkhî'l-İslamî*, (Mecmeü'l-Fıkhî'l-İslamî'nin Kararı), Sayı: 4, C 1, s. 509.

²⁷⁸ Şâzelî, Hasan Ali, *Hukmü Nakli Azâi'l-İnsan fi'l-Fıkhî'l-İslamî*, s. 62, 63.

kişiyeye zarar veren bir durum giderilmeye çalışılır.²⁷⁹ Ancak tedavi amacı taşımayan ve sadece estetik amaçlı yapılan nakiller yukarıda sayılan meşruiyet sınırları dışındadır.

ab. Canlı Bir İnsandan Başka Bir İnsana Organ ve Doku Nakli

Yaşayan insanlar arasında gerçekleştirilen organ ve doku nakilleri rıza üzerine, tedavi ve tıp ilminin kurallarına uygun yapıldığı sürece hukuka uygun müdahale olarak kabul edilmektedir. Bu türden nakillerde vericinin rızası, alıcının tedavisi ve uygulamayı gerçekleştirecek sağlık ekibinin tıp ilminin kurallarına uygun davranması önem arz etmektedir.

Öncelikle şunu belirtmeyiz ki yaşayan bir insanın, hayatını tehlikeye atacak ve kişinin yaşaması kendisine bağlı bir organın nakli hiçbir zaman caiz olmayacağı hususunda İslam hukukçularının ittifakı vardır. Çünkü bu, hasta birini kurtarmak için sağlam olan bir başkasını öldürmek demektir.²⁸⁰ Türk hukukunda da “Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması yasaktır.”²⁸¹ şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.

Canlı bir insandan hayati olmayan yani hayatın devamı kendisine bağlı olmayan organların naklini çoğunluk caiz görmekte birlikte caiz olmadığını savunanlar da vardır. Hukuka uygun olmadığını savunanların en önemli gerekçesi yukarıda belirtildiği üzere insanın mükerrem oluşudur. Bunun yanı sıra vücut, insana Allah tarafından verilmiş bir emanettir. Dolayısıyla insan, hakkı olmayan yerde tasarrufta bulunamaz. Ancak bu düşüncede olanlar, belirli şartlar dâhilinde kan, deri ve damar gibi bazı dokuların nakledilebileceğini kabul ederler.²⁸²

İslam hukukçuların kahir ekseriyeti ise belirli şartlar muvacehesinde canlı insandan hayati olmayan doku ve organların naklinin hukuka uygun olduğunu kabul etmektedirler. Bu hukukçulara göre hayati olmayan organ ve dokuların naklinde

²⁷⁹ Şâzeli, *a.g.e.*, s. 185.

²⁸⁰ Şâzeli, *a.g.e.*, s. 186.

²⁸¹ *Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun*, m. 8.

²⁸² Ebu Süne, Ahmet Fehmî, “Hukmü’l-İlac bi Nakli Demi’l-İnsan ev Nakli’l-Azâi ev Cüz’in minhâ”, *Mecelletü Mecmai’l-Fıkhi’l-İslamî*, s. 25.

zaruret vardır. Ancak alınan doku veya organın vericiye önemli bir zararı olmayacağına veya ölümüne sebebiyet vermeyeceğine uzman doktorun kesin ifadelerle karar vermesi gerekir.²⁸³ Örneğin tıbbi açıdan bir sakınca olmadığı ve veren kimseye zararı olmayacağı uzman doktorlarca tespit edilirse bu görüşte olanlara göre iki böbrekten biri verilebilir.²⁸⁴ Bu çeşit doku ve organ nakilleri, yalnızca canlıdan alınabilecek “kemik iliği” ile kadavradan alınabilmekle beraber canlıdan alınması daha başarılı sonuçlar veren “karaciğer ve böbrek” nakilleri açısından bir kat daha önemli hâle gelmektedir.

Fıkıh Akademisi 1985’te Mekke’de yaptığı toplantıda yaşayanlar arasındaki nakillerde verici (donör) açısından aşağıdaki şartların gerçekleşmiş olmasını karara bağlamıştır.²⁸⁵

- * Alınan organ, vericinin hayatına tesir edecek bir zarar vermemelidir.
- * Doku veya organ vericiden kendi isteğiyle alınmalıdır.
- * Bu tür ameliyatların başarıyla sonuçlanma ihtimali yüksek olmalıdır.
- * Verici akıllı, baliğ, reşit ve aynı zamanda yapılacak işlemin zarar ve faydasını ayırt edebilecek durumda olmalıdır.
- * Organ, durup dururken değil, nakledilecek hasta biri olduğunda alınmalıdır.
- * Alıcı durumundaki kişinin çıkarılacak organı, vazifesini yapamaz durumda veya hiç olmamalıdır.
- * Suni organla tedavisi mümkün olmamalıdır.

Öte yandan doktor, vericiye, yapılacak müdahale öncesinde bu müdahalenin tehlikelerini, sonuçlarını, etkilerini ayrıntılı ve açık bir biçimde anlatmalıdır.

²⁸³ Bûtî, “İntifaü’l-İnsan bi Adâi Cismi İnsanın Ahar Hayyen ev Meyyiten”, *Mecelletü Mecmai’l-Fıkhi’l-İslamî*, s. 199-200.

²⁸⁴ Salim, Muhtar, *et-Tıbbü’l-İnsanî Beyne’l-Akide ve’l-İbda’*, s. 516, 517.

²⁸⁵ *Mecelletü Mecmai’l-Fıkhi’l-İslamî*, Sayı: 1, C 1, s. 40.

Özellikle müdahalenin tıbbi, ailevi, sosyal ve psikolojik sonuçları hakkında bilgilendirmelidir. Bu işlem, hastanın anlayabileceği şekilde yapılmalıdır. Ayrıca hekim, vericiyi, bu müdahalenin alıcıya sağlayacağı yararlar bakımından da aydınlatmalıdır.²⁸⁶ Ardından organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak yazılı veya sözlü izninin alınması gerekir. Ancak bu şartlar çerçevesinde naklin hukuka uygunluğundan söz edilebilir.

ac. Ölü Bir İnsandan Canlı Bir İnsana Organ ve Doku Nakli

Hastalıkların tedavisi için bazen ölünün organlarını kullanmak zaruri olabilir. Yahut da ölünün herhangi bir organını alıp ölüm veya bir uzvunu kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya bulunan hastanın tedavisinde kullanmak gerekebilir. Genel olarak böyle bir işlemin hukuka uygunluğu kabul edilmekle birlikte hangi şartlarda ve nasıl uygulanacağı konusunda tartışmalar vardır.

Ölüden organ ve doku alınabilmesi için öncelikle vericinin gerçekten ölmüş olması gerekir. Bu nedenle öncelikle ölümün ne olduğu belirlenmeli ve böylece ortaya konacak kriterlere göre bir kişinin ölü olup olmadığı saptanmalıdır. Çünkü bu yapılmadan gerçekleştirilecek bir müdahale hukuka aykırı olacak ve ilgililerin sorumluluğu ortaya çıkacaktır.

Ölümün ne zaman gerçekleşmiş sayılacağı konusunda da tıbbi açıdan iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bunlardan ilki “biyolojik ölüm” diğeryse “beyinsel ölüm”dür. Biyolojik ölüm; kişiye canlılık veren dolaşım, solunum, sinir sistemi gibi ana hayat fonksiyonlarının, kendiliğinden çalışabilme yeteneklerinin durması ve tekrar bu niteliğin kazandırılmaması durumunda olmasıdır. Bu görüşe göre kişinin kalbi durmadıkça beyin merkezleri ne kadar hasar görmüş olursa olsun, ölmüş sayılamaz. Dolayısıyla da ondan organ ve doku alınması söz konusu değildir.²⁸⁷

Beyinsel ölüm ise insana insan olma özelliği veren en önemli organ olan beynin, vücudu yönetme olanak ve yeteneğini tamamen ve geri dönüşü olmayacak

²⁸⁶ *Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun*, m. 7/a, b.

²⁸⁷ Erem, Faruk, “Organ Nakli Hakkında Kanun”, *Yargıtay Dergisi*, s. 711.

şekilde kaybetmesidir. Bu andan itibaren kişi ölmüş sayılacaktır. Türkiye’de hâlen yürürlükte olan mevzuata göre beyin ölümünün saptanması 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun’un 11. maddesinde şöyle ifade edilmiştir: “Bu kanunun uygulaması ile ilgili olarak tıbbi ölüm hâli, bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kuralları ve yöntemleri uygulamak suretiyle, biri kardiolog, biri nörolog, biri nöroşirürjiyen ve biri de anesteziyoloji ve reanimasyon uzmanından oluşan 4 kişilik hekimler kurulunca oy birliği ile saptanır.”

Ölümün tespiti ve bu konuda geç kalınmamış olması, alıcının hayatının kurtulması ya da sağlıklı bir şekilde devam etmesi bakımından çok önemlidir. Çünkü organ ve dokusu alınacak kişi ölmüş olsa da alınacak parçalarının canlılığını koruması gerekmektedir. Dolayısıyla ölüm gerçekleşti denilen bir anda yapay bir şekilde yaşatılan sujeden, organ ve dokunun alınarak derhâl ilgiliye aktarılması gerekmektedir. Bu nedenle ölümün saptanması çok önemlidir.²⁸⁸

İlk bakışta ölü ve diri kimselerden alınan parça ve organlardan faydalanılması, insanın hürmet ve kerametine aykırı görülebilir. Ancak organlar, nakil cerrahisinde uzmanlaşmış ekipler tarafından ameliyathane ortamında alınmakta ve ceset bütünlüğünde hiçbir bozulma olmamakta sadece ameliyat dikiş izi bulunmaktadır. Organ ve dokuları alınan cesette hiçbir parçalanma ya da şekil bozukluğu oluşmamaktadır. Diğer taraftan ölüden alınan doku veya organlarla canlı bir insanın maruz kaldığı zarar ortadan kaldırılmaktadır. Canlıdaki zararın giderilmesi ölüye olan hürmetten daha önemlidir.²⁸⁹

Ölünün kemiğini kırmakla ilgili hadisin manası, ölen kişiye eziyet ve işkence etmek suretiyle intikam alma durumuna veya kabrine yönelik saygısızlıklara mahsustur. Hâlbuki doku ve organ nakillerinde ölüye işkence etme ve ondam intikam alma gibi bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla bu aynen zaruret hâlinde tedavi olmaya benzemektedir.²⁹⁰ Nitekim günümüzde bazı ameliyatlarda ilgili organın

²⁸⁸ Toroslu, Nevzat, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”, *AÜHFD*, s. 104.

²⁸⁹ <http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/hayat2/0120.htm> (erişim tarihi, 14.01.2010)

²⁹⁰ Nesimî, *a.g.e.*, III, 34, 35.

bulunduğu yerin kemiği kırılmakta ancak hiç kimse bunun hukuka aykırı olduğunu söylememektedir.

Ölmüş kimselerden tedavi maksadıyla organ ve doku alma ve bunları hasta veya yaralı kimselere nakletme konusunda ülkemiz ve diğer İslam ülkelerinin yetkili kişilerince cevazı yönünde fetvalar verilmiştir. Ancak bu yönde fetva verenler bazı şartlar ileri sürmüşlerdir:

* Ölünün izni veya hayatta iken aksine bir beyanı olmamak şartı ile ölümden sonra varislerinin izni olmalıdır. Kimliği tespit edilemeyen sahipsiz ölümlerde ise devletin izni gereklidir.²⁹¹

* Hastanın hayatını veya hayati bir uzvunu kurtarmak için bundan başka çaresi olmamalıdır.

* Hastalığın bu yolla tedavi edilebileceğine kanaat getirilmelidir.

* Organ veya dokusu alınacak kişi, işlemin yapıldığı esnada ölmüş olmalıdır.

* Alınacak organ veya doku karşılığında menfaat sağlanmamalı, ücret alınmamalıdır.

* Tedavisi yapılacak hasta buna rıza göstermelidir.²⁹²

b. Hayvandan İnsana Organ ve Doku Nakli

Organ nakillerinin başlangıcı hayvandan hayvana şeklinde olmuştur. Daha sonra hayvandan insana ardından insanlar arasında uygulanmaya başlanmıştır.²⁹³ Hayvanlardan yapılan aktarmada, alıcı bir insan olduğu hâlde verici bir hayvandır. Başka bir ifadeyle burada, bir hayvan türünden insana yapılan organ nakli söz konusudur. Bu amaçla özellikle maymundan alınan organların aktarılması üzerinde

²⁹¹ *Mecelletü Mecmai'l-Fıkhi'l-İslamî* (Mecmeü'l-Fıkhi'l-İslamî'nin Kararı), Sayı: 4, C 1, s. 510.

²⁹² Din İşleri Yüksek Kurulu Kararı, "Organ Nakli", <http://www.diyaret.gov.tr/turkish/dy/KurulDetay.aspx?ID=3>.

²⁹³ Haylamaz, a.g.e., s. 145.

çalışılmış; fakat başarı sağlanamamıştır.²⁹⁴

İslam hukuku açısından tedavi maksadıyla özellikle eti yenen hayvanların kullanılmasında herhangi bir mahzur görülmemekle birlikte²⁹⁵ sadece domuzun kullanılmasına izin verilmemiştir. Çünkü domuz bizzat necis kabul edilmektedir.²⁹⁶ Serahsî domuz kemiğini tedavide kullanmanın mekruh olduğunu söylemiştir.²⁹⁷ Ancak hastalığın başka türlü tedavi imkânı olmadığı uzman doktorlar tarafından belirtilmiş ve zaruri bir durum söz konusu ise (tartışılmakla birlikte) zaruret sebebiyle domuzdan insana nakil yapılabileceği kabul edilmiştir. Çünkü

إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنْ
اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ
**İnma harâm alaykum el-meytete vâldem vâlhâm el-xinzîr vâma uhlâ bihî liğayri Allahi fâman
her kim bunlardan yemeye mecbur kalırsa, başkasının hakkına saldırmadan ve
haddi aşmadan bir miktar yemesinde günah yoktur. Şüphe yok ki Allah çokça
bağışlayan çokça merhamet edendir.**²⁹⁸ ayetiyle hayati bir tehlike söz konusu
olduğunda yasaklanan şeylerin zaruret miktarınca yenilmesine izin verilmiştir. Buna
dayanarak zaruret halinde eti haram olan hayvanlardan tedavide de
faydalanılabileceği söylenebilir.²⁹⁹ Nitekim Halil Muhyiddin el-Meys de özellikle eti
yenen ve şer’i usullere uygun kesilmiş hayvandan, zaruret hâlinde ise diğer
hayvanlardan organ alınarak zorda kalmış bir insana nakledilebileceğini söyleyerek
zımnen domuzdan da naklin yapılabileceğini kabul etmektedir.³⁰⁰ Fıkıh Akademisi
el-Meys’in bu görüşünü canlı vericide aranan şartların bulunması kaydıyla karara
bağlamıştır.³⁰¹ Teoride durum böyle olmakla birlikte başarı oranı düşük olduğundan
tedavide çok az tercih edilmektedir.

²⁹⁴ Ayan, a.g.e., s. 17.

²⁹⁵ *el-Fetâva’l-Hindiyye*, V, 354; Şinkiti, a.g.e., s. 399.

²⁹⁶ En’âm, 6/145.

²⁹⁷ Serahsî, *İslam Devletler Hukuku*, I, 144.

²⁹⁸ Bakara, 2/173.

²⁹⁹ Zuhaylî, *Mevsuatü’l-Fıkhî’l-İslamiyyi’l-Muasır*, I, 288.

³⁰⁰ Meys, Halil Muhyiddin, “Münâkaşa”, *Mecelletü Mecmai’l-Fıkhî’l-İslamî*, s. 404.

³⁰¹ *Mecelletü Mecmai’l-Fıkhî’l-İslamî*, Sayı: 1, C 1, s. 40.

Bütün organ ve doku nakilleriyle ilgili buraya kadar sunulan bilgiler dikkate alındığında şu yargının yanlış olmadığı ortaya çıkmış bulunuyor: Suni organ ve doku kullanımı da dâhil olmak üzere bütün tedavi yolları tüketildikten sonra bir şifa ümidi olarak organ nakli ihtimali alternatifsiz bir çare olarak belirmişse organ nakli yapılabilecektir. Bunun için öngörülen şartlar ve alınması gereken dinî, tıbbi, hukuki ve ahlaki tedbirlerin alınması, tabiatıyla, üzerinde ayrıca konuşulmayacak kadar açık bir gerekliliktir.³⁰²

6. Vücuttan Bir Parçanın Kesilmesi

Beden, onu oluşturan organlar, dokular, kemikler gibi tüm parçalarıyla birlikte bir bütün olarak kişilik hakkının konusunu oluşturur.³⁰³ Bu hak tıpkı hayat hakkı gibi mutlak bir haktır ve başkalarının hukuka aykırı her türlü saldırılarına karşı kesin bir şekilde korunmuştur. Beden bütünlüğü hakkını ihlal eden müdahalelerin başında bir uzvun koparılması (kat')³⁰⁴ veya uzvun bedende kalmasına rağmen fonksiyonlarını yerine getiremeyecek şekilde muattal kılınması gelmektedir.³⁰⁵

Tedavi maksadıyla vücuttan bir uzvun koparılması eskiden beri uygulana gelen bir tedavi yöntemidir. Örneğin İspanya'da, Kordoba'da doğan Ebü'l-Kasım Zehravi (936-1013) dönemi için modern sayılacak cerrahi esasları tıbbı kazandırmıştır. Bu çalışmalardan biri de amputasyon yani kol, bacak gibi bir organın veya uzantı şeklinde bir oluşumun kesilip çıkarılması³⁰⁶ yöntemlerini uygulamasıdır.³⁰⁷

Şahsın bedeninde yer alan küçük bir parçanın koparılıp yok edilmesi veya hasara uğratılması, o şahsın hayatını sona erdirici nitelikte olmasa bile hukuka uygun

³⁰² Yaman, a.g.m., s. 26. Örneğin bir insanın yumurtalıklarının başka bir insana nakledildiğinde ortaya çıkabilecek dinî, hukuki mahzurlar göz önünde bulundurulmalıdır.

³⁰³ Gökmenoğlu, a.g.e., s. 93.

³⁰⁴ Bilmen, a.g.e., III, 18.

³⁰⁵ Udeh, a.g.e., II, 205.

³⁰⁶ Kocatürk, a.g.e., s. 28.

³⁰⁷ Aydın, Erdem, "İslam Dünyasında Tıp", www.medinfo.hacettepe.edu.tr/ders/TR/D1/4/3856.doc (erişim tarihi, 03.03.2010)

kabul edilmez. Bu nedenle kişinin rızası olmadığı takdirde bedene yönelik fiiller, ister önemli nitelikte olsun ister olmasın, kişilik hakkına saldırı niteliğindedir.³⁰⁸

Beden bütünlüğüne yönelik müdahalelerin, hak sahibi kişinin rızasına veya iznine dayanması bazı durumlarda fiilin hukuka uygunluğu için yeterli görülmemiştir. Bu konuda genellikle kabul edilen görüşe göre “üstün amaç”, izni hukuka uygun hâle getirir. Burada üstün amaç, kişinin yaşamı ve sağlığını kurtarma³⁰⁹ olabileceği gibi başka kişilerin hayat ve sağlığının kurtarılması da olabilir.³¹⁰

Üstün amaç veya zaruret kapsamına kan ve organ nakli girebildiği gibi³¹¹ sağlık kazandırıcı ya da hastalık veya sakatlığı giderici tıbbi müdahaleler de girmektedir.³¹² Örneğin biri kangren olan elini kesmesini doktora söyler de doktor da sırf tedavi maksadıyla bunu yaparsa yapılan bu işlem hukuka uygundur.³¹³ Mecelle'nin “Ehven-i şerreyn ihtiyar olunur.” şeklindeki 29. maddesi için yapılan açıklamalarda şöyle bir örnek verilir: “Parmakta çıkan bir yara, kangren olup kolun elden gitmesine sebep olacaksa parmak kesilir. Gerekirse vücudu kurtarmak için kol da feda edilir.”³¹⁴ Kangren olmuş bir eli kestirmek, çürük dişi çektirmek gibidir. Fukaha ihramlıyken ağrıyan bir dişin ve zararı her geçen gün artan kangren olmuş elin kesilebileceğini söylemişlerdir. İhramlıyken yapılabiliyorsa diğer zamanlarda evleviyetle yapılabilir.³¹⁵ Ancak hastanın izni olmaksızın keserse bu fiilinden dolayı doktora kısas cezası verilir.³¹⁶

³⁰⁸ Gökmenoğlu, *a.g.e.*, s. 94.

³⁰⁹ Udeh, *a.g.e.*, I, 469-470.

³¹⁰ Zevkliler, *a.g.m.*, s. 22.

³¹¹ Haylamaz, *a.g.e.*, s. 127-128.

³¹² Şankiti, *a.g.e.*, s. 258, 259; Sahi, *a.g.e.*, s. 200, 201.

³¹³ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, II, 29; Kaya, “Ölme Hakkı”, s. 215.

³¹⁴ Yıldırım, Mustafa, *Mecelle'nin Külli Kaideleri*, s. 89.

³¹⁵ Kâsânî, *a.g.e.*, II, 287.

³¹⁶ Ebu Zehra, *el-Cerime*, s. 458.

7. Yapay Uzuv (Protez) Takma ve Kopan Parçanın Tekrar Yerine Eklenmesi

İnsanın bedenine yönelik yapılan her türlü zararlı fiiller hukuka aykırıdır. Ancak tedavi gibi meşru amaçlarla yapılan müdahaleler böyle değildir. Tedavi amacına yönelik faaliyetlerin önemli bir bölümü, protez ve benzeri yapay maddelerin insan vücuduna takılması suretiyle gerçekleştirilir. Bu tip müdahalelere örnek olarak yapay bir kolun veya bacağın takılmasını göstermek mümkündür.³¹⁷

Arfece b. Esad'ın, Külâb Savaşı'nda³¹⁸ burnu kesilmişti. Arfece burnu kopunca gümüşten bir burun yaptırmış, bunun koku yapması üzerine altından bir burun yaptırmasına Hz. Peygamber müsaade etmiştir.³¹⁹ Peygamberimiz (s.a.v.)in ona altından bir burun takma izni vermesi, tedavi maksatlı protez takmanın meşruiyetine delil gösterilmiştir.³²⁰ Bu olaydan hareketle yapay organların ve domuz dışındaki hayvanların kemiklerinin protez olarak insan vücudunun tedavisinde kullanılabileceği kabul edilmektedir.³²¹

Fıkıh ve hadis alanlarının önde gelen âlimlerinden Nevevî (ö.676/1277), kırılmış bir kemiğin başka bir madde ile kaynaştırılması gerekli olur ve bunun için insan kemiği dışında, necis bile olsa başka bir madde de bulunamazsa kaynaştırma işleminde insan kemiğinin kullanılmasının mümkün olduğunu belirtmiştir.³²²

Diş hekimi tarafından yapılan protezler de yapay uzuv takma başlığı altında değerlendirilebilir. Müslüman hekimler, diş tedavisi ile birlikte ağza da çeşitli cerrahi müdahale yöntemleri geliştirmişlerdir. Onlar, diş sağlığına ek olarak diş hastalıklarını sistemli bir şekilde tedavi etmişler; hastalar için hayvan kemiklerinden takma dişler üretmişlerdir.³²³

³¹⁷ Ayan, *a.g.e.*, s. 75.

³¹⁸ Cahiliye devrinde kabileler arasındaki muharebelere "Eyyâm" denirdi. "Külâb" da böyle bir harbin adı olmuştur.

³¹⁹ Ebû Dâvûd, Hatem, 7; Tirmizî, Libâs, 31.

³²⁰ Bâr, "İntifâü'l-İnsan", s. 94.

³²¹ Sükkeri, *a.g.e.*, s. 125.

³²² Nevevî, *el-Mecmû*, III, 138.

³²³ İbn Sa'd, *a.g.e.*, II, 22-26.

Yukarıda hayvandan insana organ nakli bölümünde sökülmüş dişin yerine, eti yenen boğazlanmış bir hayvanın dişinin, bu da bulunamazsa başka insana ait bir dişin yerleştirilmesinin fukaha tarafından caiz görüldüğünü belirtmiştik. Diğer taraftan bir insanın dişi düşünce altından bir diş taktırması yahut altın ile dişlerini bağlatması, yapıştırması ve kaplatması da caiz görülmüştür. Çünkü Osman b. Affan'ın altından bir diş köprüsü olduğu bilinmektedir.³²⁴ Kaldı ki günümüzde diş tababeti uygulamalarında titanium veya porselenden protez dişler kullanılmaktadır. Dolayısıyla tedavi amacıyla suni malzemelerin kullanılmasının hukuka uygun olduğunu söylenebilir.³²⁵

İnsanın kendi vücudundan kopan bir parçasının yerine takılması da fukaha tarafından hukuka uygun kabul edilmiştir. Delil olarak Peygamberimiz (s.a.v.)'in Bedir Harbi'nde gözü çıkan Katâde'nin gözünü kendi elleriyle yerine iade etmesini göstermişlerdir.³²⁶ Diğer taraftan yanlışlıkla veya tedavi amacına yönelik olarak çekilen yahut bir kaza sonucu yerinden ayrılan bir dişin tekrar çıktığı yere konulabildiği bilinmektedir. Diş reimplantasyonu diye bilinen bu yöntem fukaha tarafından tartışılmıştır. İmam-ı Azam (ö. 150/767)'a göre çıkan bir dişin yerine tekrar konması mekruhtur. Çıkan diş ölünün dişi gibidir, necistir. Ama onun yerine besmele ile kesilmiş bir hayvan dişini koymakta bir beis yoktur. Hâlbuki İmam Muhammed (ö. 189/805) ve İmam Ebu Yusuf (ö. 183/798)'a göre çıkan diş ölü diş gibi değildir. Bunun yerine iade edilmesinde bir sakınca yoktur.³²⁷

8. Dağlama

Dağlama en eski tedavi yöntemlerinden biridir. Karadeniz kıyılarında yaşamış olan İskitlerin vazo resimlerinde harp yaralarının dağlama ile tedavi edildiğine dair bilgiler bulunmaktadır.³²⁸ Peygamberimiz (s.a.v.)den gelen şu iki rivayet bu yöntemin çok eskilerden beri kullanılageldiğini göstermektedir. Bunlardan birinde

³²⁴ Öztürk, *a.g.e.*, s. 68.

³²⁵ Beşer, Faruk, *Fıkıh Penceresinden Sosyal Hayatımız 2*, s. 172.

³²⁶ Sükkeri, *a.g.e.*, s. 125; Sibaî ve Bâr, *a.g.e.*, s. 216.

³²⁷ Serahsî, *Mebcut*, XXVI, 98; İbn Âbidin, *a.g.e.*, V, 43.

³²⁸ Öztürk, *a.g.e.*, s. 50.

şöyle buyurmaktadır: **الشفاء في ثلاثة: شربة عسل، وشرطة محجم، وكية** nar, وأنهى أمتي عن الكي aldirmek (hacamat) ve dağlamadır. Ben ümmetimi dağlamadan men ederim.”³²⁹ Bir diğer rivayette ise “**Dağlama olmayı sevmem.**”³³⁰ buyurmaktadır. Her ne kadar bu iki hadis dağlama yoluyla yapılan tedavi hakkında olumsuz bir kanaat oluşturmakta ise de gerçekte kesin bir yasak içermemektedir. Bu daha çok zaruret olmadıkça başvurulmaması gerekliliğini gösterir. Yani acele edilirse belki daha az bir acıyı defetmek için daha fazla olan dağlama acısına katlanılmış olur.³³¹ Bir rivayete göre Rûfeyde kanın durması için Hz. Peygamber (s.a.v.)in isteği üzerine Hendek Savaşı’nda yaralanan Sa’d b. Muâz’ı mişkâs denilen demir parçasıyla dağlamak zorunda kalmıştır.³³² Bu aletin demirden bir koter olduğu anlaşılmaktadır. Kanamaların durdurulması için kullanıldığı kadar, bazı enfeksiyonların ortadan kaldırılması için de dağlamadan istifade edilmiştir.³³³

İbn Raslân dağlama yasağını rivayet eden İmrân b. Husayn³³⁴ (r.a.) ile ilgili olarak şu açıklamayı kaydeder: “Peygamberimizin, ona bunu yasaklaması onun hastalığının tabiatındandır. Çünkü o, basurdan müşteki idi ve dağlanacak yer tehlikeli idi, bu sebeple ona dağlamayı yasakladı. Şu hâlde yasaklama, tehlikeli bir hastalığa sebep olanlarla ilgilidir, umumi bir yasak değildir. Ayrıca Araplar, o zaman ilaçla tedavi edilemeyen hastalıklara şifa veren şeyin dağlama olduğunu zannediyorlar ve dağlanmaya başvurmamanın helak olacağına inanıyorlardı. İşte bu niyetleri sebebiyle onları bundan yasakladı.”³³⁵ Ancak bir uzvun kesilmesi sonucu meydana gelen kanamayı durdurmak için dağlama kullanılacak meşru bir tedavi yöntemidir.

³²⁹ Buharî, Tıb, 3, 4, 10; Müslim, Selâm, 71; Konuyla ilgili diğer rivayetler için bk. Müslim, Selam, 75; Tirmizî, Tıb, 10; Ebu Davud, Tıb, 7.

³³⁰ Buharî, Tıb, 3, 17.

³³¹ İbn Kayyim *Zadü'l-Mead*, IV, 145.

³³² Müslim, Selam, 75; Ebu Davud, Tıb, 7.

³³³ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III, 386; İbn Hacer el-Askalânî, *a.g.e.*, X, 145.

³³⁴ İmran bin Husayn anlatıyor: "Resulullah (s.a.v.) bizi dağlama yapmaktan nehyetti. Ancak biz, (ona başvurmaya zorlayan) durumlarla karşılaştık. Birçok defalar dağlama yaptık ve rahatsızlığımızdan kurtuluş bulamadık." Tirmizî, Tıb, 10; Ebu Davud, Tıb, 7.

³³⁵ Müslim, İman, 372; Tirmizî, Tıb, 10.

Kays b. Ebî Hâzım anlatıyor: "Habbâb b. Eret (r.a.)'in yanına girmiştim. Karnından yedi yeri dağlatmıştı. Bana: ‘Eğer Resulullah (s.a.v.) ölümü talep etmekten bizi men etmeseydi mutlaka onu talep ederdim’” dedi. Eğer Peygamberimiz (s.a.v.) kesin olarak dağlamayı yasaklamış olsaydı Habbâb bu yasaktan da bahsedirdi.³³⁶

Günümüzde zararlı patolojik (hastalıklı) dokunun uzaklaştırılmasında, kanamanın durdurulmasında veya ağrının giderilmesinde, dağlama muamelesinin kullanıldığına şahit olmaktayız. En çok uygulanan dağlama usullerinin başında ateşte bir demirin kızdırılması, elektrik, benzolun buharı ve kimyevi maddelerle yapılan dağlamalar gelmektedir. Dağlama ile tedaviden kangren olan yara, durmayan kan, iç basur ve cilt hastalıkları gibi pek çok hastalığın tedavisinde faydalanılmaktadır. Diğer taraftan günümüzde dağlamanın mütemmimleri durumunda bazı uygulamaların var olduğu görülmektedir. Ancak başvurulan metot, vakaya ve maksada uygun olarak farklı şekillerde gelişmiştir. Bunları sırasıyla sayacak olursak: Koter, diatermi (ısıtıcı, kesici, koagülatör), radyoterapi (nükleer ışınlama), infraruj ve ultraviole ve hatta cryo (dondurma) ile ilgili uygulamaları gösterebiliriz. Bunların, az dozda tedavi edici etkileri yanında yüksek dozlarda yararlı dokuları uzaklaştırıcı etkileri de vardır.³³⁷

Sadece dağlama (bugün tam karşılığı olan koterizasyon) dokuyu yakarak pis koku çıkardığı gibi sonradan telafisi güç olan veya hiç olmayan bazı estetik bozukluklara sebep olabilir. Bunun içindir ki hadislerde, tedavide etkinliği bildirilen dağlamanın yaygın olarak uygulanması hoş görülmemiştir. Öyleyse dağlamanın müspet sonuçlarını verecek; fakat menfi sonuçlarını ortadan kaldıracak veya azaltacak tekniklerin uygulanmasına ihtiyaç vardır.

Bugün mevcut olan teknikler, dağlamanın sağladığı müspet sonuçları, değişik etkileri ile ortaya koymaktadır. Koterin dışındaki uygulamalarda ön planda hasta olan hücreler etkilenirken normal sağlıklı hücreler ya hiç etkilenmez veya az miktarda

³³⁶ Buharî, Merdâ, 19, Da'âvât, 30, Rikak, 7, Temennî, 6; Müslim, Zikir, 12; Nesâî, Cenâiz, 2.

³³⁷ “Elektrokoter Kullanımı ve Esasları”, www.genelcerrahi.okulu.net, (erişim tarihi, 06.01.2008).

etkilenirler. Bu metotlarla daha büyük yara açmadan ve sağlıklı doku ve hücreleri uzaklaştırmadan, patolojik (hastalıklı) doku ortadan kaldırılmış olacaktır. Cryo (-20 derecenin altına aniden inme) da neticede diğer uygulamaların sağladığı sonucu vermektedir. Bu anlatılanlar çerçevesinde anlaşılıyor ki Peygamberimiz (s.a.v.)in işaret ettiği dağlama, günümüzde temel bir tedavi metodu olarak değişik tarzlar altında tekrar gündeme gelmekte ve dağlamanın sağladığı müspet sonuçlar tartışılmaktadır.

9. Koruyucu Hekimlik

Bilindiği gibi tıp ilminin başlıca iki alanı vardır: Bunlardan biri olan koruyucu hekimlik, hastalıkları önlemek ve genel sağlığı korumak demektir. Diğeri de mevcut hastalıkları teşhis ve tedavi etmek ve bunun için gerekli araştırmaları yapmaktır. Bunlardan en etkili ve ekonomik olanı, şüphesiz koruyucu hekimliktir.

Peygamberimiz (s.a.v.)in tıpla ilgili hadislerinden çoğu, sağlığı koruma yani koruyucu hekimlik alanındadır. Resulullah, her şeyden önce, Müslümanlara sağlığın kıymetini bilmelerini öğütlemiştir³³⁸ ve bunu sağlamanın yollarını da göstermiştir. Bunlar ana hatlarıyla temizlik, düzenli bir hayat, ölçülü ve dengeli beslenme, spor yapma³³⁹ sağlığa zararlı şeylerden sakınmak ve bulaşıcı hastalıklardan uzak durmaktır.³⁴⁰

Bilindiği gibi birçok hastalığın sebebi, mikroplardır. Bunun içindir ki Peygamberimiz (s.a.v.), öncelikle temizlik üzerinde durmuş ve bunu vurgulamak için de **الطُّهُورُ شَطْرُ الْإِيمَانِ** “**Temizlik, imanın yarısıdır...**”³⁴¹ buyurmuştur. O, gusletmeyi gerektiren sebepler olmasa dahi, haftada en az bir defa bütün vücudu

³³⁸ Buharî, Rikak, 1; Tirmizî, Zühd, 1; İbn Mâce, Zühd, 15.

³³⁹ Hz. Aişe'nin verdiği bilgilere göre Arap toplumunda kadınlar kilolarına oldukça fazla itina gösterirlerdi. İnce yapılı ve narin olmaya çalışırlardı. Bu nedenle Aişe validemiz, genç yaşta fazla kilo alan kadınları uyararak daha dikkatli olmalarını öğütlerdi. Diğer taraftan Hz. Peygamber'in ve Hz. Aişe'nin zaman zaman beraberce koşu yaptıkları ve düzenli bir hayat yaşadıkları bilinmektedir. (Hamidullah, *İslam Peygamberi*, II, 1076; Öztürk, *a.g.e.*, s. 83.

³⁴⁰ Sibaî ve Bâr, *a.g.e.*, s. 90.

³⁴¹ Müslim, Taharet, 1; Ayrıca bk. Tirmizî, Daavât, 86.

yıkamayı tavsiye etmiştir.³⁴² Uykudan kalkınca,³⁴³ yemekten önce ve sonra elleri yıkamayı,³⁴⁴ dişleri günde birkaç defa misvaklamayı (firçalamayı)³⁴⁵, kasık ve koltukaltı kıllarını gidermeyi³⁴⁶, tırnakları kesmeyi, küçük ve büyük abdestten sonra temizlenmeyi, sünnet olmayı ve sık sık ağız ve burnu temizlemeyi³⁴⁷ öğütlemiştir. Bütün bunlar, onun, vücut temizliğine dolayısıyla koruyucu hekimliğe verdiği önemi gösterir.

Koruyucu hekimlik ve temizlikle ilgili hadisler arasında, diş bakımı ve diş sağlığı ile ilgili olanlar hem sayılarının çokluğu, hem de konunun önemini ısrarla vurgulamaları açısından dikkat çekici bir nitelik taşımaktadırlar. Sindirimin ağızda ve dolayısıyla dişlerle başladığı, dişlerin beslenme ve insan sağlığı açısından üstlendiği önemli görev göz önüne alınacak olursa bu durumun son derece normal ve gerekli olduğu anlaşılır.

Diş bakımının ilk şartı, hiç şüphesiz dişlerin gıda artıklarından temizlenmesidir. Hz. Peygamberin yaşadığı dönem ve ortamda bu iş için kullanılabilir en iyi araç “misvak” idi. Hz. Muhammed (s.a.v.) ağız temizliği üzerinde ısrarla dururken araç olarak da misvak kullanılmasını tavsiye etmiş, bunu kendisi de uygulamıştır. O eve geldiğinde³⁴⁸ gündüz ya da gece uykudan uyandığında³⁴⁹ ve abdest almadan önce misvak kullandığı bilinmektedir. **لَوْلَا أَنْ**

أَشَقَّ عَلَى أُمَّتِي أَوْ عَلَى النَّاسِ لِأَمْرَتِهِمْ بِالسَّوَاكِ مَعَ كُلِّ صَلَاةٍ

“Ümmetime veya insanlara zahmet vermekten çekinmeseydim her abdest aldıkça misvak kullanmalarını (ağızlarını temizlemelerini) emrederdim.”³⁵⁰ buyurarak ağız ve diş sağlığına verdiği önemi ortaya koymuştur.

³⁴² Müslim, Cuma, 1.

³⁴³ Buharî, Vudü, 26; Müslim, Taharet, 87, 88.

³⁴⁴ Tirmizî, Et'ime, 39 ve 45.

³⁴⁵ Buharî, Cuma, 8; Müslim, Taharet, 42.

³⁴⁶ Müslim, Taharet, 56; Ebû Davud, Taharet, 29; Tirmizî, Edeb, 14; İbn Mâce, Taharet, 8.

³⁴⁷ Müslim, Taharet, 56.

³⁴⁸ Buharî, Cuma, 8.

³⁴⁹ Müslim, Taharet, 43, 44.

³⁵⁰ İbn Mâce, Taharet, 289.

İbnü'l-Kayyim el-Cevziyye'nin (ö. 751/1350) ağız ve diş sağlığı ile ilgili olarak söyledikleri modern tıbbın verileri ile gösterdiği paralellik açısından oldukça ilginçtir: “Misvağın en uygun olanı ‘Erak’ ve benzeri ağaçlardan yapılanıdır. Misvak, özellikleri bilinmeyen bir ağaçtan yapılmamalıdır. Çünkü ağaç zehirli olabilir. Misvağı kullanmanın bir gayesi olmalıdır. Kullanımda aşırı gidilirse dişin parlaklığı ve sertliği gidebilir. Böylece mideden gelen yahut ağızdaki yiyecek artıklarından çıkan buharların (yani bakterilerin) dişlere işlemesine imkân hazırlanmış olur. Eğer misvak ölçülü kullanılırsa dişlere parlaklık verir, kökleri takviye eder. Diş çürümelerini önler. Ağza güzel bir koku verir. Dimağı berraklaştırır ve iştahı açar.”³⁵¹

Peygamberimiz (s.a.v.) elbise ve çevre temizliğine de büyük önem vermiştir. Öncelikle giyilen elbiselerin her zaman namaz kılablecek şekilde temiz, düzgün ve uygun olmasını buyurmuştur. Bir hadislerinde o, “**Elbiselerinizi, kılık kıyafetinizi düzeltiniz ki, insanlar arasında bir benek gibi olasınız. Çünkü Allah, çirkinliği sevmez**”³⁵² buyurmuştur. Peygamberimiz (s.a.v.), evlerin, iş yerlerinin, insanların gelip geçtiği yolların, dinlenme yerlerinin, çarşı ve sokakların kirletilmemesini, temiz tutulmasını emretmiştir. Bu gibi yerleri kirletmenin lanet ve nefret sebebi olduğunu bildirmiştir.³⁵³

Sağlıklı olabilmek için temizlikten sonra en önemli konu, dengeli beslenmedir. Allah'ın elçisi bu konuya gereken önemin verilmesini istemiş, ancak yiyip içmede aşırı gitmekten sakınmamızı öğütlemiştir. O bir hadisinde şöyle buyurmuştur: “**Hiçbir kişi, midesinden daha tehlikeli bir kap doldurmamıştır. Oysa insana kendini ayakta tutacak bir kaç lokma yeter. Şayet mutlaka çok yiyecekse, midesinin üçte birini yemeğe, üçte birini içeceğe, üçte birini de nefesine ayırmalıdır.**”³⁵⁴ Kur'an-ı Kerim'de de buyrulmuştur: **وَكُلُوا وَاشْرَبُوا وَلَا تُسْرِفُوا** “...Yiyiniz, içiniz fakat israf etmeyiniz.”³⁵⁵

³⁵¹ İbn Kayyim, a.g.e., IV, 323.

³⁵² Ahmed b.Hanbel, *Müsned*, IV, 180.

³⁵³ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II, 372; Müslim, *Taharet*, 68; Ebu Davud, *Taharet*, 14.

³⁵⁴ İbn Mâce, *Etima*, 50; Tirmizî, *Zühd*, 47.

³⁵⁵ A'râf, 7/31.

Sağlığı bozulan kimselere hava değişimini öneren Peygamberimiz (s.a.v.)³⁵⁶ suyu dinlene dinlene üç defada³⁵⁷ ve mümkünse oturarak³⁵⁸ içmeyi; yenip içilen kaba üflenmemesini³⁵⁹ tavsiye etmiştir. Bütün bunların tıbbi yönden birçok faydasının olduğu inkâr edilemez.

İnsan sağlığını bozan etkenlerden biri de zararlı yiyecek ve içeceklerdir. Bunların başında da alkollü içkiler gelmektedir. Bu sebeple, Kur'an-ı Kerim'de ve hadislerde adı, tadı ve miktarı ne olursa olsun, her türlü alkollü içki yasaklanmıştır.³⁶⁰ Buna ilave olarak ölmüş hayvan eti, leş, kan, domuz eti³⁶¹ ve sağlığa zararlı olan her türlü uyuşturucu da yasaklanmıştır.

Hz. Muhammed (s.a.v.), bulaşıcı hastalıklardan da uzak durulmasını istemiştir: **إِذَا سَمِعْتُمْ بِالطَّاعُونَ بِأَرْضٍ فَلَا تَدْخُلُوهَا، وَإِذَا وَقَعَ بِأَرْضٍ، وَأَنْتُمْ بِهَا فَلَا تَخْرُجُوا مِنْهَا** “Bir yerde veba ve benzeri, herhangi bir bulaşıcı hastalık olduğunu işittiğiniz zaman, o yere girmeyiniz. Bulduğunuz yerde böyle bulaşıcı bir hastalık varsa, oradan da çıkmayınız.”³⁶² buyurarak karantina usulünü getirmiştir. Zinanın ve her türlü gayrimeşru cinsel ilişkilerin yasak oluşunun hikmetlerinden biri de bulaşıcı ve öldürücü hastalıklara sebep olmasıdır.

Bundan başka Resulullah, insan hayatı ve sağlığı için tehlikeli olan kuduz köpek, akrep, fare ve benzeri zararlı hayvanların ve zararlı böceklerin de imha edilmesini istemiştir.³⁶³ Bütün bu emir ve yasaklar insan sağlığını korumada önemli bir yere sahiptir.

Ruh ve beden bütünlüğünü koruma ve kollama görevini yerine getirmekle yükümlü olan, öncelikle bizzat kişinin kendisidir. Bu yüzden hayatını tehlikeye

³⁵⁶ Hamidullah, *İslam Peygamberi*, II, 809.

³⁵⁷ Müslim, Eşribe, 123.

³⁵⁸ Müslim, Eşribe, 116, 118-120.

³⁵⁹ Buhârî, Eşribe, 25.

³⁶⁰ bk. Mâide, 5/90-91; Ayrıca bk. Buhârî, Vudû, 71; Müslim, Eşribe, 68, 88.

³⁶¹ bk. Mâide, 5/3.

³⁶² Buhârî, Tıb, 19.

³⁶³ Buhârî, Bed'u'l-Halk, 16.

düşüren, beden ve ruh sağlığının zarar görmesine yol açan hastalığa yakalanmamak gerekli bütün tedbirleri almalıdır. Eğer hasta olmuş ise yeniden eski sağlığına kavuşmak için gerekli tedaviye başvurmalıdır.

B. Hukuka uygun Olmayan Tıbbi Müdahaleler

Şahsın en önemli kişisel haklarından hayat, sağlık ve beden bütünlüğü haklarıyla ilgili olan tıbbi müdahaleler, hastalığın teşhisi, tedavisi veya hastalıktan korumak maksadıyla yapılır.³⁶⁴ Hastayı iyileştirme amacı taşımayan bir müdahale doktor tarafından yapılmış olsa bile tıbbi müdahale sayılmaz. Çünkü söz konusu müdahale bir hakkın kullanılması veya bir görevin ifa edilmesi kapsamına girmez.³⁶⁵ Tıbbi müdahale niteliği taşımayan bir müdahale aynı zamanda hukuka aykırıdır. Bu gibi durumlarda doktorun hareketi suç kapsamında değerlendirilir ve neticesinde cezalandırılır.³⁶⁶ Aşağıda hukuka uygun olmayan tıbbi müdahaleler ele alınacaktır.

1. Estetik Amaçlı Müdahaleler

İslam dini insana özel bir yer vermiş, yaratılış gayesinden sosyal yaşamına, dünya hayatından ölüm ve ötesine, duygu âleminden beden ve ruh sağlığına kadar hayatının her safhasıyla ilgilenmiştir. Kur'an-ı Kerim'de insanın yeryüzünün halifesi olarak³⁶⁷ en güzel biçimde, ölçülü ve dengeli bir şekilde yaratıldığı³⁶⁸ çeşitli nimetler, imkânlar ve güzelliklerle donatıldığı³⁶⁹ bildirilmiştir.

İnsanı en güzel bir şekilde yaratan Yüce Allah, onun makul ve mutedil ölçüler içerisinde süslenmesine, güzel görünmesine ve güzelliklerini korumasına izin vermiştir. Kur'an-ı Kerim'de, iyi ve güzel şeylerin helal, kötü ve çirkin şeylerin ise haram olduğu bildirilmiştir.³⁷⁰ Bir ayette şöyle buyrulmaktadır: **قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ**

اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ قُلْ هِيَ لِلَّذِينَ آمَنُوا فِي الْحَيَاةِ

³⁶⁴ Şerefüddin, *a.g.e.*, s. 41; Usame, *a.g.e.*, s. 179.

³⁶⁵ İbni Abidin, *a.g.e.*, X, 194; Behnesi, *el-Mesuliyeye*, s. 150; Haseni, *a.g.e.*, s. 206-207; Kaya, "Sorumluluk", s. 151.

³⁶⁶ İbn Rüşd, *a.g.e.*, IV, 251; Udeh, *a.g.e.*, I, 521.

³⁶⁷ Bakara, 2/30.

³⁶⁸ Tîn, 95/4.

³⁶⁹ Beled, 90/4, 8-10; Mülk, 67/23; Nahl, 16/8, 12; Hac, 22/65; Lokman, 31/20.

³⁷⁰ Mâide, 5/4, 5.

الدُّنْيَا خَالِصَةً يَوْمَ الْقِيَامَةِ كَذَلِكَ نُفَصِّلُ الْآيَاتِ لِقَوْمٍ يَعْلَمُونَ “De ki: ‘Allah’ın, kulları için yarattığı süsü ve temiz rızık kim haram kıldı?’ De ki: ‘Bunlar, dünya hayatında müminler içindir. Kıyamet gününde ise yalnız onlara özgüdür. İşte bilen bir topluluk için ayetleri, böyle açıklıyoruz.’”³⁷¹ Hz. Peygamber, güzel giyinme hakkında kendisine yöneltilen bir soruya إِنَّ اللَّهَ جَمِيلٌ يُحِبُّ الْجَمَالَ “Allah güzeldir, güzelliği sever.”³⁷² şeklinde cevap vermiş, kendisi de hayatında daima temiz ve düzenli olmuş, sade ve güzel giyinmeyi, güzel koku sürünmeyi teşvik etmiştir.

İslam dini, insanın yaratılıştan var olan güzelliklerini daha belirgin hâle getiren, takı takma, saçları tarama, meşru ölçüde süslenme, güzel giyinme gibi davranışlarını mübah kılmıştır. Ancak, yaratılıştan verilmiş özellik ve şekillerin değiştirilmesini yasaklamıştır. Örneğin İslam’ın ilk dönemlerinde bazı toplumlarda dişlerin seyrek olması makbul ve bir güzellik ögesi sayılırdı. Bu sebeple sık dişler törpülemek suretiyle seyrekleştirilirdi. Doğal olarak koruyucu tabakasını yitiren dişler de zamanla çürüyerek fonksiyonunu yitirecektir. Hz. Peygamber (s.a.v.) hiçbir psikolojik ve fiziki sağlık problem söz konusu olmaksızın sırf güzellik olsun diye dişleri seyreltmeyi hoş görmemiştir. Nitekim derisine dövme yapana ve yaptırana³⁷³, yüzündeki kılları yolana ve yoldurana, güzellik için Allah’ın yarattığı hâli değiştirip dişlerini inceltenlere Allah’ın lanet ettiğini bildirmiştir.³⁷⁴

Estetik ameliyatlar ya doğuştan ya da sonradan meydana gelen görünüm bozukluklarını gidermek amacıyla veya daha güzel görünüme kavuşmak için yapılan tıbbi müdahalelerdir.³⁷⁵ Estetik amaçlı müdahalelerde doğrudan doğruya beden sağlığını koruma amacının bulunmadığı söylenebilir. Zira bunlar, bedeni bir rahatsızlığın ortadan kaldırılmasından ziyade fizikî yapıdaki anormalliğin ruhi yapıda

³⁷¹ A'râf, 7/32.

³⁷² Müslim, İman, 41.

³⁷³ Buharî, Libâs, 85-87; Müslim, Libâs, 119.

³⁷⁴ Buharî, Libâs, 83-87; Müslim, Libas, 33.

³⁷⁵ Dönmezer, “Talep Üzerine Adam Öldürme ve Şifa Verme Maksatları Dışında Yapılan Cerrahi Ameliyeler”, *Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası*, s. 250.

yol açtığı bozuklukları giderme amacına yöneliktirler. Kişi ameliyat sonucunda daha ziyade ruhi bir tatmin, bir rahatlama elde eder. Ne var ki beden ve ruh sağlığının bir bütün olduğu düşünülürse estetik amaçlı müdahalelerin de tedavi niteliği taşıdıkları kabul edilebilir.³⁷⁶

Estetik operasyonlar iki farklı amaç için yapılmaktadır. Birincisi daha güzel olmak, moda uymak veya imaj değiştirmek için yapılan müdahalelerdir. Bazen karşı cinse benzemek için yapılmaktadır. Bu türden müdahaleler israftır, aldatıcıdır, gerekli değil iken normal yapıyı bozmak ve değiştirmektir. İslam'da, insanın Allah'ın yarattığı şekli beğenmeyerek doğuştan getirdiği özellik ve şeklinin değiştirilmesi ve bu amaçla yapılacak her türlü estetik ve tıbbi müdahale hoş karşılanmamış; fitratı bozmayı hedef alan müdahaleler olarak kabul edilmiştir. Fitratı bozmayı, yaratılışı değiştirmeyi hedef alan tasarruf ve müdahaleler ise yasaklanmıştır. Bu yasak Kur'an-ı Kerim'de şöyle dile getirilmiştir: **وَلَا تُرِيدُوا مَخْرَجَ الْمَسْكِينِ مِنْ دِينِكُمْ وَلَا تُرِيدُوا مَخْرَجَ الْيَتَامَىٰ مِنْ دِينِكُمْ وَلَا تُرِيدُوا مَخْرَجَ الْوَالِدَاتِ مِنْ دِينِكُمْ وَلَا تُرِيدُوا مَخْرَجَ الْأَوْلَادِ مِنْ دِينِكُمْ وَأُولَٰئِكَ عَدُوٌّ لِلَّهِ وَالرَّسُولِ وَاللَّهُ يُضِلُّ مَن يَشَاءُ وَلَا يُضِلُّ سُبُلَ الْبَارِئِينَ** **فَلْيَعْبِرْنَ خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرًا نَّارًا** **مُبِينًا** “...‘Şüphesiz onlara emredeceğim de Allah'ın yarattığını değiştirecekler.’ **(dedi). Kim Allah'ı bırakır da şeytani dost edinirse elbette apaçık bir ziyana düşmüştür.**”³⁷⁷

Her insan için ihtiyarlık kaçınılmaz bir sondur. Ancak Allah (c.c.) her hastalık için bir tedavi şekli yaratmakla birlikte ihtiyarlık için bir tedavi şekli yaratmamıştır.³⁷⁸ Bu nedenle güzellik maksadıyla veya genç gözükme gayretiyle yaptırılan estetik ameliyatlara bu açıdan bakıldığında belirli periyotlarla tekrarlanacağından abesle işigal olduğu görülecektir ki bu da haramdır.³⁷⁹ Ayrıca bu

³⁷⁶ Ayan, *a.g.e.*, s. 34.

³⁷⁷ Nisa, 4/119.

³⁷⁸ Ebu Davud, Tıb, 1; İbni Mace, Tıb, 1; Tirmizi, Tıb, 2.

³⁷⁹ Sükkeri, *a.g.e.*, s. 240.

tür estetik ameliyatın altında şeytani vesvese, bedene eziyet ve gereksiz yere ağır masraflar olduğundan dolayı da buna helal demek mümkün değildir.³⁸⁰

İkincisi ise insanlar için normal sayılmayan, yadırganan, sahibini maddi ve manevi sıkıntıya sokan yapıları değiştirmek ve düzeltmek için yapılan müdahalelerdir. Bu türden müdahalelerle vücudun herhangi bir organında, insanı aşağılanmışlık duygusuna iten, toplum içinde küçümsenmesine ve böylece elem ve üzüntü duymasına sebep olan bir anormallik veya fazlalılığın giderilmesi amaçlanır. Çoğu beşerî kusurlar yüzünden olan bozuklukların giderilmesi için yapılan ve yaptırılan estetik ameliyatlar bir tedavi şeklidir ve dinen de sakıncalı değildir. Çünkü bu operasyonlarla insanlar, Allah'ın verdiği normal şekle, biçime, asıl ve tabîî şekline döndürülmeye çalışılmaktadır. Örneğin; normal bir yüz şekline göre anormal gözükten, farklı bir şekil almış olan burun, kulak, dudak, çene gibi yapıları düzeltmek, bitişik olan parmakları ayırmak, altıncı parmağı aldırarak veya herhangi bir uzvun bozulan doğal hâlini düzeltmek maksadıyla yapılan müdahaleler hukuka uygun kabul edilmiştir.³⁸¹

Normal ve tabîî olarak kadınların vücutlarında ve yüzlerinde kıl olmaz. Ancak bir hastalık sebebiyle (hormon bozukluğu gibi) kadının yüzünde ve bıyığında erkek sakalı gibi kalın tüylerin bitmesi hâlinde onları yolmak fitratı bozmak değil, aksine bozulan fitratı tedavi etmek olacağından caizdir, hatta İbn Abidin (ö. 1252/1836)'in dediğine bakılırsa müstehaptır.³⁸² Ama normal ve tabîî ölçülerde bir kaşı inceltmek, gözün üst köşesinde kaştan arındırılmış çirkin bir yumru oluşturmak caiz değildir. Çünkü bu; iyiyi, normali ve güzeli bozmakta, kötüsü ile değiştirmektedir.³⁸³

Günümüzde de güzelleştirme amacıyla yapılan operasyonlar, tedavi, koruma ve acı dindirme amacı taşımadığı için tıbbi müdahale sayılamayacağı ileri sürülmüştür. Ayrıca kişisel menfaatin var olabileceği bu tip müdahalelerin, kamu menfaati taşımadığı için müessir fiil oluşturacağı ileri sürülmüştür. Fakat vücuttaki kötü bir

³⁸⁰ Haylamaz, *a.g.e.*, s. 109.

³⁸¹ Adli, *a.g.e.*, s. 78.

³⁸² İbn Abidin, *a.g.e.*, IV, 51.

³⁸³ Karaman, *Hayatımızdaki İslam*, s. 494.

görünümün yol açtığı psikolojik sıkıntılardan kurtaracak güzelleştirme amaçlı operasyonların tedavi amacını taşıdıklarını söylemek de mümkündür.³⁸⁴

Neticede tedavi amaçlı olarak yapılan estetik müdahalelere dinimizde izin verilmiştir.³⁸⁵ Nitekim Arfece adlı sahabe, altından bir burun yaptırılmasına Hz. Peygamber (s.a.v.) müsaade etmiştir.³⁸⁶ Buna göre hastalık sebebiyle saçları dökülenler,³⁸⁷ kaza sonucu burun, kulak, göz gibi organlarını kaybedenler veya vücudunda doğuştan ya da sonradan meydana gelen şekil bozuklukları bulunanların estetik ameliyat yaptırmaları bir tür tedavi olup fitratı bozmak kapsamında değerlendirilemez. Ancak sadece güzellik maksadıyla yapılan yüz gerdirme, burun kaldırma veya bastırma, göğüsleri küçültme veya büyütme gibi estetik ameliyatlara, dinen yasaklanmıştır.³⁸⁸

Diyanet İşleri Başkanlığı Din İşleri Yüksek Kurulu, 28.11.2002 tarihinde yaptığı toplantıda uzunca bir müzakereden sonra şu sonuca varmıştır.

Estetik ameliyatın;

a) Salim fitratı bozmak kastı olmamak,

³⁸⁴ Zevkliler, a.g.m., s. 28-29.

³⁸⁵ Bâr, “İntifaü'l-İnsan”, s. 94.

³⁸⁶ Ebu Davud, Hatem, 7; Tirmizî, Libâs, 31.

³⁸⁷ Hadis kaynaklarında, Peygamberimiz (s.a.v.)'in dökülen saçların yerine saç taktırmaya izin vermediğine dair rivayetler vardır. Bir rivayete göre Medineli Müslüman bir kadın (cariye) evlenir, sonra hastalanır ve saçları dökülür. Ailesi, bu kadına saç taktırmak ister ve dinî hükmünü

Peygamberimize sorar. Peygamberimiz buna izin vermez ve **لَعْنُ اللَّهِ الْوَأَصِلَةَ**

وَالْمُسْتَوْصِلَةَ “Allah saç takana ve taktırana lanet etsin...” der. (Müslim, Libas, 117;

Buharî, Libas, 83.) Bir başka rivayette Bir kadın Peygamberimize gelir, evlendirmek istediği kızının hastalık sebebiyle saçlarının döküldüğünü, saç taktırmak istediğini söyler. Peygamberimiz yine izin vermez. (Müslim, Libas, 115.) Peygamberimizin saç taktırmayı yasakladığına dair başka rivayetler de vardır (bk. Müslim, Libas, 116–120.). Bir kısım İslam bilgini, bu hadisleri delil olarak saç taktırmanın dinen caiz olmadığı söylemişlerse de hadisler tetkik edildiğinde Peygamberin saç taktırmaya izin vermemesinin, muhatapları aldatmaya ve yaratılışı değiştirmeye yönelik olduğu görülür. (bk. Müslim, Libas, 120.). Aldatma ve yaratılışı değiştirme amacı taşımayan saç taktırma hadislerde geçen yasak kapsamına girmez. Dolayısıyla saç dökülen bir kimsenin tedavi ile bunun önlenmesi veya yeniden saç bitmesini sağlamak için ilaçlar kullanması, saç ektirmesinde dinen bir sakınca yoktur. Ayrıca saçları dökülen bir insanın, bu durumu psikolojik açıdan kendisini rahatsız ediyorsa saç ektirebilir ve takma saç kullanabilir. (Din İşleri Yüksek Kurulu Kararı, “Estetik Ameliyat”, <http://www.diyenet.gov.tr/turkish/dy/KurulDetay.aspx?ID=36>.)

³⁸⁸ Haylamaz, a.g.e., s. 108.

- b) Yapılmasında bir yarar veya yapılmamasında mevcut bir zarar bulunmak,
- c) Hile, aldatma veya karşı cinse benzeme kastı bulunmamak,
- d) Hukuki karışıklığa ve yanlış anlamaya yol açmamak,

kaydıyla bir tür tedavi olarak yaptırılmasında sakınca olmadığına karar verilmiştir.³⁸⁹ Kanaatimizce a ve c maddelerinde belirtilen gerekçeler insanların iç iradesinin bir ürünü olduğu için objektif birer ölçüt olmaktan uzaktır. b maddesinde ise yarar ve zararın sınırlarının belirli olmaması subjektif değerlendirmelere yol açabilmektedir. Bu durumda sadece tedavi amancına ve anormal görünüm bozukluklarını gidermeye yönelik olan estetik ameliyatların hukuka uygun olduğunu söyleyebiliriz.

2. Cinsiyet Değişikliği

Cinsiyet değişikliği, kişinin, bir cerrahi müdahale sonucunda o ana kadar sahip bulunduğu cinsiyet özelliklerinin ortadan kaldırılması ve (bir dereceye kadar da olsa) karşı cinse mensupmuş gibi bir görünüme kavuşturulmasıdır. Başka bir ifadeyle cinsiyet değişikliği, cerrahi müdahale sonucu bir erkeğin kadın veya bir kadının erkek cinsiyetine dönüştürülmesidir.³⁹⁰

Allah (c.c.) **“فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنَ الذَّكَرَ وَالْأُنثَى”** **“Ondan da iki eşi, yani erkek ve dişi var etmişti.”**³⁹¹ buyurarak insanoğlunu, erkek ve dişi olarak yarattığını bildirmektedir. Bu iki özelliği birden taşıyan bir üçüncü insan nevi yarattığını bildirmemektedir. Şu hâlde fitraten (yaratılıştan) insan ya erkektir yahut da dişidir. Bu iki cinsiyetin belirleyici organ ve işaretlerini birlikte taşıyanlar, ikisine birden sahip olanlar, bir anlamda fitrata aykırı, sakat, fazlalıklı veya eksiklikli doğanlar gibidir. Organlarında fazlalık veya eksiklikle doğan bir çocuk gibi erkek

³⁸⁹ Din İşleri Yüksek Kurulu Kararı, “Estetik Ameliyat”, <http://www.diyenet.gov.tr/turkish/dy/KurulDetay.aspx?ID=36>.

³⁹⁰ Kocatürk, *a.g.e.*, s. 802.

³⁹¹ Kiyâme, 75/39; Ayrıca bk. Necm, 53/45; Leyl, 92/3.

veya dişi olma dışında başka bir özellikle doğan çocukların durumu da bir hastalık olarak kabul edilmelidir.

Yaratılış itibarıyla kadın olan, kendini kadın gibi erkek olan da erkek gibi hisseder. Eğer aksine bir durum söz konusu ise bunu yaratılışa değil, hastalığa, sakatlığa, irsiyet veya eğitimden gelen bir bozukluğa bağlamak ve tedavisi için çareler aramak gerekir.

İslam, canlı varlıkların yaratılıştan var ve normal olan özelliklerinin, organlarının, şekillerinin değiştirilmesine izin vermemekte bunu **“Allah’ın yaratışını değiştirmeye kalkışma.”** olarak değerlendirmekte ve bunu yapanların hüsrana uğrayacakları ifade edilmektedir.³⁹² İnsanlar için normal sayılmayan, sahibini maddi ve manevi sıkıntıya sokan yapıları değiştirmek ve düzeltmek için yapılan müdahalelerin tedavi olarak kabul edildiğini yukarıda belirtmiştik. Bu genel hükme ve kurala göre biyolojik ve fizyolojik olarak erkek veya kadın olan bir insanın, sırf kendisini karşı cinsten gördüğü, böyle hissettiği, bu yüzden bunalıma girdiği için ameliyat edilerek karşı cinsin bazı özelliklerine ve organlarına kavuşturulması yani cinsiyet değişikliği tedavi değil, bozma ve yaratılışı değiştirmektir. Dolayısıyla böyle bir müdahale asla caiz görülmemiştir.³⁹³ Bu yüzden transseksüel, travesti ve eşcinsel olarak isimlendirilen bu insanların durumunu bir hastalık olarak kabul edip tedavi edilmeleri için uzmanlara başvurmaları gerekir.

Anatomik yapıları itibarıyla kendisinde her iki cinse ait cinsiyet bezi (testis ve ovaryum) bulunan kimseler bu durumdan kurtulmak için tıbbi müdahale talebinde bulunabilir. Tıpta *hermafrodit* olarak isimlendirilen bu kişiler³⁹⁴ klasik fıkıh literatüründe *hunsâ* kavramıyla ifade edilmektedir.³⁹⁵

³⁹² Nisâ, 4/119. Bu ayette geçen **“Allah’ın yarattığını değiştirecekler.”** ifadesi, âlimler tarafından çeşitli manalar için yorumlanmıştır. Âlimlerin bazıları buna, "Kadını erkek, erkeği kadın yapacaklar." diye mana vermişlerdir. Yazır, Elmalılı Muhammed Hamdi, *Hak Dini Kur'an Dili*, III, 88.

³⁹³ Şinkiti, *a.g.e.*, s. 200, 201.

³⁹⁴ Kocatürk, *a.g.e.*, s. 334.

³⁹⁵ İbnu'l-Humâm, *a.g.e.*, X, 516; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 163.

Hunsa, daha çok hormon bozukluğundan meydana gelen bir hastalıktır. İslam dini, bununla ilgili bir takım hükümler koymuş, böylece toplum içinde nasıl davranmaları gerektiğini açıklamıştır. Örneğin cemaatle namazda nerede duracağı³⁹⁶ ganimetlerden ve mirasçı olduğu zaman ne kadar pay alacağı, öldüğü zaman kim tarafından yıkanacağı, öldürüldüğünde kısas gerekip gerekmeyeceği gibi pek çok yönüyle fıkıh kitaplarımızda tartışılmıştır.³⁹⁷ Bu tartışmalar geçmişte fukahanın hunuseti bir vakıa olarak kabul edip ona göre çözüm ürettiklerini göstermektedir. Günümüzde de bu durumda olup da durumundan şikâyetçi olmayanlar için aynı hükümler çerçevesinde çözümler üreterek onların karşılaştıkları sorunlar çözülebilir.

Hunsa diye isimlendirilen kişilerden sahip oldukları bu normal olmayan durumu ortadan kaldırma amacına yönelik ameliyatlar cinsiyet değişikliği sayılmamaktadır. Zira bu amaçla yapılan ameliyatlar cinsiyeti değiştirmemekte, anatomik yapı itibariyle belli olan; fakat dış görünüm itibariyle gizli olan cinsiyeti ortaya çıkarıp belirli hâle getirme amacını taşımaktadır. Günümüz hukuk sistemlerinde bu tip ameliyatlar, tehlikeli nitelik taşımadıkları ve kişinin rızasına dayandıkları takdirde geçerli kabul edilmektedir.³⁹⁸

Doğuştan iki cinsin de cinsiyet bezini taşıyan kimselere bakılır; bunlardan hangisi fonksiyonlar itibariyle güçlü ve etkili ise kişi o cinsiyette ve o sıfatta kabul edilir. Bu durumda diğer fazlalıklar anormal sayılarak ameliyat yoluyla giderilir.³⁹⁹ Bu altıncı parmak gibi anormal bir fazlalık olduğundan giderilmesinde dinî bir sakınca bulunmaz.

Gerçekte var olup olmadığını bilmemekle beraber her iki organ ve özelliği eşit olarak taşıyan bir insan bulunursa onun psikolojisi, kendini hangi cinsten gördüğü, saydığı, hissettiği esas alınır ve buna göre işlem yapılır. Yani dinî bakımdan

³⁹⁶ Kâsânî, *a.g.e.*, I, 237.

³⁹⁷ Şâfiî, *a.g.e.*, VII, 285; Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 483-486; Mavsili, *a.g.e.*, s. 385-387; İbnu'l-Humâm, *a.g.e.*, X, 517-519; İbn Nüceym, *a.g.e.*, s. 382-384.

³⁹⁸ Zevkliler, *a.g.m.*, s. 36.

³⁹⁹ Sibaî ve Bâr, *a.g.e.*, s. 324

kendisine böyle davranıldığı gibi tedavi ve ameliyat bakımından da buna göre hareket edilir.⁴⁰⁰

İslam hukuku açısından cinsiyet değişikliğine yönelik müdahalelerin hukuka aykırılığında şüphe yoktur. Ancak hunsanın cinsiyetini belirginleştirmeye yönelik cerrahi müdahaleler kişilik hakkı üzerinde tasarruf niteliği taşıdığından bazı şartlar çerçevesinde gerçekleşmesi gerekir. Böyle bir müdahale de dâhil vücut bütünlüğüne yönelik yapılan müdahalelerin hukuka uygunluğu için ilgili kişinin rıza göstermesi yeterli değildir.⁴⁰¹ Geçerli bir rızanın bulunmasının yanı sıra müdahalenin teşhis, tedavi veya koruma amaçlarını taşıması gerekir.⁴⁰² Ayrıca müdahale tıp biliminin kurallarına uygun olarak yapılmalıdır.⁴⁰³

Türk hukuku, TMK'nun 24. maddesi gereği vücut bütünlüğüne saldırıyı, hak sahibinin iznine dayansa dahi hukuka aykırı kabul etmiştir.⁴⁰⁴ Ancak gerek hayat hakkına, gerek vücut bütünlüğüne yönelik ihlallerde her ne kadar rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırmıyorsa da bu gibi durumlarda hâkimin BK m. 44/I⁴⁰⁵ gereğince zarar verenin sorumluluğunun indirilmesine veya tamamen kaldırılmasına karar verebilir.⁴⁰⁶

3. Ötanazi

Sözlükte “iyi ölüm, kolay ve rahat ölüm” anlamına gelen ötanazi, terim olarak iyileşmesi imkânsız bir hastalığa yakalanan ve acılar içerisinde kıvranan bir kişinin hayatını, kendi veya kanuni temsilcisinin isteği üzerine, acı vermeyen bir yöntemle sona erdirmeye denir.⁴⁰⁷ İşte böyle bir fiilin bir doktor tarafından yapılması hâline

⁴⁰⁰ Mavsili, *a.g.e.*, s. 385-386; Karaman, *Hayatımızdaki İslam 2*, <http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/hayat2/0106.htm> (İnternet Baskısı).

⁴⁰¹ Sözkonusu şartlar için bkz. Remli, *a.g.e.*, VII, 311; Şankiti, *a.g.e.*, s. 253; Zeyni, *a.g.e.*, s. 166; Sahi, *a.g.e.*, s. 85; Adli, *a.g.e.*, s.76.

⁴⁰² Ebu Gudde, *a.g.e.*, s. 55; Şerefüddin, *a.g.e.*, s. 41; Usame, *a.g.e.*, s. 179; Gürelli, *a.g.m.*, s. 270.

⁴⁰³ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 13; Bilmen *a.g.e.*, III, 113.

⁴⁰⁴ Önder, *a.g.e.*, s. 260.

⁴⁰⁵ “Mutazarrır olan taraf zarara razı olduğu... takdirde hakim zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfınazar edebilir.”

⁴⁰⁶ Tekinay ve Diğerleri, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 490-491.

⁴⁰⁷ Inceoğlu, Sibel, *Ölme Hakkı (Ötanazi)*, s. 158, 159; Kocatürk, *a.g.e.*, s. 246.

hukuk literatüründe özel bir terim olan *euthanesie* (ötanazi) terimi kullanılmaktadır.⁴⁰⁸

Öleceği kesin görülen bir hastanın çektiği ızdıraplara son vermek maksadıyla işlenen öldürme fiillerinin, adam öldürme suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılmaktadır. Özellikle kişinin yaşamak yerine ölmeyi tercih etmesi, istediği zaman ve yerde istediği biçimde ölmeye karar verme hakkı bakımından ötanazi ayrı bir tartışma konusu olmuştur.⁴⁰⁹

Ötanazi, gerçekleştirilmesi açısından ikiye ayrılır:

1) *Aktif ötanazi*: Hayatı kısaltacak veya hayata son verecek maddelerin, hastanın acı ve ızdıraplarını tümünden gidermek için bilerek kullanılması demektir. Olay, hastanın talebi üzerine gerçekleşirse *gönüllü aktif ötanazi* adını alır. Hasta, rızasını beyan edebilecek durumda değilse *irade dışı aktif ötanaziden* söz edilir.⁴¹⁰

2) *Pasif ötanazi*: İnsan yaşamının devam edebilmesi için zorunlu bir kısım tedavinin durdurulması, geri çekilmesidir. Bu tür ötanazide kişi aktif olarak öldürülmemekte; fakat adeta ölüme terk edilmektedir. Pasif ötanazi de *iradi ve irade dışı* olabilir.⁴¹¹

Şiddetli acı ve ızdırap çeken, ayrıca hastalığının iyileşmesinden de ümidini kesen bir hastanın ölüm talebi veya kanuni temsilcisinin buna izin vermesi, kişinin temel bir hakkı olan hayatı üzerinde yapılan bir tasarruftur. İşte bu tasarrufun geçerli sayılabilmesi için kişinin böyle bir talepte bulunma veya izin verme hak ve yetkisine sahip olması gerekir. Ayrıca tasarrufun şekil ve muhteva yönünden hukuka aykırı bir

⁴⁰⁸ Dönmezer, *Ceza Hukuku Özel Kısmı (Kişiler ve Mala Karşı Cürümler)*, s. 23.

⁴⁰⁹ Harris, John, *Hayatın Değeri*, s. 121-123; İnceoğlu, *a.g.e.*, 14-16; Kaya, “Ruh ve Beden Bütünlüğüne Dokunulmazlık Kuramı Bakımından Ölme Hakkı”, *Marife Bilimsel Birikim*, s. 198.

⁴¹⁰ Dönmezer, *Cürümler*, s. 29.

⁴¹¹ Dönmezer, *Cürümler*, s.30.

unsuru taşımaması aranır. Hâlbuki kişiler, yaşamlarına son verme hak ve yetkisine sahip değillerdir.⁴¹²

İslam dini, insana ve insan hayatına büyük bir değer vermiştir.⁴¹³ Savaş hâli, nefis müdafaası veya yetkili kurum ve makamların karara bağlayıp onayladığı bir cezanın infazı gibi haklı ve meşru (hukuki) bir sebep olmadıkça insan hayatına son verilmesini yasaklamış, gerek başkasının canına kıymayı, gerekse intiharı yani kişinin kendi canına kıymasını en büyük günahlardan saymıştır. Nitekim Kur'an-ı Kerim'de şöyle buyrulmuştur: **أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ** **...Kim, bir cana kıymamış, ya da yeryüzünde bozgunculuk yapmamış olan bir canı öldürürse, sanki bütün insanları öldürmüş gibidir. Kim de (onun hayâtını kurtarmak suretiyle) onu yaşatırsa, bütün insanları yaşatmış gibi olur...”**⁴¹⁴

Bu meyanda, yukarıda *Hayat Hakkı* başlığı altında verdiğimiz nasları aynen burada da zikretmek mümkündür. Bunlara ilaveten **وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ** **...Kendinizi öldürmeyin...”**⁴¹⁵ ve **وَلَا تُلْفُوا بِأَيْدِيكُمْ إِلَى التَّهْلُكَةِ** **...ellerinizle kedinizi tehlikeye atmayın...”**⁴¹⁶ gibi ayetleri de zikredebiliriz.

Hastanın, bırakın kendi ölümüne bizzat sebebiyet vermesi, ölümü arzu etmesi veya ölüm için dua etmesi bile men edilmiştir. Şayet kişi iyi bir kimse ise daha uzun yaşadığında daha fazla iyilik yapabilir; eğer kişi iyi bir kimse değil ise daha uzun bir hayat, dönüş için ona bir şans verebilir. Bunun için mümkün oldukça hasta kişi ağır

⁴¹² Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 438; Mavsilî, *a.g.e.*, s. 737-740; Bilmen, *a.g.e.*, III, s. 13; Kaya, “Ötanazi”, s. 137.

⁴¹³ Tîn, 95/4; İsrâ, 17/70.

⁴¹⁴ Mâide, 5/32.

⁴¹⁵ Nisâ, 4/29.

⁴¹⁶ Bakara, 2/195.

ve sancıdan dolayı bağırılmamalı veya huzursuz olmamalı, neşeli olmaya çalışmalıdır.⁴¹⁷

Kays b. Ebi Hazm, karnının yedi yerinden yaralanmış ve bu yaralarını dağılatmış olan Habbab b. Eret'in yanına vardığında onun, "Eğer Rasulullah (s.a.v.) ölümü temenni etmekten men etmeseydi mutlaka onu talep ederdim." dediğini rivayet etmiştir.⁴¹⁸ Peygamberimiz (s.a.v.) de şöyle buyurmuştur: **لَا يَتَمَنَّيَنَّ أَحَدُكُمْ الْمَوْتَ مِنْ ضُرٍّ أَصَابَهُ. فَإِنْ كَانَ لَا بُدَّ فَاعِلًا فَلْيَقُلْ: اللَّهُمَّ أَحْيِنِي مَا كَانَتْ الْحَيَاةُ خَيْرًا لِي. وَتَوَفَّنِي إِذَا كَانَتْ الْوَفَاةُ خَيْرًا لِي** "Sizden hiç kimse, maruz kaldığı bir zarar sebebiyle ölümü temenni etmesin. Mutlaka bunu yapmak mecburiyetini hissederse bari şöyle söylesin: Rabbim hakkımda hayat hayırlı ise yaşat, ölüm hayırlı ise canımı al."⁴¹⁹

Hayber Gazvesi'nde, kahramanca savaşıp da ağır yaralanan daha sonra da yarasının acısına dayanamayarak kılıcının keskin tarafına yüklenerek ölümü tercih eden biri için Peygamberimiz (s.a.v.): **"O, ateş ehliendir."**⁴²⁰ buyurmuştur. Bir başka rivayette de Hz. Peygamber, vücudundaki yaranın ızdırabına dayanamayarak kendini öldüren kimse için Yüce Allah'ın: **بَادَرَنِي عَبْدِي بِنَفْسِهِ، حَرَمْتُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ** "Kulum ölüme teşebbüs etmekle benim önüme geçti. Ben de ona cenneti haram kıldım." buyurduğunu beyan etmiştir.⁴²¹

Demek oluyor ki çekilen acı ve ızdıraplar ne kadar şiddetli, yaşanan sıkıntılar ne kadar ağır olsa da her türlü şart altında insan, yaşamını devam ettirmekle

⁴¹⁷ Fazlur Rahman, *İslam Geleneğinde Sağlık ve Tıp*, s. 88.

⁴¹⁸ Buharî, Merda, 19, Da'avat, 30, Rikak, 7, Temenni, 6; Müslim, Zikir, 12; Nesai, Cenaiz, 2.

⁴¹⁹ Buharî, Merda, 19, Da'avat, 30; Müslim, Zikir, 10; Tirmizi, Cenaiz, 3; Ebu Davud, Cenaiz, 13; Nesai, Cenaiz, 1.

⁴²⁰ Buharî, Cihad, 182, Magazi, 38, Kader, 5; Müslim, İman, 178.

⁴²¹ Buharî, Cenâiz, 84; Enbiyâ, 50.

yükümlüdür. Zaten Kur'an'ın ifadesiyle Allah, insana taşıyamayacağı yükü yüklemez.⁴²²

İslam yaşamaktan usandıracak sebepler karşısında tahammül gösterilmesi için, hayatın bir emanet olarak telakki edilmesi, onun korunması ve kollanması için yükümlülükler getirmiştir. Peygamber (s.a.v.)in **“İyi biliniz ki, üzerinizde nefsinizin de hakkı vardır.”**⁴²³ **“Veba olan yere girmeyiniz, oradan ayrılmayınız”**⁴²⁴ ve **“Allah şifasını yaratmadığı hiçbir hastalık vermemiştir”**⁴²⁵ gibi hadisleri insanın, sağlığını korumakla görevli olduğunu gösteren naslardan birkaç tanesidir. Bu ve benzeri nasları dikkate aldığımızda insanın hayata devam etme veya hayatına son verme gibi bir seçim hakkının bulunmadığını görürüz.

Görüldüğü gibi insanın yaşama devam etmek veya son vermek konusunda bir tercihte bulunma hakkı yoktur. İnsan, kendisi böyle bir hakka sahip olmadığı gibi hayat hakkının kullanımını, kanuni temsilcisi de olsa başkalarına devretme hakkına da sahip değildir. Çünkü bu, kişinin sahip olmadığı bir hakkın başkasına devredilmesi anlamına gelir. Bu nedenle bir kimsenin, kanuni temsilcisi de olsa başkasının hayatı hakkında tasarrufta bulunması kesin olarak geçersizdir.⁴²⁶ Bu durumda kişinin ölümü talep etmesi hukuka aykırı olduğu gibi hastanın rızasına binaen ötanazi uygulayan doktorun fiili de hukuka aykırıdır. Yani böyle bir insanı öldüren, masum bir cana kıymış kabul edilir. Dolayısıyla katile ya kısas ya da diyet cezası verilir.⁴²⁷

Ötanazide, hastayı izin vermeye sevk eden sebep, dayanılmaz acı ve sancılar olabilir. Bu dayanılmaz acılar karşısında kişi rahata kavuşmak için ölmekten başka yol ve çare bulamamış olabilir. Bu nedenle doktora ya da başka birine kendisini öldürmesi için izin vermiş olabilir. İşte bu durumda hastayı öldüren kimse tam bir

⁴²² Bakara, 2/286.

⁴²³ Buharî, Savm, 51; Müslim, Sıyam, 35.

⁴²⁴ Buharî, Tıb, 30; Müslim, Selam, 32.

⁴²⁵ Ahmet b. Hanbel, *Müsned*, III, 421. Buharî, Tıb, 4; Müslim, Selam, 69; Ebu Davud, Tıb, 1; Tirmizi, Tıb, 2; İbni Mace, Tıb, 12.

⁴²⁶ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 236.

⁴²⁷ Bilmen, *a.g.e.*, III, 45.

suçlu sayılmaz. Dolayısıyla faile kısas uygulanmaz. Yani hastanın rızası, kısası düşürür.⁴²⁸

Ömer Nasuhi Bilmen (ö. 1971), ötanazinin toplumda meydana getireceği tahribata dikkat çekerek böyle bir ameliyenin hukuka uygun olamayacağını şöyle dile getirir: “Zor durumda ve şiddetli acılar içinde bulunan bir hastanın hayatına son vermek salahiyeti, birçok cinayetlere sebep olabilir. Bunun muayyen bir ölçüsü olmaz. Birkaç kişinin bunu gerekli görmesi, bu hususta birkaç kişinin karar vermesi bu faciayı bertaraf edemez. Hastanın, çektiği ızdırap saikasıyla veya herhangi bir mülahaza sebebiyle öldürülmesine muvafakat vermesi de böyle bir cinayete meşruiyet kazandırmaz. Doğrusu budur ki böyle bir hareket, keyfi kanaatlere istinattan hâli olmaz, bir nice gayri ahlaki neticelere müncer olmaktan kurtulamaz.”⁴²⁹

Aktif ötanazinin, intiharla aynı anlama geldiğini ve bu yöntemle hayatının sonaendirilmesini isteyen veya onaylayan kişinin intihar suçu işlediğini dolayısıyla büyük günah yüklendiğini söyleyebiliriz.⁴³⁰

Diğer taraftan doktor ile hasta veya kanuni temsilcileri arasında akdedilen tedavi sözleşmesi, hayat hakkından feragati içermesi hâlinde mutlak butlan ile maluldür. Nitekim Ebu Hanife, Halife Mansur ile Musul halkı arasında yapılan ve halkın, halife tarafından suç sayılan bir fiili işlemleri hâlinde kılıçtan geçirilmeleri şartını taşıyan bir mukavelenin “*Ferdin kendi hayatı üzerinde tasarruf hakkı yoktur.*” gerekçesiyle batıl olduğunu açıklamıştır.⁴³¹

Görüldüğü gibi hastanın kendisinin veya kanuni temsilcisinin ötanazi talebi veya izni hukuka aykırıdır. Böyle bir talep veya izne istinaden bir insanın hayatına son veren, sorumlu olur. Nitekim İslam hukukçuları, babasının veya kardeşinin talebi

⁴²⁸ Şirbini, *a.g.e.*, IV, 50; Udeh, *a.g.e.*, I, 441.

⁴²⁹ Bilmen, *a.g.e.*, III, 46.

⁴³⁰ Özbuğday, Şükrü, “Sorun Söyleyelim”, *Diyanet Aylık Dergi*, s. 46-47.

⁴³¹ Sava Paşa, *İslam Hukuk Nazariyatı Hakkında Bir Etüt*, I, 89-90.

üzerine bir kimseyi öldürenin bu fiilinden sorumlu olacağını belirtmişlerdir.⁴³² Bu mesuliyetin gerekçesi, vaki izinlerin hukuka aykırı sayılması ve böyle bir talebe dayanan fiilin de hukuken yasak olmasıdır. Ayrıca hastasının yaşaması için gerekli tedaviyi uygulamayan (pasif ötanazi yapan) doktor, görevini ihmal nedeniyle de sorumludur. Ötanazinin yasaklığı üzerinde ittifak eden fukaha, verilecek ceza hususunda ihtilaf etmişlerdir. Yani bazı hukukçular böyle bir durumda faile kısas cezası uygulanması gerektiğini, bazıları ise diyete hükmedilmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Diğer bir kısım bilgin ise failin hukuki bakımdan hiçbir sorumluluğunun olmadığını söylemişlerdir.⁴³³

Yürürlükte bulunan TBK 20. maddesi hükümlerine göre böyle bir izne dayanan fiil hukuka aykırı bulunmakta, mağdurun vaki rızasının fiildeki hukuka aykırılığı gidermeyeceği kabul edilmektedir. Bu nedenle ötanazi, kasten adam öldürme suçu olarak kabul edilmiştir. Ancak failin saikinin takdiri, hafifletici sebep sayılmıştır. Azınlıkta kalan bir diğer görüşe göre ise, ötanazi daha az cezayı öngören TCK 454. maddesi hükmünde ifadesini bulan “*intihara ikna ve yardım*” suçunu oluşturacaktır.⁴³⁴

Prensipde bütün hukuk sistemleri ötanaziyi hukuka aykırı kabul ederken son zamanlarda bazı yerel mahkemelerin ötanaziye izin verdiğini görmekteyiz.⁴³⁵

“Kişinin yaşam destek ünitesinden çıkarılması” da pasif ötanazi bağlamında tartışılan bir diğer konudur. İslam’a göre kişinin kendi canına kıyması yasak olduğu gibi tıbbi verilere göre yaşama ümidi kalmamış veya şiddetli acılar hisseden bir insanın yaşamına bir başkası eliyle son verilmesi demek olan ötanazinin de yasak olduğunu yukarıda belirtmiştik. Kişinin yaşam destek ünitesinden çekilmesi aşağıdaki şartlar dâhilinde hukuka uygun kabul edilebilir.

⁴³² Tarablusi, *Muînü 'l-Hükkâm*, s. 182; Bilmen, III, 43.

⁴³³ Şerefi, Ali Hasan Abdullah, *el-Bais ve Eserühü fi 'l-Mesuliyeti 'l-Cinaiyye*, s. 463.

⁴³⁴ Dönmezer, *Cürümler*, s. 28-29; Özek, a.g.m., s. 454.

⁴³⁵ ABD'nin Florida eyaletinde annesi tarafından silahla vurulduktan sonra boynundan aşağı tamamen felç olan bir kadına yerel mahkeme tarafından “ölme hakkı” tanınmıştır. Aynı şekilde Hollanda ve Avustralya'da da kişinin ölme hakkına sahip olduğu hukuken kabul edilmiş ve ötanaziye izin verilmiştir. (Kaya, “Ölme Hakkı”, s. 197-198).

Yaşam destek ünitesine bağlı bir kişi;

- a) Beynin kesin olarak bütün fonksiyonlarını yitirdiğine,
- b) Kalbin ve solunumun tamamen durduğuna,
- c) Bu durumdan geri dönüşün artık imkânsız olduğuna

uzman tabiplerce karar verilmesi şartıyla yaşam destek ünitesinden çıkarılabilir.⁴³⁶ Bunlara ilave olarak bu konuda hasta yakınlarının dolayısıyla kamuoyunun da yeteri derecede aydınlatılması gerekir. Özellikle yaşam destek ünitesine bağlı hastanın ölümünü tespit eden hekimler kurulu ölümü tespitte yaptıkları tetkikler ve sonuçları hakkında hasta yakınlarına bilgi vermelidirler.

4. Kürtaj (Gebeliğe Tıbben Son Verilmesi)

Kürtaj, ana rahminde bulunan ceninin⁴³⁷ müdahaleyle alınarak gebeliğin sonlandırılmasıdır.⁴³⁸ “Gebeliğin sonlandırılması”, “çocuk düşürme”, “çocuk aldırma” gibi ifadelerde kürtaj yerine kullanılmaktadır. Klasik fıkıh kitaplarında *ıskat-ı cenin*⁴³⁹, çağdaş İslam hukuku kaynaklarında ise *ichâd* tabirleriyle ifade edilmektedir.⁴⁴⁰

Döllenme gerçekleşikten sonra rahimde oluşan ceninin dış etki ve müdahale ile düşürülmesi, çok eski dönemlerden beri dinin, ahlâk ve hukukun tasvip etmediği

⁴³⁶ Din İşleri Yüksek Kurulu Mütalaası, “Kişinin Yaşam Destek Ünitesinden Çıkarılması”, <http://www.diyaret.gov.tr/turkish/dy/KurulDetay.aspx?ID=1170>.

⁴³⁷ Tıbbi terminolojide ana rahmindeki ürünün iki ayrı aşamasından dolayı iki ayrı isimlendirme vardır. Birinci aşama için embriyon denilmektedir. Bu hamileliğin ikinci ayının sonuna (3-8. haftalar arası) kadarki dönemi içerir. (Kocatürk, *a.g.e.*, s. 224.) İkinci aşama için ise fetus denilmektedir ve bu da hamileliğin üçüncü ayından başlayıp doğum zamanına kadar olan dönemi kapsar. (Kocatürk, *a.g.e.*, s. 267.) Bu ayrıma rağmen her iki dönemde bulunan mahsule cenin denilmektedir. Bu tanımlamalar Gazzâlî (ö. 505/1111), İbn Kayyim (ö. 751/1350) ve İbn Hacer (ö. 852/1448) gibi âlimlerin cenin tanımlarıyla aynıdır. (Pala, Ali İhsan, “Özürlü Olduğu Tespit Edilen Ceninin Alınması”, *İlahiyat Fakülteleri IV. İslam Hukuku Anabilim Dalı Eğitim-Öğretim Meseleleri Koordinasyon Toplantısı ve Özürlü Olduğu Tespit Edilen Ceninin Alınması Sempozyumu*, s. 56.)

⁴³⁸ Bayraktar, Köksal, *a.g.e.*, s. 194.

⁴³⁹ Mavsilî, *a.g.e.*, s. 750; Bilmen, *a.g.e.*, III, 147.

⁴⁴⁰ *mv.f.*, “İchâd”, II, 56-65; Zuhaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletuhu*, VI, 362; Harman, Ömer Faruk, “Çocuk Düşürme”, *DİA*, VIII, 363.

ve önlemeye çalıştığı bir davranış olmakla birlikte çeşitli toplumlarda sık sık karşılaşılan bir olgu olma niteliğini de hiçbir zaman yitirmemiştir.⁴⁴¹

İnsan hayatının korunması, dinin, malın, neslin ve aklın korunması gibi İslam dininin gerçekleştirmeyi hedeflediği diğer temel gayelerin başında gelir.⁴⁴² İnsanın saygın, dokunulmaz ve en şerefli varlık olduğu da İslam'ın ısrarla üzerinde durduğu ana fikirlerden biridir. İnsanın yaşama hakkı, erkek spermi ile kadın yumurtasının birleştiği ve döllenmenin başladığı andan itibaren Allah tarafından verilmiş temel bir hak olup artık bu safhadan itibaren anne baba da dâhil hiçbir kimsenin bu hakka müdahale etmesine izin verilmemiştir. Çünkü cenin yaşama hakkını anne babasından değil, doğrudan yaratandan alır. Anne babanın başlangıçta çocuk sahibi olup olmamakta iradeleri ve seçme hakları varsa da, gebeliği önleyici tedbir ve yöntemleri kullanmalarına dinen izin verilmişse de artık gebelik teşekkül ettikten sonra doğacak çocuğun hayatına son verme hakları yoktur.⁴⁴³ Bu nedenle başta hayat hakkı olmak üzere insanların bütün şahsiyet hakları bizzat Şari‘ tarafından kesin ifadelerle koruma altına alınmıştır. Dolayısıyla bu haklara yönelik işlenecek haksız fiiller başta Allah'ın emrine muhalefet olacağından hukuka aykırıdır.⁴⁴⁴

Bazı ülkeler isteğe bağlı olsa da gebeliğe son vermeyi tamamen yasaklamaktadır. Bazı ülkelerde de belli süreye kadar (ilk üç ay içinde) kürtaja izin verilmiştir.⁴⁴⁵ Öte yandan gebeliğin, anne hayatını tehdit ettiği/edeceği ve bazı zorunlu durumlarda istek dışı olarak gebeliğe son verilmesi söz konusu olabilmektedir.

Kur'an'da çocuk düşürmeyle ilgili özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak ayetlerde yer alan genel prensipler anne karnındaki ceninin dinen meşru sayılan haklı bir gerekçe olmadan düşürülmesine ve gebeliğe son verilmesine müsaade etmez. ولا

⁴⁴¹ Bardakoğlu, “Cinsi Hayat”, *İlmihâl*, II/137.

⁴⁴² Gazzâlî, *a.g.e.*, I, 287-288.

⁴⁴³ Bardakoğlu, “Cinsi Hayat”, *İlmihâl*, II, 137.

⁴⁴⁴ Bilmen, *a.g.e.*, III, 145; Udeh, *a.g.e.*, I, 206.

⁴⁴⁵ Erem, Faruk ve Toroslu, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 480, 481.

تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِنْ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاهُمْ وَلَا تَقْرَبُوا الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَلَا تَقْتُلُوا النَّفْسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ

...Fakirlik korkusuyla çocuklarımızı öldürmeyin. Sizin de onların da rızıkını biz veririz. Kötülüklerin açığına da gizlisine de yaklaşmayın ve Allah'ın yasakladığı cana haksız yere kıymayın! İşte bunlar Allah'ın size emrettikleridir. Umulur ki düşünüp anlarsınız.”⁴⁴⁶ ayetinin dolaylı ifadesi, rızık, kader ve tevekkülle ilgili dinî telkin ve emirler bir anlamda anne karnındaki çocuğun hayat hakkını güvence altına almaya matuf emir ve tedbirlerdir.

Hız. Peygamber (s.a.v.) kasten çocuk düşürmeyi cinayet olarak adlandırıp bunu işleyen veya sebep olanın maddi tazminat ödemesine hükmetmiştir. Ebu Hureyre (r.a.) anlatıyor: **قَضَى رَسُولُ اللَّهِ (ص): فِي جَنِينِ امْرَأَةٍ سَقَطَ مَيْتًا بَغْرَةً:** “Resulullah (s.a.v.), ölü olarak düşürülen bir cenin için köle veya cariye bir gurreye hükmetti...”⁴⁴⁷

Cenin hakları, ana rahmine düştüğü andan itibaren başlar. İnsan cenin hâlinde iken dahi sağ doğması şartıyla nakıs vücup (hak) ehliyetine sahiptir.⁴⁴⁸ Bu itibarla İslam hukukunda, tıbbi ve dinî bir zaruret bulunmadıkça anne karnındaki çocuğun düşürülmesi ve aldırılması anne baba tarafından yapılmış veya yaptırılmış olsa bile cinayet (suç) olarak adlandırılıp haram sayılmıştır.⁴⁴⁹

Kürtajın genel olarak dinî hükmü böyle olmakla birlikte sperm ve yumurtanın hangi safhadan itibaren cenin sayılacağı ve dinen hukuken koruma altına alınacağı, ceninin bulunduğu safhaya göre çocuk düşürmenin cezasında, hatta günahında bir farklılığın olup olmayacağı İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır. Kur'an'da

⁴⁴⁶ En'âm, 6/151; Ayrıca bk. İsrâ, 17/31.

⁴⁴⁷ Buharî, Feraiz, 11, Tıb, 46, Dyiat, 25; Müslim, Kasame, 35; Tirmizî, Dyiat, 15, Feraiz, 19.

⁴⁴⁸ Serahsî, *Usulü's-Serahsî*, II, 333.

⁴⁴⁹ Bilmen, *a.g.e.*, III, 148.

ceninin anne karnındaki yaratılış safhalarından bahsedilmekle birlikte⁴⁵⁰ bu safhaların ruhun üflenmesiyle bir ilgisinin olup olmadığı konusunda açıklama bulunmaz. Hz. Peygamber (s.a.v.)'in bir hadisinde anne karnındaki çocuğa 120. günden sonra ruh üfleneceğinden söz edilir.⁴⁵¹ Ruhun üflenmesinin ilk kırk günden sonra vuku bulduğuna işaret eden hadisler de vardır.⁴⁵² Ayetin dolaylı ifadesi yanı sıra bu hadisler, bir de fakihlerin dönemlerinde cenin hakkındaki tıbbi bilgileri bu konuda farklı ölçü ve görüşlere sahip olmalarına zemin hazırlamıştır.

Aralarında bazı Hanefiler'in de bulunduğu bir grup İslam hukukçusu 120 günden önceki, bazı Malikî, Şâfiî ve Hanbelî fakihleri ise kırk günden önceki çocuk düşürmeleri, tam oluşmuş bir çocuk düşürme saymama eğilimindedirler. Bazı Şâfiî fakihlerinden tam aksi yönde görüşe sahip olanlar da bulunmaktadır.⁴⁵³ Ali Bardakoğlu söz konusu hukukçuların böyle düşünmesinin, ceninin anne karnında geçirdiği safhalar konusunda yeterli tıbbi ve teknik bilgiden yoksun olmalarından kaynaklandığını söylemektedir.⁴⁵⁴ Ayrıca ruhun üflenmesiyle ceninin canlılık kazanacağı kanaati de onların böyle düşünmelerinde etkili olmuştur. Hâlbuki cenin döllendiği andan itibaren gelişmeye elverişli bir canlıdır.⁴⁵⁵ Klasik Dönem İslam bilginlerinin de bu yönde açıklamaları vardır. Nitekim İbn Kayyim (ö. 751/1350) şöyle söylemektedir: “Ruh üflenmeden önce ceninde, tıpkı bitkide olduğu gibi gelişme ve beslenme hareketi vardır. Bu gelişme ve beslenme hareketi, iradeye dayalı değildir. Kendisine ruh üflenince bu gelişme ve beslenme hareketine, hissetme ve irade hareketi de eklenir.”⁴⁵⁶

Günümüzde ulaşılan ayrıntılı tıbbi bilgiler ceninin döllenmeden itibaren ayrı bir canlılık ve bütünlük kazandığını, safha safha oluşum ve yaratılışının tamamlandığını, ilk birkaç haftadan itibaren organlarının teşekkül ettiğini, hatta kalp atışlarının hissedildiğini ortaya koymaktadır. Sadece bu durumda bile yukarıda

⁴⁵⁰ Zümer, 39/6; Hac, 22/5; Mü'minûn, 23/12-14; Nuh, 71/13, 14.

⁴⁵¹ Buhârî, Bedü'l-Halk, 6.

⁴⁵² Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III, 397; Müslim, Kader, 1, 2, 4.

⁴⁵³ *mv.f.*, “İchâd”, II, 57-59.

⁴⁵⁴ Bardakoğlu, “Cinsi Hayat”, *İlmihâl*, I, 138.

⁴⁵⁵ Gürgüç, Ali, *Doğum Bilgisi*, s.13.

⁴⁵⁶ İbn Kayyim, *et-Tibyan fi Aksâmi'l-Kur'ân*, I, 351.

belirtilen görüşlerin aksine, 40 gün veya 120 günden önce de ceninin alınmasının hukuka aykırı olduğu söylenebilir. Ancak öncelikle çeşitli nedenlerle kürtaja cevaz verenlerin gerekçelerini kısaca değerlendirelim.

Bazı ülkelerde yürütülen nüfus ve aile planlaması kampanyaları, fazla çocuk sahibi olmayı kınayan çevre baskısı, ekonomik sıkıntılar, eğitim imkânlarının yetersizliği gebeliği sonlandırma gerekçesi olamaz.⁴⁵⁷ Diğer taraftan çocuğunu emziren bir kadının hamile kalması durumunda kürtajla hamileliğine son verme isteği de İslam hukukçuları tarafından tartışılmıştır. Bu tartışmanın özünü anne sütünün çocuk için önemi ve hamile bir kadının sütünün (gıyle) emzirdiği çocuğa zarar vereceği yönündeki yanlış telakkilerdir.

Gıyle (gıyel veya gayle), erkeğin, çocuk emziren karısı ile cinsel ilişkide bulunmasına denildiği gibi hamile kadının çocuğunu emzirmesine de denilmektedir. Bu durumda annesini emen çocuğa mugil, çocuğun emdiği süte de gayl denir. Bu sütün hastalığa sebep olduğu kabul edilerek Araplar gıyleyi kerih addederlerdi. Hz.

Peygamber (s.a.v.) bir kısım hadislerde gıyleden nehyeder. لَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ سِرًّا

“Çocuklarınızı gizlice öldürmeyin. Çünkü gayl, biniciye (atının üzerinde) ulaşır ve atından aşağı atar.”⁴⁵⁸ Ancak bu yasak mutlak olmadığı gibi tahrim de ifade etmemektedir. Zira

diğer bir kısım hadisler gıyleye ruhsat vermektedir: لَقَدْ هَمَمْتُ أَنْ أَنْهَى عَنِ الْغَيْلَةِ حَتَّى ذُكِرْتُ أَنَّ الرُّومَ وَفَارِسَ يَصْنَعُونَ ذَلِكَ فَلَا يَضُرُّ أَوْلَادَهُمْ

“Gıyleden nehyetmek istemişim, sonra hatırladım ki İranlılarla Bizanslılar bunu yapmaktalar ve çocuklarına da bir zarar olmamaktadır.”⁴⁵⁹ İbnu'l-Kayyim (ö. 751/1350), az önce zikrettiğimiz gıyleden men eden hadisle bu hadis arasında bir çelişki olmadığını söyler. “Çünkü o hadis, çocuğu zayıflatıp öldüren şeyi terk

⁴⁵⁷ Bu konuda geniş bilgi için Mehmet Erşahin tarafından hazırlanan *İslam Aile Hukuku Açısından Aile planlaması, Kürtaj ve Çocuk Sahibi Olma* adlı tezin 216-218. sayfalarına bakılabilir.

⁴⁵⁸ Ebu Davud, Tıb, 16; İbn Mace, Nikâh, 61.

⁴⁵⁹ Müslim, Nikâh, 24.

hususunda irşat ve çocuğa karşı ihtiyatlı davranmayı, yeni bir hamilelikle fesada uğrayacak sütü emme durumuna maruz kalmamasını öğütlemek içindir. Bu sebeptir ki Arapların âdetine göre çocuklara analarının dışında sütanne tutulurdu. Hadisteki yasaklamadan olsa olsa, çocuğa zarar verecek yolların kapatılmasını isteme (sedd-i zeria) anlamı çıkar.⁴⁶⁰ Kaldı ki günümüz tıp verileri hamile kadının sütünün sadece tadının değiştiğini ve vitamin değerinin düştüğünü; ama çocuğa zarar vermediğini göstermektedir. Dolayısıyla böyle bir durum kürtaj gerekçesi olamaz. Kaldı ki anne sütü kadar olmasa da çocuğun beslenmesini, sağlayan gerekli vitamin ve proteinleri sağlayan mamalar üretilmektedir.

Zinanın da kürtaj için haklı bir gerekçe olamayacağı açıktır. Her ne kadar gebelik İslam dininin haram saydığı bir yöntemle gerçekleşmiş olsa da ana rahminde oluşan cenini bu gayrimeşru ilişkiden ayrı tutmak gerekir. Çünkü وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ...⁴⁶¹ “...Hiçbir günahkâr, başkasının günah yükünü üslenmez...”⁴⁶¹ ayetinin gereği masum olan cenin anne ve babasının suçunun cezasını çekmez. Ayrıca her ne şekilde olursa olsun ana rahminde oluşan her cenin hayat hakkına sahiptir ve başkalarının saldırılarına karşı korunmuştur.

Peygamberimiz (s.a.v.), recm cezasına çarptırılan bir kadının cezasını, önce hamileliğinden dolayı ardından çocuğunu emzirmesi için ertelemiştir. Bu tavırla Peygamberimiz (s.a.v.) dikkatlerimizi gebeliğin nasıl oluştuğuna değil, ceninin hayatının korunmasına çekmiştir. Bu da zinanın, kürtaja haklı bir gerekçe oluşturamayacağını göstermektedir. Aynı şekilde tecavüzün de kürtaja haklı bir gerekçe oluşturamayacağı söylenebilir. Ancak Din İşleri Yüksek Kurulu tecavüze uğrayan kadının durumunu ve bazı özel şartları dikkate alarak kürtaja cevaz vermiştir. Konunun önemine binaen kurulun kararını aynen vermeyi uygun bulduk.

“Bütün dünyaca bilindiği üzere savaş hâli devam eden Bosna-Hersek’te on binlerce Müslüman kadın ve kız, Sırp tarafından zorla tecavüz edilerek hamile

⁴⁶⁰ İbn Kayyim, *Zadu'l-Mead*, V, 147.

⁴⁶¹ İsrâ, 17/15.

bırakılmıştır. Bir taraftan kundaktaki çocuklar hunharca katledilirken diğer taraftan tecavüz edilen bu kadın ve kızların düşük yapma süresi geçinceye kadar esir kamplarında tutulmak suretiyle bu çocukları doğurmalarının sağlanmasına çalışılmıştır. Bu iğrenç muamele, Müslümanların aile yuvalarını yıkmak, nesillerini bozmak, maneviyatlarını çökerterek savaşma güçlerini yok etmek ve doğacak bu çocuklarla Müslüman toplumda huzursuzluğu devam ettirerek onları yurtlarından göçe zorlamak, böylece Bosna-Hersek'te Müslüman unsuru ortadan kaldırılmak üzere bir savaş silahı olarak kullanılmıştır. Nitekim tecavüze uğrayan Müslüman kadın ve kızlardan düşmanın alçakça tecavüzünün mahsulünü rahminde taşımak gibi bir zillete katlanamadıkları için canlarına kıyanlar olmuştur. Bu durumun ileride daha vahim olaylara sebep olacağı ve toplumda ekonomik, sosyal ve psikolojik yıkımlar tevhit edeceğinde şüphe yoktur. Çünkü doğacak olan bu çocuklar göz önünde bulunduğu sürece namus ve iffetini her şeyin üstünde tutan Müslüman bir ortamda bu iğrenç olayların unutulması ve böylesine bir zillete katlanması mümkün değildir. Bu şekilde zorla hamile bırakılmış olan Müslüman kadın ve kızların, dıştan bir müdahale ile rahimlerinin tahliyesinin dinen caiz olup olmadığı hususu, kurulumuzca, İslam fakihlerinin konu ile ilgili görüşleri de dikkate alınarak incelenmiştir.

Bilindiği üzere İslam dini insana ve insan hayatına büyük değer vermiştir. Hayatın ve neslin korunması bütün ilahî dinlerin başlıca hedefleri arasında yer almıştır. Bu itibarla, he ne şekilde olursa olsun ana rahminde meydana gelen bir canlının kesin ve meşru bir mazeret olmadıkça dıştan bir müdahale ile (düşürme, aldırma, kürtaj gibi yollarla) yaşama imkânının yok edilmesi cinayet sayılmıştır. Ancak söz konusu olaya, İslam'ın izzeti ve İslam toplumunun bu bölgede varlığını devam ettirmesi veya yok olması açısından da bakılması gerekmektedir. Olayı bu yönü ile değerlendiren kurulumuz, annenin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokmamak şartı ile zorla tecavüz sonucu gebe bırakılan Müslüman kadın ve kızların, kendi

iradelerine bağı olarak ilaç veya tıbbi müdahale yolu ile rahimlerinin tahliyesine cevaz verilebileceği kanaatine varmıştır.”⁴⁶²

Kürtajla ilgili önemli bir tartışma konusu da anne karnında özürlü olduğu tespit edilen ceninin durumudur. Klasik fıkıh literatüründe yer almamakla birlikte günümüz İslam hukukçuları arasında tartışılan önemli konuların başında gelmektedir.⁴⁶³ Ruh üflendikten yani 40 veya 120 günden sonra çocuk düşürmenin veya aldırmanın haram olduğunda ve bu davranışın cinayet telakki edileceğinde İslam âlimleri arasında görüş birliği vardır. 120 veya 40. günden önce özürlü ceninin alınması hususu ise tartışmalıdır. Bazı İslam hukukçuları özrün derecesi ne olursa olsun, ister tedavi edilebilsin ister edilemesin kürtajı caiz görmemişlerdir.⁴⁶⁴ Bu yaklaşım hiçbir şekilde kürtaja cevaz vermeyen klasik fukahanın görüş ve gerekçeleriyle aynıdır. Diğer bir kısım İslam hukukçusu ise 120 günden önce özürlü olduğu tıbben kesin olarak tespit edilen ve hiçbir şekilde tedavi edilme imkânı da olmayan ceninin kürtaj edilebileceği kanaatindedirler. Fıkıh Akademisi Konseyi 10.02.1990 tarihinde Mekke’de yaptığı 12. toplantısında bu doğrultuda karar vermiştir.⁴⁶⁵ Diğer İslam ülkelerinde de aynı doğrultuda fetvalar verilmiştir.⁴⁶⁶

Cenin nutfе aşamasından itibaren canlı bir varlık olduğuna göre onun bu canlılığının bir saygınlığı vardır. Dolayısıyla ceninin hayatı korunmaya değer muhterem bir hayattır. Böyle olunca ceninin özürlü veya özürsüz olmasıyla, ruh üflenmiş olması ve olmaması arasında bu bakımdan bir farklılık bulunmamaktadır. Farklılık sadece o hayatın dokunulmazlığına ilişkin yasağın derecesinde olabilir.

⁴⁶² Din İşleri Yüksek Kurulu Kararı, “Bosna Hersek’te Kürtaj Meselesi,” *Diyanet Aylık Dergi*, Aralık, 1994, s. 30.

⁴⁶³ Fıkıh Akademisi konseyinin 10.02.1990 tarihinde Mekke’de yaptığı 12. toplantısında bu konu tartışılmıştır. Ayrıca 26-27.05.2009 tarihinde İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi tarafından düzenlenen IV. İslam Hukuku Anabilim Dalı Koordinasyon Toplantısı ve Eğitim-Öğretim Meseleleri Sempozyumunda da bu konu tartışılmıştır.

⁴⁶⁴ Abdü’l-Fettah Mahmud İdris, “et-Tehallüsü mine’l-Halâyâ ve’l-Ecinneti’lleti bihâ Teşevvühün Verâsiyyün”, *Mecelle el-Buhusi’l-Fıkhiyyeti’l-Muasıra*, s. 60.

⁴⁶⁵ *Mecelletu’l-Mecme’i’l-Fıkhi’l-İslamî*, (Mecmaü’l-Fıkhi’l-İslamî’nin Kararı), Sayı: 7, C 4, s. 348.

⁴⁶⁶ Abdü’l-Fettah, a.g.m., s. 52.

Nitekim fakihler bu ayrımı dikkate aldıklarından ceninin düşürülmesine dair cezaî yaptırımları aşamalara göre değerlendirmişlerdir.⁴⁶⁷

Kürtaj konusunda daha sağlıklı bir sonuca ulaşabilmek için şu soruların da cevabı bulunması gerekir. “Sağlam insanla sakat insan arasındaki ayrımın sınırları nedir?” “Sağlam olarak dünyaya gelen ve ileriki yaşlarda her hangi bir nedenle ağır özürlü durumuna düşen bir insanın durumu ne olacak?” Bütün bu değerlendirmelerden sonra özürlü ceninin kürtajında bir zaruret ve haklı bir gerekçe bulunmadığı görülmektedir. Ancak annenin hayatını kurtarma gibi tıbbi ve kesin bir zaruret ortaya çıkmışsa o zaman anne karnındaki ceninin tıbbi bir müdahale ile alınması caiz görülür. Fakat bu konuda anne babanın karar vermesinden ziyade uzmanlığına güvenilen tıp doktorlarının kararının esas alınması doğru olur.⁴⁶⁸ Bu genel kanaatin aksine İbn Abidin (ö. 1252/1836), cenin canlı olması durumunda annenin hayatından endişe duyulacak olsa bile alınamayacağını söyler. Çünkü annenin bu sebeple ölmesi bir ihtimaldir, ihtimalden hareketle herhangi bir insanın öldürülmesi caiz olmaz.⁴⁶⁹ Ancak Kuveyt'te yayımlanmakta olan Fıkıh Ansiklopedisinin ilim heyeti, ceninin alınmaması hâlinde annenin hayatının kesin olarak tehlikeye girmesi tıbben söz konusu ise anne hayatının dikkate alınmasının daha doğru olacağını söylemektedir. Çünkü çocuğun varlığı temelde annenin varlığına dayanır. Diğer taraftan çocuğun sağ olarak doğmasının kesin olmamasına karşılık anne kesin olarak hayat sahibidir.⁴⁷⁰ İbn Abidin (ö. 1252/1836)'in, söz konusu hükme döneminin tıbbi bilgileri ışığında vardığı göz önünde bulundurularak ikinci görüşün daha isabetli olduğu söylenebilir.⁴⁷¹

Tüp bebek yönteminde birden fazla blastocist üretilmesi ve bunlardan bir kısmının ana rahmine konması ve diğer blastocistlerin yok edilmesi ya da araştırmalarda ve bazı hastalıkların tedavisinde kullanılması, tüp bebek konusunu dini açıdan yeniden tartışılır hale getirmektedir. Çünkü sperm ve yumurtanın

⁴⁶⁷ Pala, a.g.m., s. 57-58.

⁴⁶⁸ Bardakoğlu, “Cinsi Hayat”, *İlmihâl*, I, 139.

⁴⁶⁹ İbn Âbidin, *a.g.e.*, I, 602.

⁴⁷⁰ *mv.f.*, “İchâd”, II, 57.

⁴⁷¹ Çeker, Orhan, “Çocuk Düşürme”, *DİA*, VIII, 364.

döllenmesinden itibaren, oluşan zigot bir canlı özelliği kazanmaktadır. Buna göre insana ilk anından itibaren bir birey olarak saygı duyulmalı, hukuki hakları tanınmalı ve ihlâl edilmemelidir. Bu sakıncayı giderebilmek için, tüp bebek uygulamasında eğer mümkünse ihtiyaçtan fazla yumurta döllenmemeli ve bunlar ilmî-teknolojik imkânlarla korunmalı, sadece ihtiyaç duyulan yumurtaların döllenmesiyle yetinmelidir. Aksi takdirde fazla aşılınmış yumurtaların imha edilmesi dini yönden sakıncalı olacaktır. Kaldı ki tüp bebek yönteminde birden fazla yumurtanın döllenmesi tamamen olumlu sonuç alma ihtimalini yükseltmek için ticari kaygılarla gerçekleştirilmektedir. Buradaki ticari kaygıdan maksadımız öncelikle doktor veya hastanenin müşteri kazanma kaygısıdır. Bir diğeri de birden çok çocuğun, doğumdan sonra aileye getireceği ekonomik yüküdür. Nitekim 2005 yılında İzmir’de yedizlere hamile olduğu anlaşılan bir anne üzerinde yapılan tartışmalar bu durumu doğrular niteliktedir.⁴⁷²

Tıp uzmanları, ikiz gebelikler hariç tek yumurta çoğul gebelik ihtimalinin 55 milyonda 1 olduğunu belirtiyor.⁴⁷³ Dolayısıyla çoğul gebeliklerin büyük bir kısmı tüp bebek yönteminin sonucudur. Bu durumda yapılması gereken yapay döllenmelerde öncelikle sağlıklı bir gebeliği sağlayacak sayıda döllenmeyi gerçekleştirmektir. Böylece annenin hayatını veya bebeklerin sağlığını olumsuz yönde etkileyecek gebeliklerin de önüne geçilmiş olacaktır.

Çoğul gebelik konusunda tartışılması gereken bir diğerkonu da sağlıklı doğum gerçekleştirme gerekçesiyle ceninlerde azaltma yoluna gidilip gidilemeyeceğidir. Şunu hemen belirtelim ki az da olsa dünyada sekizi bir arada doğuma dahi rastlanmaktadır.⁴⁷⁴ Dolayısıyla çoğul gebeliklerin sağlıklı doğumla sonuçlanmasının

⁴⁷² <http://www.sabah.com.tr/2005/02/19/gun104.html> (erişim tarihi, 04.01.2011).

⁴⁷³ www.haberler.com/meksika-da-besiz-dogum-2-haberi/ (erişim tarihi, 04.01.2011).

⁴⁷⁴ ABD'nin Kaliforniya eyaletinde bir kadın, tarihte ikinci kez sekiz doğurdu. Doktorlar, 6 erkek ve 2 kız bebeğin, 800 gram ile 1,5 kilogram arasında dünyaya geldiğini ve sağlık durumlarının iyi olduğunu bildirdi. Kaiser Permanente Bellflower Tıp Merkezi'nden Dr. Karen Maples, daha önce yaptıkları kontrollerde 7 bebek tespit ettiklerini ve sezeryan sırasında sekizinci bebeğin kendileri için büyük sürpriz olduğunu söyledi. Doktorlar, bebeklerin dokuz hafta erken doğduğunu, buna karşın sağlık durumlarının gayet iyi olduğunu kaydetti. www.pozitifhaberler.com/.../1-dogum-sekiz-bebek-dogurdu-haberi.html (erişim tarihi, 04.01.2011).

mümkün olmadığını gerekçe göstererek ceninlerden bir kısmını almaya yönelik bir müdahale hukuka uygun kabul edilemez.

Çoğul gebeliklerde tartışılan bir diğer konu da bebeklerde bulunan bir hastalığın diğerlerini etkileyeceği gerekçesiyle hastalıklı ceninin kürtaj edilip edilemeyeceğidir. Genetik olmayan hastalıklarda bebeklerin birinde bulunan hastalığın diğerine geçmesi mümkün değildir. Ancak tek yumurtadan kaynaklanan çoğul gebeliklerde aynı genetik hastalıklar bütün bebeklerde bulunur. Bu da bütün bebeklerin aynı genetik özelliklere sahip olmasından kaynaklanır. Tıptaki yeni gelişmeler bu durumu da sorun olmaktan çıkarmaktadır. Nitekim son yıllarda genetik bilimindeki gelişmeler henüz gebelik oluşmadan, tüp bebek yöntemleriyle laboratuvar ortamında geliştirilen embriyolar üzerinde genetik inceleme yapılmasına ve seçilmiş olan sağlıklı embriyoların anne adayının rahmine yerleştirilmesine imkân tanımaktadır. Bu yöntemle gebelik öncesi genetik tanı (Preimplantasyon Genetik Tanı-PGT) adı verilmektedir. Preimplantasyon genetik tanıyla birkaç kez tüp bebek tedavisi yaptırıp çocuk sahibi olamamış çiftlerde gebelik şansı artırılmakta ve düşük ihtimali azaltılmaktadır. Bu uygulamayla bebekte ortaya çıkabilecek çok önemli genetik rahatsızlıkların bir bölümü embriyoların ana rahmine yerleştirilmeden önce bulunup tedavi edilmesi mümkün olabilmekte, böylece sakat çocukların dünyaya gelmesinin de önüne geçilebilmektedir.⁴⁷⁵

Bütün bunlardan sonra eğer hamile kadının rahmi temizlenmediği takdirde kadın ölecekse ancak bu durumda kürtaj yapılabilir. Rahimde birden fazla çocuk varsa bunlardan birini yaşatmak veya sağlam doğmasını sağlamak için diğerini öldürmek hukuka uygun olmaz. Ancak kendiliğinden ölen alınır.⁴⁷⁶

Gebeliğe son vermek amacıyla yapılacak müdahaleler uzman doktor tarafından ilgilinin rızası alınarak yapılmalıdır. Rızanın geçerli olabilmesi için hekim tarafından, ilgilinin, müdahalenin anlamı, etkileri, sonucu ve zorunluluğu bakımından aydınlatılmış olması gereklidir. Ancak acil bir durumda karar verecek kişi, yaşayan

⁴⁷⁵ <http://www.diyaret.gov.tr/turkish/dy/KurulDetay.aspx?ID=1162>(erişim tarihi, 01.01.2011).

⁴⁷⁶ <http://www.hayrettinkaraman.net/sc/00284.htm> (erişim tarihi, 01.01.2011).

anne ve ceninin, yaşama ihtimalleri nedeniyle menfaatlerini göz önünde bulundurmalıdır. Annenin hayati tehlike içinde olması hâlinde onun yaşama ve sağlık hakkı ile henüz kişilik kazanmamış ceninin yaşama umudundan daha önemli kabul edilerek sadece bu hâlde izin almadan gebeliğe son verilebilir. Bu şartlarda uygulanacak bir müdahalede mutlak olan tıp ilminin kuralları dışına çıkılmamış ve suistimal de yoksa ortaya çıkacak olumsuz sonuçlardan dolayı doktor sorumlu tutulmaz. Çünkü doktor hukukun kendisine tanıdığı yetkiyi kullanmıştır. Bu da “Cevaz-i şer’i damana münafidir.”⁴⁷⁷ kaidesi kapsamında değerlendirilir. Ancak yanlış teşhis ve tedavi yapılmış olması (mesleki hata) ya da kullanılan tıbbi alet ve makinelerin bozukluğu sebebiyle hasta zarar görmüşse, her ne kadar müdahaleye başlandığında hukuka uygunluk sözkonusu ise de sorumluluk gerektirir.⁴⁷⁸

Zorunlu hâller dışında yetkili olsun olmasın gebeliğe son veren veya sterilizasyon müdahalesinde bulunan kimse -ki bu kişi hekim de olabilir- işlediği fiilden sorumlu olacaktır. Ayrıca yapılan müdahale sonucu kadın ölür veya vücut tamlığı üzerinde bir zarar meydana gelirse fail ayrıca cezalandırılır. Çünkü artık ortada tek değil, iki ayrı fiil söz konusu olmaktadır.

Türk hukuku konuya ilişkin düzenlemesinde gebeliğe son vermede “süre modelini” esas almakla birlikte tıbbi tehlike hâlinde de son vermenin mümkün olduğunu belirtmiştir. Gebeliğin sona erdirilmesi Türk Ceza Kanunu’nun 99 ve 100. maddeleri ile “Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük”le düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre annenin sağlığını olumsuz etkilememesi şartıyla gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar istek üzerine rahim tahliye edilebilir. Onuncu haftadan sonra ise ancak tıbbi zorunluluk durumlarında gebeliğin sonlandırılabilceği hükme bağlanmıştır. Tıbbi zorunluluk durumları olarak gebeliğin annenin hayatını tehdit etmesi ve doğacak çocuğun ağır özürlü olması gösterilmiştir. Ayrıca gebeliği sonlandırma işlemi

⁴⁷⁷ *Mecelle*, m. 91.

⁴⁷⁸ Gökmenoğlu, *a.g.e.*, s. 100.

ilgilinin rızasına dayalı olarak kadın hastalıkları ve doğum uzmanı doktorları tarafından yapılabileceği belirtilmiştir.⁴⁷⁹

5. Hadım Etme ve Kısırlaştırma

Hadım etme (kastrasyon), kişinin cinsel salgı bezlerinin alınması veya ışınlama gibi diğer yöntemlerle cinsel faaliyette bulunma ve üreme yeteneğinin tamamen sona erdirilmesi amacını taşıyan bir müdahaledir.⁴⁸⁰

İnsanı hadımlaştırmak, Allah'ın vermiş olduğu bir hakkı ortadan kaldırmak ve kişiyi, kendi hakkında cari olan ilahî kanunun dışına itmektir. İnsanın hem vücudunda hem de ruh yapısında çeşitli dengesizliklerin meydana gelmesine sebep olduğu için ilmî yönden sakıncalı kabul edilmiş; dinî yönden de yasaklanmış ve haram kabul edilmiştir.⁴⁸¹

Yüce Allah, bir ayette şöyle buyurmuştur: **“(Şeytan) ‘Onları mutlaka saptıracağım, muhakkak onları boş kuruntulara boğacağım, kesinlikle onlara emredeceğim de hayvanların kulaklarını yaracaklar (putlar için nişanlayacaklar), şüphesiz onlara emredeceğim de Allah'ın yarattığını değiştirecekler’ (dedi). Kim Allah'ı bırakır da şeytanı dost edinirse elbette apaçık bir ziyana düşmüştür.”**⁴⁸² Bu ayette geçen **“Allah'ın yarattığını değiştirecekler.”** ifadesine, âlimler tarafından verilen manalardan biri de “Erkekleri hadımlaştıracaklar.” şeklindedir.⁴⁸³

Hz. Muhammed (s.a.v.) hadımlaştırmaya karşı çıkmıştır. Onun zamanında hadımlaştırma müdahaleleri yasaklanmış ve bu işi yapanlar cezalandırılmıştır.⁴⁸⁴ “Resulullah (s.a.v.)’a yardım talep etmek üzere bir adam gelip: ‘Ey Allah'ın Resülü!

⁴⁷⁹ 14.11.1983/7395 nolu Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük.

⁴⁸⁰ Kocatürk, a.g.e., s. 112.

⁴⁸¹ Buhârî, Nikâh, 6, 8; Müslim, Nikâh, 38; Ayrıca bk. Ebu İyd, “İslam Hukukuna Göre Kısırlaştırmayla ve Geçici Yollarla Doğum Kontrolü”, *Marîfe Bilimsel Birikim*, s. 136-139. Bu makalede hadımlaştırmanın zararları ve hadımlaştırmanın hükmüyle ilgili çeşitli zamanlarda İslam ülkelerinde verilmiş fetvalar yer almaktadır.

⁴⁸² Nisâ, 4/119.

⁴⁸³ Beydâvî, *Envaru't-Tenzil ve Esrâru't-Te'vil*, I, 238; Nesefî, a.g.e., I, 252; Yazır, a.g.e., III, 88.

⁴⁸⁴ İbn Mâce, Diyât, 29.

Falana ait şu cariye var ya (Onun yüzünden efendim bana sıkıntı veriyor.)” dedi. Peygamberimiz (s.a.v.) “**Vah! Neyin var?**” deyince adam: “Bela hâsıl oldu. Ben efendinin cariyesine bakmışım, efendim kıskançlıktan erkeklik uzvumu burdu (hadım etti.)” dedi. Peygamberimiz (s.a.v.) ‘**Adamı bana getir!**’ buyurdu. Efendi çağırıldı; ama getirilemedi. Bunun üzerine Resulullah ‘**Öyleyse git, sen hürsün!**’ buyurdu. Adam: ‘Ey Allah'ın Resulü! (Efendimin kölesi olmamda direnmesi hâlinde) kim bana yardımcı olacak?’ dedi. Resulullah (s.a.v.) ‘**Bütün Müslümanların sana yardımcı olması gerekir.**’ cevabını verdi.”⁴⁸⁵ Peygamberimiz (s.a.v.)in böyle bir tutum takınması hadım etmeyi suç saydığı anlamına gelir.

Nisâ suresinin 119. ayetini değerlendiren fukaha, insanları hadımlaştırmayı caiz görmemişler ve haram olarak kabul etmişlerdir. Ancak bir menfaat ve maslahat için olursa insanlar dışındaki canlıların mesela atın ve öküzün hadım edilmesine cevaz vermişlerdir. Yine tavlama (besili olma), başka hayvanları ısıraktan menetme gibi sebeplerle hayvanların hadım edilebileceği kabul edilmektedir. Faydası olmadığı takdirde hayvanları hadımlaştırmak da caiz görülmemiştir.⁴⁸⁶ Hatta İslam hukukçuları ve Osmanlı şeyhülislamı, hadım fiilini teşvik edeceğinden dolayı başkaları tarafından hadım edilmiş insanların istihdamının dahi mekruh olduğunu ifade etmişlerdir.⁴⁸⁷ Diğer taraftan bir insanın başkasının kölesini hadım etmesi hâlinde kölenin tam kıymetini öder,⁴⁸⁸ kendi kölesini hadım etse köle hemen azat olur⁴⁸⁹ denilmek suretiyle hadım etme fiili suç sayılmıştır. Ancak tıbbi bir zaruret varsa veya kişinin sağlığını önemli ölçüde olumsuz etkileyecekse hadım etme hukuka uygun kabul edilmiştir.⁴⁹⁰

Hadım etmekle ilgili kanuni bir düzenleme yapan Alman hukuku hadım etmeyi ve amacını şöyle ifade etmektedir: “Anormal bir cinsel eğilimin etkilerine karşı düzenlenmiş tedaviyi ifade eder. Bu tedaviyle bir insanın cinsel salgı bezleri bile bile

⁴⁸⁵ Ebu Dâvud, Diyât, 7; İbn Mâce, Diyât, 29. Aynı konuda diğer rivayetler için bk. Tirmizî, Diyât, 18; Nesâî, Kasâme, 9.

⁴⁸⁶ Kâsânî, *a.g.e.*, IV, 259; İbnu'l-Humâm, *a.g.e.*, VIII, 131.

⁴⁸⁷ Dürrî-zâde, *Netîcet'ül-Fetâvâ*, s. 580-581.

⁴⁸⁸ İbn Hazm, *a.g.e.*, VIII, 152.

⁴⁸⁹ İbn Hazm, *a.g.e.*, IX, 210

⁴⁹⁰ Ebu İyd, *a.g.m.*, s. 139.

ortadan kaldırılır veya devamlı olarak fonksiyonunu ifa edemez hâle getirilir. Böylece anormal cinsel eğilimlerine bağlı olarak ortaya çıkmış bulunan ağır hastalıklar, ruhsal bozukluklar veya sıkıntılar önlenmeye çalışılır.⁴⁹¹ Bu tür müdahaleler ancak tüm neticeleri ilgiliye anlatıldıktan ve rızası alındıktan sonra tedavi amacı ile gerçekleştirilebilir.”⁴⁹²

Türk hukukunda bu konuyla ilgili özel bir düzenleme olmamasına rağmen 2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 4. maddesinde sadece ameliyat sırasında ve tıbbi zorunluluk hâlinde tedavi amacıyla uygulanabileceğinden söz edilmiştir.

Kısırlaştırma (sterilizasyon), kişinin, cinsel arzu ve cinsel ilişkide bulunma yeteneği devam ettiği hâlde üreme yeteneğinin ortadan kaldırılmasıdır. Bu, erkeklerde sperm ve kadınlarda yumurtalık kanallarının kapatılması yoluyla üreme yeteneğinin ortadan kaldırılmasıyla gerçekleştirilir.⁴⁹³

Hadım etmeden farklı olarak sterilizasyon, cinsel arzuyu ve cinsel ilişkide bulunabilme yeteneğini sona erdirmemektedir. Amaç, cinsel ilişki sonucu üreme ihtimalini tamamıyla bertaraf etmektir. Ancak, hiç şüphesiz üreme yeteneğinin kaybı, aynı zamanda insan kişiliğinin belirli oranda eksilmesini de ifade eder. Bu nedenle, sterilizasyon, başlı başına alındığı zaman kişilik hakkına yönelik onu ihlal edici önemli bir cerrahi müdahale niteliği taşır. Dolayısıyla bu tür müdahalelerin meşruiyeti ancak tedavi söz konusu olduğu durumlarda tartışılabilir.⁴⁹⁴

Üreme ve çoğalma insanın fitratının gereği ve mükemmelliğinin bir işaretidir. Devamlı kısırlık yapan yöntemler ise insanın bu özelliğini yok ederek ve onu noksanlaştırarak kusurlu hâle getirmektedir. Allah’ın mükemmel yarattığını, insanların kusurlu hâle getirmeye hakları yoktur. Ayrıca günün birinde değişen şartlar çocuk sahibi olmayı da gerektirebilir. Kısırlaştırmak ise bu ihtiyaca cevap

⁴⁹¹ Ayan, *a.g.e.*, s. 28.

⁴⁹² Çakmut, *a.g.e.*, s. 126.

⁴⁹³ Kocatürk, *a.g.e.*, s. 741.

⁴⁹⁴ Ayan, *a.g.e.*, s. 25.

verebilme imkânını da elinden almaktadır. Bu nedenle çocuk olmaması için kısırlaştırmaya yönelmek şart değildir.

Anne babaların aralarında anlaşarak belli sayıda çocuk yapma ve daha fazlasını engellemek üzere tedbir alma hakları vardır. Rahimde çocuğun oluşmaması (sperm ile yumurtanın aşılınmaması) için alınan tedbirleri İslam dini ilke olarak meşru kabul etmektedir. Bunlar arasında erkek veya kadının ilâç kullanması, prezervatif, çekilme (azil), hamilelik ihtimalinin takibi, meniye rahime varmadan etkisiz hâle getirme gibi yöntemler sayılabilir. Diğer taraftan kısırlaştırma, ameliyatla döl veya yumurta kanallarını bağlatma gibi çocuk yapmayı devamlı ve dönüşsüz olarak engelleyen ilaç ve tedaviler caiz görülmemiştir.⁴⁹⁵ Her ne kadar mikrocerrahi yöntemlerle kanalların tekrar açılacağı söylene de böyle bir uygulamanın başarı oranının düşük olduğu belirtilmektedir.⁴⁹⁶

Kısırlaştırma sadece tıbbi zorunluluk hâlinde başvurulabilecek tedavi olursa hukuka uygunluğundan bahsedilebilir. Örneğin; yaşamı ve sağlığı tehdit eden, tehlikeye düşüren ya da düşürebilecek bir hastalıktan kişiyi kurtarmak, onu tedavi etmek; genetik sebeplerden kaynaklanan rahatsızlıkların önüne geçmek, bunları önlemek için yapılabilmektedir. Bu hâllerde müdahale, tedavi niteliği taşıyacak ve hukuka aykırı olmayacaktır.⁴⁹⁷

Türk Hukukunda Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 4. maddesinde kısırlaştırma "...Bir erkek veya kadının çocuk yapma kabiliyetinin cinsi ihtiyaçlarını tatmine mani olmadan izalesi için yapılan müdahale..." şeklinde tanımlanarak kanuni bir düzenleme getirilmiştir. Bu kanunun uygulamasına yönelik yapılan yorumlarda kısırlaştırmanın kişinin serbest iradesine ve daha önce de kapsamlı bir şekilde aydınlatılmış olmasına bağlı olduğu belirtilmiştir. Ayrıca böyle bir müdahaleyi gerektirecek tıbbi bir zorunluluğun olması ve müdahalenin tıbbi bakımdan herhangi

⁴⁹⁵ Remli, *a.g.e.*, VIII, 416; Zeydan, Abdülkerim, *el-Mufasssal fî Ahkâmi'l-Mer'e ve'l-Beytü'l-Müslim fî's-Şeriatî'l-İslâmiyye*, VII, 260. Fıkıh Akademisinin kararı da bu yöndedir. bk. *Mecelletü Mecmai'l-Fıkhi'l-İslamî*, (Mecmeü'l-Fıkhi'l-İslamî'nin Kararı), Sayı: 5, C 1, s. 748.

⁴⁹⁶ Ebu İyd, *a.g.m.*, s. 137; Taşçı, *a.g.e.*, s. 335..

⁴⁹⁷ Sibaî ve Bâr, *a.g.e.*, s. 308; Ebu İyd, *a.g.m.*, s. 149; Çakmut, *a.g.e.*, s. 130-131.

bir sakıncanın bulunmaması gereği vurgulanmıştır.⁴⁹⁸ Sterilizasyon yapılacak kişi evli ise aynı kanunun 6/2. maddesi gereğince müdahale için eşin de rızasının alınması şart koşulmuştur. Diğer taraftan kısırlaştırılacak olan kişinin evlenmemiş, çocuksuz veya genç olması gibi bireysel özelliklerinin de göz önünde bulundurulması tavsiyesinde bulunulmuştur.

II. İcra Yerine Göre Tıbbi Müdahaleler

Tıbbi müdahaleler, hastane dışında serbest çalışan bir hekim veya bir hastanede çalışan hekim tarafından hastanede icra edilebilir. Bu durum doktorun kendisine müracaat eden hastalara müdahalesi sırasında hasta ile doktor arasındaki hukuki ilişki açısından da farklılık arz etmektedir. Ancak doktorun hizmet yönünden bir hastaneye bağlı olup olmaması ile mesleğini tıp kurallarına uygun olarak hasta üzerinde icra etmesi ayrı ayrı hukuki ilişkileri oluşturur.⁴⁹⁹

A. Bağımsız Çalışan Bir Hekim Tarafından Yapılan Tıbbi Müdahaleler

Doktor mesleğini özel muayenehanesinde veya başka bir yerde (mesela hastanın evinde) icra edebilir. Belirli bir hastanede çalışan hekimin, hastanedeki mesaisi dışında gerçekleştirdiği müdahalelerde bu başlık altında değerlendirilir.⁵⁰⁰ Doktor mesleğini her nerede icra ederse etsin mutlaka yetkili makamlardan izin almalıdır. Hz. Ali halka hitaben yaptığı bir konuşmada, “Ey hekimler, baytarlar ve sağlık işleriyle uğraşanlar! Sizden biri bir insanı veya hayvanı tedavi edeceği zaman kendisi için yetkili birimden izin alsın. Eğer kendisi için izin almadan tedaviye kalkışır ve başarısız olursa bundan sorumlu tutulur.”⁵⁰¹ demiştir.

İslam devletlerinde tıp alanında idari bir fonksiyon üstlenmiş olan hekimbaşılık⁵⁰² makamı ile muhtesiplik (hisbe)⁵⁰³ makamı koordineli olarak ülkede faaliyet gösteren hekimlerin denetim görevini yerine getirmişlerdir. Hekimbaşı,

⁴⁹⁸ Erem ve Toroslu, *a.g.e.*, s. 477.

⁴⁹⁹ Aşçıoğlu, Çetin, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, s. 19.

⁵⁰⁰ Ayan, *a.g.e.*, s. 77.

⁵⁰¹ Özen, Şükrü, “İslam Hukukuna Göre Yanlış Tedavide Sorumluluk”, 38. *Uluslararası Tıp Tarihi Kongresi Bildiri Kitabı*, s. 742.

⁵⁰² İslam devletlerinde sarayın ve ülkenin sağlık işlerinden sorumlu hekimler için kullanılan bir unvan.

⁵⁰³ İslam devletlerinde genel ahlâkı, kamu düzenini korumak ve denetlemekle görevli teşkilat.

işinde eksik gördüğü hekime bilgi ve becerisini artırmak için tıp öğrenimini sürdürmesini ve bu ilimle ilgili kitaplar okumasını emreder ve tedaviden meneder.⁵⁰⁴ Hisbe teşkilatı hekimlere, yanında tedavide kullanacakları ekibi, alet ve edevatı tam olarak bulundurmaya şart koşmuştur. Böylece tıp mesleğine bir standart getirmeyi amaçlamıştır.⁵⁰⁵

Bağımsız çalışan bir hekim tarafından yapılan tıbbi müdahalelerde, hekim ile hasta arasında kural olarak bir sözleşme ilişkisi bulunur. Sözleşmenin hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Hizmet, istisna, cuâle veya vekâlet sözleşmesi olduğu konusunda değişik görüşler vardır. Hekim ve hasta arasında bir sözleşme ilişkisinin mevcut olduğundan hareketle hekimin sorumluluğu da kural olarak sözleşme temeline dayanır. Bununla beraber bazı olaylarda, müdahalede bulunan hekim ile hasta arasında acil ve zorunlu durumlarda bir sözleşme ilişkisi bulunmayabilir. Bu ve buna benzer olaylarda, hekim ve hasta arasındaki ilişkiye “vekâletsiz iş görme” hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir.⁵⁰⁶ Bu konunun detayı üçüncü bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

B. Hastanelerde Yapılan Tıbbi Müdahaleler

Tıbbi müdahalelerin çoğu düzenli sağlık hizmeti sunmak üzere kurulmuş hastanelerde yapılır. Eski adı “darü’ş-Şifa” olan hastane, sağlık hizmeti verilen ve bu amaçla gerektiğinde hastaların yatarak tedavi oldukları kurumlardır. Özellikle cerrahi müdahale gerektiren organ nakli, sezaryen, otopsi gibi bir kısım tıbbi müdahalelerin hastanede yapılması zorunludur.

Tıp ilmine gerekli ehemmiyeti veren Peygamberimiz (s.a.v.), basit manada da olsa, ilk tedavi merkezlerini kurduğunu söyleyebiliriz. Zira Hendek Gazvesi sırasında yaralanan Sa'd b. Muâz ve diğer yaralılar için seyyar savaş hastanesi kurduğu İslam kaynaklarında şöyle anlatılmaktadır: “Hz. Peygamber yaralanan Sa'd b. Muâz'ı,

⁵⁰⁴ Özen, a.g.m., s. 743.

⁵⁰⁵ Şeyzeri, *İslam Devletinde Hisbe Teşkilatı*, s. 149.

⁵⁰⁶ Ayan, a.g.e., s. 77.

kendi mescidinde bulunan ve Eslem kabilesinden Rufeyde adındaki kadına ait olan çadıra yerleştirdi. Rufeyde, yaralıları tedavi ederdi. Kendisini Müslümanlardan yaralı ve hasta olanların hizmetine vakfetmişti. Hz. Peygamber (s.a.v.) Hendek Gazvesi'nde Sa'd b. Muâz'a ok isabet ettiği zaman yanında bulunanlara: "Sa'd'ı Rufeyde'nin çadırına kaldırım ki onu sık sık ziyaret edebileyim." demişti.⁵⁰⁷ Ayrıca bazı seferlerinde Resulullah (s.a.v.)'ın, savaş esnasında yaralananların tedavisi için cephe gerisinde bir çadır tahsis ettiği, Rufeyde el-Eslemi, Ümeyme bint Kays, Ümmü Atıyye, Ümmü Sinan el-Eslemiyye, Ümmü Süleym, Ümmü Eymen ve Nüseybe el-Mâziniyye (radiyallahü anhünne) gibi kadın sahabilerin savaşlarda hemşirelik, hastabakıcılık, hekimlik yaptıkları bilinmektedir.⁵⁰⁸

Peygamberimiz (s.a.v.)in bütün hastalıkların şifasının bulunduğu dair müjdesi Müslümanların daha ilk devirlerden itibaren tıbbı ve tıbbi müesseselerin kurulmasına önem vermelerinde etkili olmuştur. İslam tarihinde, temeli vakıflara dayanan hastaneler "dârü's-şifa, dârü's-sıhha, dârü'l-âfiye, bimâristan, bimarhâne, mâristan, dâru't-tıb, şifâiyye" gibi isimlerle anılırlar. İslam tarihinde ilk hastanenin hicri 88 (M 707) tarihinde Şam'da Emevi Halifesi Velid b. Abdülmelik tarafından tesis edildiği belirtilse de burası cüzzamlı ve körlerin barınması için kurulan bir yerdir. Tam teşkilatlı ilk hastane Abbasiler devrinde 800 yılında Harun er-Reşid tarafından Bağdat'ta kurulmuştur.⁵⁰⁹

İslam tarihinde tıp öğretimi daha çok hastanelerde yapılırdı. İmtihandan geçmeyen ve devlet tarafından verilen diplomaya sahip olmayan kimse asla hekimlik yapamazdı. Eczacılar, kırık-çıkık işleriyle uğraşanlar da devletin kontrolü altındaydılar. Selçuklular Döneminde hastaneler başlangıçtan itibaren tıp öğrencilerine teori ve pratiği beraber gösteren tıp fakülteleri gibi çalışmışlardır. Mesela Kayseri'de 602/1205'de Gevher Nesibe tarafından, Sivas'ta 614/1217'de

⁵⁰⁷ Terzioğlu, Arslan, "Bîmâristan", *DİA*, VI, 163.

⁵⁰⁸ Hamidullah, *İslam Peygamberi*, II, 808.

⁵⁰⁹ Terzioğlu, "Bîmâristan", *DİA*, VI, 163; Çap, Sabri, "İslam'da Sağlık ve Sağlık Kurumları", *Diyanet Aylık Dergi*, s.18.

İzzeddin Keykâvus tarafından yaptırılan hastaneler, bitişiğindeki tıp medreseleri ile birlikte hizmet vermişlerdir.⁵¹⁰

Osmanlıların, tam teşkilatlı diyebileceğimiz ilk hastanesi Bursa'da 801/1399 tarihinde Yıldırım Bayezid tarafından kurulmuştur. Bu hastanede vazife görmek üzere, Sultan Bayezid, Memlük Hükümdarı Zahir Berkuk'tan üstat bir tabip göndermesini rica etmiş, o da Şemseddin Sağîr isminde bir tabip yollamıştır.⁵¹¹ Ayrıca Osmanlılarda medreselerin bünyesinde açılan dârü't-tıplar, tıp tahsili yaptırmakla beraber devrinin en gelişmiş hastanelerine de sahip bulunuyorlardı.⁵¹²

İslam dünyasında hastaneler vakıf sistemi içerisinde devlete yük olmadan özerk bir şekilde işlevlerini sürdürmüşlerdir. Hastanelerin büyük bir kısmı vakıf hastanesi olduğundan hastanelerde nelere dikkat edileceği ve hastalara nasıl davranılacağı da bizzat vâkıf tarafından tayin edilirdi ve bu prensiplere muhalefet mümkün değildi. Hastanelere alınan doktorların durumuna da son derece dikkat edildiği, ehil olmayanların ve hastalara şefkatle yaklaşmayacak olanların hastanelere alınmadığı görülmektedir. Hekimlerin dikkat edeceği hususlar da açıkça belirtilmekteydi.⁵¹³ Diğer taraftan görevini ihmal edenler önce uyarılırdı ardından görevinden uzaklaştırıldı.⁵¹⁴

Türk hukukunda hastanelerde hasta, doğrudan doğruya hekim ile değil, hastane ile karşı karşıya bulunur. Eğer hastane özel ise hasta ile hastane arasında sözleşme ilişkisi vardır. Hekim ise kural olarak hastane adına hastaya tedavi hizmeti sunan kişidir. Kamu hastanelerinde ise hasta bir kamu hizmetinden yararlanmaktadır. Buralarda çalışan hekimler ise kamu personeli statüsündedirler. Dolayısıyla kamu hastanelerinden sağlık hizmeti alan kişi zarar göreceği olursa, somut olayın özelliklerine göre devlet veya ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine dava açılır. Doktorlar

⁵¹⁰ Çap, a.g.m., s. 19.

⁵¹¹ Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, *Osmanlı Tarihi*, I, 544.

⁵¹² Şeker, Mehmet, *İslam'da Sosyal Yardımlaşma Müesseseleri*, s. 132.

⁵¹³ Şeker, a.g.e., s. 133-135.

⁵¹⁴ Düzbakar, a.g.m., s. 107.

ve diğer sağlık personeli ise görevlerinin gerektirdiği yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu eder.⁵¹⁵

⁵¹⁵ Ayan, *a.g.e.*, s. 294.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALELERİNDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUK

Tıbbi müdahale ve tedavide doktorun sorumluluğunu belirlemek için öncelikle hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekir. Çünkü sorumluluklar ilgililer arasındaki ilişkinin özelliğine göre değişiklik gösterebilmektedir. Örneğin tedavide özen ve ihtimam, istisna' sözleşmesinde yüksek olmasına rağmen vekâletsiz iş görmede ortalama ya da standart özenden söz etmek mümkün olmaktadır. Bu bölümde öncelikle hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki tespit edilecektir. Ardından tıbbi müdahalelerden doğan sorumluluklar ve sonuçları belirlenen bu hukuki ilişkiler doğrultusunda incelenecektir.

I. Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Günümüz hukukçuları hekim ile hastası arasında, hekimin sorumluluğuna esas teşkil etme bakımından iki ayrı hukuki ilişkinin söz konusu olduğunu söylemektedirler. Bunlardan birincisi sözleşmeye dayalı diğeri ise herhangi bir sözleşmeye dayalı olmayan ilişkidir.⁵¹⁶

A. Hekim ile Hasta Arasında Akdi Bir İlişkinin Bulunması

Hekimin sorumluluğunun tartışıldığı olayların pek çoğunda, hekim ile hastası arasında bir sözleşme ilişkisi vardır. Kural olarak hekim, hastayı, aralarında yaptıkları bir anlaşmaya (sözleşmeye) istinaden tedavi eder. Bu nedenle doktorun sorumluluğu genelde sözleşmeye dayanan bir sorumluluktur.⁵¹⁷ Klasik fıkıh literatüründe yer alan açıklamalarda, tedavi amacına yönelik faaliyete bulunan tabip, bezzağ⁵¹⁸, haccam gibi kişilerin fiillerinden doğan sorumluluğun bir kısmının akdi sorumluluk olduğu görülür.⁵¹⁹ Çünkü bu kişiler mesleklerini bir sözleşmeye istinaden icra etmektedirler. Ancak sorumluluğa esas teşkil edecek olan sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır.

İslam tarihindeki uygulamalarda da hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisinin varlığına dair kaynaklarda bilgiler bulunmakla birlikte sözleşmenin hukuki

⁵¹⁶ Ayan, *a.g.e.*, s. 49.

⁵¹⁷ Mübarek, *a.g.e.*, s. 278.

⁵¹⁸ Tedavi maksadıyla vücuttan kan akıtan.

⁵¹⁹ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 10.

niteliğine yönelik bir açıklama bulunmamaktadır.⁵²⁰ Örneğin Osmanlı Dönemi'nde hasta kendisi ya da küçük yaşta ise velisi aracılığıyla rahatsızlığı ile ilgili olarak hekime müracaat ettiğinde ameliyat gibi ciddi bir teşhis konulduğunda ya da ilaç tedavisini gerektirecek bir durum söz konusu olduğunda kadı huzurunda karşılıklı bir anlaşma yapmaktaydı. Anlaşmanın amacı hastanın ameliyat sırasında ya da kullandığı ilaçtan dolayı ölümü hâlinde hekimin bundan sorumlu tutulmayacağını belirtmektir. Bu durum hem hasta hem de hekim haklarının savunulması açısından son derece önemlidir.⁵²¹

Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği, diğer bir ifadeyle sözleşmeye uygulanacak hükümlerin tespiti hususunda değişik görüşler ortaya çıkmıştır. Bu görüş taraftarlarını, biri “tedavi sözleşmesini kendine has (sui generis) bir sözleşme sayanlar”, diğeri “varolan sözleşmelerden birinin hükümlerine tabi tutanlar” olmak üzere başlıca iki grupta toplamak mümkündür.

Kendisine has yapısı olan akitler, unsurları kısmen veya tamamen mevcut akitlerin öngördüğü akit tiplerinin hiçbirinde mevcut olmayan akitlerdir. Bu akitler iyi niyet kurallarına ve yaygın olan teamüllere göre yorumlanır ve tamamlanır. Bunlara mahiyetleri müsaade ettiği oranda benzedikleri akit tiplerine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. Hekim ile hasta arasındaki sözleşme; mahalli, amacı, tarafların sözleşmeyi yaparken içinde buldukları durum bakımından kendine özgü bazı özellikleri vardır. Örneğin sözleşmenin mahalli (ma‘kûdun aleyh) diğerlerinden farklı olarak hastanın beden bütünlüğü ve sağlığıdır. Ancak bu durum sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti bakımından önem taşımamalıdır. Sonuçta, hekim ve hasta arasındaki sözleşmenin kendine has bir sözleşme diye nitelendirilmesi, onun yol açacağı problemlerin halli için yeterli değildir.⁵²² Kaldı ki varolan sözleşmelerden hareketle hekimle hasta arasındaki sözleşmeyi belli bir hukuki temele oturtmak da mümkündür.

⁵²⁰ *Gaziantep Şer‘iye Sicilleri*, Defter No 2, s. 282, 300; *Üsküdar Şer‘iye Sicilleri*, Defter No: 136, s. 6; Akgündüz, Ahmed ve Heyet, *Şer‘iye Sicilleri*, I, 224-225.

⁵²¹ Düzbakar, a.g.m., s. 105.

⁵²² Donay, Süheyl, “Doktorun Hukuki Sorumluluğu”, *İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi*, s. 48.

Hekimle hasta arasındaki sözleşmenin varolan sözleşmelerden birine tabi kılınması karşımıza dört değişik sözleşme tipini çıkarmaktadır. Bunlar, hizmet, İstisna‘ (eser), vekâlet ve cuâle akitleridir.

1. Hizmet Akdi

İslam hukuku kaynaklarında hasta ile doktoru arasında kurulan hukuki ilişkinin özel bir isimle adlandırıldığına rastlamadık. Fakat hekim ve diğer sağlık personelinin müdahalelerinin hukuki sonuçları genelde icare akdi bölümünde işlenmiştir.⁵²³ Değişik yöntemlerle hastaları tedavi eden tabip, fessâd, haccâm ve hattan gibi kişiler ecîr-i müşterek statüsünde görülmüştür. Ecîr-i müşterek, sadece bir şahsa değil, işveren herkese iş yapan ücretli kişilere denir. Ecîr-i müşrtrek üstlendiği işi ifa edince ücret almaya hak azanır.⁵²⁴ Hukuka aykırı ve kusurundan dolayı meydana gelen zararı tazminle mükelleftir.⁵²⁵

İslam hukuku doktrininde hekimler, ecîr-i müşterekin hukuki yetki ve sorumlulukları ile bağlı kabul edilmiştir.⁵²⁶ Bazı çağdaş İslam hukukçuları da İbni Abbas (r.a.)’tan gelen “Resulullah hacamat oldu ve haccama ücretini verdi.”⁵²⁷ rivayetinden hareketle hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin icare akdi niteliğinde olduğunu söylemişlerdir.⁵²⁸

Tıbbi müdahale çoğunlukla icâre hükümleri çerçevesinde ele alınmakla birlikte bazı âlimler 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

⁵²³ bk. Serahsî, *Mebhut*, XVI, 11-13, Kâsânî, *a.g.e.*, IV, 257 vd; İbn Kudame, *a.g.e.*, V, 538-540; Mavsili, *a.g.e.*, s. 229-230; İbnu'l-Humâm, *a.g.e.*, IX, 121, 122.

⁵²⁴ *Mecelle*, m. 422, 424.

⁵²⁵ *Mecelle*, m. 611.

⁵²⁶ Özen, *a.g.m.*, s. 738.

⁵²⁷ Buharî, *İcare*, 18, *Büyû‘*, 39, *Tıb*, 9; Müslim, *Müsakat*, 66; Ebu Davud, *Büyû‘*, 39.

⁵²⁸ bk. Şinkiti, *a.g.e.*, s. 599.

olsa tazmin etmez. Ancak kendi fiili ile verdiği zararı tazmin eder.⁵²⁹ Bu esastan hareketle Alâeddin el-Haskefi (ö. 1088/1677) cerrahın ameliyat sonrası hastanın iyileşmemesi hâlinde tazminat ödemeyi kabullenmesi durumunda yine de tazminatla yükümlü sayılmamasının sebebi olarak emanet akdinin kurallarının geçerli olmasını göstermiştir.⁵³⁰ Ancak bu durumda cerrahın tazminatla yükümlü sayılmamasının sebebi olarak emanet akdini göstermek doğru değildir. Çünkü doktor ve sağlık hizmetlerini yürüten diğer görevlilerin hastalarla yaptıkları sözleşmeden doğan borçları elden gelen gayreti ve özeni göstermektir. Yani hekim, uygulayacağı tedavi yönteminin mutlak surette başarılı sonuçlanacağı yolunda bir taahhüt altına giremez. Böyle bir sonucu garanti eden sözleşme de hukuka aykırı kabul edilir.⁵³¹ Bu nedenle hekim hastasına gerekli tedaviyi uyguladıktan sonra hasta iyileşmeyip hatta ölse bile doktor ücreti hak eder. Çünkü tedavi sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmiştir.⁵³²

Doktorla hasta arasındaki sözleşme, günümüzde bazı hukuk sistemlerinde olduğu gibi⁵³³ İslam hukukunda da “hizmet akdi” olarak isimlendirilen bir akit niteliğinde görülmüştür. Hizmet akdi, belirli veya belirsiz bir sürede hizmet görmek üzere kurulur. İslam hukukunda bununla ilgili konular icâre akdi içinde, insanların emeğinin kiralanması bölümünde işlenmiştir.⁵³⁴ Bu durumda tıbbi müdahale hukuki bir sözleşme ile gerçekleşmesi bakımından hizmet akdi olarak ele alınmış, doktor da kendisinden belli bir hizmet görmesi istenen esnaf ve sanatkâr (ecîr-i müşterek) statüsünde görülmüştür.⁵³⁵ Bu nedenle hastayı tedavi etmesi için doktor isticarı caiz

⁵²⁹ Serahsî, *Mebcut*, XV, 79; Mavsîlî, *a.g.e.*, s. 229-230; İbnu'l-Humâm, *a.g.e.*, IX, 121, 122; *mv.f.*, “Tatbîb”, XII, 137. Özen, *a.g.m.*, s. 739.

⁵³⁰ Haskefi, *ed-Dürrü'l-Muhtar*, VI, 568.

⁵³¹ Serahî, *Mebcut*, XVI, 11; İbn Kudame, *a.g.e.*, V, 538; Bilmen, *a.g.e.*, VI, 217; Zuhaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletuhu*, IV, 771-772; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 423; Malikilerin bir kısmı tedavi de sonucun garanti edilebileceği kanaatindedirler. *mv.f.*, “Tatbîb”, XII, 138.

⁵³² Özcan, *a.g.e.*, s. 171.

⁵³³ Alman hukukunda doktor ile hasta arasındaki hukuki ilişkiyi “hizmet akdi” olarak görmüşlerdir. Ayan, *a.g.e.*, s. 52.

⁵³⁴ Bazı İslam hukukçuları da insanın emeğinin kiralanmasını “hizmet akdi” olarak isimlendirmektedirler. bk. Kâsânî, *a.g.e.*, IV, 257; Çeker, *Fıkıh Dersleri*, s. 156.

⁵³⁵ Özen, *a.g.m.*, s. 738; Selâmî, Muhammed el-Muhtar, “Damanü't-Tabîb”, *Mecelletü Mecmai'l-Fikhi'l-İslâmî*, s. 549; el-Cevahirî, Hasan, “Damanü't-Tabîb fi'l-Fikhi'l-Caferî”, *Mecelletü Mecmai'l-Fikhi'l-İslâmî*, s. 576, 577, 580.

görülmüş ve buna bağlı olarak tabibe verilecek ücret helal kabul edilmiştir.⁵³⁶ Dolayısıyla hekimle hasta arasındaki sözleşmenin kurulması, sona ermesi, hükümleri bakımından icare akdinin genel hükümlerine tabi tutulmuştur. Ancak, doktor ile hasta arasındaki sözleşmenin mahalli, amacı, tarafların sözleşmeyi yaparken içinde buldukları durum bakımından göz önünde tutulması gereken bazı özellikleri vardır. Bu nedenle hizmet akdi yerine “tedavi sözleşmesi” şeklinde özel bir isim kullanmak da mümkündür.

İcâre akdi gibi düşünülürse tedavi sözleşmesi de icâre akdinin genel hükümlerine tabi olarak icap ve kabul ile kurulur. Hekim ve hastanın irade beyanı açık bir söz olabileceği gibi bunlara delalet eden zımnî bir beyan da olabilir. Ayrıca taraflar tam eda ehliyetine sahip olmaları gerekir. Eda ehliyetine sahip olmayanlar ise kanuni temsilciler (veli veya vasî) aracılığıyla sözleşme yapabilirler.

Belli bir müddet yapılan hizmet akdinde hem yapılacak iş hem de müddet belli olmalıdır. Diğer taraftan bizzat çalışması şartıyla tutulan ecîr kendisi yerine başkasını çalıştıramaz.⁵³⁷ Ancak böyle bir şart olmaksızın icare sözleşmesi mutlak olarak yapılmışsa ecîr kendisinin yerine başkasını da çalıştırabilir.⁵³⁸

İcâre akdi lazım bir akit olduğu için ancak tarafların karşılıklı rızasıyla feshedilebilir. Diğer taraftan sözleşmenin gereğini yerine getirmeye engel bir durum ortaya çıkarsa icare kendiliğinden fesholur. Örneğin dişi ağrıyan biri dişini çektirmek için dişçiyle anlaşsa sonradan dişin ağrısı geçse sözleşme fesholur.⁵³⁹ Ayrıca tarafların ölümüyle de Hanefilere göre icare akdi son bulur. Diğer üç imama göre sözleşme devam eder.⁵⁴⁰

Tedavi sözleşmesinin en belirgin özelliği mahallinin, kişilik hakkı içinde yer alan temel değerlerden “beden bütünlüğü ve sağlık”la ilgili müdahaleler olmasıdır.

⁵³⁶ Bilmen, *a.g.e.*, VI, 216; *mv.f.*, “Tadbîb”, XII, 137, 138.

⁵³⁷ *Mecelle*, m. 571.

⁵³⁸ *Mecelle*, m. 572.

⁵³⁹ Tedavi olmak için doktorla anlaşan bir hasta muayene olmadan önce iyileşirse yine sözleşme fesholur. İbn Kudame, *a.g.e.*, VIII, 22; *mv.f.*, “Tadbîb”, XII, 138; Şinkiti, *a.g.e.*, s. 106.

⁵⁴⁰ Bilmen, *a.g.e.*, VI, 180-181; Zuhaylî, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletuhu*, IV, 781.

Dolayısıyla faaliyeti bir noktada bu değerler üzerinde tasarruf niteliği taşıyan hekimin, diğer iş görme sözleşmesi borçlularına (mesela bir işçiye) nazaran daha özenli hareket etmesi gereklidir. Çünkü işçiler yaptıkları iş akitlerinde sonuçta sorumlu duruma düşmemek için yapılan işin kusursuz olması şartı aranır. Cansız varlıklar üzerinde işlerini icra edenler, onların üzerinde kendilerinin yaptıkları veya gözleri önünde olan itlaftan genelde bir malvarlığı zararına yol açarlar ve dolayısıyla tazminle sorumludurlar. Örneğin kuru temizlemeci temizlediği elbisenin yanmasından sorumludur. Çünkü kuru temizlemeci önceki deneyimlerinden hareketle temizlediği elbisenin kumaşının kaç derece sıcağa dayanıklı olduğunu bilmek durumundadır. Bunu bilmek insanın gücünü aşan bir şey olmadığı ve kaçınılması mümkün olduğu için başta zararı tazmin şartı getirilerek yapılan akitle bunun sorumluluğunu üstlenmek hukuken geçerli olur.⁵⁴¹

Tedavi sözleşmesinde ise hekim, öncelikle tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde gerekli teşhisi koymak ve konulan bu teşhise en uygun tedaviyi seçip uygulamak yükümlülüğü altına girer.⁵⁴² Çünkü tedavi sözleşmesiyle ulaşılmak istenen asıl amaç, hastanın yeniden eski sağlığına kavuşturulması veya ızdıraplarının mümkün olduğu kadar hafifletilmesidir. Ancak, tedavi sonucunun garanti edilmesi söz konusu değildir. Zira böyle bir sonucu garanti eden sözleşme de hukuka aykırı kabul edilir.

Hekimin yerine getirdiği faaliyetin bir neticesi olarak sözleşme hükümleri yanında mesleki yükümlülükleri de mevcuttur. Örneğin doktor, hastalığın niteliğini, bu hastalığın tedavisini ve tedavide uygulanacak metotları bilmesi gerekir. Hekim, tedavi sözleşmesinden doğan borçlarını yerine getirirken sözleşme hükümleri yanında bunlara da riayet etmek zorundadır. Aksi takdirde davranışının meslek kuralına aykırılığı nedeniyle böyle kimseler görevden alınır veya hakları kısıtlanır.⁵⁴³ Yani tedavi sözleşmesinden kaynaklanan borçları gereği gibi ifa edilip edilmediği

⁵⁴¹ Serahsî, *Mebcut*, XV, 103; Özen, a.g.m., s. 738.

⁵⁴² Bayraktar, a.g.e., s. 33.

⁵⁴³ Şeyzeri, a.g.e., s. 147, 150, 151; Bardakoğlu, “İslam Hukukunda Doktor ve Diğer Sağlık Personelinin Hukuki Mesuliyeti”, *Kayseri (Erciyes) Üniversitesi Gevher Nesibe Bilim Haftası ve Tıp Günleri*, s. 528.

belirlenirken sözleşme hükümleri yanında tıbbi meslek kuralları da göz önünde bulundurulur.⁵⁴⁴ Diğer taraftan tedavi sözleşmesiyle hekim hastayı tedavi etme yükümlülüğünü üstlenirken, hasta da tedavi bedelini ödemeyi üstlenir.

Türk hukukunda aile hekimliği sözleşmesinin farklı özellikleri dolayısıyla hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını kabul edenler vardır.⁵⁴⁵ Ancak çoğunluk, tedavi sözleşmesinin, vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Çünkü hizmet sözleşmesinde işçi, işverene karşı belirli bir süreyle hizmet etme borcu altına girer. Oysa tedavi sözleşmesinde hekimin hastaya karşı belirli bir süre hizmet etmeyi üstlenmesi söz konusu değildir.⁵⁴⁶ Hekimin çalışma süresi, üstlendiği işin mahiyeti ile sınırlıdır. Ayrıca hekim ile hasta arasında, işçi ile işveren arasında olduğu gibi sıkı bir bağlılık ilişkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla hekimin, tedavi faaliyetini yerine getirirken hastanın talimatlarıyla sıkı sıkıya bağlı olması düşünülemez.⁵⁴⁷ Bu nedenle hekim ve hasta arasındaki ilişkiye hizmet sözleşmesi hükümleri uygulanmamalıdır.

2. İstisna‘ (Eser) Akdi

İstisna‘ akdi, belli bir bedel karşılığında bir kimsenin sanat erbabıyla bir eşya yaptırmak için yaptığı anlaşmadır. Hem iş hem de ham madde sanatkârdan olursa yapılan akit istisna‘, sadece iş sanatkâra ait ise, yapılan akit icare olur. İstisna‘ akdi tarafların icap ve kabulüyle kurulur. Nitekim Mecelle’nin 388. maddesinde, “Bir kimse ehl-i sanayiden birine bana şu kadar kuruşa şöyle bir şey yap deyip o dahi kabul etse istisna‘an bey‘ münakid olur.” denilerek bu duruma işaret edilmiştir. İstisna‘ akdi gerçekleştirildikten sonra yapılan eserin akitte belirtilen özelliklere sahip olması durumunda akit her iki taraf için bağlayıcıdır.⁵⁴⁸ Akdin tek taraflı bozulması mümkün değildir.

⁵⁴⁴ Ayan, *a.g.e.*, s. 50.

⁵⁴⁵ Reisoğlu, Seza, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu*, s. 12.

⁵⁴⁶ Donay, *a.g.m.*, s. 48.

⁵⁴⁷ Öz, Pınar, “Vücuda Tıbbi Girişim ve Doktorun Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, s. 714.

⁵⁴⁸ *Mecelle*, m. 391.

İş görme akitlerinden biri olan istisna‘ akdinin mahalli, hizmet akdinde olduğu gibi belirli ya da belirsiz bir süre için iş gücünün işverenin emrine tahsis edilmesi veya vekâlet akdinde olduğu gibi iş sahibi lehine bir işin görülmesi değil iş gücüyle hammaddenin birleştirilip bir eserin ortaya çıkarılmasıdır.⁵⁴⁹

İslam hukukunda İstisna‘ akdi, ancak insanlar arasında teamül hâline gelmiş olan şeylerde söz konusu olduğundan⁵⁵⁰, insanların ihtiyaçlarını karşılarken istisna‘ akdini teamül hâline getirecekleri şeylerin zamanla çoğalacağını düşünerek, istisna‘ akdine mahal olan “şey”in bugünkü hukukta olduğu gibi çok daha geniş anlamlı, “eser” şeklinde anlaşılması da mümkündür.

Hekimin hastayı tedavi etmek için yaptığı faaliyetlerin istisna‘ akdinin mahallini teşkil edip etmediğini ortaya koyabilmek için her şeyden önce söz konusu eser kavramından ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gereklidir. Eser (masnu‘), sanatkârın akitle iş sahibi adına ortaya çıkarmayı yüklediği sonuçtur. İstisna‘ akdinde önemli olan yapılacak eşyanın tarif ve tavsifi kabil olması gerekir. Bu açıdan bakıldığında hekim ve hasta arasındaki ilişkiye istisna‘ (eser) sözleşmesi hükümlerinin uygulanması, sadece istisnai hâllerde kabul edilmektedir. Bunlar, daha ziyade diş hekimi ile hasta ilişkisinde ortaya çıkan ve diş hekiminin sadece bir protez veya diş dolgusu yapımını üstlendiği sözleşmelerdir.⁵⁵¹

Diş hekiminin sadece hastanın tedavisini üstlendiği sözleşme, diğer tedavi sözleşmelerinde olduğu gibi hizmet sözleşmesi niteliğindedir. Buna karşılık, diş hekiminin aynı anda hem tedavi hem de bir protez yapımını üstlendiği sözleşme hem hizmet sözleşmesinin hem de eser sözleşmesinin unsurlarını bünyesinde taşımaktadır. Ancak doğrudan bir tedavinin söz konusu olmadığı salt protez yapımını amaçlayan sözleşmelere eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmektedir.⁵⁵² Hekimin takma kol ve ayak gibi suni organları takması buna örnek

⁵⁴⁹ Çeker, *Fıkıh Dersleri*, s. 135.

⁵⁵⁰ *Mecelle*, m. 389.

⁵⁵¹ Reisoğlu, a.g.m., s. 12.

⁵⁵² Ayan, a.g.e., s. 53.

verilebilir. Ancak estetik amaçlı tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için tedavi amacı şart olduğu için estetik ameliyatlar için istisna' akdinden söz edilemez.

Tedavi sözleşmesi, iki açıdan istisna' akdi olarak değerlendirmeye engel teşkil etmektedir. Bunlardan birincisi istisna' akdinde sonuç mahiyeti bakımından objektif olarak taahhüt edilmeye elverişli olması gerekir. Tedavi sözleşmesinde ise tedavi veya cerrahi müdahalelerinin başarıyla sonuçlanması mahiyeti gereği taahhüt edilmeye elverişli değildir. Çünkü sonucun olumlu veya olumsuz olmasında yapılan tedavinin önemi olduğu kadar hastanın bünyesinden veya çevreden gelen dış şartların da etkisi vardır.⁵⁵³ İkincisi ise istisna' akdinde tarafların akdi tek taraflı feshetmelerinin mümkün olmayışıdır. Hâlbuki tedavi sözleşmesinde hasta, hekimin o ana kadar yaptığı tıbbi bakımın karşılığını ödemesi şartıyla tedaviyi bırakabilir.⁵⁵⁴

Neticede tedavi sözleşmesine istisnai hâllerde eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasından bahsedilebilir. Bunlar, esas itibariyle bir protez yapımını konu alan sözleşmelerdir. Gerçekten, diş hekimi tarafından tedavi amacı bulunmaksızın köprü, dolgu gibi sadece bir protez yapımının borçlanıldığı sözleşmeler ile bir ortopedist tarafından takma kol veya bacak yapımının borçlanıldığı sözleşmelere eser sözleşmesi hükümleri tatbik edilmelidir.⁵⁵⁵

3. Vekâlet Akdi

Vekâlet; kendi ehliyetine dayanarak tasarruf yetkisine sahip olan kişinin, temsili kabil bir işi, hâli hayatında yapması için karşılıklı rıza ile başkasını kendi yerine ikame etmesidir. Vekâlet akdi karşılıklı rızayla yani icap ve kabul ile kurulur.⁵⁵⁶ Ancak diğer akitlerde olduğu gibi icap ve kabulün aynı mecliste olması şart değildir. İcaptan sonra karşı tarafın işi yapmaya yönelmesiyle vekâlet akdi tamamlanır.

⁵⁵³ Bardakoğlu, "İslam Hukukunda Doktor ve Diğer Sağlık Personelinin Hukuki Mesuliyeti", s. 528.

⁵⁵⁴ Donay, a.g.m., s. 45.

⁵⁵⁵ Ayan, a.g.e., s. 55.

⁵⁵⁶ bk. *Mecelle*, m.1449, 1451, 1459.

Vekâlet akdi için “vekâlet” lafzının kullanılması şart değildir. Vekâletle ilgili rıza ve izne delalet eden her lafız kullanılabilir. Örneğin “Şu dairemi satmak için sana izin verdim.” cümlesinde *izin*; “Şu dairemi satmana razıyım.” cümlesindeki *rıza*; “Şu arabamın satışı konusunda seni yetkili kıldım.” cümlesindeki *yetkili kılma* lafızları vekâlet lafzı için kullanılabilir. Aynı şekilde fuzûlînin tasarrufuna sonradan icazet vermek de vekâlet sayılır. Nitekim Mecelle’de “İzin ve icazet tevkildir.”⁵⁵⁷ denilerek bu duruma dikkat çekilmiştir.⁵⁵⁸

Müvekkilin, vekâlet konusu olan işte tasarruf yetkisine sahip olması gerekir.⁵⁵⁹ Çünkü vekâlet akdi ile vekile tasarrufta bulunma yetkisi verilmektedir. Eğer müvekkil kendisi bu yetkiye sahip değilse bunu başkasına vermesi de sözkonusu olmayacaktır. Bir başka ifadeyle kişi, kendi tasarrufunun caiz olduğu temsili kabul her işte bir başkasını vekil yapabilir. Kendi tasarrufunun caiz olmadığı işlerde ise başkasını da vekil yapamaz. Burada müvekkilin tasarruf yetkisinden maksat ehliyetidir.⁵⁶⁰ Nitekim fıkıh kitaplarımızda konunun işlendiği bölümlerde bu duruma dikkat çekilerek çocuğun ve akıl hastasının vekâlet veremeyeceği dile getirilmiştir. Ayrıca müvekkilin tasarruf yetkisi vekâlet akdinin mahalli açısından da değerlendirilmiştir. Buna göre Müslümanların üzerinde tasarrufunun caiz olmadığı içki ve domuz etinin satımı gibi konularda vekâlet vermeleri de mümkün değildir.⁵⁶¹ Ancak İmameyn’in aksine Ebu Hanife’ye göre mütakavvim olmayan malların üzerinde Müslüman’ın tasarruf yetkisi olmamasına rağmen bu konuda zımmi olan birine vekâlet verebilir.⁵⁶²

Vekâlet akdinde vekil, müvekkile karşı bir iş görme borcu altına girer. Bu nedenle “bir işi yapmama” vekâlet konusu olamaz. Ayrıca haksız fiil niteliğindeki maddi fiiller de vekâlet konusu olamaz.

⁵⁵⁷ *Mecelle*, m. 1452.

⁵⁵⁸ Ali Haydar Efendi, *Dureru'l-Hukkâm Şerhi Mecelleti'l-Ahkâm*, III, 797-798.

⁵⁵⁹ bk. *Mecelle*, m. 1457.

⁵⁶⁰ Ali Haydar Efendi, *a.g.e.*, III, 815,

⁵⁶¹ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 30, 31; İbnu'l-Humâm, *a.g.e.*, VIII, 12, 13.

⁵⁶² İbnu'l-Humâm, *a.g.e.*, VIII, s. 12; Ali Haydar, *a.g.e.*, III, 791.

Vekâlet akdi kurulunca vekil müvekkelün bih olan konuda tasarruf hakkına sahip olur. Vekilin taksir ve teaddisi yoksa yaptığı tasarruflardan meydana gelecek zararları tazmin etmez. Müvekkil izin vermediği sürece vekil müvekkili adına yapacağı bir işi başkasına tevkil edemez.⁵⁶³

Vekil, vekâleti ücretle yapabilir.⁵⁶⁴ Bir ücret karşılığında ifa edilen vekâlet icareye dönüşür. İcareye dönüşen artık vekâletin hükümlerine değil de icarenin hükümlerine tabi olur. Örneğin vekâletin vasfı gayr-i lazım iken icareye dönüştüğünde lazım hâle gelir. Bundan sonra taraflar tek başlarına akitten vazgeçemezler.⁵⁶⁵ Ayrıca ücret açıkça zikredilmese de vekâlet konusu olan tasarruf günümüzdeki avukatlık gibi örfen ücret karşılığı yapılıyorsa vekil, icaredeki (icare-i âdemi) benzerlerinin aldığı ücreti almaya hak kazanır.⁵⁶⁶

Vekâlet akdi; müvekkilin vekili azletmesi, vekilin kendi kendine vekâletten çekilmesi, vekil kılınan işin görülmesi, taraflardan birinin ölümü, vekil veya müvekkilin tasarruf ehliyetini kaybetmesiyle son bulur.⁵⁶⁷

İslam hukuku kaynaklarında hekimin hukuki sorumluluğundan söz edilebilmesi için üç önemli şart ileri sürülmüştür. Bunlardan ilk ikisi müdahalenin uzman doktor tarafından tıp ilminin kurallarına göre yapılmasıdır.⁵⁶⁸ Üçüncüsü ise müdahaleden önce hastanın mümkün değilse kanuni temsilcisinin rızasının⁵⁶⁹ ve bazı durumlarda ise salahiyetli makamın iznidir.⁵⁷⁰ Bu şartlar çerçevesinde yapılan bir sözleşme, hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin vekâlet akdi olabileceğine işaret etmektedir. Çünkü “İzin ve icazet tevkildir.”⁵⁷¹ Ancak vekâlet akdinde “müvekkilin,

⁵⁶³ bk. *Mecelle*, m. 1466.

⁵⁶⁴ Türk hukukunda da ancak sözleşmede şart edildiği veya teamül bulunan durumlarda vekil, ücret isteme hakkına sahip olacağı belirtilmiştir. (*TBK*, m. 386.) Buna göre ücret vekâletin kanuni ve zorunlu bir unsuru değildir. Vekilin ücret alacağı, sözleşmeden, teamülden ya da bir özel kanun hükmünden doğabilir.

⁵⁶⁵ Çeker, *Akidler*, s. 147.

⁵⁶⁶ *Mecelle*, m. 563.

⁵⁶⁷ bk. *Mecelle*, m. 1521, 1522, 1526, 1527, 1530.

⁵⁶⁸ İbn Kayyim, *Zadü'l-Mead*, IV, 138.

⁵⁶⁹ İbn Kayyim, *Zadü'l-Mead*, IV, 141; Ebu Zehra, *el-Cerime*, s. 460.

⁵⁷⁰ Udeh, *a.g.e.*, I, 521; Ebu Zehra, *el-Cerime*, s. 457; Kaya, “Sorumluluk”, s. 152.

⁵⁷¹ *Mecelle*, m. 1452.

vekâlet konusu olan işte tasarruf yetkisine sahip olması” gibi bir şartın varlığı İslam hukuku açısından tedavi sözleşmesini vekâlet akdi olarak isimlendirmeye engel teşkil etmektedir.

Diğer taraftan Ebu Hanife'nin, mütakavim olmayan malların üzerinde Müslüman'ın tasarruf yetkisi olmamasına rağmen zimmi olan birine vekâlet verebileceği yönündeki görüşü konuya farklı bir boyut kazandırmaktadır. Diğer taraftan yine Ebu Hanife'den rivayet edilen iki görüşten birine göre eğer bir organ, sahibinin izniyle kesilmişse -ölüme sebebiyet verse de- fail bu fiilinden dolayı sorumlu tutulmaz. Çünkü organının kesilmesine izin veren kimse kendi organını bizzat kesebilirdi. Başkasına izin vermekle gerçekte başkasının fiili kendi fiili yerine geçmiş oldu.⁵⁷² Bu iki örnek, tedavi sözleşmesinin vekâlet akdi çerçevesinde değerlendirilebileceğine dair ipuçları vermektedir. Ancak böyle kabul etsek bile bu durumun pratikte sadece ücretsiz yapılan müdahalelerle sınırlı kalacağı açıktır. Çünkü ücretle yapıldığı takdirde vekâlet akdi icareye dönüşmektedir.

Türk hukukunda ise öğretinin büyük çoğunluğu, hekim ve hasta arasındaki ilişkiye genelde vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağını kabul etmektedir. Buna göre yapılan vekâlet sözleşmesiyle hekim, hastaya karşı tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde gerekli teşhisi koymak ve bu teşhise en uygun tedaviyi uygulamak suretiyle hastayı iyileştirmek için çalışmayı borçlanmaktadır. Hasta ise ona bu faaliyeti karşılığında uygun bir ücret ödemeyi taahhüt etmektedir. Ayrıca sözleşmenin muhtevassından olmamakla birlikte hekim sorumluluk duygusundan hareketle hastasına yardım, güven, anlayış, şefkat ve sevgi ilkeleri çerçevesinde muamele eder.⁵⁷³

Türk hukuku açısından vekâlet akdinin tanımı ve unsurları dikkate alındığında hekimle hasta arasındaki akdi ilişkinin vekâlet akdine daha fazla benzediği görülmektedir. Söz konusu akdi ilişkinin tüm özellikleri, vekâlet akdinin yapısına,

⁵⁷² Serahsî, *Mebcut*, XVI, 14.

⁵⁷³ Ayan, *a.g.e.*, s. 53, 54. İslam dininde hekimin hastasına yardım, güven, anlayış, şefkat, merhamet, adalet, sabır, hilm, ihsan ve sevgi ilkeleri çerçevesinde muamele etmesi ahlaki bir yükümlülük olarak görülmüştür. Bu konuda geniş bilgi için bk. Sibaî ve Bâr, *a.g.e.*, s. 53-68, 103-107, 144-159.

unsurlarına ve hükümlerine daha uygundur. Hekim, hastası ile arasındaki akitle gerekli tıbbi müdahaleleri yapmayı, hastayı tedavi etmeyi, onun iyileşmesi ve şifa bulması için elden gelen gayreti göstermeyi üstlenir. Dolayısıyla hekim akdin ifası sırasında herhangi bir süreyle bağlı değildir. Zaten söz konusu tıbbi müdahalelerin ne kadar süreceğini önceden kesin olarak tespit edebilmek mümkün değildir. Hastalığın mahiyeti ve hastanın durumuna göre bu süre değişebilir. Bu özellik de vekâlet akdinin niteliğine uygun düşmektedir.

Hekim hastaya karşı olan yükümlülüklerini ifa ederken nisbi bağımsızlık⁵⁷⁴ içerisinde hareket eder. Çünkü vekil olarak doktor, tedavi faaliyetlerini yürütürken istenilen sonuca ulaşabilmek için belli ölçüde bir karar verme zorunluluğu bulunmaktadır. Vekâlet akdini hizmet akdinden ayırt etmek için ileri sürülen nisbi bağımsızlık unsuru özel uzmanlığı gerektiren tıbbi faaliyetlerde genellikle daha geniş olacaktır.

Hekimle hasta arasındaki ilişkinin yüksek derecede kişisel karakteri ve ağır basan güven unsuru taraflara kural olarak diledikleri zaman akdi sona erdirmeye hakkının tanınması ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır. Bu ihtiyaç hekim ile hasta arasında gayr-ı lazım karaktere sahip vekâlet akdinin mevcut olduğunu kabulle karşılanmış olacaktır.

Ücret açısından da tedavi sözleşmesi vekâlet sözleşmesiyle daha fazla benzerlik göstermektedir. Çünkü hizmet sözleşmesinde ücret daima ön plandadır. Her hizmet sözleşmesi bir ücretin varlığını gerektirir. Vekâlet sözleşmesinde ücret zorunlu değildir.

Hekim ile hasta arasındaki akdin vekâlet akdi olmadığını ortaya koymak için çeşitli gerekçeler ileri sürülebilir. Bu gerekçelerden biri, vekilin müvekkilin emirlerine, katı talimatlarına riayet etmek zorunda olduğudur. Hâlbuki bazı

⁵⁷⁴ Hekim karar verme özgürlüğünü kullanırken tıp biliminin kuralları, sadakat ve özen yükümlülükleriyle bağlı olduğu için “nisbi bağımsızlık” ifadesi kullanılmıştır. Başağaoğlu, İbrahim ve Ataç, Adnan, “Hekimin Hastasına Sözleşmeden Doğan Borçları”, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği Hukuk Tarihi Dergisi*, s. 256.

durumlarda hekim, hastanın emirlerine aykırı bir tarzda onun rızası olmaksızın hareket etmesi gerekebilir. Örneğin doktor ötanazi talebinde bulunan intihar etmek isteyen hastanın istek ve arzusuna aykırı şekilde onun ölmesine engel olmak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Çünkü iyileşme ümidi olmayan hastanın kendini öldürmeleri için vereceği izin geçersizdir.⁵⁷⁵ Bu durumda hekim sosyal ihtiyaç prensibinden hareketle kanunun kendine verdiği yetkiyi kullanarak müdahalede bulunmuş sayılır.⁵⁷⁶ Bu durumda hekimle hasta arasında önceden kurulmuş bir akit yoktur. Dolayısıyla hekimin tıbbi müdahalesi vekâletsiz iş görme (fuzûlînin akdi) mahiyetini taşır. Böyle bir akit de bazı şartlar dâhilinde caiz görülmüştür. Bu konu ileride ele alınacaktır.

Hekim ile hasta arasındaki akdin vekâlet akdi olamayacağına dair bir diğer gerekçe de şu olabilir: Vekilin prensip olarak müvekkiline sık sık açıklama yapmasının ve sorularını doğru cevaplamasının gerektiğidir. Hâlbuki kanserli hastalarda olduğu gibi bazı durumlarda hekim, hastanın maneviyatını kuvvetlendirmek veya hastasının ruhi bir bunalıma düşmesini önlemek amacıyla gerçeği saklayabilir. Aslında kural olarak hekimin hastaya, teşhis ettiği hastalık, hastalığının durumu, tedavi yöntemleri ve bunun sonuçları hakkında henüz onun tedavisi için rızasını almadan önce bilgi vermesi, onu aydınlatması gerekir. Fakat hasta ile hekim arasındaki akdin amacının gerçekleşebilmesi yani hastanın iyileşmesi için hekimin hastadan gerçeği saklaması gerekebilir. Ancak bu istisnai bir durum olup kanserli hastalarda olduğu gibi hastanın yaşama ümidi ve azminin tedavinin başarılı sonuçlanmasında büyük etken olduğu durumlarda söz konusu olur.⁵⁷⁷ Zaten bu durumlarda hastaya moral vermek, yaşama ümidi ve arzusu içinde olmasını sağlamak tedavinin bir parçasıdır. Bu nedenle gerçeğin saklanması mazur görülebilir. Böylesi durumlarda Türk hukukunda olduğu gibi müdahale zaruret ve üstün menfaat gereği kanuni temele oturtulabilir.⁵⁷⁸

⁵⁷⁵ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 236; Ayrıca “Ötanazi” başlığına bakılabilir.

⁵⁷⁶ Sosyal ihtiyaç prensibi ve kanunun verdiği yetkiyi kullanma konuları I. bölümde işlenmiştir.

⁵⁷⁷ Karaman, Hüseyin, “Ebu Bekir er-Râzî ve Tıp Etiği İlkeleri”, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği Hukuk Tarihi Dergisi*, s. 12.

⁵⁷⁸ bk. *TDN*, m. 14.

Hukukun getirdiği ancak kamu yararı ve sosyal ihtiyaç prensipleriyle aşılabilir olan bazı sınırlamalar, Türk hukukunda, hekim ile hasta arasındaki akitin vekâlet akdi olarak nitelendirilmesine engel görülmemiştir. Ancak hekimle hasta arasındaki hukuki ilişki, hekimin hastasını bir ücret karşılığında, zamanla sınırlı olarak tedavi için anlaştığı durumlarda hizmet akdi; bir eser veya sonuca yönelikse istisna akdi olarak nitelendirilmiştir. Bu iki durum dışında ise hekimle hastası arasındaki akit vekâlettir denilmiştir.

4. Cuâle Akdi

Yapılacak belirli bir iş karşılığında ücret veya mükâfat vaad etmeye cuâle denir. Bu şekilde verilen ücret veya mükâfata da cuâle, ciâl ve cu'l denir. Cuâlede ücret vaad eden kimseye câil, işi yapana da âmil denir.⁵⁷⁹ Kaçan bir köleyi yakalayacak kimseye⁵⁸⁰, bir hastayı iyileştirecek doktora veya kaçan hayvanı yakalayacak kişiye⁵⁸¹ ücret (mükâfat) vaad etme⁵⁸², klasik kaynaklarda cuâlenin en çok rastlanan örneklerindedir.

Cuâle, meydana gelmesi muhtemel olan bir menfaat üzerine yapılan bir nevi icare demektir. İhtiyaç duyulması halinde belli şartlar dâhilinde Hanbelî,⁵⁸³ Maliki⁵⁸⁴ ve Şafilere⁵⁸⁵ göre caizdir. Hanefiler ise istihsanen sadece kaçak kölenin (âbık) sahibine geri getirilmesi karşılığında ödenen ücret dışında cuâleyi kabul etmezler. Onlara göre icareye benzeyen cuâlede bazı belirsizlikler vardır. Çünkü icarede hem bedel hem de menfaatin belli olması gerekir. Hâlbuki iyileştirmek şartıyla bir bedel karşılığında doktorla anlaşmada olduğu gibi (cuâlede) bedel belli fakat menfaat belli değildir. Cuâle bu yönüyle bir nevi fasit icâreye benzemekte ve bu tür tek taraflı irade beyanı borç doğurmamaktadır.⁵⁸⁶

Cuâleyi geçerli kabul eden fıkıh âlimleri, Yûsuf kıssasında, hükümdara ait olup

⁵⁷⁹ *mv.f.*, “Cuâle”, XV, 208; Aydın, “Cuâle”, *DİA*, VIII, 77; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 62.

⁵⁸⁰ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 310.

⁵⁸¹ Şîrbînî, *a.g.e.*, II, 429.

⁵⁸² Desuki, *Hâşiyetü'd-Desuki ala Şerhi'l-Kebir*, III, 60.

⁵⁸³ İbn Kudame, *a.g.e.*, V, 541.

⁵⁸⁴ Desuki, *a.g.e.*, III, 61.

⁵⁸⁵ Şîrbînî, *a.g.e.*, II, 429.

⁵⁸⁶ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 310.

kaybolduğu söylenen su kabını getirene bir deve yükü mükâfat vaad edilmesini⁵⁸⁷ delil göstermişlerdir. Ayrıca akrebin sokması ile zehirlenen bir kişiyi iyileştirmek şartıyla cuâle olarak bir koyun karşılığında okuyan sahabînin bu davranışını Hz. Peygamber (s.a.v.)in tasvip etmesi ve alınan ücreti helâl görmesini de⁵⁸⁸ destekleyici bir delil olarak ileri sürmüşlerdir.

Cuâlenin geçerli olabilmesi için taraflar, irade beyanı, yapılacak iş, verilecek ücret olmak üzere dört unsurun bir arada bulunması gerekir. Cuâlede câilin tam ehliyetli (temyiz gücüne sahip ve reşîd) olması gerekli ise de diğer tarafta (âmîl) tam ehliyetin bulunması şart değildir.

İrade beyanının yapılacak işi, alınacak ücreti ve borçlanma taahhüdünü ortaya koyacak şekilde açık ve kesin olması gerekir. Ancak âmîlin kabul ettiğini belirtmesi gerekli değildir. Cuâlenin hizmet veya istisna akitlerinden farklı olduğu noktalardan biri de budur. Âmilden açık bir irade beyanı aranmıyorsa da işe koyulmasını zımnî bir kabul saymak ve böylece cuâleyi iki taraflı hukukî işlem addetmek de mümkündür. Diğer taraftan Mâlikîler'de işi yapan kimse bir cuâle vaadinde bulunulduğunu bilmeseyse bile belirli durumlarda vaad edilen ücrete veya misil ücrete hak kazanır. Bu durumda zımnî bir kabulden ve buna bağlı olarak iki taraflı bir hukukî işlemden bahsedilemez. Burada borcun kaynağı tek taraflı irade beyanıdır.⁵⁸⁹

Malikiler dışında diğer üç mezhebin cuâle akdi için ileri sürdükleri şartlar incelendiğinde bu mezheplere göre tedavi sözleşmesi bir cuâle akdi kabul edilemez. Çünkü tıbbi müdahalelerde sonuç (iyileşmenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği) belirsizdir. Malikilere göre ise tıbbi müdahalelerde doktora hastayı iyileştirme şartı koşulabilir. Bu nedenle de sonucun belirsizliğinden dolayı icare akdinden söz edilemeyeceğinden bu durumda hasta ile hekim arasında bir cuâle akdi söz konusudur.⁵⁹⁰ Kanaatimizce tıbbi müdahalelerin sonucunun garanti edilemeyeceği bile hekimle hasta arasındaki sözleşmenin cuâle akdi olarak

⁵⁸⁷ Yûsuf, 12/72.

⁵⁸⁸ Buharî, Îcâre, 16, Tıb, 39; Müslim, Selâm, 66; Ebu Davud, Tıb, 19; Tirmizi, Tıb, 20.

⁵⁸⁹ Desuki, *a.g.e.*, III, 63.

⁵⁹⁰ Selâmî, *a.g.m.*, s. 549, 550.

değerlendirilemeyeceğine dair yeterli bir sebeptir.

5. Değerlendirme

Hekimin hukuki sorumluluğunda hastanın/kanuni temsilcisinin rızasının şart koşulması ilk bakışta hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin vekâlet akdi olabileceği kanaati uyandırmaktadır. Ancak vekâlet akdinde “müvekkilin, vekâlet konusu olan işte tasarruf yetkisine sahip olması” gibi bir şartın varlığı İslam hukuku açısından tedavi sözleşmesini vekâlet akdi olarak isimlendirmeye engel teşkil etmektedir. Diğer taraftan vekil, vekâleti ücretle yapabilir. Bir ücret karşılığında ifa edilen vekâlet icareye dönüşür. İcareye dönüşen artık vekâletin hükümlerine değil de icarenin hükümlerine tabi olur.

Vekâlet akdinde vekilin, müvekkilin emirlerine, kesin riayet etme zorunluluğu hasta ile hekim arasındaki sözleşmenin vekâlet akdi olarak değerlendirilmesine engeldir. Çünkü bazı durumlarda hekim, hastanın emirlerine aykırı bir tarzda onun rızası olmaksızın hareket edebilir. Ötanazi ve intihar talebinde bulunan hastanın durumu buna örnek verilebilir.

Vekil prensip olarak müvekkiline sık sık açıklama yapmak ve sorularını doğru cevaplamak durumundadır. Bu durum da hekim ile hasta arasındaki akdin vekâlet akdi olamayacağını gösterir. Çünkü bazı durumlarda hekim, hastanın maneviyatını kuvvetlendirmek veya hastasının ruhi bir bunalıma düşmesini önlemek amacıyla gerçeği saklayabilir. Ayrıca tedavinin ücretle yapılması da tedavi sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olarak isimlendirilmesine manidir.

Tedavi sözleşmesi cuâle akdi olarak da isimlendirilemez. Cuâle akdi için ileri sürülen şartlar incelendiğinde bu açık bir şekilde anlaşılır. Çünkü tıbbi müdahalelerin sonucunun garanti edilemeyeceği bile hekimle hasta arasındaki sözleşmenin cuâle akdi olarak değerlendirilemeyeceğine dair yeterli bir sebeptir.

Tedavi sözleşmesi vekâlet ve cuâle akdi olamayacağına göre geriye iki seçenek kalıyor. Birincisi istisnaî akdidir. Tedavi sözleşmesine ancak istisnai hâllerde eser sözleşmesi hükümleri uygulanır. Örneğin diş hekimi tarafından tedavi amacı

bulunmaksızın köprü, dolgu gibi sadece bir protez yapımının borçlanıldığı sözleşmeler ile bir ortopedist tarafından takma kol veya bacak yapımının borçlanıldığı sözleşmelere eser sözleşmesi hükümleri tatbik edilir.

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre tedavi sözleşmesi hizmet akdiyle daha fazla benzerlik göstermektedir. Bizim kanaatimiz de bu yöndedir. Bu durumda tıbbi müdahale hukuki bir sözleşme ile gerçekleşmesi bakımından hizmet akdi olarak ele alınır. Dolayısıyla hekimle hasta arasındaki sözleşmenin kurulması, sona ermesi, hükümleri bakımından icare akdinin genel hükümleri uygulanır. Neticede hekimle hasta arasında, hekimin hastasını bir ücret karşılığında, zamanla sınırlı olarak tedavi için anlaştığı durumlarda hizmet akdi; bir eser veya sonuca yönelikse istisna' akdi söz konusudur.

B. Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Bir Akde Dayanmaması

Hekim ile hasta arasındaki ilişki sarîh ya da zımnî olarak kurulmuş bir akde dayanmadığında söz konusu ilişkinin hukuki mahiyeti çeşitli durumlara göre değişecektir. Bu durumda “vekâletsiz iş görme” ve “haksız fiil ilişkisi”nden söz edilebilir.

1. Vekâletsiz İş Görme İlişkisi

Hekimin sorumluluğuna yol açan olayların bir bölümünde, hekim ve hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunmaz. Sözleşme ilişkisinin bulunmadığı bazı durumlarda hekim, vekâletsiz iş gören olarak hareket eder. Bu tip olaylarda hekim, hastanın iradesine dayanmaksızın ve fakat hastanın menfaatine yani onun iyileşmesini sağlamak için tıbbi müdahalede bulunur. İşte hekimin bu tür müdahalelerine “vekâletsiz iş görme” (fuzûlînin akdi) hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir.⁵⁹¹

Fuzûlî, bir fıkıh terimi olarak, bir kimsenin hukuki temsilcisi (vekil, velî-vasî, kayyim) olmadığı hâlde onun adına hukuki işlemde bulunan kişiyi ifade eder.⁵⁹²

⁵⁹¹ Ayan, *a.g.e.*, s. 60.

⁵⁹² *mv.f.*, “Fuzûlî”, XXXII, 171, Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 278.

Mecelle'de, “Bi gayri izni şerî diğeri bir kimsenin hakkında tasarruf eden kimsedir.”⁵⁹³ şeklinde tarif edilen fuzûlî günümüz hukuk sistemlerinde yetkisiz temsilciye yani vekâletsiz iş görene benzemektedir. Zira her ikisinde de başkası adına işlemde bulunanın ya temsil yetkisi hiç yoktur veya kendisine verilmiş olan yetkiyi aşmış yahut da yetkisi sona erdiği hâlde devam ediyormuşçasına işlemlerde bulunmuştur. Diğer taraftan İslam hukukundaki fuzûlî (yetkisiz temsil eden) kavramı ile Batı hukukundaki yetkisiz temsil eden kavramı arasında bazı farklılıklar olduğu da dikkat çekmektedir. Batı’da “yetkisiz temsil eden; zaruri ve acil olan bir işi, başkası adına yapan kişi olarak telakki edilmektedir. Bundan dolayı da yaptığı harcamalar ise sahibinden talep edilmektedir. Vekâletsiz iş gören konumundaki fuzûlînin tasarrufları sadece hukuki muamele ve benzerlerinden ibaret değildir. Birini tehlikeden kurtarmak ve tedavi etmek gibi maddî fiilleri de kapsamaktadır. Yetkisiz temsil eden ise sadece (alım satım gibi) hukuki muamelelerde bulunur.⁵⁹⁴ Bu durumda fuzûlî (vekâletsiz iş gören) kavramı yetkisiz temsili de kapsamaktadır.

Fuzûlînin yaptığı hukuki işlemlerin değeri ve geçerliliği konusu İslam hukuk doktrininde tartışmalı olup sonuçta ortaya iki farklı görüş çıkmıştır. Bunlardan birincisi bu işlemlerin geçerli, ancak adına iş yapılan kimsenin veya temsilcisinin onayına bağlı bulunduğu, ikincisi ise fuzûlînin bütün hukuki işlemlerinin geçersiz olduğu şeklindedir. Birinci görüş Hanefiler ile Malikilerin çoğunluğuna⁵⁹⁵, ikinci görüş ise Şafiilere⁵⁹⁶ aittir. Birinci görüşe göre fuzûlînin hukuki işlemleri geçerli olarak kurulmuş olmakla birlikte işlerlik açısından eksik olup mevkuftur. Bu sebeple bir hüküm ifade edebilmesi ve hukuki işlemin sonuçlarını doğurabilmesi için bu işleme yetkili kimsenin icazet vermesi gerekir. Bu durumda söz konusu işlem, yapıldığı andan itibaren yetkili kimse tarafından yapılmış gibi hukuki sonuçlarını doğurur. “İcazet-i lahika vekâlet-i sabıka hükmündedir.”⁵⁹⁷ şeklindeki genel kural da bu hükmü ifade etmektedir.

⁵⁹³ *Mecelle*, m. 112.

⁵⁹⁴ Tandoğan, Haluk, *Vekâletsiz İş Görme*, s. 77.

⁵⁹⁵ *Kâsânî, a.g.e.*, V, 219.

⁵⁹⁶ *Şâfiî, a.g.e.*, IX, 7; *Suyûtî, el-Eşbah ve'n-Nezair*, s. 285.

⁵⁹⁷ *Mecelle*, m. 1453.

Vekâletsiz iş görme, her şeyden önce “zaruret hâli” bakımından ortaya çıkmaktadır. Zaruret hâllerinde hekim için hastaya tıbbi müdahalede bulunma zorunluluğu vardır. Mesela bir trafik kazasında ağır şekilde yaralandığı için şuurunu yitirmiş veya ani bir kriz sonucu kendini kaybetmiş bir hâlde önüne getirilen hastaya, onun hayatını kurtarmak veya ağır bir zarara uğramasını engellemek için müdahale eden hekimin durumu böyledir.⁵⁹⁸ Vekâletsiz iş görme hükümlerinin uygulanacağı diğer önemli bir hadise de ameliyatın genişletilmesi zorunluluğunun kendini gösterdiği durumlardır. Hekim, ameliyatın devamı esnasında daha önce hesaba katılması ve hastaya anlatılması imkânı olmayan yeni bir bulgu nedeniyle planlanmış müdahalenin üzerine çıkmak mecburiyetinde kalabilir. Ancak bunun için hasta bakımından hayati bir tehlike ortaya çıkmış olmalıdır. Böylesi durumlarda doktorun yaptığı müdahalenin meşruiyetinin dayanağı “zaruret hâli”dir.⁵⁹⁹

Aynı şekilde bulaşıcı hastalığa tutulmuş birinin bu hastalığı toplum sağlığını tehdit eder nitelikte ise bu gibi durumlarda doktor, hastanın rızasına gerek duymaksızın müdahalede bulunur.⁶⁰⁰ Bu durumda vekâletsiz iş gören olarak müdahalede bulunan doktorun müdahalesinin meşruiyetinin dayanağı “kanun”dur.⁶⁰¹

Neticede vekâletsiz iş görme; zaruret hâli, acil durumlar, ameliyatın genişletilmesi gibi durumlarda ortaya çıkmaktadır. Böylesi durumlarda vekâletsiz iş görmenin hukuki mahiyeti, iş görmenin (hekimin tıbbi müdahalesinin) caiz olup olmamasına göre değişir. Caiz olan vekâletsiz iş görmede, taraflar arasındaki ilişkinin hukuki mahiyetini akit benzeri bir fiil, caiz olmayan vekâletsiz iş görmede ise haksız fiil teşkil eder.⁶⁰²

Kanaatimizce Şâfiîler gibi vekâletsiz iş görmeyi kabul etmeyen yaklaşımlarda zaruret hâli, acil durumlar, ameliyatın genişletilmesi gibi durumlarda hekimin tıbbi

⁵⁹⁸ Bâr, “Damanü’t-Tabib”, s. 419; Ayrıca bk. Özek, a.g.m., s. 453; Zevkliler, a.g.m., s. 23.

⁵⁹⁹ Zeyni, a.g.e., s. 189.

⁶⁰⁰ Zeyni, a.g.e., s. 189.

⁶⁰¹ Burada kanundan maksat, “Zararı ammi def” için zararı has ihtiyar olunur”, “Zaruretler yasak olan şeyleri mübâh kılar” ve “Def’i mefasit celb-i menafi’den evladır” gibi temel hukuk kaideleridir. Zeyni, a.g.e., s. 100-101; Ayrıca bk. Usame, a.g.e., s. 169; Şankiti, a.g.e., s. 262; Adli, a.g.e., s. 74-75.

⁶⁰² Reisoğlu, a.g.m., s. 3.

müdahalesinin hukuki temelini zaruret ve maslahat prensipleri oluşturur. Çünkü fıkıh kitaplarımızda doktor ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin sorumluluk açısından sonuçları tartışılırken akdi bir ilişkiden ziyade konunun, hastanın/kanuni temsilcisinin izni bağlamında ele alındığı görülmektedir.⁶⁰³ Bu şart gerçekleşmiyor ise tedavi amacına yönelik olsa da zarar meydana gelmesi hâlinde doktor sorumlu olur. Çünkü hastanın müdahaleye muvafakatinin bulunmaması sözleşmenin kurulmadığını gösterir.⁶⁰⁴

2. Haksız Fiil İlişkisi

Doktor ile hasta arasındaki ilişkinin bir başka çeşidi de haksız fiil şeklinde olanıdır.⁶⁰⁵ Haksız fiil, zarara uğrayan mağdur ile zarar veren (fail) arasında herhangi bir hukuki münasebet olmaksızın doğrudan doğruya kanuna aykırı bir fiilin işlenmesidir.⁶⁰⁶ Ayrıca kanun tarafından emredilen ve yapılmadığında zarar meydana getiren bir yükümlülüğün ihlal edilmesi de haksız fiil kapsamında değerlendirilir.⁶⁰⁷

Haksız fiil konusunun klasik fıkıh literatüründe daha çok “cinayet, gasp ve itlaf” başlığı altında ele alındığı görülür. Özellikle beden bütünlüğüne karşı yapılan tecavüzler, “*el-cinâye a'lâ mâ düne'n-nefs*” yani “ölümle neticelenmeyen saldırılar” veya “*el-cinâye fi'l-etrâf*” yani “kişinin organlarına karşı yapılan saldırılar” diye ifade edilir.⁶⁰⁸ Cinayet, fıkıh terimi olarak kısas ve tazminat gerektirecek şekilde mala ve cana yönelik hukuka aykırı fiilleri ifade eder.⁶⁰⁹ Diğer taraftan bazı hukukçuların “mala yönelik haksız fiil olarak isimlendirilen itlaf” kavramının kapsamını genişletip şahıslara yönelik haksız fiilleri de bu kavramla ifade ettikleri görülür.⁶¹⁰ Çağdaş İslam hukuku literatüründe ise haksız fiil “hata, teaddi, zarar,

⁶⁰³ Şirbini, *a.g.e.*, IV, 50; Udeh, *a.g.e.*, II, 441.

⁶⁰⁴ *mv.f.*, “Tatbîb”, XII, 139; Mübarek, *a.g.e.*, s. 199.

⁶⁰⁵ Zerkâ, *el-Fi'lu'd-Dâr*, s. 30.

⁶⁰⁶ Zerkâ, *el-Fi'lu'd-Dâr*, s. 60, 61.

⁶⁰⁷ Gamidi, *a.g.e.*, s. 77; Eser, Ercan, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, s. 55.

⁶⁰⁸ bk. Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 345; İbn Rüşd, *a.g.e.*, IV, 221.

⁶⁰⁹ Erdoğan, *a.g.e.*, s. 59.

⁶¹⁰ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 242, 243; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 482.

fi'lu'd-dâr”, cinâye, cürm, gasp ve itlaf” gibi kavramlarla ifade edilmektedir.⁶¹¹ Neticede İslam hukukunda haksız fiiller, şahsa ve mala yönelik haksız fiiller olmak üzere iki genel başlık altında ele alındığı görülmektedir.⁶¹² Ancak bu tezde haksız fiil olarak sadece şahsa yönelik olanlar incelenecektir.

İnsana yönelik haksız fiiller ya cana ya da bedene yönelik fiillerden oluşur. Cana yönelik olanlar genellikle ölümle bedene yönelik olanlar ise bir organın bedenden ayrılması veya sakatlanması ya da vücudun herhangi bir yerinin yaralanmasıyla sonuçlanır. İkincisi sonuçları bakımından mağdurun beden bütünlüğünü bozar.

Haksız fiil ilişkisi tedavi sözleşmesinin bulunmaması veya sözleşme hükümlerinin aşılması hâlinde de sözkonusu olabilir. Mesela hastanın iznini almadan ona müdahalede bulunan doktorun tedavisi haksız fiil olarak değerlendirilir. Nitekim İslam hukukçuları, rızasını almadan tedavi ettiği hastanın ölmesi veya bir organını kaybetmesi hâlinde doktorun sorumlu tutulacağını hükme bağlamışlardır.⁶¹³ Çünkü hekimin müdahalesi bazı durumlarda hastanın ölmesine veya bir organını kaybetmesine yol açabilir. Böyle bir durumda ise insanın hukuken korunan değerlerine tecavüz söz konusu olur. Aynı şekilde hekimin bir özel hastanede hizmet akdi ile veya devlet hastanesinde memur sıfatıyla çalışması durumunda hekimle hasta arasındaki ilişki bir akde dayanmamaktadır.⁶¹⁴ Dolayısıyla hekimin kusurlu tıbbi faaliyetiyle hastaya bir zarar verdiğinde hekimle hasta arasında bir haksız fiil ilişkisi meydana gelir.

⁶¹¹ Zerkâ, *el-Fi'lu'd-Dâr*, s.15; Mahmasânî, *a.g.e.*, s.165-166; Şinkiti, *a.g.e.*, s.451; Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, s.132; el-Cevahirî, “Damanü't-Tabîb fi'l-Fıkhî'l-Caferî”, *Mecelletü Mecmai'l-Fıkhî'l-İslamî*, s. 576; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 482.

⁶¹² Aydın, M. Akif, “Haksız Fiil”, *DİA*, XXIII, 466.

⁶¹³ Usame, *a.g.e.*, 179; Gamidi, *a.g.e.*, s. 73.

⁶¹⁴ Birinci durumda hasta sadece özel hastaneyle akdi bir ilişki içerisine girmekte, hekim ise hastanenin (hastane ile arasında mevcut olan hizmet akdi gereği) yardımcı kişisi sıfatıyla tıbbi faaliyetlerde bulunmaktadır. Buna karşılık hekimin devlet hastanesinde çalışması durumunda ise hekim bir kamu görevini yerine getirmekte, dolayısıyla, hekim ile hasta arasında bir özel hukuk akdi bulunmamaktadır. Şenocak, Zarife, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, s. 30.

Haksız fiilden bahsedebilmek için doğrudan veya dolaylı olarak ortaya konan bir fiil, bu fiilin hukuka aykırı olarak meydana gelmesi ve fiilin tazmin sorumluluğu doğuracak biçimde zararlı bir sonuç meydana getirmesi gerekir. Ancak insanın her fiilini haksız olarak nitelendirmek mümkün değildir. Dolayısıyla herhangi bir fiil zarar meydana getirmiş olsa da tazminat borcu doğurmayabilir. Bu nedenle haksız fiilin tazmin yükümlülüğü doğurması için bazı unsurların bulunması gerekir. Bunlar; hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağı gibi unsurlardır.⁶¹⁵ Bu unsurları ileride sırasıyla inceleyeceğiz.

II. Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Nedenleri

A. Sorumluluk

Kur'an ve sünnette sorumluluğun önemini vurgulayan birçok ifade ve İslam hukuku eserlerinde de sorumluluk fikrini yansıtan birçok kavram mevcuttur. Genel olarak tazmin sorumluluğu anlamında kullanılan “daman”⁶¹⁶ kavramının yanında, sorumluluk anlamını içeren zimmet⁶¹⁷, uhde⁶¹⁸, garâmet⁶¹⁹ ve mehuziyye⁶²⁰ kavramlarının da kullanıldığına rastlamaktayız. Diğer taraftan Kuran-ı Kerim⁶²¹ ve hadislerde⁶²² “mesûl” kelimesi, sözlükteki “sorumlu” anlamını ifade etmektedir. Ancak mesuliyet kavramı, son dönem İslam hukuku çalışmaları istisna edilirse kaynak eserlerde hukuki sorumluluk anlamında kullanılmamıştır.⁶²³

Mesuliyet kelimesinin bir hukuk terimi olarak fıkıh sahasında Batılı hukuk sistemlerinin tesiriyle XIX. yüzyılın ortalarından itibaren kullanılmaya başlandığı söylenebilir. Bu dönemde yapılan hukuk alanındaki tercüme ve kanunlaştırma

⁶¹⁵ Gamidi, *a.g.e.*, s. 73.

⁶¹⁶ Zuhaylî, *Nazarîyyetü'd-Damân ev Ahkâmü'l-Mes'ûliyyeti'l-Medeniyye fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, s. 6. Zuhaylî bu eserinde mesuliyet kavramının fıkıhtaki tam karşılığın “daman” kavramıdır der.

⁶¹⁷ Ahd, eman, hak, borç, kefalet gibi anlamlarda kullanılan zimmet, insanda var olan manevi bir vasıftır ki insan leh ve aleyhine olan şeylere ancak bu vasıf sayesinde ehil olur. Erdoğan, *a.g.e.*, s. 495.

⁶¹⁸ Sorumluluk. Erdoğan, *a.g.e.*, s. 468.

⁶¹⁹ Tazminat, diyet gibi edası lazım olan şey ve böyle bir şeyi eda etmek. Erdoğan, *a.g.e.*, s. 119.

⁶²⁰ Bu kavramı İmam Şâfiî sorumluluk anlamında kullanmıştır. bk. Şâfiî, *a.g.e.*, VIII, 123.

⁶²¹ bk. Ahzâb, 33/15; Furkân, 25/16; İsrâ, 17/34.

⁶²² bk. Buharî, Cum'a, 11, Vesâyâ, 9; Müslim, İmaret, 20.

⁶²³ Zuhaylî, *a.g.e.*, s. 6; Mübarek, *a.g.e.*, s. 23.

faaliyetlerinin etkisiyle, özellikle mukayeseli ve bilimsel çalışmalarda “mesuliyet” kelimesinin bir terim olarak kullanıldığı görülmektedir.⁶²⁴

Sorumluluk, Arapça kökenli olan mesuliyet kelimesiyle eşanlamlı bir kelimedir. Türk hukuk sahasında da önceleri bir terim olarak “mesuliyet” kelimesi kullanılmış, zamanla bunun yerine “sorumluluk” kelimesi tercih edilmiştir. Sorumluluk (mesuliyet), kişinin kendi davranışlarının veya kendi yetki alanına giren herhangi bir olayın sonuçlarını üstlenmesidir.⁶²⁵ Başka bir ifadeyle “uyulması gerekli olan kurallara aykırı hareketin hesabını verme hâli”⁶²⁶ demektir.

Sorumluluk, başta dinî, ahlaki ve hukuki olmak üzere çeşitli yönleri olan geniş bir kavramdır. Bu tez de sadece hekimin sorumluluğu hukuki açıdan ele alınacaktır. Diğer sorumluluk alanları konumuz dışındadır. Hukuki sorumluluk, “bir kişinin, hukuka aykırı davranışı nedeniyle başkalarına verdiği zararı tazmin etme zorunluluğu” olarak tanımlanabilir. Tazminat borcu ise hukuki sorumluluğun müeyyide ve neticesidir.⁶²⁷ Bu yönüyle hukuki sorumluluk, bir zararın giderimi ile ilgili tüm akdi ve akit dışı yükümlülükleri gösterir. Bu anlamda hekimin hukuki sorumluluğu, hekimin tıbbi faaliyetlerin icrası esnasında, hastasına hukuka aykırı olarak vermiş olduğu zararı tazmin etmekle yükümlü olmasını ifade eder.

Sorumluluktan söz edebilmek için şu üç unsurun varlığı zorunludur. Bunlar; sorumlu, sorumlu kılan ve sorumluluk konusudur. Sorumlu, yükümlülüğünü ihlal edip müeyyideyi hak edendir. Tıbbi müdahalelerde sorumlu genellikle doktordur. Ancak bazen hasta, yardımcı personel veya hastane de olabilir. Sorumlu kılan, sorumluluk olgusunun meşruiyet kaynağını teşkil eden ve ilgili müeyyideleri belirleyen aktif taraftır. İslam hukukunda sorumlu kılan Şari'dir; ancak bu görevi Şari adına hâkim yürütür.⁶²⁸ Sorumluluğun konusu ise “Zarar izale olunur.”⁶²⁹,

⁶²⁴ Esen, *a.g.e.*, s. 10.

⁶²⁵ Kal'aci, Muhammed Revvas, *Mu'cemu Lugati'l-Fukaha*, s. 395.

⁶²⁶ *Türk Hukuk Lüğati*, s. 231.

⁶²⁷ İmre, *a.g.e.*, s. 5.

⁶²⁸ Şinkiti, *a.g.e.*, s. 443.

⁶²⁹ *Mecelle*, m. 20.

“Zarar bi kadri'l-imbân def olunur.”⁶³⁰ gibi külli kaidelerde belirtilen, bir kimsenin herhangi birine verdiği zararın tazminidir. Örneğin tıbbi müdahalelerde vücut bütünlüğüne yönelik zararlar, kasıt olmaksızın meydana gelmişse diyet, erş veya hükümetü'l-adl gibi isimler altında mali bir ödemede bulunmak suretiyle giderilir.⁶³¹

İslam hukukçuları, Peygamberimiz (s.a.v.)in, tıp tahsili yapmayan kişinin bu mesleği icrasından doğacak zararlardan dolayı sorumlu olduğunu⁶³² ifade eden hadisini gerekçe göstererek mesleki ehliyet ve yeterliliğe sahip olmayan doktorun verdiği zararı tazmin etmesi gerektiğini savunmuşlardır. Ancak doktor ve sağlık personelinin sorumluluğunun hukuki dayanağı konusunda farklı kanaatte olanlar görülmektedir. Bir kısım hukukçular, doktorun sorumluluğunu, akit sorumluluğu kapsamında mütalaa ederken bazı hukukçular da kusur sorumluluğu kapsamında değerlendirmişlerdir.⁶³³ Neticede hasta ile doktor arasında bir sözleşme varsa, akdi sorumluluk; sözleşme bulunmadığı durumlarda ise akit dışı sorumluluk yani vekâletsiz iş görme veya haksız fiil sorumluluğu söz konusudur.

B. Akdi Sorumluluk

Akdi sorumluluk, hukuki işlemler ve özellikle akitlerden doğan borç ilişkilerinin yüklediği davranışa aykırılık durumunda borçlunun verdiği zararı ödeme mecburiyetini ifade eder.⁶³⁴ Akdi sorumluluk, akit sorumluluğu, sözleşmeden doğan sorumluluk ve hukuksal ilişkiden doğan sorumluluk olarak da isimlendirilmektedir.

Sözleşmeden dolayı doktorun sorumlu sayılabilmesi için her şeyden önce, hasta ile hekim arasında hukuken geçerli olan bir akdin bulunması gerekir. Ayrıca sözleşmenin geçerliliği için gerekli hukuki şartlara riayet edilerek akdedilmiş olması ve yürürlükte bulunması da zorunludur.

⁶³⁰ *Mecelle*, m. 31.

⁶³¹ Kâsanî, *a.g.e.*, VII, 460, 463, 475, 476.

⁶³² İbn Mâce, *Tıb*, 16 ; Ebû Dâvud, *Diyât*, 23; Nesaî, *Kasâme*, 41.

⁶³³ Sırâc, Muhammed Ahmed, *Damânu'l-'Udvân fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, s. 435.

⁶³⁴ Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s. 5, 6.

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre “ecîr-i müşterek”⁶³⁵ statüsünde görülen doktor ve diğer sağlık personelinin, iyi niyetle ve gerekli özeni göstererek uyguladıkları tedavi amaçlı müdahalelerinden dolayı sorumlu tutulmaları için, hekimlik sözleşmesinin yürürlüğüne devam etmesi gerekir. Mukavele nihayet bulduktan sonra ortaya çıkacak sonuçlardan dolayı akdi bir sorumluluk söz konusu olmaz. Nitekim hekim ve yardımcı personelin, tedaviye yönelik fiillerinden mesul olmamalarının bir gerekçesi de zararın, hekimlik sözleşmesinden doğan tedavi etme yükümlülüğünün yerine getirilmesinden sonra ortaya çıkmış olmasıdır.⁶³⁶ Zira doktor, hastaya gerekli tedaviyi uyguladıktan sonra sözleşmeden doğan sorumluluğunu yerine getirmiş sayılır. Bir başka ifade ile ifa gerçekleşmiş ve buna bağlı olarak sözleşme sona ermiştir. Bu nedenle sözleşme hükümlerine dayanarak, doktoru, bu aşamadan sonra ortaya çıkacak zararlardan sorumlu tutmak hukuki olmadığı gibi, hastanın da, uğradığı zararlardan dolayı tazminat talebinde bulunma hakkı yoktur.

Yalnız burada hemen belirtmemiz gerekir ki böyle bir sonuç belli ilkelere hareketle hukuk mantığı içinde isabetli bulunsa da tıbbi müdahalenin başka esaslarla da bağlantısının bulunduğu göz ardı edilmemelidir. Özellikle tıp ilminin gelişerek boyut kazandığı günümüzde, tedavi sözleşmesini, tam olarak diğer hizmet veya vekâlet akitleri gibi görmemek gerekir.

1. Akdin İhlali

Akitlerin gereğini yerine getirmek ve ona muhalefette bulunmamak, Kur’an’da⁶³⁷ ve sünnette⁶³⁸ açıkça ifade edilen temel hükümlerdendir. Sözleşmeler, akdi yapan taraflara bazı haklar sağladığı gibi aynı zamanda bazı sorumluluklar da yükler. Eğer sözleşmenin gereği yerine getirilirse iki taraf da gayesine ulaşmış, hakkı varsa almış, üzerine düşen bir sorumluluk varsa onu da yerine getirmiş olur. Ancak

⁶³⁵ Malikiler hekimi “âmil” konumunda değerlendirmişlerdir.

⁶³⁶ Kaya, “Sorumluluk”, s. 158.

⁶³⁷ Mâide, 5/1.

⁶³⁸ Buhârî, İcâre, 14; Tirmizî, Ahkâm, 17; Ebu Dâvûd, Akdiyye, 12.

eğer sözleşmenin gerekleri yerine getirilmemişse bu takdirde üzerine düşeni yapmayan taraf, karşı tarafa zarar vermiş olur.

Hukuki işlemler ve özellikle akitlerden doğan borç ilişkilerinin yüklediği borca aykırılık, borcun hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemiş olmasından kaynaklanır.⁶³⁹ Doktorun tedavi akdine dayalı sorumluluğu, sözleşme hükümlerinin ihlali yani yükümlülüğünü ifa etmemesi, daha çok da gereği gibi ifa etmemesi hâlinde ortaya çıkmaktadır. İfa etmeme, tedaviye başlanmaması veya yarıda bırakılması hâlinde söz konusu olur. Hastasını tedavi etmek üzere sözleşme yapan doktorun tedaviyi terk etmesi, sorumlu olmasını gerektirir.⁶⁴⁰ Buradaki sorumluluk, tazmin mükellefiyeti yüklesin veya yüklemesin mutlaka akde dayanır.

Bazı İslam hukukçuları, sözleşmenin yüklediği borçları yerine getirmemeyi zulüm tabiriyle ifade ederek bunun sadece Allah'a karşı manevi bir sorumluluk gerektirdiğini söylemişlerdir.⁶⁴¹ Kanaatimizce tedavi sözleşmeleri açısından bu isabetli bir durum değildir. Çünkü sözleşmenin gereğinin eksik olarak yerine getirilmiş olması da çoğu zaman sözleşmenin hiç yerine getirilmemiş olmasından kaynaklanan zararlara sebep olabilmektedir.

Doktorla hastası arasında rızaya dayanan bir ilişki olduğunda sorumluluğun sözleşmeye dayandırılması kesin olarak kabul edilmiş olmaktadır. Akdin ihlalinden söz edebilmek için hekimin tedavi sözleşmesinden doğan borçlarından birini veya tamamını yerine getirmemiş veya gereği gibi yerine getirmemiş olması gerekir. Hekimin tedavi sözleşmesinden kaynaklanan borçları, “hastalığın teşhis ve tedavisi”, “hastayı aydınlatma”, “özen gösterme”, “sadakat ve sır saklama” başlıkları altında ele alınabilir.⁶⁴² Her ne kadar bazı İslam hukukçuları “özen gösterme”, “sadakat ve sır saklama”yı doktorun ahlaki sorumlulukları arasında saymış olsa da⁶⁴³ kanaatimizce sonuçları itibariyle hukuki sorumluluk yönü daha ağır basmaktadır.

⁶³⁹ Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, s. 5, 6.

⁶⁴⁰ Kaya, “Sorumluluk”, s. 158.

⁶⁴¹ Zuhayli, *Nazariyyetü'd-Damân ve Ahkâmü'l-Mesuliyeti'l-Medeniyye*, s.82.

⁶⁴² Ayan, *a.g.e.*, s. 64.

⁶⁴³ bk. Şinkiti, *a.g.e.*, s. 456-469.

a. Teşhis Koyma ve Uygun Tedaviyi Seçip Uygulama Borcu

Hekimler mesleklerini icra ederken hastaya tanı koymak, tanıya uygun tedavi yöntemi bulmak ve uygulamak, cerrahi müdahalelerde bulunmak gibi birçok faaliyette bulunurlar. Bu faaliyetler sırasında, birtakım mesleki şartları yerine getirmekle yükümlüdürler.

Hekimin hasta hakkında doğru teşhis koyması, onun mesleki yükümlülüklerindedir. Bunun için öncelikle hekim, hastalığın niteliğini, bu hastalığın tedavisini ve tedavide uygulanacak metotları bilmesi gerekir. Bununla birlikte hekim teşhis koyma yükümlülüğünü ifa ederken genellikle kabul edilen ve tıp biliminde uygulanması mutlak usul hâlini almış olan ilkelere ve meslek kurallarına uygun bir şekilde davranmak zorundadır.⁶⁴⁴ Bunları bilmeyen ve bu ilkelere uymayan birinin hastayı tedaviye kalkışması ve hastaya ilaç vermesi doğru değildir.⁶⁴⁵ Nitekim İslam hukukçuları mesleki yeterliliği olmayan doktorun, “Zararı âmı def için zararı has ihtiyar olunur.” kaidesi gereği, meslekten men edileceklerini söylemişlerdir.⁶⁴⁶

Teşhisin doğru bir şekilde konulması, tedavinin başarısı ya da başarısızlığı üzerinde son derece etkilidir. Çünkü uygulanacak tedavi yöntemi konulan teşhise göre belirlenir. Yanlış bir teşhis, tedaviyi asıl amacından saptırabilir, uygun olmayan bir ilaç veya tedavi yönteminin kullanılması doğrudan veya dolaylı bir şekilde hastalığın uzamasına, kötüleşmesine, hatta hastanın ölümüne bile yol açabilir.⁶⁴⁷

Hekim teşhis koymadan önce tam bir anamnez (hastalık öyküsü) almalı, hastayı doğrudan ve şahsen izleyerek ve sorular sorarak hastalığın sebeplerini araştırmalıdır. Doktor hastasının yanına girdiği zaman hastaya hastalığının sebebini, neresinin rahatsız olduğunu ve hastalığa sebep olarak neleri yaptığını sorar. Elde

⁶⁴⁴ Şenocak, *a.g.e.*, s. 61.

⁶⁴⁵ Şeyzeri, *a.g.e.*, s. 147, 150-151.

⁶⁴⁶ İbn Nüceym, *a.g.e.*, s. 96; *Mecelle*, m. 26; Bilmen, *a.g.e.*, I, 263

⁶⁴⁷ Ayan, *a.g.e.*, s. 65.

ettiği bulguları yazarak bir nüshasını hastaya verir bir nüshasını da kendisi yanında bulundurarak tedaviyi takip eder.⁶⁴⁸

Hekim hastalık öyküsünü aldıktan sonra hastayı muayene eder. Hastalığın ortaya çıkış nedeni ve hastalık sürecinde meydana gelen değişiklikler hususunda hastayla, gerekli gördüğü durumlarda diğer meslektaşlarıyla istişare eder.⁶⁴⁹ Ardından somut olayın özelliklerine göre gerekli olan tahlil ve tetkikleri yaptırır. Bütün bunlardan sonra hekim, şahsi tecrübesinden de istifade ederek teşhisi koyar. Yukarıdaki aşamalardan geçmeden yanlış teşhis koyarsa doktor ortaya çıkacak sonuçlardan sorumlu tutulur.

Hekim, tedavinin akışı esnasında daha önce koymuş olduğu teşhisinin isabeti konusunda şüpheye düşerse teşhisini yeniden gözden geçirmek ve şüphesini gidermek için gerekli araştırmaları yapmak mecburiyetindedir.⁶⁵⁰ Bu nedenle hekimler tıp bilimindeki yenilikleri, tıbbi buluşları yakından izlemelidir. Bilgi ve tecrübesini artırıcı faaliyetlere katılmalıdır. Özellikle uzman hekimlerin ihtisaslarına giren sahalarda bilgi seviyelerinin yüksek olması gerekir.⁶⁵¹ Çünkü tıbbi faaliyet sonucunda meydana gelen zarar, hekimin bilmemesine istinat ettiriliyorsa hekime kusur olarak yüklenebilir. Ancak hekimin çok dar bir uzmanlık sahasıyla sınırlı kalan yeni bilgilerden haberdar olmaması mazur görülebilir. Hekimin müdahalesiyle verdiği zarar bilgisizlik, ihmal veya beceriksizliğinden ileri gelmiyorsa ve de bu müdahalenin yapıldığı anda bilimin eriştiği düzeye göre zararın sebebi ciddi ve dikkatli bir inceleme ile anlaşılacak nitelikte ise hekim yine sorumlu tutulamaz.⁶⁵²

⁶⁴⁸ Şeyzeri, *a.g.e.*, s. 148; Gamidi, *a.g.e.*, s. 284. Yüksek Sağlık Şûrası da bir kararında, hekimin teşhis koyarken hastanın hikayesini dikkate almak zorunda olduğunu ifade etmiştir. 22.11.1967 tarihli ve 6177 sayılı kararında "... Hastanın hikâyesinde bir haftadan beri gelip geçen veya sürekli bir şekilde prekordial ve reztrosternal şiddetli bir ağrı bulunmasına rağmen kalp nevrozu teşhisi koymaması... ihmal teşkil eder." demiştir. Bayraktar, *a.g.e.*, s.217, dnp. 67'den naklen.

⁶⁴⁹ Mübarek, *a.g.e.*, s. 72-73.

⁶⁵⁰ Şeyzeri, *a.g.e.*, s. 148.

⁶⁵¹ Sibaî ve Bâr, *a.g.e.*, s. 45, 46; .Özönder, Hasan, *Peygamberimizin Sağlık Öğütleri*, s. 106.

⁶⁵² Şenocak, *a.g.e.*, s. 66.

Hekimin koyduğu teşhise uygun tedavi metodunu seçmesi de onun mesleki sorumluluklarındandır. Bunun için hekim teşhisi koyduktan sonra hastanın özelliklerini de göz önünde bulundurarak en uygun tedaviyi tercih etmelidir. Özellikle hastanın iyileşme şansını artıran, denenmiş, yeni bir tedavi metodu varsa onu uygulaması da hekim için bir sorumluluk sebebidir. Buna karşılık yeteri derecede denenmemiş; ancak hastanın iyileşme şansını artıran metotların uygulanması için hastanın ayrıntılı bir şekilde aydınlatılması ve bu konuda rızasının alınması gereklidir. Diğer taraftan hekim aynı başarıyı vadeden tedavi metotları arasından daha az tehlikeli olanı tercih etmelidir.⁶⁵³

Hekimin hasta karşısında asli yükümlülüklerinden biri de tedaviyi dikkat ve ihtimamla ve tıp biliminin kurallarına uygun bir şekilde yürütmesidir. Bunu yaptığı sürece hekim, tedavi sonunda meydana gelen zarardan sorumlu tutulmaz. Çünkü hekim, uygulayacağı tedavi yönteminin mutlak surette başarılı sonuçlanacağı yolunda bir taahhüt altına giremez. Böyle bir sonucu garanti eden sözleşme de hukuka aykırı kabul edilir.⁶⁵⁴

Bu konuda İbn Kayyim el-Cevziyye'nin uzman bir doktorun, tedavisinde dikkat edeceği hususlar olarak verdiği bilgiler oldukça dikkat çekicidir. Günümüz tıbbi müdahaleleri için de hâlâ geçerliliğini koruduğuna inandığım bu bilgileri sunmanın konunun daha iyi anlaşılmasına önemli katkı sağlayacağını umuyorum.

İbn Kayyim'e göre doktor;

* Hastalığın türüne bakıp hangi sınıfa girdiğini inceler.

* Hastalığın sebebine bakıp neden ortaya çıktığını belirlemeye çalışır.

* Hastanın, hastalığa dirençli olup olmadığını belirler. Şayet dirençli ve hastalığı yenebilecek durumda ise ilaca başvurmaz.

⁶⁵³ İbn Kayyim, *Zadü'l-Mead*, IV, 144.

⁶⁵⁴ İbn Kudame, *a.g.e.*, V, 538; Bilmen, *a.g.e.*, VI, 217; *mv.f.*, "Tatbîb", XII, 138.

* Vücutun tabii ve tabii olmayan mizacını anlamaya çalışır.

* Hastanın yaşını, memleketini, yaşadığı ortamın şartlarını ve alışkanlıklarını tespit eder.

* Hastalık sırasında havanın durumunu, mevsimin şu andaki durumunu tespit eder ve uyulması gerekli kuralları belirler.

* Hastalığın tedavisinin mümkün olup olmadığına bakar. Şayet tedavisi mümkün değilse sanatını ve saygınlığını korur, tamahkârlığı onu hiçbir faydası olmayan ilaçla tedaviye itmez. Şayet tedavisi mümkünse giderilip giderilemeyeceğine bakar. Giderilmesi mümkün değilse hafifletilmesi ve azaltılmasının mümkün olup olmadığına bakar. Azaltılması mümkün değilse ve en iyi imkânı durdurulması ve ilerleyişini engellemesi olarak görürse tedavide bunu hedef alır. Hastanın kuvvetlenmesine yardım eder, hastalığın zayıflatılmasına çalışır.

* Söz konusu hastalığı tedavi edecek ilacı ve ilacın dozajını belirler.

* Hastalığa uygun tedaviyi devam ettirir. Ancak doktor, mevcut hastalığı gidermenin yanı sıra tedavisinin başka hastalıklara yol açmamasına dikkat eder. Eğer uygulayacağı tedavi daha zorlu başka bir hastalığa sebep olacaksa tedaviyi durdurur ve hastalığı olduğu gibi bırakır.

* Hastalığın tedavisinde en kolay yolu tercih etmelidir. Örneğin beslenme yoluyla tedaviden ilaç yoluyla tedaviye ancak imkânsızlık durumunda geçebilir. Karmaşık ilacı ancak basit ilacın yetersizliğinden sonra kullanabilir. İlaç yerine beslenme, karmaşık ilaçlar yerine sade ilaçlar yoluyla tedavi etmek doktorun ehliyetindedir.

* Hastaya, çocuğa davranır gibi iyilikle ve yumuşaklıkla davranmalıdır.

* Hasta verdiği ilaçların yanı sıra hastasına moral vererek onu manevi yönden güçlü olmasına katkı sağlamalıdır. Çünkü morali yüksek olan bir hastanın tedavisi daha hızlı gerçekleşir.

* Tedavi ve tedbirini şu beş esası gözeterek yürütmelidir. Bunlar;

- Mevcut sağlığı korumak,
- İmkânlar ölçüsünde kaybedilen sağlığı geri getirmek,
- İmkânlar ölçüsünde hastalığı gidermek veya azaltmak,
- Daha büyüklerini gidermek için iki kötülükten daha az zararlısına katlanmak,
- Daha büyüklerini sağlamak için iki yarardan daha küçüğünü göz ardı etmektir.⁶⁵⁵

Teşhis koyma ve uygun tedaviyi seçip uygulama konusunda hekimlerin karşılaştıkları bir probleme daha değinmek gerekir. Problemin özünü İslam dininin önemle üzerinde durduğu mahremiyet konusu oluşturmaktadır. Bu anlamda erkek doktorun kadın hastayı muayene etmesi, muayene ve tedavi için gizli yerlerin açılması, doktorun, kadın ve erkek vücudunda, bakılması helal olmayan yerlere bakması İslam hukukçuları arasında tartışma konusu olmuştur.⁶⁵⁶

Necdet İbn Âmir el-Harûrî'nin "Resûlullah (s.a.v.) gazveye çıkarken kadınları da alır mıydı?" şeklindeki sorusuna İbni Abbas (r.a.) şöyle cevap vermiştir: "Evet, kadınları gazveye götürürdü. Onlar yaralıları tedavi ederlerdi. Kendilerine de ganimetten bir şeyler verilirdi."⁶⁵⁷ Bu rivayet Peygamberimiz (s.a.v.) Döneminde kadınların erkekleri tedavi ettiğini açıkça ifade etmektedir.

Erkeklerin kadınları tedavi etmesine gelince Mabsut'ta bu hususa şöyle işaret edilmiştir: "Bir kadının, erkeklerin bakması mubah olmayan bir yerinde yara çıkarsa erkek doktor ona bakmadan bir kadına çibanın nasıl tedavi edileceğini öğretir. Ancak kadın doktor bulamaz, başka bir kadına tedavi şeklini öğretmek de mümkün olmaz ve hasta kadının ölmesi veya dayanamayacağı bir acının meydana gelmesi söz

⁶⁵⁵ İbn Kayyim, *Zadü'l-Mead*, IV, 142-145.

⁶⁵⁶ Mübarek, *a.g.e.*, s. 116-121.

⁶⁵⁷ Müslim, Cihad, 137; Tirmizî, Siyer, 8; Ebu Dâvud, Cihâd, 152.

konusu olursa bu yaranın bulunduğu yer dışında kadının örtünmesinde, sonra onu bir erkeğin tedavi etmesinde bir sakınca yoktur. Böyle durumlarda zaruret miktarından fazlası mubah olmaz.”⁶⁵⁸ Fetava-i Hindiye’de Mabsut’ta yer alan yukarıdaki metin aktarıldıktan sonra buna ilaveten sünnetçinin, ebenin ve ilaç vakti doktorun, avret mahalline bakmalarının caiz olduğu söylenmiştir. Ayrıca kadının kan alması tehlikeli bulunursa yabancı erkeğin kan alabileceği belirtilmiştir.⁶⁵⁹

“Zaruretlar memnu olan şeyleri mubah kılar.” kaidesinden hareketle hastanın tedavisi avret yerlerine aitse doktorun böyle hastaların avret yerlerini muayene etmesi caizdir sonucuna ulaşılmıştır. Ancak “Zaruretlar kendi miktarlarınca takdir edilir.” kaidesi gereği doktor sadece muayenenin gerektiği kadar avret yerine bakabilir.⁶⁶⁰ Fıkıh bilgilerinin bu ölçü ve ayarlama ile alakalı sözlerinin bir örneğini Suyûtî (ö. 1505/911) şöyle naklediyor: “Yabancı bir kimse bir kadından kan alacak olsa bütünüyle kolun örtülmesi farz olup sadece kan almak için zaruri olan yer açılır.”⁶⁶¹ Hatta İslam tarihinde önemli bir yere sahip olan ihtisap müesseseleri muayene yetkisi vereceği doktorlara, hastaların yanına vardıklarında onların mahrem yerlerine gözlerini dikmeyeceklerine dair yemin ettirirdi.⁶⁶² Diğer taraftan muayene ve tedavi görevini yerine getirecek, hastanın hem cinsinden bir doktor varsa ancak o doktor muayeneyi gerçekleştirebilir. Örneğin kadın doğum uzmanı bayan doktor varsa erkek doktora muayene olamaz.⁶⁶³ Böyle bir kadın doktor bulunamazsa veya kadın doktor bulunur da bilgi ve tecrübesi yetersiz olursa erkek tarafından tedavisi, zaruret miktarı bakması ve dokunması caiz olur. Yukarıda anlatılan durumun terside söz konusu olabilir. Hasta olan bir erkek öncelikle bir erkek doktora muayene olmalıdır. Ancak erkek doktor yoksa veya tedavi noktasında yetersiz kalırsa kadın doktor bu erkek hastayı muayene edebilir. Ancak erkek doktorun kadınları

⁶⁵⁸ Serahsî, *Mabsut*, X, 157.

⁶⁵⁹ *el-Fetâva'l-Hindiyye*, V, 330.

⁶⁶⁰ İbn Nüceym, *a.g.e.*, s. 95; Udeh, *a.g.e.*, I, 203-204; *mv.f.*, “Tatbîb”, XII, 136-137; Mübarek, *a.g.e.*, s. 116-121.

⁶⁶¹ Suyûtî, *a.g.e.*, s. 60.

⁶⁶² Şeyzeri, *a.g.e.*, s. 148-149.

⁶⁶³ Zerkâ, *el-Medhal*, II, 993; Şinkiti, *a.g.e.*, s. 469; *mv.f.*, “Tatbîb”, XII, 136, 137.

muayenesinde uyması gereken kurallar kadın doktorun erkek hastayı muayenesi için de aynen geçerlidir.⁶⁶⁴

b. Hastayı Aydınlatma Borcu

Kişinin beden bütünlüğüne yönelik herhangi bir müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için o kişinin veya kanuni temsilcisinin izninin şart olduğunu daha önce belirtmiştik. Ancak rızayı gösterecek kişinin zihinsel yapısı ve açıklama anında herhangi bir dış etken tarafından iradesinin sakatlanmamış olması gerekeceği açıktır. Bununla birlikte rıza açıklayan kişinin, bu iradesinin konusu ve sonuçları üzerinde tam bir bilgisi olması gerekir. Özellikle insan hayatının söz konusu olduğu tıbbi müdahaleler konusunda rıza gösterenin yeterli şekilde aydınlatılmış olması gerektiği, tartışmasız kabul edilmektedir.⁶⁶⁵

Hasta ve hekim arasındaki ilişki, iki temel unsura dayanmaktadır. Bunlardan ilki hastanın, hekime kendisini emanet etmesindeki temel neden olan güven ilişkisidir. Hasta, içinde bulunduğu sıkıntılı durumdan kurtulmak için seçtiği bir hekime gitmekte, ona güven duymakta ve bir anlamda kendisini teslim etmektedir. Hekimse bu güven ilişkisi içinde hastası için en iyi olanı yapmaya çalışmakta, mesleki deneyim ve bilgisini de kullanarak, hastasını iyileştirmek onun tekrar sağlığına kavuşmasını sağlamak için çalışmaktadır. Ancak bunu yaparken gerçekleri hastaya açıklama görevi de hekimin yükümlülükleri içinde yer almaktadır.⁶⁶⁶

Aydınlatma görevi doğrudan doğruya tedavi sözleşmesinden doğan hekimlik mesleğinin bir gereğidir.⁶⁶⁷ Bu görevi yerine getirmeyen hekimin yaptığı müdahaleye gösterilen rıza geçersiz olacağından müdahalenin sonuçlarından hekim sorumlu tutulur. Tıp etiği açısından bu yükümlülüğüne aykırı davranan bir hekim, aynı zamanda kendiliğinden meslek kusuru işlemiş olacaktır.⁶⁶⁸

⁶⁶⁴ İbn Hacer el-Askalânî, *a.g.e.*, X, 142-143; İbn Nuceym, *a.g.e.*, s. 95.

⁶⁶⁵ Usame, *a.g.e.*, s. 170; Selâmî, *a.g.m.*, s. 561.

⁶⁶⁶ Çakmut, *a.g.e.*, s. 224.

⁶⁶⁷ Ayan, *a.g.e.*, s. 73.

⁶⁶⁸ Erman, Barış, *Ceza hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, s. 89.

Türkiye'de geçerli olan yasal düzenlemelerde, aydınlatma yükümlülüğünün şartlarını ve sınırlarını belirleyen ayrıntılı bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14/2'nci maddesi gereği, hekime “Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde teşhise göre alınması gerekli tedbirlerin açıkça söylenmesi” ödevi yüklenmiştir. Ayrıca 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun’un 7. maddesinde de hastanın aydınlatılması şart koşulmuştur.

Aydınlatma; hastanın bilgi ve eğitim düzeyine ve psikolojik durumuna göre yapılmalıdır. Hekim, hastanın anlayabileceği basitlikte ve açıklıkta terimler kullanılmalı doğruluktan ayrılmamalıdır. Müdahaleyle ilgili aydınlatma ise verilen bilgilerin, yürütülecek somut müdahaleye ilişkin özellikleri içermesi gerekir. Ancak üzerinde hiç bilgi yer almayan veya yetersiz bilgi içeren yazıların hastaya verilmesi aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği anlamı taşımaz.⁶⁶⁹

Müdahalenin yürütülmesinin sorumluluğunu üstlenen hekim, kural olarak aydınlatmada bulunmaya yetkilidir. Ancak hekim bu yetkiyi iş bölümü veya sözleşme gereği başka bir meslektaşına devredebilir. Burada sözleşmeden kastımız vekâlet akdi niteliğindeki tedavi sözleşmesidir. Nitekim bazı durumlarda vekil, başkasını kendi yerine vekil tayin edebilir.⁶⁷⁰

Aydınlatma hasta, henüz kavrama ve karar verme yeteneğinin tam olarak bulunduğu bir anda yapılmalıdır. Bu açıdan, hastaya bir düşünme süresi de tanınmalıdır. Aydınlatma kural olarak hastaya yapılmakla birlikte eğer tıbbi müdahaleye rıza göstermesi gereken başka kişiler (kanuni temsilciler) söz konusu ise bu kişiler de aynı şekilde aydınlatılmalıdır. Bu bağlamda, hastanın küçük veya akıl hastası olması durumlarında, veli veya vasiye aydınlatmada bulunması gerekmektedir.⁶⁷¹

⁶⁶⁹ Erman, *a.g.e.*, s. 90.

⁶⁷⁰ Çeker, *İslam Hukukunda Akidler*, s. 127.

⁶⁷¹ Erman, *a.g.e.*, s. 91-92.

Aydınlatmanın konusunu, teşhis, tedavi ve tedavi süreci, tehlikeler ve tedavinin sonuçları teşkil etmektedir. Bunun için hekim, öncelikle hastayı ilk yaptığı muayene sonucu tıbbi bulgular ve teşhis hakkında aydınlatmalıdır. Daha sonra hastayı tedavi ve müdahalenin türü ve içeriği hakkında bilgilendirmeli⁶⁷² ve son olarak da müdahalenin beraberinde getireceği tehlikeleri bildirmelidir. Bu aydınlatmanın kapsamına tedavinin yan etkileri de dâhildir. Ancak doktor tüm yan etkileri açıklamak zorunda değildir. Önemli olan tedavi ile ortaya çıkabilecek tipik tehlikelerin hastaya bildirilmesidir. Nadiren meydana gelebilen sonuçları bildirme zorunluluğu yoktur.⁶⁷³ Bütün bunlar hastanın neye rıza gösterdiğini bilmesi açısından önemlidir.

Aydınlatmanın ikinci aşamasını ise hastanın, tedavi ile yapılacak tıbbi müdahalenin türü (operasyon, enjeksiyon, elektroşok veya ışın tedavisi gibi) ve içeriği hakkında bilgilendirilmesidir. Yapılması öngörülen müdahalenin türü açısından da aydınlatmada bulunulması gerekir. Müdahalenin tanıya mı tedaviye mi yönelik olduğu da bu kapsamdadır. Hasta tanıya yönelik bir müdahale yapılacağını düşünüyor; ancak hekim bu arada iyileştirici bir müdahalede bulunuyorsa bu, rızanın sınırlarının dışında bulunduğu anlamına gelecektir.⁶⁷⁴

Hekim müdahalenin muhtemel sonuçları hakkında da hastayı veya kanuni temsilcisini bilgilendirir. İstensen veya istenmesin, yapılması öngörülen müdahale sonucunda doğal olarak ortaya çıkması beklenen sonuçlar müdahalenin sonuçlarını oluşturur.⁶⁷⁵ Dolayısıyla hem amaçlanan hem de istenmeyen zorunlu sonuçlar bu kategoriye girmektedir. Riskler ise müdahale sonucu çeşitli oranlarda oluşabilecek istenmeyen sonuçları ifade eder. Riskler, hayati tehlikeden, muhtemel yan etkilere kadar geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır. Ayrıca müdahalenin başarı/başarısızlık

⁶⁷² Usame, *a.g.e.*, s. 173.

⁶⁷³ Usame, *a.g.e.*, s. 173-174.

⁶⁷⁴ Erman, *a.g.e.*, s. 96.

⁶⁷⁵ Usame, *a.g.e.*, s. 173.

ihtimali ve bunun hastanın bedeni üzerinde ne gibi bir etkiye sahip olabileceğini de bütün açıklığı ile hastaya açıklamak hekimin bir görevidir.⁶⁷⁶

Hekimin müdahalenin sonuçlarıyla ilgili hastayı aydınlatması gereken bir diğer husus da ortaya çıkması kesin olan istenmeyen sonuçlardır. Örneğin müdahale sonrası kadının doğurganlık yeteneğini kaybetmesi, dikkati çeken yara izleri ortaya çıkması kesin olan sonuçlardır ve bu konuda gerekli bilgilendirmeler yapılmalıdır. Müdahalenin sonuç ve riskleri açıklanırken, hekimin kişisel görüşlerine değil, tıp biliminin verilerine dayanılması gerekir.⁶⁷⁷

Hastaya yapılacak müdahale ne kadar acilse hastayı bilgilendirmek bazen zaman kaybına neden olabilir. Böyle durumlarda aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı ile müdahalenin aciliyeti arasında tersine bir orantı olduğu kabul edilmektedir. Müdahale ne kadar acilse, aydınlatmanın da kapsamı o ölçüde daralmaktadır. Burada önemli olan, hekimin yardımda bulunma göreviyle aydınlatma yükümlülüğü arasındaki dengeyi kurabilmesidir. Acil ve hastanın hayati tehlikesi bulunan durumlarda hekim en temel bilgileri vererek bu dengeyi kurabilir.⁶⁷⁸

Bazı hâllerde hekim için aydınlatma borcunun tamamıyla ortadan kalktığı kabul edilmektedir. Bunlardan biri hastanın, kendi serbest iradesiyle aydınlatmadan feragat etmesidir. Aydınlatma borcunu bütünüyle ortadan kalkmasına yol açan diğer bir önemli sebep de “zaruret hâli”dir. Müdahalenin derhâl icrası hastanın hayatını kurtarmak veya ağır bir zarara uğramasını engellemek için zorunlu ise yine aydınlatmadan vazgeçilebilir. Zaruret hâline örnek olarak bir kazada bilincini kaybetmiş bir şekilde (koma hâlinde) hastaneye getirilen hastanın durumu gösterilir. Böyle bir hadisede, aydınlatmaya dayalı rızanın alınmasını beklemek hastanın hayatı için çok ciddi tehlikelere yol açabileceğinden, rıza alınmaksızın yapılan müdahaleler

⁶⁷⁶ Erman, *a.g.e.*, s. 97.

⁶⁷⁷ Erman, *a.g.e.*, s. 97.

⁶⁷⁸ Erman, *a.g.e.*, s. 98-99.

hukuka uygun sayılırlar. Aynı şekilde, müdahalenin hayati ivedilik taşıdığı hâllerde de aydınlatmanın ihmal edilebileceği belirtilmektedir.⁶⁷⁹

Aydınlatmanın ihmal edilebileceği son bir hâl de bilgilendirmenin hasta için anlamını kaybetmiş olmasıdır. Bu nedenle ölmek üzere olan bir hastaya acılarını hafifletmek için yapılan tıbbi müdahalelerde hekimin aydınlatmada bulunması gerekmez. Zira böyle bir durumda, zaten ölmekte olan ve karar yeteneğine sahip olmayan hastaya gerçeğin açıklanması herhangi bir yarar sağlamayacaktır.⁶⁸⁰

Hastanın belirli bir konuda aydınlatılmayı talep ettiğinde hekim imkân ölçüsünde bu isteği karşılamakla yükümlüdür. Zira bu gibi bir durumda hasta, talep ettiği bilginin, kendi seçimi açısından önem taşıdığını belirtmiş olmaktadır. Hastanın önerilen müdahaleyi veya tedavi şeklini reddetmesi durumunda da hekim, bu hakka saygı göstermekle birlikte kararı hemen kabul etmemeli, doğru olduğuna inandığı çözüm yolunda hastayı ikna etmek için çabalamalıdır. Bu kapsamda da aydınlatma yükümlülüğü sürmekte, ancak tedaviyi reddeden hastaya bu reddin sonuçlarını tam olarak ve başarıyla açıkladığında sona ermektedir.⁶⁸¹

Yetersiz aydınlatmanın sonucunun, kural olarak rızanın geçersizliği şeklinde ortaya çıkacağıdır. Bu da yapılan müdahaleyi doğrudan hukuka aykırı hâle getirecektir. Böyle bir sonucun doğması için, hekimin aydınlatma yükümlülüğüne uymaması yeterli olup, ayrıca bir meslek kusuru işlenmesi aranmaz.

c. Özen Gösterme Borcu

Hastası ile tedavi sözleşmesi yapan doktor, tedavide gereken özeni göstermediği zaman da sorumlu olur. Çünkü sözleşmenin doktora yüklediği borçlardan biri de tıp ilminin nazari ve pratik esasları çerçevesinde hastanın rahatsızlığını doğru bir şekilde teşhis edip iyileşmesi için tıp ilminin öngördüğü en uygun yöntemi belirleyip uygulamaktır. Buna bağlı olarak doktor, tercih edilen

⁶⁷⁹ Usame, *a.g.e.*, s. 174-175; Ayan, *a.g.e.*, s. 78-79.

⁶⁸⁰ Şenocak, *a.g.e.*, s. 58.

⁶⁸¹ Erman, *a.g.e.*, s. 103.

tedavi yöntemini uygularken gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Hekim, ilmî ve bedeni gücü dâhilinde sakınılması mümkün olan ve tedavinin bütün yan tesirlerini hesaba katarak, onların meydana gelmemesi için bütün gücünü sarf etmek, gerekli özeni göstermek zorundadır.⁶⁸² Ancak bu şekilde borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılır. Bu nedendir ki İslam hukukçuları, doktorlar ve yardımcı personelin kaçınılması mümkün olmayan faktörlerin neden olduğu sonuçlardan sorumlu tutulamayacağını beyan etmişlerdir.⁶⁸³

Doktor, mühendis ve sanayide çalışan elemanlar gibi özel bilgi ve beceri gerektiren belli meslek erbabının mesleklerini icra ederken gerekli emniyet tedbirlerine riayet etmeleri gerekir. Buna göre mevcut tıp teknolojisinin bütün araçları titizlikle kullanıldığı hâlde belirlenemeyen veya tıp ilminin henüz tespit edemediği bir hastalığın neden olduğu sonuçtan doktora ve yardımcı personeline herhangi bir sorumluluk terettüp etmez. Bu nedenle böyle bir durumda, tedavi sonucunda ortaya çıkan organ veya fonksiyon kaybı ile diğer mali zararlarının telafisi için hastanın, ölüm hâlinde de destekten mahrumiyet ve manevi zararlarının karşılanması için hasta yakınlarının, doktordan tazminat talep etme hakları bulunmaz. Çünkü doktor ve sağlık hizmetlerini yürüten diğer görevlilerin hastalarla yaptıkları sözleşmeden doğan borçları elden gelen gayreti ve özeni göstermektir. Dolayısıyla burada sözleşmeye dayalı sorumluluğun şartlarının ihlâlinden söz edilemez.⁶⁸⁴

Hekim, normal şartlar altında, sakınılması mümkün olan sonuçların ortaya çıkması hâlinde sorumlu tutulur. Çünkü bu netice doktorun, gerekli özeni göstermediği, elinden gelen gayreti sarf etmediği için ortaya çıkmıştır. Bu nedenle kusurlu sayılır ve sonuçtan sorumlu olur. Eğer bütün dikkatini vererek gerekli itinayı gösterdiği hâlde daha önce görülemeyen nedenlerden dolayı hasta ölmüş veya bir organının kaybetmiş ya da bir organ fonksiyonunu yitirmişse doktor sorumlu olmaz.

⁶⁸² Sırâc, “Damanü’t-Tabîb fi’l-fikhi’l-İslamî, *Mecelletü Mecmai’l-Fıkhi’l-İslamî*, s. 607.

⁶⁸³ Serahsî, *Mebcut*, XV, 103; Kâsani, *a.g.e.*, IV, 310; Bilmen, *a.g.e.*, VI, 238; Sırâc, *a.g.m.*, s. 621.

⁶⁸⁴ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 11.

Çünkü bu, sakınılması mümkün olmayan bir durumdur.⁶⁸⁵ Doktor bu gibi sonuçlardan sorumlu olmaz. Çünkü doktora, elinden gelen gayreti sarf etmesi, gerekli özeni göstermesi hâlinde kusur izafe edilemez. Örneğin ağrıyan dişini tedavi ettirmek üzere gelen hastanın ağırmayan dişini çeken doktor sorumlu olur.⁶⁸⁶ Çünkü hekim gerekli dikkat ve özeni göstermediğinden böyle bir sonuca sebebiyet vermiştir.

d. Sadakat ve Sır Saklama Borcu

Sadakat borcu, hekimin, hastanın sağlığını korumak için gerekli her şeyi yapması, zarar verecek şeylerden ise kaçınmasını ifade eder.⁶⁸⁷ Bu da hekimin hasta ile yaptığı sözleşmeden kaynaklanır. Çünkü yaptıkları sözleşme gereği hekim hastaya karşı onun hastalığının teşhis ve tedavisini üstlenmiştir. Yaptığı anlaşmaya uyarak bu yükümlülüklerini yerine getirmesi sadakat borcunun bir gereğidir.⁶⁸⁸

Doktorun hastasını muayene ettikten sonra elde ettiği bulguları yazarak bir nüshasını kendi yanında bulundurmamak suretiyle tedaviyi takip etmesi onun mesleki yükümlülükleri arasında yer alır.⁶⁸⁹ Hekimin bütün bunları yapması, hasta ile arasında yaptığı sözleşmeye sadakatinin bir ifadesi olarak görülebilir.

Hekim, sadakat borcunun bir gereği olarak hastaya karşı dürüst davranmalı, onun güvenini sarsacak davranışlardan kaçınmalıdır.⁶⁹⁰ Tedavi faaliyetini gerçekleştirirken sadece kendi sanatının kurallarına uygun şekilde davranmakla yetinmemeli, somut olay bakımından hastanın kişiliğini de göz önünde tutmak suretiyle özel bir anlayış göstermelidir.⁶⁹¹ Ayrıca hekimin, hastaya ait teşhis ve tedavi dolayısıyla sahip olduğu sırları korumak da bir sadakat borcudur.⁶⁹²

⁶⁸⁵ Kaya, "Sorumluluk", s. 161.

⁶⁸⁶ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 14; İbn Kudame, *a.g.e.*, VIII, 122; Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 980.

⁶⁸⁷ Ayan, *a.g.e.*, s. 87.

⁶⁸⁸ Sibaî ve Bâr, *a.g.e.*, 56, 57.

⁶⁸⁹ Şeyzeri, *a.g.e.*, s. 148; Gamidi, *a.g.e.*, s. 284.

⁶⁹⁰ Fazlur Rahman, *a.g.e.*, s. 140.

⁶⁹¹ Ayan, *a.g.e.*, s. 88.

⁶⁹² Armağan, Servet, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, s. 100.

İslam hukukunda özellikle meslek sahiplerinin, meslekleri sırasında öğrendikleri hususları açıklamaları özel olarak düzenlenmiş değildir. Bununla beraber başkalarının sırlarını öğrenmeyi amaçlayan davranışlarda bulunmak veya herhangi bir şekilde öğrenilen kabahatleri başkalarına söylemek İslam dini tarafından yasaklanmıştır.⁶⁹³

İslam hukukunda başkasının sırrını, özellikle meslek sahibinin müşterisinin sırrını açıklaması, İslam hukuku kaynaklarında açıkça bir suç olarak gösterilmemiştir. Ancak belirli bazı fiillerin kişilere veya kamuya zarar vermesi hâlinde bunlar kanun koyucu tarafından suç hâline getirilir ve failerin cezalandırılması yoluna gidilebilir. Bundan ötürü gerek mesleği gerekse özel ilişkileri nedeni ile başkasının sırrını öğrenip ve bunu açıklayan, sırrını açıkladığı kimsenin zarar görmesine neden sorumlu tutulur. Bununla beraber bu sorumluluğun haklı bir nedene dayanmaması da gerekir.⁶⁹⁴

Avukat, banka memuru, noter, doktor gibi bazı kişiler meslekleri icabı başkalarının özel hayatına dair sırları öğrenmektedirler. Ancak bu gibi kimselerin, mesleklerini ifa esnasında öğrendikleri sırları saklamak, ifşa etmemek mecburiyetleri vardır.⁶⁹⁵ Çünkü hastanın güven içerisinde hekimine açılabilmesi için aralarında belli bir güven ortamının bulunması gerekir. Bu anlamda hekimin hastalara karşı en önemli görevlerinden biri, onların teşhis ve tedavi dolayısıyla sahip olduğu sırlarını korumak, başkalarına söylememektir. Hekim hastanın sırlarını kendisine verilmiş bir emanet olarak görmelidirler. Bu sırları **وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَانَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ** **“Yine onlar (o müminler) ki emanetlerine ve ahitlerine riayet ederler”**⁶⁹⁶ ayetinde belirtildiği üzere gereği gibi korumalıdır. Çünkü bu ayet doktorlara da hastasının sırlarını saklama sorumluluğunu yüklemektedir.⁶⁹⁷

⁶⁹³ Hucurât, 49/12.

⁶⁹⁴ Mübarek, *a.g.e.*, s. 247; Selâmî, *a.g.m.*, s. 560.

⁶⁹⁵ Sibaî ve Bâr, *a.g.e.*, s. 112; Armağan, *a.g.e.*, s. 100.

⁶⁹⁶ Mü'minûn, 23/8.

⁶⁹⁷ Mübarek, *a.g.e.*, s. 247.

İslam tarihinde muhtesiplerin doktorlara, hastaların gizli sırlarını ifşa etmemeleri, gizli kalması gereken hususları orada burada anlatmamaları hususunda yemin ettirdikleri bilinmektedir.⁶⁹⁸ Diğer taraftan muhtesipler “Doktorlar kırılan kemikleri sararken ve hastalarını tedavi ederken başkalarının görmesine izin vermez, gizli yerde muayene ve tedavilerini yaparlar.”⁶⁹⁹ diyerek doktorlardan, görevlerini gerekli gizlilik içerisinde yürütmelerini istemişlerdir. Mesleki faaliyet sahaları dışında kalan hususlarda ise doktorlar için de genel kaideler geçerlidir. Yani onlar da diğer şahıslar gibi, özel hayatın gizliliğine riayetle mükelleftirler.

Türk hukukunda ise Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 4. maddesinde “Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça ifşa edemez.” denilerek hekimlerden hastalarının sırlarını ifşa etmemeleri istenmiştir.

Hekimin hastasıyla ilgili sırları saklama yükümlülüğü ile ilgili Türk hukukunda tartışılan bir diğer husus da üçüncü kişilere (hastanın yakınlarına veya başka bir hekime) hasta dosyalarını incelettirme yetkisinin olup olmadığıdır. Bununla ilgili açık bir düzenleme olmamasına karşın hekimin, hastasıyla ilgili sırları saklama yükümlülüğünün, vekilin vekâlet görevini sadakat ve ihtimamla ifa borcundan doğduğu kabul edilmektedir.⁷⁰⁰ Söz konusu yükümlülük gereği, hekimin, hastanın rızası olmaksızın hastalıkla ilgili kayıtları, hastanın yakınları ya da hastanın tedavi olduğu yeni hekim tarafından incelenmesine izin verme yetkisi yoktur. Hekimin sır saklama sorumluluğu hastanın ölümünden sonra da devam eder.

Kural olarak rızası olmadıkça hastaya ait kayıt ve belgelerin başkalarına verilmesi ve sırlarının ifşa edilmesinin hukuka aykırı olduğunu yukarıda belirtmiştik. Ancak hekim için bir haklılık sebebi varsa sırları açıklayabilir. Güvenlik gibi kamu yararını gerektiren durumlar buna örnek verilebilir. Yine bulaşıcı hastalığa

⁶⁹⁸ Şeyzeri, *a.g.e.*, s. 148-149.

⁶⁹⁹ Şeyzeri, *a.g.e.*, s. 152; Mecmai'l-Fıkhi'l-İslami'nin 2004 yılında Umman'da yaptığı 15. dönem toplantısında “Doktorun, hastasının sırlarını açıklaması sorumluluk sebebidir.” şeklinde bir karar almıştır. *Mecelletü Mecmai'l-Fıkhi'l-İslamî*, C 4, Sayı: 15, s. 680.

⁷⁰⁰ TBK, m. 390/2.

yakalanmış olup tedavisi bitmeden toplum içine karışan bir kişinin hastalığıyla ilgili bilgileri ilgili makamlara bildirilirse hekim sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmiş olmaz. Ancak böyle bir durumda bile hekim hastalarını teşhir ve rencide edici üsluptan kaçınmalıdır.⁷⁰¹

2. Kusur

Hekimin sözleşmeye dayalı (akdi) bir sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için, sözleşmenin ihlalinin yanında onun kusurlu olması da şarttır. Sorumluluk hukuku bakımından kusur, hukuk düzeni tarafından hoş görülmeyip kınanan bir davranış biçimidir. Başka bir ifadeyle, “benzer durum ve şartlar altında bulunan kişilerden beklenen ortalama davranış biçimine uymayan, ondan sapan ve ayrılan davranış biçimi” kusur adını alır. Sorumluluk hukukunda kusur, failin durumu da dikkate alınarak “kasıt” ve “ihmal” olmak üzere iki şekilde ele alınır.⁷⁰²

İslam hukuku kaynaklarında kullanılmış olan teammüd/amd, taksir, şibh-i amd ve bir yönüyle hata terimleri, Türk pozitif hukukundaki kusur üst kavramının içine girebilecek terimlerdir.

Kusur, İslam hukuku kaynaklarında, Türk pozitif hukukunda kullanıldığı anlamda kullanılmamıştır. Kusur kelimesinin karşılığında “amd” veya “teammüd” kelimeleri kullanılmıştır.⁷⁰³ Verilen örnekler de incelendiğinde teammüd kavramının kasıt anlamını ifade etmekle birlikte ihmal (taksir) ve tedbirsizliği de içine aldığı görülmektedir.⁷⁰⁴ Çağdaş müellifler ise kusur kelimesi yerine “hata” kelimesini de kullanmışlardır.⁷⁰⁵

⁷⁰¹ Mübarek, *a.g.e.*, s. 253; Sibaî ve Bâr, *a.g.e.*, s. 115; Hassan Şemsî Paşa, *a.g.m.*, s. 470-472.

⁷⁰² Ayan, *a.g.e.*, s. 100.

⁷⁰³ Şâfiî, *a.g.e.*, VII, 249, 252; Serahsî, *Mebûsât*, XXVII, 84; Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 345; İbn Kudâme, *a.g.e.*, IX, 67; Mahmasanî, *a.g.e.*, I, 199-202; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 499.

⁷⁰⁴ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 499. Bazı araştırmacılar amd ve teammüd kelimelerinin İslam Hukuku kaynaklarında kasıt anlamının dışında kullanılmadığını ifade etmektedirler. Yıldız, Kemal, *İslam Hukukunda Kusura Dayanan Akit Dışı Sorumluluk*, s. 30.

⁷⁰⁵ bk. Ebu Zehra, *el-Cerime*, s. 454-461; Mahmasanî, *a.g.e.*, I, 194; Sırâc, *a.g.m.*, s. 605; Gamidi, *a.g.e.*, s. 79-82.

Kasıt, bilerek ve isteyerek zarara sebebiyet vermek demektir.⁷⁰⁶ Failin bilerek ve isteyerek bir zarara sebebiyet vermiş olması ancak zararlı fiilin meydana gelmiş olmasında kendini gösterir. Bunlar olmadığı zaman kasıttan yani taammütten söz edilemez.⁷⁰⁷ Kastın, doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki türü vardır. Eğer fail hukuka aykırı olan sonucu hem tasavvur etmiş hem de onu gerçekten istemişse buna doğrudan kasıt denir. Dolaylı kast ise failin meydana gelen sonucu istememekle birlikte onu göze almasıdır.⁷⁰⁸

Normal şartlarda doktor, müdahalesini hastanın iyileşmesi doğrultusunda iyi niyetle kullanması gerekir.⁷⁰⁹ Eğer doktor kötü niyetliyse veya hastasını öldürmek isterse bu davranışı sebebiyle sorumludur. Buna hekimin sırf yüksek bir tedavi ücreti elde etmek için bilerek ve isteyerek yanlış tedavi uygulaması ve böylece tedavi süresini uzatması; yine aynı amaçla hiç gerekmediği hâlde hastayı ameliyat etmesi; hasmı olduğu için veya bir başkasının arzusu üzerine hastayı zehirlemesi gibi durumlar gösterilebilir. Bu müdahaleler hastanın ölümüne veya daha fazla ağırlaşmasına sebep olmasa hatta hastanın iyileşmesine vesile olsa da hekim sorumludur. Çünkü bu durumda doktorun kasıt taşıyan hareketleri suç hükmüne giren ve cezalandırılması gereken bir fiil niteliğini kazanmaktadır.⁷¹⁰ Ancak genellikle hekimin sorumluluğunda kasıtlı davranışlar fazla görülmez. Sorumluluğa esas teşkil eden olayların büyük çoğunluğu ihmal şeklinde kendini gösterir.⁷¹¹

İhmal (taksir), bir işte gevşeklik göstermek, o işi gereği gibi yerine getirmemek anlamındadır.⁷¹² Ayrıca Mecelle'nin 607. maddesinin şerhinde verilmiş olan örnekler incelendiğinde maddede geçen taksir kelimesi ile “yapılması gerekenin yapılmamasının veya yapılmaması gerekli olan şeyin de yapılmış olmasının”

⁷⁰⁶ Şafak, Ali, “Kasıt”, *DİA*, XXIV, 559; *mv.f.*, “Niyet”, XXXXII, 60; Kal’aci, *a.g.e.*, s. 332; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 233.

⁷⁰⁷ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 501.

⁷⁰⁸ Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 478.

⁷⁰⁹ Şâfiî, *a.g.e.*, VIII; 123.

⁷¹⁰ Udeh, *a.g.e.*, I, 521; Gamidi, *a.g.e.*, s. 305.

⁷¹¹ Ayan, *a.g.e.*, s. 102.

⁷¹² Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 501.

kastedildiği anlaşılmaktadır.⁷¹³ Şafî mezhebi hukukçularından Nevevî (ö. 676/1277) de taksir kelimesini aynı anlamda kullanmıştır.⁷¹⁴ Diğer taraftan her ne kadar fail meydana gelecek zararlı sonucu istemese de bu sonucun meydana gelmemesi için iradesini yeteri derecede kullanmaması, gerekli tedbirleri almaması dikkat ve özeni göstermemesi onun ihmali gösterir.⁷¹⁵

İhmal, “aynı şartlar altında, aynı özelliklere sahip kişilerin iş hayatında gösterdikleri gerekli özenin gösterilmemesi, kısaca özen eksikliğidir.” Bu, dikkatsiz bir yapma veya alınması gerekli tedbirleri almama şeklinde ortaya çıkabilir.⁷¹⁶ Fail üzerine düşen dikkat ve özeni göstermiş olsaydı istemediği zararlı sonuç meydana gelmeyecekti. Örneğin umumi yol üzerinde çukur kazan bir kimse gerekli tedbirleri alması gerekir. Gerekli tedbirleri almaması dikkat ve özeni göstermemesi ihmaldir ve dolayısıyla kusurdur. Bunu yapan kimse, açtığı çukura düşen bir canlının gördüğü zararı tazminle sorumludur. Burada sorumluluğun sebebi “sebebiyet ve ihmal”dir.⁷¹⁷ Aynı şekilde cahil tabip, hacamatçı, aşçı ve benzeri zenâatkârlar, eğer gerçekten o sanata sahip olmamak gibi ya da sanatlarını icra ederlerken ihmal göstermek suretiyle kusurlu bulunurlarsa verdikleri zararı tazminle sorumlu tutulurlar. Sanatlarını icra sırasında ihmal göstermemeleri hâlinde ise aksine zarar vermiş olsalar bile tazminle sorumlu tutulmazlar.⁷¹⁸ Diğer taraftan tedavi olmak için gelen bir yaralının tedavisini gereği gibi yapmayıp ihmal eden hekim de sorumludur.⁷¹⁹

Failin iç iradesini yansıttığı gerekçesiyle taksirin (ihmalin) kusur sayılamayacağı iddiası doğru değildir. Çünkü hekimin davranışı, bu işten anlayanların ve meslektaşlarının yapabileceklerine, somut olayın hâl ve şartlarına göre alınması zorunlu tedbirlere, harcayacağı çabaya, göstereceği özene göre

⁷¹³ Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 966-970.

⁷¹⁴ Şirbîni, *a.g.e.*, IV, 206.

⁷¹⁵ Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, II, 558; Oğuzman, M. Kemal ve Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Dersleri*, s. 41-42.

⁷¹⁶ Kal‘aci, *a.g.e.*, s. 77; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 185.

⁷¹⁷ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 504.

⁷¹⁸ Şâtîbî, *a.g.e.*, I, 232.

⁷¹⁹ Udeh, *a.g.e.*, I, 459.

değerlendirilir ki bu objektif bir ölçüdür.⁷²⁰ Ancak, ihmalin değerlendirilmesinde objektif bir ölçünün benimsenmesi, her olay için geçerli tek bir davranış modelini gerektirmez. Örnek (ortalama) davranış tipi belirlenirken somut olayın özellikleri de göz önünde tutulur. Mesela pratisyen bir hekimin davranışı, ortalama seviyedeki bir pratisyen hekimin davranışıyla; uzman bir hekimin davranışı, orta seviyedeki uzman bir hekimin davranışıyla kıyaslanır. Pratisyen bir hekimden, uzman bir hekimin göstereceği özeni göstermesi beklenemez. Ancak, borçlunun (hekimin) bilgi ve yetenekleri makul (ortalama) tipin bilgi ve yeteneklerinden daha üst düzeyde ise artık ortalama tipin özen yükümlülüğü esas alınmaz.⁷²¹

Sorumluluk hukukunda ihmal, ağırlık derecesine göre ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılır. Ağır ihmal, aynı şartlar altında bulunan makul her insanın alması gerekli en basit tedbirin alınmamış olmasıdır. Hafif ihmal ise ancak dikkatli kişilerin gösterebileceği özenin gösterilmemesidir.⁷²² Hekimin hukuki sorumluluğu bakımından ihmalin ağır veya hafif olması arasında fark yoktur. Zira ihmalin ağır veya hafif ihmal şeklinde sınıflandırılması, gerek akdi gerekse akit dışı sorumlulukta sadece tazminat miktarının hesaplanmasında önem taşır. Yoksa hekim, ister ağır ister hafif olsun her türlü ihmalden sorumludur.⁷²³

Kusur kavramı içerisinde değerlendirilebilecek bir diğer kavram da “şibh-i amd”dir. Cinayât bölümleri işlenirken “şibh-i amd”, genelde öldürücü olmayan vasıtalarla başka birisinin ölümüne sebebiyet verildiğinde failin iç iradesi için kullanılır. Dikkat edilecek olursa öldürme kastı olmamakla birlikte mevcut vasıtanın ihmalkâr bir surette kullanılması ölüme sebebiyet vermiştir. Amd, kısıası gerektirirken, şibh-i amd diyeti ve keffareti gerektirmektedir.⁷²⁴ Burada şibh-i amdin, kusurun bir çeşidi olduğu sonucuna varabiliriz.

⁷²⁰ Mübarek, *a.g.e.*, s. 267; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 505.

⁷²¹ Ayan, *a.g.e.*, s. 103.

⁷²² Feyzioğlu, *a.g.e.*, s. 481.

⁷²³ Ayan, *a.g.e.*, s. 103.

⁷²⁴ İbn Kudame, *a.g.e.*, IX, 321.

Teammüd, amd, taksir ve şibh-i amd kelimelerinin yanında “hata” kelimesini de kusur kavramı içerisinde değerlendirmek mümkündür. Nitekim İslam hukuku sahasında yapılmış olan muasır çalışmalarda “hata” kelimesinin, Türk pozitif hukukundaki “kusur” kavramıyla aynı manayı ifade etmek için kullanıldığını yukarıda belirtmiştik.⁷²⁵ Kanaatimizce hata kelimesi kusur kavramını tam karşılamamakla birlikte onun kapsamı içerisinde değerlendirmek mümkündür.

Hata “düşünürken konuşurken veya bir iş yaparken vuku bulan yanlışlık, hedeflenen ve doğruyu tutturamama” anlamına gelir. Buna göre bilgi alanındaki hata istenilmeden yapılan yanlış ve yanılğı, eylem alanındaki hata ise amacın gerçekleşmemesi ve sonucu önceden görememe durumu şeklinde açıklanabilir. Fiili hata, “bir fiilin, failin kastına aykırı biçimde gerçekleşmesi” şeklinde de tanımlanmaktadır.⁷²⁶

Doktorun hatası teşhiste ve fiilde olmak üzere iki çeşittir.⁷²⁷ Eğer doktorun muayene ettiği hastasına koyduğu teşhiste isabet edemezse teşhis hatası söz konusudur. Örneğin doktor hastanın iyileşmesi için organlarından birisinin kesilmesine karar verir, sonra teşhisin yanlış olduğu yani daha sonra hastanın tedavisinin organını kesmeden de mümkün olduğu ortaya çıkarsa, bu durumda vücuttaki telef (hasar) fiilden değil aksine doktorun teşhis hatasındandır. Teşhis hatası için İslam’ın hükmü, doktor mesleğinin ehli ve doktorluk yapması yasak değilse tazminat cezasının olmayacağı şeklindedir. Çünkü Allah (c.c.) **وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ** **...Hata ettiklerinizde üzerinize bir günah yoktur...**⁷²⁸ buyurmaktadır. İşte bu nitelikleri taşıyan bir doktor, hastaya bir ilaç verir de bunun

⁷²⁵ Ancak hata kelimesi, amdin karşıtı olarak da kullanılır. Meselâ hata ile adam öldürmekten söz eden ayette (Nisâ, 4/92) ve ümmetten hata, unutma ve zorlama altında yaptığının kaldırıldığını bildiren hadiste (İbn Mace, Talâk, 16) geçen hata kelimelerinin kasit ve amdin karşıtı olarak kullanıldığını söylenebilir. Apaydın, H. Yunus, “Hata”, *DİA*, XVI, 437.

⁷²⁶ Apaydın, a.g.m., “Hata”, *DİA*, XVI, 437; Kal‘aci, a.g.e., s. 174, 175; Erdoğan, a.g.e., s. 144.

⁷²⁷ Mübarek, a.g.e., s. 154.

⁷²⁸ Ahzâb, 33/5.

sonucu hasta ölür veya bir organını kaybederse doktora tazminat cezası yoktur. Zira meydana gelen ölüm veya organ hasarı meşru bir fiil sonucu meydana gelmiştir.⁷²⁹

Teşhis hatası içindeki doktor eğer ölen hastanın diyetini vermekle yükümlü tutulursa bu halkın doktorluktan kaçınmasına yol açar. Zira o zaman doktorlar çok tazminat cezası ile karşı karşıya geleceklerinden ve zarara gireceklerinden korkarlar. Hâlbuki doktorluk ilmi, fıkıh bilginlerinin icmaı ile farzı kifayedir. Doktorluk halkın hastalıklarını tedavi edici bir meslektir. Şu hâlde diyet tazmin cezası, farzı kifaye olan bir mesleğin yok olmasına yol açar. Hiç kuşkusuz bu ve benzeri durumlarda tazminat cezasının olmaması için mutlaka iki şartın bulunması gerekir. Bunlar daha önce geçtiği üzere hekimin meslekten men edilmiş olmaması ve hastalığa doğru teşhis için olanca gücünü harcamış olmasıdır.⁷³⁰

Hekimin hastasını tedavi etmek maksadı ile ameliyat etse ancak hasta bu ameliyat sonucu ölse fiil hatasından söz edilir. Örneğin, bir doktor hastanın kangren olan bir organını kesse bu ameliyat hastanın ölmesine yol açsa veya bir çocuğu sünnet etse bu sünnet çocuğun ölümü ile sonuçlansa yine failin hatası söz konusudur. İşte sözünü ettiğimiz bu hata çeşitleri öldürme fiilindeki hataya benzemektedir. Bir hekim ameliyat yapmaktan yasaklı değilse, bütün ihtiyat tedbirlerini almış, olanca gücünü harcamış ise ve buna rağmen sonuç onun istediğinin aksine gelişmiş ise yani yaptığı fiil o kişinin iyileşmesine yol açacak yerde bütün vücuduna zarar vermiş ve ölmesine yol açmış ise, ölenin diyetini tazmin etmez.⁷³¹

Fıkıh bilginleri fahiş hatanın tazminat gerektirdiği konusunda görüş birliği içindedirler. Bir hatanın fahiş olup olmamasının kriteri hastanın gördüğü zararın miktarı değildir. Çünkü hastanın ölmesine ya da bir organının hasar görmesine yol açan zarar, haddi zatında tehlikelidir ve hafif sayılamaz. Burada fahiş hata kavramından maksat, tıp ilminin temel prensiplerine aykırı olan ve hekimlik alanında

⁷²⁹ İbn Kayyim, *Zadü'l-Mead*, IV, 141; Ebu Zehra, *el-Cerime*, s. 454..

⁷³⁰ Ebu Zehra, *el-Cerime*, s. 455.

⁷³¹ Bilmen, *a.g.e.*, III, 113.

uzman kişilerin bu ilmin verilerine uymadığını belirttikleri yanılmalardır.⁷³² Ayrıca doktorun ihmali ya da sonuçlarından kaçınabileceği, ama bunun tedbirlerini almadığı fiillerdir. Bir doktor, tıp ilminin kendisine yüklemiş olduğu gerekli çabayı sarf etmemişse sorumluluğun ve vicdanın emrettiği gerekli tedbirleri almamışsa ve bu kusur hastanın ölmesi ya da bir organın hasar görmesi ile sonuçlanmışsa fahiş hatadan söz edilir. Örneğin yaralanan kişi kendisini tedavi etmesi için hekime müracaat eder, hekim de yaralıyı yanlış tedavi ederse yahut yanlış olarak yaptığı bir ameliyat sonucu yara iyileşmez ve bütün bunların neticesinde adam ölürse hekim kasıtlı öldürme suçundan sorumlu olur. Çünkü fiili tek başına öldürücüdür veya onun fiili ölüm neticesinin ortaya çıkmasında tek başına müessirdir.⁷³³

Ebu Zehra, fahiş hataya şu örneği verir: Yüksek tansiyon hastası olan bir kimse başka bir hastalığı nedeniyle hekime müracaat ettiğinde hekim öncelikle hastanın tansiyonunu ölçmelidir. Hastanın tansiyonuna bakmadan diğer hastalığı için ilaç verir de bu ilaçlar hastaya tansiyonu dolayısıyla yan etki yaparsa doktor sorumludur.⁷³⁴ Burada sorumluluğun nedeni fahiş hatadır. Yoksa normal sayılan ve kaçınılması mümkün olmayan önemsiz yani fahiş olmayan hatalar sorumluluğu gerektirmez.

İslam hukukçuları “fahiş olmayan hata” ya şu misali verirler:⁷³⁵ Bir kız çocuğu damdan düşer ve başı şişer. Operatör hekimlerden birçoğuna göre ameliyat edilecek olursa çocuk ölecektir. İçlerinden biri ise “Eğer bugün ameliyat yapılmazsa hasta ölecektir. Onu ameliyatla sağlığa kavuşturabilirim.” der. Bunun üzerine ameliyat izni verirler. Fakat bir veya birkaç gün sonra çocuk ölür.

Devrin ünlü İslam hukukçularından birine bu olay anlatılır ve fikri sorulur. Der ki:

⁷³² Udeh, *a.g.e.*, I, 521; Bâr, “Damanü't-Tabib” s. 427.

⁷³³ Serahsî, *Mebcut*, XXVI, 148; Udeh, *a.g.e.*, I, 460.

⁷³⁴ Ebu Zehra, *el-Cerime*, s. 460.

⁷³⁵ Udeh, *a.g.e.*, I, 522.

Ameliyat izinle yapılmıştır ve alışlagelmiş ölçülere uygun şekilde cereyan etmiştir. Ameliyat kaidelerine ve tıbbın temel prensiplerine aykırı hiçbir davranışta bulunulmaması nedeniyle doktorun cezai ve medeni sorumluluğu yoktur. Binaenaleyh tazminat ödemesi gerekmez.

Bunun üzerine kendisine şöyle denir:

Eğer doktor “çocuk ölürse tazminat ödeyeceğini” peşinen belirtmiş olsaydı tazminat gerekir miydi?

Mezkur hukukçunun cevabı şudur:

Hayır! Tazminat gerekmez. Çünkü hekime tazminat düşmesi için davranışının “fahiş hata” olması gerekir. Yoksa ameliyatın başarılı geçeceğine dair verilen söz tazminat için geçerli değildir.

Yukarıdaki örnek olaydan ve temel ilkelerden hareketle cerrahi müdahalenin veya tedavinin hastanın veya velisinin izni ile yapılmış olması, ameliyatın tıp bilimine dayanan yöntemlerle icra edilmiş olması, ameliyat esnasında hekimlik mesleğine tıbbi etik ve tıp kurallarına uygun davranılması durumunda doktor ve sağlık personeli sorumlu olmaz. Buna karşılık yukarıdaki şartlardan birinin ihmal veya ihlal edilmesi durumunda ise doktorun sebebiyet verdiği zararları tazmin ile sorumlu olduğunu ifade etmek gerekir. Ayrıca doktorun istemeyerek de olsa sebebiyet verip mesleki risk kapsamında mütalaa edilebilen komplikasyonlar, sorumluluk nedeni sayılmamıştır.⁷³⁶ Kısaca belirtmek gerekirse İslam hukukunda doktorun ve diğer sağlık personelinin sorumluluğunu gerektiren hususun temel nedeni, hastanın zarar görmesi değil, hekimin ve sağlık personelinin hastaya karşı işledikleri kusurlu (kasıtlı ve ihmalden kaynaklanan) fiilleridir.⁷³⁷

Hekimin hukuki sorumluluğu incelenirken üzerinde durulması gereken önemli konulardan biri de “meslek kusuru”dur. Meslek kusuru, tıp ilminin genel olarak

⁷³⁶ Tuncî, Abdusselâm, *Müessesetu'l-Mesûliyeti'sh-Şerîati'l-İslâmiyye*, s. 161.

⁷³⁷ *mv.f.*, “Tatbîb”, XII, 139.

tanınan kurallarının kusurlu bir ihlalini ifade eder. Yani, hekimin, tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınıp kabul edilmiş kuralları gerekli dikkat ve ihtimamının eksikliği nedeniyle nazara almaması, çığnemesidir.⁷³⁸ Ayrıca hekimin, yardımcı personeli yanlış yönlendirip onların hata yapmasına sebebiyet vermesi de meslek kusuru kapsamında değerlendirilir.⁷³⁹

Bu tanımlama esas alınır, meslek kusuru kavramının iki ayrı unsurunun bulunduğu görülür. Bunlardan birincisi tıp biliminin genel olarak tanınmış kuralları, ikincisi ise tıp biliminin genel olarak tanınmış kurallarına aykırılıktır. Örneğin bir kimse, kendi izin ve müsaadesiyle gerçekleşen cerrahi müdahale sonucu vefat etse bakılır: Eğer bu müdahaleyi icra eden doktorun tıbben hatası ve mutadı tecavüzü vuku bulmamış ise üzerine bir şey lâzım gelmez. Fakat hatası veya haddi mutadı tecavüzü vaki olmuş ise üzerine o kimsenin diyetinin yarısı lâzım gelir.⁷⁴⁰

Meslek kusuru, genel anlamda kusurun çeşitlerinden “ihmal” kavramı içinde ele alınabilir. Daha önce de işaret etmiş olduğumuz gibi, ihmal, hekimin, kendisiyle eşit statüde yer alan meslektaşlarının aynı hâl ve şartlar altında göstereceği özeni göstermemesidir. Normalde bir hekimin tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınıp kabul edilmiş kurallara uygun hareket etmesi asıldır. Bu şekilde davranmayan, yani somut olayda tıp ilminin kurallarından sapan hekim kusurlu hareket etmiş olur.⁷⁴¹ Burada sapmanın nedeni gerekli özenin gösterilmemesi olduğu için, kusurun türü de “ihmal”dir. Diğer taraftan meslek kusuru başlığı altında toplanan olaylar, objektif bir şekilde ele alınıp değerlendirilirse, “özen yükümlülüğünün ihlalinden başka bir şey olmadığı görülür. Özen borcuna aykırı hareket eden hekimin bu davranışı, sorumluluğa esas teşkil etme bakımından kusur kapsamında değerlendirilir.⁷⁴²

⁷³⁸ Özay, Merter, *Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, s. 95.

⁷³⁹ Sırâc, a.g.m., s. 260.

⁷⁴⁰ Bilmen, a.g.e., III, 113; *mv.f.*, “Tatbîb”, XII, 137; Sırâc, a.g.m., s. 609.

⁷⁴¹ Usame, a.g.e., s. 160; Şinkiti, a.g.e., s. 473.

⁷⁴² Ayan, a.g.e., s. 107.

Kusur konusunda tartışılan hususlardan biri de kusuru ispatlamakla kimin yükümlü olduğudur. Yani hasta, hekimin somut olayda bir kusur işlediğini ispatlamak mecburiyetinde midir? Yoksa kusuru var sayılarak hekim aksini (yani kusursuz olduğunu) ispatla yükümlü mü tutulacaktır? Şüphesiz, birinci çözüm hekimin, ikinci çözüm ise hastanın yararına olacaktır.

Anlaşmazlıkların çözüme kavuşturulmasında, hakkı ihlal edilen tarafın (mağdur) her şeyden önce dava açması ve davasını hukuken geçerli kabul edilen deliller doğrultusunda ispat etmesi gerekir. Burada ispat yükümlülüğü mağdur tarafa düşmektedir. Çünkü İslam hukukunda, “Beraat-i zimmet asıldır.”⁷⁴³ ilkesi ile kişilerin suçsuzluğu kabul edilmiştir. Bu nedenle hemen hemen bütün hukuk sistemleri tarafından davaların mahkemede ispatı için belirli vasıtalar konulma ihtiyacı zaruret halini almıştır. Bu bağlamda Şahitlik, yemin ve yemin etmektan kaçınma (nukûl) İslam muhakeme hukukunda ispat vasıtaları olarak belirlenmiştir.⁷⁴⁴ Bu alanda, karşı tarafın iddiayı kabul etmesi olan ikrar ise Mecelle’de de “Beyyine hüccet-i müteaddiye ve ikrar hüccet-i kâsıradır.”⁷⁴⁵ denilmek suretiyle ancak kişisel bazda kalan bir delil olduğu ifade edilmiştir. Çünkü ispat, kabul edilmeyen bir iddianın doğruluğunu ortaya çıkarmak için yapılır. İkrar ise karşı tarafın iddiayı kabul etmesidir. İddia kabul edildikten sonra artık ispatına gerek kalmaz.⁷⁴⁶

Bilindiği gibi **“بَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ”** Beyyine davacı üzerine, yemin de davalı üzerine düşer.”⁷⁴⁷ hadisiyle ispat yükü davacıya, yemin de davalıya verilmiştir. İddiasını ispat edemeyen davacının talebi reddedilmeden önce, davalıdan yemin etmesi istenir. Davalı yemin ederse davacının talebi kesin olarak reddedilir.⁷⁴⁸ Ancak tıbbi müdahalelerde hastanın, hekimin kusurunun varlığını ispatlaması son derece güç olduğu için ayrıca hekim, somut olayda herhangi meslek kusuru işlemediğini ispatlamakla yükümlü tutulmalıdır.

⁷⁴³ Mecelle, m. 8.

⁷⁴⁴ Bayındır, Abdülaziz, *İslam Muhakeme Hukuku*, s. 120.

⁷⁴⁵ Mecelle, m. 78.

⁷⁴⁶ Bayındır, *a.g.e.*, s. 120.

⁷⁴⁷ Tirmizî, Ahkâm, 12.

⁷⁴⁸ Kâsânî, *a.g.e.*, VI, 344; Mavsilî, *a.g.e.*, s. 286, 287.

Çünkü hekimin böyle bir kusur işlemediğini ispatlaması daha kolaydır. Bu çözüm, bilgisizliği veya narkoz altında olması yüzünden hekimin faaliyet alanına son derece yabancı kalan hastayı koruyacağı için çıkarlar dengesine ve dolayısıyla hakkaniyete de uygun düşecektir.⁷⁴⁹

Türk hukukunda ise “sözleşmeye dayalı sorumlulukta alacaklı, borçlunun kusurunu ispatlamak zorunda değildir” ilkesinden hareket edilmiş ve Borçlar Kanunu’nun 96. maddesinin⁷⁵⁰ bir gereği olarak borçlunun kusurlu olduğu varsayılmıştır. Bu durumda somut olayın özelliklerine göre kendisine herhangi bir kusur isnat edilemeyeceğini iddia eden hekim, bu iddiasını ispatlamak mecburiyetindedir. Özen borcuna aykırılığın ispatında ise tabii karinelere dayanılarak yararlanılabileceği gibi tıbbi bilirkişinin yardımına da başvurulabilecektir. Neticede kusurlu bir fiili ile başkasına zarar veren kimse, fiilinden ve doğurduğu sonuçlardan sorumludur.⁷⁵¹ Bu tür sorumluluklarda zarar verenin kusurlu olmadığını ispat etmesi, sorumluluktan kurtulma sebebidir.

3. Zarar

Zarar, hekimin hukuki sorumluluğunun en önemli şartını oluşturur. Çünkü zararın söz konusu olmadığı yerde hukuki sorumluluk da yoktur. Zarar, değişik bakış açılarından hareketle farklı şekillerde tanımlanmıştır. Bir kısım hukukçular zararı, kişinin başkasına mutlak anlamda bir kötülük (mefsedet) etmesi şeklinde⁷⁵² tarif etmişlerdir. Borçlar hukuku açısından bu kavrama yaklaşanlar ise zararı, kişinin mal varlığındaki eksilme veya bir malın zarar görmeden önceki hâli ile zarar gördükten sonraki durumu arasındaki değer kaybı biçiminde tanımlamışlardır.⁷⁵³ Mal varlığı hakları dışındaki hakları da dikkate alarak zarar, bir kimsenin bedeninde ve malında meydana gelen hasar veya bir kimsenin rızası olmaksızın maddi ve manevi cinsten

⁷⁴⁹ Şinkiti, *a.g.e.*, s. 486.

⁷⁵⁰ “Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur. *TBK*, m. 96.

⁷⁵¹ Tekinay ve Diğerleri, *a.g.e.*, s. 492.

⁷⁵² *mv.f.*, “İsae”, III, 141; Gamidi, *a.g.e.*, s. 91.

⁷⁵³ Hafif, Ali, *ed-Damânu fi'l-fikhi'l-islâmî*, I, 46.

malvarlığında meydana gelen azalma diye de tarif edilebilir.⁷⁵⁴ Neticede zarar kavramı, hem kişinin vücut bütünlüğünde ve mal varlığında meydana gelen zararları hem de ileride vuku bulabilecek zararları kapsamaktadır.

Pozitif hukuktaki “kişinin mal varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme”⁷⁵⁵ biçimindeki tanım ile yukarıda verdiğimiz İslam hukukçularının tanımları arasında bariz bir benzerliğin olduğu dikkati çekmektedir.

Pozitif hukukta olduğu gibi İslam hukukunda da zararlar, maddi ve manevi zarar olmak üzere ikili bir ayırımı tabi tutulabilir. Bir kimsenin iradesi dışında mal varlığında meydana gelen eksilmeye maddi zarar adı verilir. Bu tanımdan da anlaşılacağı gibi maddi zararın söz konusu olabilmesi için,

- * Bir mal varlığının söz konusu olması,
- * Bu mal varlığından bir azalmanın meydana gelmiş olması,
- * Bu azalmanın zarar görenin iradesi dışında meydana gelmiş olması gerekir.

Maddi zarar, zarar görenin malvarlığının zarar verici olaydan sonraki durumuyla bu olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki farktır.⁷⁵⁶ Maddi zarar, fiili zarar ve mahrum kalınan kâr olmak üzere iki şekilde meydana gelebilir. Mal varlığının mevcut, net durumunda, zarar görenin iradesi dışında meydana gelen azalmaya fiili zarar adı verilir. Buna karşılık mahrum kalınan kâr, olayların normal akışına genel hayat tecrübelerine göre mal varlığında meydana gelebilecek artışların zarar verici fiil nedeniyle kısmen ya da tamamen elde edilememesi sonucu meydana gelen azalmayı ifade eder. Bu her iki zarar türü de tazmin edilecek maddi zararın kapsamı içinde bulunabilir. Hekimin kusurlu davranışı yüzünden yeni bir ameliyata ihtiyaç duyan hastanın bu ikinci ameliyat için ödemek mecburiyetinde kaldığı masraflar fiili zarara örnek verilebilir. Yine hekimin hatalı bir davranışı nedeniyle yüzünde sabit bir yara izi kalan sinema sanatçısının yeni film

⁷⁵⁴ Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-Damân*, s. 23; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 490.

⁷⁵⁵ Eren, *a.g.e.*, II, 38.

⁷⁵⁶ Hafîf, *a.g.e.*, I, 46.

sözleşmeleri yapma şansını kaybetmesi kârdan mahrumiyete (kazanç kaybına) örnek gösterilebilir.⁷⁵⁷

Mala ve menfaate verilen zararlarla birlikte tazmin sonucunu doğuran, cana ve vücut bütünlüğüne verilen zararlar da maddi zararlar kapsamında değerlendirilmektedir. Örneğin hekimin müdahalesiyle kişinin ölmesi, bir uzvunun yaralanması, kırılması, kopması; psikolojik depresyon ve hastalıklara maruz kalması, organlarının fonksiyonunu kaybetmesi (örneğin görme, işitme, tatma, dokunma) tıbbi müdahalede zarar olarak değerlendirilir. Hatta hayatı ve vücut bütünlüğünü ihlal eden haksız tecavüzlerde sadece maddi ve cismani değil, maruz kalınabilecek ekonomik ve manevi zararlar da söz konusudur.⁷⁵⁸

İslam hukukunda cana ve vücut bütünlüğüne kasıtlı olarak verilen zararlar, ceza hukuku sahasında ele alınır ve belirli suçlara yine belirli olan cezalar (kıyas) uygulanır. Ancak kasıt olmaksızın meydana gelen zararlarda ölüm hâlinde, ölünün mirasçılarına; yaralanma hâlinde yaralıya verilmek üzere bir kısmı “diyet” ve “erş” adı altında belirlenmiş, bir kısmı da “hükûmetü'l-adl” şeklinde isimlendirilerek yargıya bırakılmış maddi sorumluluklar vardır.⁷⁵⁹ Bu sorumluluklar bir yönüyle ceza özelliği bulunan, diğer yönüyle tazmin özelliğinde olan sorumluluklar olarak da görülmektedirler. Ancak kasıt olmadığı için ceza özelliğinden ziyade tazmin özelliğinin ağır bastığı kanaatindeyiz.

İnsanın şahsına, şahsiyetine, vücuduna, maddi iz bırakmayarak zarar veren haksız fiiller de vardır. Bu şekilde zararlı fiile maruz kalan kişi, bu fiilin bedeni üzerindeki etkisiyle acı çeker, ruhen ızdırap duyar. Günümüz beşerî hukuk sistemlerinde “manevi zarar” olarak nitelendirilen bu zarar, İslam hukuku kaynaklarında “elem” sözcüğü ile ifade edilmektedir.⁷⁶⁰ Günümüz hukuk sistemlerinde manevi zararlar genellikle tazminat konusu yapılmıştır. Türk Borçlar

⁷⁵⁷ Ayan, *a.g.e.*, s. 110.

⁷⁵⁸ Eren, *a.g.e.*, II, 322-323; Gamidi, *a.g.e.*, s. 93, 94.

⁷⁵⁹ Kasanî, *a.g.e.*, VII, 475-478; Behnesi, *el-Mevsuatü'l-Cinaiyye*, II, 138.

⁷⁶⁰ Kasanî, *a.g.e.*, VII, 466-467.

Kanunu'nun 47 ve 49. maddeleri buna örnek gösterilebilir.⁷⁶¹ Manevi tazminatın gerekliliğini kabul edenler, bununla zarar gören şahsın uğramış olduğu zararı, acı ve üzüntüleri dindirmeyi veya hiç olmazsa azaltarak bir tatmin sağlamayı amaçlamışlardır.⁷⁶²

Neticede sorumluluk hukuku açısından zarar, tek başına hekimin sorumluluğu için yeterli değildir. Zararın aynı zamanda hekimin sözleşmeye aykırı veya haksız fiil niteliğindeki bir davranışı sonucu meydana gelmiş olması gerekir. Buna göre doktorun sorumlu olup olmamasını, doktorun hastasının tedavisinde yerine getirmek zorunda olduğu görevi, tıp etiğine ve hukuka uygun olarak yerine getirip getirmediği büyük bir önem arz etmektedir. Bu bakımdan hastasına karşı gerekli özen ve dikkati göstermesine, mesleki bilgisini ve tıp teknolojisini kullanmasına rağmen tedavinin uygun sonuç vermeyip bir zararın meydana gelmesi durumunda doktor sorumlu tutulmamaktadır. Çünkü doktorun görevi, hastaya doğru tedavi uygulamasıdır. Yoksa doktor hastayı iyileştirme yükümlülüğünde değildir.

4. İlliyet Bağı

Hukuk disiplininde, zararlar sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış arasındaki sebep-sonuç ilişkisine genel anlamda “illiyet bağı” denilmektedir.⁷⁶³ Başka bir ifade ile failin sorumlu tutulması, ortaya çıkan zarar ile fiili arasındaki nedensellik ilişkisine dayanan bir bağın bulunmasından dolayıdır. Eğer bir sonucun, bir sebepten kaynaklandığı kesin olarak ifade edilebiliyorsa veya bir fiil işlenmeseydi

⁷⁶¹ Madde 47 - Hâkim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşer olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir.

Madde 49 - Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.

Hâkim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir.

⁷⁶² Şenocak, *a.g.e.*, s. 77.

⁷⁶³ Gamidi, *a.g.e.*, s. 101.

o zararın meydana gelmeyeceği kesin bir şekilde söylenebiliyor ise zarar ile fiil arasında illiyet bağının bulunduğunu söylemek de mümkündür.⁷⁶⁴

İslam hukuku kaynaklarında fiil ile zarar arasındaki ilişkiyi ifade etmek için iki kavram kullanılır. Bunlardan biri “mübaşeret”, diğeri de “tesebbüb”dür. Fiil ile zarar arasında illiyet bağını en güçlü bir biçimde gösteren hâl, mübaşeret hâlidir. Mübaşeret hâlinde meydana gelen bir zararda sorumluluk için fiilin hukuka aykırı olması şartı aranmamıştır. Fiil ile zarar arasında kurulabilen diğeri illiyet bağı ise tesebbüb hâlidir. Tesebbüb hâli, mübaşeret hâline göre daha zayıf bir bağ olarak görüldüğü⁷⁶⁵ için fiilin hukuka aykırı olması ayrıca şart koşulmuştur.

Mübaşeret, insan fiilinin, kendi dışındaki herhangi bir varlığa doğrudan doğruya ulaşması sonucu zararın meydana gelmesi hâli demektir.⁷⁶⁶ Ayrıca mübaşeret, “fiil ile zarar arasına ihtiyari başka bir fiilin girmemesiyle zararın meydana gelmesi hâli” olarak da tanımlanmıştır.⁷⁶⁷ Tesebbüb ise fiil ile zarar arasına ihtiyari başka bir fiilin girmesiyle zararın meydana gelmesi hâlidir.⁷⁶⁸

İslam hukukunda ister mübaşeret ister tesebbüb hâlinde olsun sorumluluğun meydana gelebilmesi için zorunlu olarak bulunması gereken bazı unsurlar vardır. Bunlardan fiil, illiyet bağı ve zarar her iki hâlde de aranan unsurlardır. Tesebbüb hâllerinde bu üç unsurun yanında teaddi unsuru da şart koşulmuştur.⁷⁶⁹

Tıbbi müdahaleler açısından hekimin akdi sorumluluğu için gerekli şartlardan biri de sözleşmenin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Başka bir ifadeyle, zarar, hekimin sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle meydana gelmiş olmalıdır. Örneğin ameliyat esnasında hekim gerekli özeni göstermediği için hasta ölürse hekim sorumlu tutulur. Burada hekimin sorumluluğunun nedeni sözleşmenin gereği olan özen borcunu yerine getirmemiş olması ve ameliyatla ölüm arasındaki

⁷⁶⁴ Eren, *a.g.e.*, II, 51-52.

⁷⁶⁵ *Mecelle*, m. 90.

⁷⁶⁶ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 354; Kal’aci, *a.g.e.*, s. 369.

⁷⁶⁷ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 490; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 310.

⁷⁶⁸ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 354; Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 190; Kal’aci, *a.g.e.*, s. 109; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 458.

⁷⁶⁹ *Mecelle*, m. 92, 93.

uygun illiyet bağının mevcudiyetidir. Yani mübaşeretle sorumluluk söz konusudur. Diğer taraftan hastalar ameliyat sonrasında bir müddet hekim tarafından gözlem altında tutulmalıdır. Hastanın narkozun etkisinden kurtulup kendisine gelmesi, ameliyatın meydana getirdiği tehlikenin geçmesi beklenmelidir. Hekim bu durumu göz ardı edip hastayı terk eder de hasta da ölür veya zarar görürse hekimin tesebbüben sorumluluğundan söz edilir. Çünkü hastanın zarar görmesi veya ölmesiyle ameliyat arasında doğrudan bir illiyet bağından söz etmek mümkün değildir.⁷⁷⁰

Bazı hâllerde sebeple zararlı sonuç arasındaki bağın, çeşitli nedenlerle uygun olmaması mümkündür. Buna doktrinde “uygun illiyet bağının yokluğu” adı verilmektedir. Bir sebep, hayat tecrübelerine ve olayların normal akışına göre gerçekleşen olayda meydana gelen türden zararlı bir sonucu doğurmaya mahiyeti itibariyle elverişli değil ya da elverişli olmakla birlikte ortaya çıkan başka bir sebeple arka plana atılmışsa uygun olmayan illiyet bağı söz konusu olur.⁷⁷¹ Örneğin hekimin telefonla yaptığı görüşmede muayene saati verdiği hastanın yolda otomobille gelirken geçirdiği bir trafik kazası neticesinde ölümü ile hekimin davranışı arasında uygun illiyet bağı yoktur. Uygun olmayan bir sebep, hekimin sorumluluğuna karar verilmesi bakımından önem taşımaz.⁷⁷²

Zararla fiil arasında esasen uygun bir illiyet bağı mevcut olmakla birlikte bir başka faktörün devreye girmesi de fail (hekim) için tazminat sorumluluğunun doğmasını engelleyebilir. Pozitif hukukta bu sebepler genellikle illiyet bağını kesen sebepler olarak değerlendirilir. İslam hukukçuları konuyu böyle bir başlık altında işlememiş olmakla birlikte benzer sonuçlara ulaşmışlardır.⁷⁷³ Tıbbi müdahalelerde illiyet bağının kesilmesi hâlinde hekimin sorumluluğu ortadan kalkar. İlliyet bağının kesilmesine mücbir sebep (semavi afet), mağdurun kusuru ve üçüncü şahsın kusuru sebep olabilir.

⁷⁷⁰ Şinkiti, *a.g.e.*, s. 512.

⁷⁷¹ Eren, *a.g.e.*, II, 94.

⁷⁷² Ayan, *a.g.e.*, s. 110-111.

⁷⁷³ Aydın, M. Akif, “İtlaf”, *DİA*, XXIII, 468.

Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun borcunu ihlâlâ mutlak olarak yol açan; ön görülmesi ve kaçınılması mümkün olmayan olağan üstü olaylardır.⁷⁷⁴ Çağdaş İslam hukukçularından Mahmut Şeltut bu kavramı “İnsanın kaçınma imkânının bulunmadığı bir sebep”⁷⁷⁵, Mahmasanî ise “İnsanın müdahale etme alanının dışında geçici (arızı) her türlü etkenin bulunduğu bir durum”⁷⁷⁶ biçiminde tanımlamıştır.

Mücbir sebebi teşkil eden olay, tabii, sosyal veya hukuki bir olay olabileceği gibi insana bağlı bir olay veya davranış da olabilir. Örneğin fıkıh kitaplarında “Bir geminin, şiddetli rüzgâr nedeniyle yahut yükselen bir dalgadan dolayı batması hâlinde gemi mürettebatı sorumlu tutulmaz.”⁷⁷⁷ denilerek mücbir sebebin (rüzgarın), illiyet bağıını kesen bir durum olarak kabul edildiğine işaret edilmiştir.

İlliyet bağıını kesen bir diğer sebep, zarar görenin kusurudur. Bir zararın meydana gelmesine mağdurun kusurlu bir davranışı sebep olmuşsa yine bir tazmin borcu doğmaz. Belirli durumlarda üçüncü şahsın kusuru da fiille zarar arasındaki illiyet bağıını keser ve meydana gelen zararı fail değil üçüncü kişi öder.⁷⁷⁸

Tıbbi müdahalelerde de hekimin davranışı ile zarar arasındaki illiyet bağıının kesilmesi sorumluluğu düşürmektedir. Bir hekim tarafından tedavi edilmekte olan hasta, o anda meydana gelen bir deprem yüzünden yıkılan binanın altında kalarak ölmesi mücbir sebebe; hastaya, eczanede, hekim tarafından reçeteye yazılmış olandan farklı bir ilaç verilmesi ve bunun ağır zararlara yol açması üçüncü şahsın ağır kusuruna örnek gösterilebilir. Hekimin verdiği tedaviyi uygulamamaktan dolayı meydana gelen zararlı sonuca hastanın kendi davranışı yol açmaktadır.

Sözleşmenin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağıının ispatı da hastaya aittir. Bunun için hastanın, hadiselerin olağan akışına göre hekimin davranışının böyle bir sonucu yaratmaya elverişli olduğunu ispatlaması yeterlidir. Aksi takdirde

⁷⁷⁴ Eren, *a.g.e.*, II, 93.

⁷⁷⁵ Şeltût, Mahmut, *el-İslâm Akîdetun ve Şerîatun*, s. 421.

⁷⁷⁶ Mahmasanî, *a.g.e.*, I, 208.

⁷⁷⁷ Kasanî, *a.g.e.*, IV, 310; Şirbînî, *a.g.e.*, III, 339; Şeltût, *a.g.e.*, s. 421.

⁷⁷⁸ Aydın, M. Akif, “İtlaf”, *DİA*, XXIII, 468.

hastanın sözleşmenin ihlali ile zarar arasındaki illiyet bağıını kesin şekilde ispatlamasını beklemek, aşırı güçlüğü nedeniyle hakkaniyete aykırı olur. Ayrıca, Allah (c.c.)’ın, **“...Eğer bilmiyorsanız, bilenlere sorun.”**⁷⁷⁹ emri gereği bu konuda tıbbi bilirkişinin yardımının da istenebileceğini İslam hukukçuları dile getirmişlerdir.⁷⁸⁰

C. Akit Dışı Sorumluluk

Hekim ile hasta arasında önceden akdi bir münasebet bulunmaksızın veya önceden mevcut olan akdi münasebet ihlâl edilmeksizin yapılan tıbbi müdahaleler zarara sebebiyet verebilir. Bu gibi durumlarda zarar verenin sorumluluğunun temelini akit dışı sorumluluk oluşturur. Tıbbi müdahalelerde akit dışı sorumluluk, vekâletsiz iş görme ve haksız fiil sorumluluğu olmak üzere iki şekilde ele alınmaktadır.

1. Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Sorumluluk

Hekimin sorumluluğunun hukuki temelini, hekimle hasta arasında yapılan sözleşme oluşturur. Ancak zaruret hâli, acil durumlar, ameliyatın genişletilmesi gibi durumlarda hekimle hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunmaz. Örneğin tesadüfen kaza yerinde bulunan yahut da kaza yerine çağrılan serbest çalışan bir hekimin kazazedeyi ölümden veya ağır bir zarardan kurtarmak için yaptığı zaruri tıbbi müdahalelerde akdi bir ilişkiden söz etmek mümkün değildir. Böyle durumlarda hekim hastanın muhtemel iradesine dayanarak tıbbi müdahalede bulunur. Sözleşme ilişkisi olmadığından tarafların hak ve borçlarını belirlemek için “vekâletsiz iş görme” hükümleri uygulanır.⁷⁸¹ Ancak hastanın, vekâletsiz olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahaleye sonradan icazet vermesi hâlinde ise hekim ve hasta arasında bir vekâlet akdi söz konusu olur. Çünkü “İcazet-i lahika vekâlet-i sabıka

⁷⁷⁹ Nahl, 16/43.

⁷⁸⁰ Mübarek, *a.g.e.*, 289; Gamidi, *a.g.e.*, s. 110, 111, 279.

⁷⁸¹ Vekâletsiz iş görmenin hükümleri ve örnekler için bk. 3. Bölüm “Vekâletsiz İş Görme İlişkisi” başlığı.

hükümündedir.”⁷⁸² Bu durumda tarafların hak ve borçlarını belirlemede vekâlet akdinin hükümleri göz önünde bulundurulur.

Vekâletsiz olarak tedaviyi gerçekleştiren hekim, bir tedavi sözleşmesine dayalı olarak tıbbi müdahalede bulunan hekimin söz konusu faaliyeti esnasında göstermekle yükümlü olduğu özenin aynısını göstermek mecburiyetindedir. Aksi takdirde BK'nun 411. maddesinde⁷⁸³ de belirtildiği gibi vekâletsiz iş gören durumundaki hekim de esas itibarıyla her türlü ihmalden sorumludur. Ancak toplumsal yardımlaşmayı özendirmek, kişilerin zor zamanlarında birbirlerini desteklemelerini sağlamak için vekâletsiz iş görenin sorumluluğu hafifletilebilir.

Hekim, hastanın reddettiği bir tedaviyi, hastaya uygulaması hâlinde de vekâletsiz iş görme sözkonusu olur. Ancak bu durumda hekim, tedavinin faydalı olduğuna ve hastanın tedaviyi reddinin makul olmadığına dayanması onu sorumluluktan kurtarmaz. Aynı şekilde hekim hukuka ve ahlaka aykırı bir rıza verilmesi hâlinde de vekâletsiz iş gören durumundadır ve müdahalenin sonuçlarından sorumlu tutulur.⁷⁸⁴

2. Haksız Fiil İlişkisinden Doğan Sorumluluk

Haksız fiil, bir kimsenin hukuka aykırı ve kusurlu bir fiiliyle başkasına zarar vermesidir. Haksız fiil, genellikle yapma şeklinde olumlu bir davranışla kendini gösterir. Fakat bunun yanında yapmama şeklinde olumsuz bir davranışla haksız fiil işlenmesi de mümkündür.

Hekimin haksız fiilinden doğan sorumluluğunun akitten doğan sorumluluğunun yanında pek fazla pratik önemi yoktur. Zarar verenle, zarar gören arasında herhangi bir akdi ilişki mevcut olmadığı zaman hukuki sorumluluğun dayanağını, haksız fiil oluşturur. Türk hukukunda “Gerek kasten gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile haksız bir surette diğer kimseye bir zarar ika eden

⁷⁸² *Mecelle*, m. 1453.

⁷⁸³ “Başkası namına tasarrufta bulunan kimse her türlü ihmal ve ihtiyatsızlıktan mesuldür.”

⁷⁸⁴ Şenocak, *a.g.e.*, s. 106-107.

şahıs, o zararın tazminine mecburdur.”⁷⁸⁵ denilerek haksız fiilin bir sorumluluk sebebi olduğuna dikkat çekilmiştir.

Hastanın mal ve kişi varlığında ortaya çıkan eksiklikten dolayı tıbbi müdahalede bulunan doktorun sorumlu tutulmaması, müdahalenin haklı bir gerekçeye dayanmasıdır. Bu gerekçelerden biri, hastanın müdahaleye rıza göstermesidir. Bu şart gerçekleşmiyor ise tedavi amacına yönelik olsa da zarar meydana gelmesi hâlinde doktor sorumlu olur. Bu sorumluluğun kaynağı da haksız fiildir. Çünkü hastanın müdahaleye muvafakatının bulunmaması sözleşmenin kurulmadığını, dolayısıyla haksız fiilin bulunduğunu gösterir.

Tıbbi sorumluluk alanında genellikle haksız fiil sorumluluğu hekimle hasta arasında önceden kurulmuş geçerli bir akit mevcut olmadığı takdirde söz konusudur. Bu da genellikle hekimin bir özel hastanede hizmet akdi ile ya da devlet hastanesinde devlet memuru sıfatıyla çalıştığı durumlarda söz konusu olur. Böyle durumlarda hasta tedavi edilmesi için devlet hastanesiyle veya özel hastaneyle tedavi konusunda sözleşme yapmaktadır. Fakat bu hastanelerde çalışan hekimlerle hasta arasında bir akdi ilişki bulunmamaktadır. Böylece bu hekimler tıbbi müdahaleleri esnasında hastaya zarar verdikleri takdirde haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirilirler. İslam hukukçularını bu şekilde bir değerlendirmeye sevk eden unsur Peygamberimiz (s.a.v.)in **كُلُّكُمْ رَاعٍ وَكُلُّكُمْ مَسْئُولٌ عَنْ رَعِيَّتِهِ** “**Hepiniz çobansınız ve hepiniz emriniz altındakilerden sorumlusunuz...**”⁷⁸⁶ şeklindeki hadisinin ifade ettiği umumi manadır.⁷⁸⁷ Bu durumda hastanenin sorumluluğu ise “Külfet nimete ve nimet külfete göredir.”⁷⁸⁸ kaidesine göre belirlenir. Yani hastane hekim ve hastalardan elde ettiği kazanca karşılık tıbbi faaliyetler için gerekli bütün

⁷⁸⁵ TBK, m. 41.

⁷⁸⁶ Buharî, Ahkâm, 1, Nikâh, 81, 90; Müslim, İmaret, 20.

⁷⁸⁷ Şinîti, a.g.e., s. 514; Hassan Şemsî Paşa, a.g.m., s. 501.

⁷⁸⁸ Mecelle, m. 88.

imkânları hazırlamalıdır. Aksi takdirde kusuru ve ihmalden dolayı sorumlu tutulur.⁷⁸⁹

Hekimin sorumluluğunun haksız fiilden kaynaklandığını söyleyebilmek için hastanın, doktorun kusurlu tedavisinden zarar gördüğünü ispat etmesi gerekir.⁷⁹⁰ Bu durumda doktorun sorumlu olup olmamasını, doktorun hastasının tedavisinde yerine getirmek zorunda olduğu görevi, tıp ilminin gereklerine ve hukuka uygun olarak yerine getirip getirmediği büyük bir önem arz etmektedir. Bu bakımdan hastasına karşı gerekli özen ve dikkati göstermesine, mesleki bilgisini ve tıp teknolojisini kullanmasına rağmen tedavinin uygun sonuç vermeyip bir zararın meydana gelmesi durumunda doktor sorumlu tutulmamaktadır.⁷⁹¹ Çünkü doktorun görevi, hastaya doğru tedavi uygulamasıdır. Yoksa doktor hastayı iyileştirme yükümlülüğünde değildir.⁷⁹²

Haksız fiile dayalı sorumluluk sözleşmenin bulunduğu durumlarda da söz konusu olabilir. Bunun için de müdahalenin tedavi sınırlarını aşması hâli aranır. Hastaya tıbbi müdahalede bulunan doktorun fiili, tıp ilminin mevcut teşhis ve tedavi yönteminin dışına taşarak hastanın ruh ve beden bütünlüğüne zarar vermiş ise bu sözleşme hükümlerinin ihlali anlamına gelir ve aynı zamanda da haksız fiil sayılır. Mesela çevresinde oluşan iltihaplı bölgeyi temizlemek için yarayı açarak aşırı derecede genişletmek, tıp ilminin öngördüğü şeklin dışına çıkmak demektir. Doktor bu eyleminden sorumlu olur. Sünnetçi, çocuğun erkeklik organını, sünnet mahallinin üzerinde kesmesi hâlinde sorumlu olur. Çünkü sünnet fiilinin mutad sınırlarının dışına çıkmıştır.⁷⁹³ Kısacası, tıp ilminin nazari ve pratik uygulamasının sınırlarını aşması hâlinde, doktor eyleminden sorumlu olur.⁷⁹⁴

Tıbbi müdahalede bulunan doktor, tıp ilminin nazari ve pratik bilgilerini alarak mesleğinde yeterli bilgi ve beceriye sahip (hazık) değilse veya ihtisas alanı dışında

⁷⁸⁹ Sırâc, a.g.m., s. 620.

⁷⁹⁰ Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-Damân*, s. 270.

⁷⁹¹ Zerkâ, *el-Fi'lu'd-Dâr*, 29, 30.

⁷⁹² Sırâc, *Damânu'l-Udvân*, s. 435.

⁷⁹³ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 13; Bilmen a.g.e., III, 113.

⁷⁹⁴ Kaya, "Sorumluluk", s. 159.

müdahalede bulunmuşsa sorumlu olur. Bu durumda da haksız fiilden söz edilir. Çünkü müdahale, bilgili ve ehil olmayan bir tabip tarafından icra edilmiştir.

İslam hukukçularına göre bedene yönelik haksız fiiller tazminat sebebi olarak kabul edilir. Sebep oldukları zararların ağırlıklarına göre diyet, erş ve hükümetü'l-adl gibi tazminatların ödenmesini gerektirir. Bir fiilin haksız olarak nitelenebilmesi zarar, hukuka aykırılık, illiyet bağı ve kusur unsurlarını taşıması gerekir.⁷⁹⁵

a. Hukuka Aykırılık

Doktorun, sözleşmeye veya haksız fiile dayalı sorumluluğunun ortaya çıkabilmesi için sözleşmenin ihlali veya haksız fiilin hukuka aykırı olması gerekir. Haksız fiillerde hukuka aykırılık şartı, akdi sorumlulukta “akdin ihlal edilmesi” şartının yerini tutar. Aslında tıbbi sorumlulukta akdin ihlâli hastanın şahsiyet haklarını oluşturan değerlerden, sağlık, hayat ve vücut bütünlüğünün ihlâli şeklinde gerçekleşeceğinden, her sözleşmeye aykırı davranış, aynı zamanda hukuka aykırı bir davranış mahiyeti arz edecektir.

İslam hukuku kaynaklarında hukuka aykırılık “teaddî” kavramıyla ifade edilir. Teaddî sözlükte, zulmetmek ve haddi aşmak anlamlarına gelmektedir. Örneğin, وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ “Size karşı savaş açanlara, siz de Allah yolunda savaş açın. Sakın aşırı gitmeyin; çünkü Allah aşırıları sevmez.”⁷⁹⁶ ayetinde geçen “i’tidâ” kelimesi, “kendileriyle savaşmakla emrolduğunuz kimselerin dışındakilerle savaşmayınız.”⁷⁹⁷ ve “hanımları, çocukları, yaşlıları, din adamlarını ve hayvanları öldürmek; ağaçları yakmak suretiyle sınırı aşmayınız.” şeklinde tefsir edilmiştir.⁷⁹⁸ Buna benzer bazı

⁷⁹⁵ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 483.

⁷⁹⁶ Bakara, 2/190.

⁷⁹⁷ Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, I, 322.

⁷⁹⁸ Sâbûnî, Muhammed Ali, *Tefsîru Âyâti'l-Ahkâm*, I, 233.

ayetlerde⁷⁹⁹ “teaddî” kelimesi aynı anlamda yani sınırı ve ölçüyü aşmak, hakkı çiğnemek anlamında kullanılmıştır.

İslam hukukunda da “teaddî” kelimesi, sözlükteki anlamını muhafaza etmiştir.⁸⁰⁰ Genel anlamda “hukuk düzeninin koymuş olduğu sınırları aşmak” şeklinde özetleyebileceğimiz “teaddî”, tessebbüb hâllerinde zararlı bir sonucu doğurduğu takdirde tazminatla mükellef olmanın yani sorumluluğun temel unsurlarından kabul edilmiştir.⁸⁰¹ Buna karşılık ihlalin mübaşeret hâlinde meydana gelmiş olduğu durumlarda ise failin sorumlu tutulması için fiilin hukuka aykırı olması şart değildir. Bu anlamda Türk pozitif hukukunda kullanılmakta olan “hukuka aykırılık” kavramı ile İslam hukuku kaynaklarında kullanılan “teaddî” kavramı arasında farklılık bulunmadığını söyleyebiliriz.

Hukuka aykırılık, hukuk düzeninin izin vermediği bir fiilin işlenmesi demektir.⁸⁰² Bu anlamda insan bedenine, malına ve şahıs varlıklarına zarar veren bütün fiiller hukuka aykırı kabul edilmektedir.⁸⁰³ Ancak herhangi bir kanunla suç sayılan bir fiilin, hukuka aykırı kabul edilebilmesi için başka bir hukuk prensibiyle işlenmesine izin verilmiş olmaması gerekir.⁸⁰⁴ Yani fiilin işlenmesi hukuken caiz olmamalıdır.⁸⁰⁵ Çünkü fiili hukuka aykırı kabul edip suç sayan bir kanun hükmüne karşılık, aynı fiili bazı durum ve şartlarda meşru sayan başka bir hukuk normu bulunabilir. Bu durumda fiil hukuka uygun hâle gelir. Mesela adam öldürme fiili, kanunen suç sayılmıştır. İdam hükmünü yerine getiren infaz memuru da şeklen adam öldürmektedir. Ancak suç sayılan bu fiil “kanunun hükmünü icra” şeklinde başka bir kanun hükmü ile suç vasfını kaybetmiştir. Yani hukuka aykırılık özelliğini yitirmiştir.⁸⁰⁶ Kısacası, suçun teşekkül edebilmesi için, fiilde kanunilik, maddi ve

⁷⁹⁹ Bakara, 2/61, 173, 178, 194, 229; Âl-i İmrân, 3/112; Mâide, 5/2, 87, 107; Talâk, 65/1; 70/Me'âric, 31.

⁸⁰⁰ *mv.f.*, “i'tida”, V, 202, 203; “Tatbîb”, XII, 233, 234

⁸⁰¹ *Mecelle*, m. 924.

⁸⁰² Aydın, M. Akif, “İtlaf”, *DİA*, XXIII, 467.

⁸⁰³ Reisoğlu, a.g.m., s. 4; Kaya, “Sorumluluk”, s. 156,160.

⁸⁰⁴ Hatemi, Hüseyin, *Hukuka ve Ahlakta Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, s. 13; Dağcı, Şamil, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiler*, s. 17.

⁸⁰⁵ Akşit, Cevat, *İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, s. 43.

⁸⁰⁶ Serahsî, *Mebcut*, IX, 63, 64; Kâsânî, a.g.e., VII, 363-364.

manevi unsurların bulunması ve buna karşılık onu hukuka uygun hâle getiren sebeplerin ise bulunmaması gerekir.⁸⁰⁷

Hukuka uygunluk nedenleri, hukuk kuralının yasakladığı fiilin yapılmasına ya da emrettiği fiilin yapılmamasına ve dolayısıyla koruduğu değerlerin çiğnenmiş olmasına rağmen davranışın hukuka aykırı olmasını engelleyen durumlardır.⁸⁰⁸ Söz konusu durumlar fiili suç olmaktan çıkarır yani mubah hâle getirir.⁸⁰⁹

Kişinin şahsiyet haklarının kapsamına giren sağlık, hayat ve vücut bütünlüğüne yapılacak her müdahale, tıbbi dahi olsa kural olarak hukuka aykırıdır. Tıbbi müdahalelerin hukuka aykırı sayılmaması için bazı şartların mevcut olması gerekir. Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hâle getiren şartlar şunlardır:

* Kanuni unsurun bulunmaması,

* Tıbbi müdahalenin uzman doktor tarafından tıp ilminin kurallarına uygun olarak yapılması,

* Tıbbi müdahalenin doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olması,

* Sosyal ihtiyaç (üstün menfaat),

* Hakkın kullanılması,

* Hastanın rızası.⁸¹⁰

Hastaya zarar veren hekimin fiili, yukarıdaki hâllerde hukuka aykırı olmaktan çıkar. Ancak fiilin hukuka aykırı olmaktan çıkması, o hâllerde tazminata hükmedilemeyeceği anlamına gelmez. Fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran

⁸⁰⁷ Aydın, M. Akif, “Gasp”, *DİA*, XIII, 389.

⁸⁰⁸ Kaneti, Selim, “Çatışan Değerlerin Tartışılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk”, *Danıştay Dergisi*, s. 7.

⁸⁰⁹ Udeh, *a.g.e.*, I, 467; Akşit, *a.g.e.*, s. 43.

⁸¹⁰ Bu şartların ayrıntıları için bk. Tez metni 1. Bölüm.

hâllerin bir kısmında, bu fiil sonucu meydana gelmiş olan zararların tazminine hükmedilebilmektedir.

b. Kusur, Zarar ve İlliyet Bağı

Haksız fiilin, kusur, zarar ve illiyet bağı unsurları akdi sorumluluktaki söz konusu şartlardan bir farklılık göstermemektedir. Ancak, akdi sorumluluktan farklı olarak, akit dışı sorumlulukta kusurun ispatı hastaya aittir. Hasta, hekimin kast veya ihmal şeklinde bir kusurunun bulunduğunu ispatlayamadığı takdirde, haksız fiil hükümlerine dayalı olarak açtığı davada başarılı olamaz.⁸¹¹ Diğer taraftan doktorun sorumluluğu haksız fiile dayalı olduğu zaman kusurun etkisi daha fazladır. Özellikle fiilin müeyyidesini belirlemede, kusurun kasıt ve ihmal şekli belirleyici olmaktadır. Bu unsurlara ilişkin daha önce yapılan açıklamalar burada da aynen geçerlidir.

D. Sorumsuzluk Anlaşması

Sorumsuzluk anlaşması, tarafların karşılıklı uyuşan irade beyanı ile kurulan, borçlunun sorumluluğunun kanun hükümleri çerçevesinde daraltılabildiği, dolayısıyla borçlu yararına, alacaklı aleyhine olan bir anlaşmadır.⁸¹² Borçlar Kanunu'nun genel hüküm niteliğindeki 99. maddesinin ilk fıkrasına göre, "Hile veya ağır kusur hâlinde duçar olacağı mesuliyetten borçlunun iptidaen beraatını tazammun edecek her şart, batıldır." Bu kanunun açık hükmüne göre hekimin kast ve ağır kusurundan sorumlu olamayacağına ilişkin anlaşma yapması hâlinde, anılan sözleşmenin geçersiz olacağı açıktır.

BK'nın 99. maddesinin 2. fıkrasından⁸¹³ hareketle hekimlik sözleşmesinin sorumsuzluk anlaşmasına konu olup olamayacağı hususu tartışma konusu olmuştur. Ancak hastanın can kaygısına düşmüş olması, manevi baskı ya da zorda kalma hâli

⁸¹¹ Ayan, *a.g.e.*, s. 168.

⁸¹² Oğuzman ve Öz, *a.g.e.*, s. 347.

⁸¹³ "Hafif kusur halinde, borçlu iptidaen mesuliyetten beraati tazammun eden şartın dermeyanı sırasında alacaklı borçlunun hizmetinde ise veya mesuliyet hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt ediyorsa; haiz olduğu takdir salâhiyetine istinat ile hâkim, bu şartı batıl addedebilir."

mevcut olabileceği için her durumda sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz sayılması gerektiği görüşü ağır basmıştır.⁸¹⁴

İslam hukukunda tarafların hak ve borçları hukuka aykırı olmamak şartıyla çoğu kez onların karşılıklı anlaşmalarına bırakılmıştır. Bazı durumlarda ise doktrinde tespit edilmiştir. Çünkü insanlar arası münasebetlerde akitten veya fiilden doğan sorumluluğun karşılıklı anlaşmaya bırakılması bazen dengeyi güçsüzün aleyhine olarak bozar. Hukukun üstünlüğü ve bağlayıcılığı askıya alınmış olur. Bu nedenle İslam hukukçuları, bazen daha önceden belirtilen hukuki sorumluluk sebeplerini çoğaltan veya azaltan her türlü ön anlaşmayı ve şartı geçersiz saymışlardır. Bir diğer ifadeyle önceden ileri sürülecek bir “sorumsuzluk” şartını geçerli kabul etmemişlerdir. Nitekim doktorun “hiçbir fiilden sorumlu olmayacağını” şart koşması geçersiz olduğu gibi hastanın da “her türlü zarardan doktorun sorumlu olacağına” dair ön anlaşması geçersizdir.⁸¹⁵

Tedavi sözleşmesinde yer alan böyle bir şart geçersiz olduğu gibi tedavinin yan tesirlerinden de koruyarak zarar vermeme, mutlak tedavi etme garantisi, aksi hâlde bütün sorumluluğu üstlenme gibi şartlar hukuken geçersizdir.⁸¹⁶ Çünkü gerçekleşmesi, yani, yerine getirilmesi mümkün olmayan taahhütler akde konu olamaz. Bu tür şartlar sözleşmenin geçerliliğini tartışılır hâle getirir.

E. Sorumluluğun Sonuçları

Fıkıh kitaplarımızda doktor ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin sorumluluk açısından sonuçları, akdi bir ilişkiden ziyade, hastanın/kanuni temsilcisinin rızası veya izni bağlamında ele alındığı görülmektedir.⁸¹⁷ Bu durumda tıbbi müdahalelerde hekimin sorumluluğunun kaynağını, daha çok hastanın rızasının olmaması⁸¹⁸ veya rızada bulunması gerekli şartların gerçekleşmemesi oluşturur.⁸¹⁹ Geçerli bir rızanın

⁸¹⁴ Özay, *a.g.e.*, s. 137-138.

⁸¹⁵ Bardakoğlu, “İslam Hukukunda Doktor ve Diğer Sağlık Personelinin Hukuki Mesuliyeti”, s. 529.

⁸¹⁶ Serahî, *Mebcut*, XVI, 11; İbn Kudame, *a.g.e.*, V, 541.

⁸¹⁷ *mv.f.*, “Tatbîb”, XII, 139; Mübarek, *a.g.e.*, s. 199.

⁸¹⁸ Burada rızanın varlığı hekim ile hasta arasında akdi bir ilişkinin varlığını ifade eder.

⁸¹⁹ Söz konusu şartlar için bkz. Remli, *a.g.e.*, VII, 311; Şankiti, *a.g.e.*, s. 253; Zeyni, *a.g.e.*, s. 166; Sahi, *a.g.e.*, s. 85; Adli, *a.g.e.*, s.76.

bulunmasına rağmen müdahalenin teşhis, tedavi veya koruma amaçlarını taşınamaması⁸²⁰ veya müdahalenin tıp biliminin kurallarına uygun olarak yapılmaması da hekimin sorumluluğunun sebepleri arasında yer alır.⁸²¹ Bu şartlara uyulmadan yapılan tıbbi müdahale hekimin sorumluluğunu gerektirecektir.

Bazı haklarının kullanılması için hastanın doktora izin vermesi, hekim ile hasta arasında bir tedavi sözleşmesinin kurulması anlamına da gelir. Hasta ile hekim arasında tedavi konusunda bir anlaşma olduğu düşünülürse hekimin sorumluluğunun dayanağını sözleşme oluşturur. Zararlı fiil hak sahibinin iznine dayanması hâlinde müessir fiilin sonuçları hakkında değişik görüşler ileri sürülmüştür:

Dört büyük mezhep imamı bu noktada birbirleriyle ihtilaf etseler de hepsi mağdurun izniyle gerçekleşen müessir fiillerin kisası düşüreceğinde ittifak hâlinedirler. Ebu Hanife ve arkadaşları, organları, sağlayacakları menfaatler açısından ele almışlardır. Buna göre herhangi bir kimse kendi malını itlaf etmek üzere bir başkasına izin verecek olursa itlaf edilen mala karşılık olarak mali tazminat isteme hakkı yoktur. Bunun gibi bir kişi diğere "Elimi kes" dese ve o kişi de elini kesse failin hukuki olarak hiçbir sorumluluğu yoktur.⁸²²

Malikiler, organlar bakımından meseleyi mali açıdan değerlendirmemekle birlikte bu hususta hem kisasın hem de diyetin düşeceğini söylerler. Çünkü bu meselede kisası ya da diyeti talep edecek olan, saldırıya izin verendir. Onun bu konudaki sözü boş ve geçersiz sayılmaz. Zira akli başında olan bir kimsenin sözü imkân ölçüsünde boş söz kabul edilmez. Bu mesele günah açısından değerlendirilecek olursa günah hem izni verene hem de fiili gerçekleştirenidir. Bu nedenle hem fail hem de mağdur tazir ile cezalandırılırlar.⁸²³ Bu konuda Şafii ve Ahmed b. Hanbel de Malikiler gibi düşünmektedirler.⁸²⁴

⁸²⁰ Ebu Gudde, *a.g.e.*, s. 55; Şerefüddin, *a.g.e.*, s. 41; Usame, s. 179; Gürelli, *a.g.m.*, s. 270.

⁸²¹ Serahsî, *Mebcut*, XVI, 13; Bilmen, *a.g.e.*, III, 113.

⁸²² Serahsî, *Mebcut*, XVI, 14; Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 349-350; İbni Abidin, *a.g.e.*, X, 193-194; Udeh, *a.g.e.*, I, 441; Ebu Zehra, *Felsefetü'l-Ukûbe*, s. 281; Şazeli, *a.g.m.*, s. 331; Dağcı, *Müessir Fiiller*, s. 106-107.

⁸²³ Udeh, *a.g.e.*, II, 85; Ebu Zehra, *Felsefetü'l-Ukûbe*, s. 281.

⁸²⁴ Şirbini, *a.g.e.*, IV, 50; Udeh, *a.g.e.*, I, 441; II, 81.

Zeydiler, Zahiriler ve Caferilere göre mağdurun, kendisine karşı müessir fiil işlenmesine rıza ve muvafakat göstermesi failden cezai sorumluluğu kaldırmaz, faile kısas uygulanır.⁸²⁵ Ebu Zehra bütün bu görüşleri zikrettikten sonra tercihini kısastan yana kullanır. Ancak izin, şiddetli ve tedavisi mümkün olmayan hastalık dolayısıyla veriliyor ve doktor da hastanın bu isteğine binaen hastaya müdahalede bulunuyorsa bu durumda yine de doktorun fiilini hukuka uygun saymamakla birlikte kısasın düşeceğini savunur.⁸²⁶

Müessir fiillerin ölüme yol açması durumunda bir sorumluluğun doğup doğmayacağı hususunda aynı hukukçular farklı görüşlere sahiptirler.

Hanefi mezhebinde müfta bih olan görüşe göre yaralama veya kesme, ölüme sebep olduğunda sanığa ancak tazir cezası verilir. Çünkü yaralama veya kesmeye izin, o fiillerden doğacak başka neticelerden de affı ifade eder.⁸²⁷ Ömer Nasuhi Bilmen (ö. 1971) de “Bir çocuğu velisinin veya vasîsinin izniyle ve mutat vechile sünnet eden bir sünnetçiye, o çocuğun yarası tesennüç edip ölümüyle sonuçlansa bir şey lazım gelmez.”⁸²⁸ diyerek tazir bile verilmeyeceği kanaatindedir.

Şafii hukukçularından da Hanefilerin görüşüne benzer görüşler rivayet edilmiştir.⁸²⁹ Ahmed b. Hanbel’e göre kesme ve yaralamaya izin, katle izin gibi olup faile hiçbir ceza verilmez. Mağdurun izni fiili mübâh hâle getirmez ise de cezanın düşmesine sebep olur.⁸³⁰ Malikiler, kesme ve yaralamanın ölümle sonuçlanması hâlinde failin kasten adam öldürme cezasıyla cezalandırılacağını söylerler.⁸³¹

Hastanın müdahaleye muvafakatinin bulunmadığı durumlarda hekimle hasta arasında bir sözleşmeden söz etmek de mümkün olmayacaktır. Bu durumda tıbbi müdahalenin sorumluluk bakımından sonuçları haksız fiil esaslarına göre belirlenir.

⁸²⁵ Şazeli, a.g.m., s. 331.

⁸²⁶ Ebu Zehra, *Felsefetü'l-Ukûbe*, s. 281.

⁸²⁷ Kâsânî, a.g.e., VII, 350.

⁸²⁸ Bilmen, a.g.e., III, 114.

⁸²⁹ Şirbini, a.g.e., IV, 50-51.

⁸³⁰ İbn Rüşd, a.g.e., IV, 20; İbni Kudame, a.g.e., VIII, 117; Udeh, a.g.e., II, 81.

⁸³¹ Ebu Zehra, *el-Cerime*, s. 486.

Örneğin hastanın izni olmadan gerçekleşen bir tıbbi müdahale tedavi amacına yönelik olsa da zarar meydana gelmesi hâlinde doktor sorumlu olur.⁸³²

Doktorun tıbbi müdahaleden kaynaklanan sorumluluğu, ihlal edilen hakkın çeşidine göre değişir. Kusurlu olduğu ortaya çıkan doktorun müdahalesi, hastanın mal varlığında eksilmeye neden olmuş ise zararı telafi edici tazminat ödemekle yükümlü olur. Hekimin haksız müdahalesi hastanın kişilik haklarını ihlal etmiş ise müeyyide doktorun kusurunun derecesine göre değişir. Kusur ağır ise bir başka ifade ile kasıt unsuru bulunuyorsa hem cezai, hem de hukuki mesuliyet söz konusu olur. Eğer kusur, ihmal ve dikkatsizlik şeklinde ise yalnız hukuki sorumluluk söz edilir.⁸³³

Kusurda kasıt (amd) unsurunun gerçekleştiğini tespit etmek son derece güçtür. Çünkü fiilin arka planındaki irade ve niyet sübjektif bir olgudur. Dışarıdan buna vakıf olmak, bir başka ifade ile kastın gerçekten bulunduğunu tespit etmek çoğu zaman mümkün olmayabilir.⁸³⁴ Niyetin dışı yansıyan yönlerinden hareketle kasıt veya hatadan söz edilebilir. Bu nedenle İslam hukukunda, tıbbi müdahaleden kaynaklanan kişi varlığı ihlallerinde genellikle, kastın bulunmadığı düşüncesi ağır basmaktadır. Hatta kısası gerektiren kasıt bulunsa bile müdahalede, çok az da olsa tedavi amacı bulunmaktadır. Bu ise şüphe meydana getirir. Şüphe ise had cezasını düşürür.⁸³⁵ Bu nedenle, hastasını tedavi eden doktorun kusurlu olduğuna kanaat getirildiğinde, diyet ödemesi gerekir.

Bununla birlikte İslam hukukçuları, doktorun, hastasını öldürmek amacıyla müdahalede bulunduğu, böyle bir sonucun ortaya çıkması için bilerek ve isteyerek öldürücü ilaç verdiği, yani hastayı kasten öldürdüğü şüphe bulunmayacak derecede açık ve net olan durumlarda, kısas cezasının uygulanabileceğine hükmetmişlerdir. Bu görüş daha çok Maliki hukukçularının görüşüdür.⁸³⁶ Burada şunu belirtmek gerekir ki, bilerek ve amaçlayarak hastayı öldüren, doktor dahi olsa tıbbi müdahaleden

⁸³² Usame, *a.g.e.*, s. 164.

⁸³³ Kaya, "Sorumluluk", s. 162.

⁸³⁴ Serahsî, *Mebcut*, XXVI, 125.

⁸³⁵ Serahsî, *Mebcut*, IX, 64.

⁸³⁶ İbn Rüşd, *a.g.e.*, IV, 251; Kaya, "Sorumluluk", s. 163.

bahsetmek imkânsızdır. Çünkü bu eylem tedaviye yönelik olmaktan çok, adam öldürme fiili görünümündedir.

Türk hukukunda her ne kadar hekim ile hasta arasında tedavi sözleşmesi bulunsa ve sorumluluk da sözleşmeden doğan sorumluluk esaslarına dayansa bile, hekimin sözleşmeye aykırı zarar verici her türlü davranışı hastanın en önemli şahsiyet haklarından hayat, beden bütünlüğü ve sağlığına zarar verdiğinden BK m. 41 vd. maddeleri alanında haksız fiil teşkil edecek ve hekim aynı zamanda haksız fiil sorumluluğuna da sahip olacaktır.⁸³⁷

1. Maddi Tazminat

Haksız fiil veya zarar verici başka bir fiil sonucu, ölüm, yaralanma, organ kesilmesi, sakatlık, bedenin çirkinleşmesi (estetik zarar), akli dengenin bozulması, acı ve ızdıraplar ve anne karnındaki çocuğun ölü doğmasına sebep olma gibi zararlar kişiye ilişkin zararları oluşturmaktadır. İslam hukuku kaynaklarında beden bütünlüğüne karşı işlenen; fakat ölümlle sonuçlanmayan zararlar;

* Organ veya organ hükmündeki bir bölgenin yok edilmesi,

* Organların fonksiyonlarını kaybetmesi,

* Baş ve çehrede meydana getirilen yaralar,

* Vücudun diğer bölgelerinde meydana getirilen bedenî zararlar olmak üzere dördü bir tasnife tâbi tutulmuştur.⁸³⁸ Mağdura ödenecek tazminat miktarında bu sıralamanın önemli etkisi vardır.

Yukarıda sayılan durumlardan herhangi birinin meydana gelmesi hâlinde ve sorumluluk için gerekli şartlar bulunuyorsa tazminat ödemek gerekir. Tazminattan maksat, zarar verenin mal veya kişi varlığında meydana gelen eksilmeyi gidermek veya eski hâline getirmektir. Bu amaç, zarara uğrayan varlığın mislini veya değerini

⁸³⁷ Reisoğlu, a.g.m., s. 11.

⁸³⁸ Kasaî, a.g.e., VII, 436-437.

ödemek suretiyle gerçekleşir. Bundan da anlaşılacağı üzere bir zararın tazmini iki şekilde yapılmaktadır. Buna bağlı olarak zarar gören varlığın niteliği esas alınarak iki tazmin şekli kabul edilmiştir. Bunlardan biri “misli ile tazmin” diğeri ise “değer ile tazmindir.”⁸³⁹ İslam hukukuna göre kişiye ilişkin zararlar değer ile tazmin edilir.⁸⁴⁰ Ödenen bu tazminatlar, diyet, erş, hükûmetü'l-adl⁸⁴¹, hükûmetü'l-elem ve gurre olarak isimlendirilir.

Aslında kasıtlı adam öldürme ve müessir fiillerde asli ceza kısastır. Cismani zararların tazminat ödenerek karşılanması, ancak mağdurun kısas hakkından vazgeçerek diyet almayı kabul etmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Diğer taraftan tıbbi müdahaleden kaynaklanan kişi varlığı ihlallerinde genellikle, kastın bulunmadığı düşüncesi ağır basmaktadır. Hatta kısası gerektiren kasit bulunsa bile müdahalede, çok az da olsa tedavi amacı bulunmaktadır. Bu ise şüphe meydana getirir. Şüphe ise kısas cezasını düşürür. Bu nedenle hastasını tedavi eden doktorun verdiği zararlarda kısas söz konusu olmamaktadır. Bu durumda asli ceza olan kısasın yerine (bedel olarak) hekimin diyet ödemesi gerekir.⁸⁴²

Taksirli (hataen) ve kastın aşılması (şibhu'l-amd) suretiyle işlenen adam öldürme ve müessir fiillerde ise kısas söz konusu olmadığı için maddi tazminat (diyet-erş) asli ceza konumundadır.⁸⁴³ Bu bakımdan cismani zararların mal ile tazmininde diyet ve erş kavramları büyük önem arz etmektedir. Diyet adam öldürme ve bazı durumlarda müessir fiillerde dikkate alınmakta erş ise münhasıran müessir fiillerde söz konusu olmaktadır.

a. Diyet

İslam hukukunda insanın hayatına ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar suçun dengi bir ceza ile karşılık görecekse kısas, suçun karşılığında belli bir tazminat ödenecekse diyet ana başlığı altında ele alınır. Hayata ve vücut bütünlüğüne karşı

⁸³⁹ Serahsî, *Mebcut*, XI, 50.

⁸⁴⁰ Serahsî, *Mebcut*, XXVI, 61.

⁸⁴¹ İmam Şâfiî bu kavramı “Hükûme” şeklinde isimlendirir. Şâfiî, *a.g.e.*, VII, 396.

⁸⁴² Serahsî, *Mebcut*, XXVI, 125.

⁸⁴³ Dağcı, “İrade Suç İlişkisinin Cezaya Etkisi, s. 76.

işlenen kasıtlı suçlarda mağdurun kısas yerine maddi tazminat istemesi sebebiyle bedel olarak; taksirli (hataen) işlenen aynı türden fiillerde ise asli ceza olarak mağdura veya öldürülen kimsenin yakınlarına ödenmesi öngörülen mal, diyet olarak tanımlanmaktadır.⁸⁴⁴ Bütün mezhepler diyeti, cana ve organlara yönelik bir saldırı sebebiyle verilmesi gereken bir mal şeklinde tarif etmişlerdir.⁸⁴⁵ Ancak bazı Hanefiler organları candan ayrı tutarak organlara yönelik saldırılardan dolayı verilmesi gereken mala “erş” demişlerdir.⁸⁴⁶

Kuran-ı Kerim’de **وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ**

“Hataen bir mümini öldüren kimsenin, mümin bir köle azat etmesi ve ölenin ailesine diyet vermesi”⁸⁴⁷ öngörülmekle birlikte ödenecek diyetin miktarı belirtilmediği gibi diyetin ne maddi ne de manevi tazminat türünden bir ceza olduğuna dair işaret de bulunmamaktadır. **مَنْ قَتَلَ خَطَاً فِدْيَتُهُ مِنَ الْأَيْلِ مِائَةٌ**

“Kim bir mümini hataen öldürürse (maktulun velisinin rızası müstesna) yüz deve diyet ödemesi gerekir...”⁸⁴⁸ anlamındaki hadiste ise diyetin miktarı belirtilmektedir. Bu hadisi esas alan İslam hukukçuları diyetin, yüz devenin karşılığı olan bin dinar altın veya on bin dirhem gümüş ile de ödenebileceğini ilke olarak kabul etmişlerdir.⁸⁴⁹ Ancak maddi ve manevi tazminat fonksiyonu icra ettiği için diyetin tazminat türünden bir ceza olduğunu ifade etmek mümkündür. Adam öldürme ve müessir fiilden doğan zararların tazmininde mağdura diyet ödenmesi ilke olarak kabul edilmekle birlikte diyet miktarının maktulün veya yaralanan mağdurun kadın veya erkek, Müslüman veya gayri müslim olmasına göre değişeceği kabul edilmiştir.⁸⁵⁰

Diyet konusunda günümüzde tartışılan konuların başında diyetin hukuki

⁸⁴⁴ İbnu'l- Humâm, *a.g.e.*, X, 270; Sırâc, *a.g.m.*, s. 613.

⁸⁴⁵ Şirbînî, *a.g.e.*, IV, 53; Buhûti, *Keşşâfu'l-Kimâ an Metni'l-İknâ*, III, 272; İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 401.

⁸⁴⁶ Serahsî, *Mebcut*, XXVI, 59.

⁸⁴⁷ Nisâ, 4/92.

⁸⁴⁸ Malik b. Enes, *Muvatta*, Ukûl, 1.

⁸⁴⁹ Senhûrî, *Mesâdiru'l-Hak*, I, 50.

⁸⁵⁰ Bardakoğlu, “Diyet”, *DİA*, IX, 476.

niteliği gelmektedir. Günümüz İslam hukukçularının tartışmaları şu üç noktada toplanmaktadır:

- * Diyet sadece cezadır.
- * Diyet sadece tazminattır.
- * Diyet bir yönüyle ceza bir yönüyle de tazminattır.

Diyetin bir ceza olarak nitelendirilmesinde klasik fukahanın tariflerinin önemli etkisi vardır. Örneğin Serasî (ö. 483/1090), “İnsanların çoğu acil olan cezadan dolayı suç işlemekten kaçınırlar. Onları ahiretteki ceza ile tehdit etmek, çok az kişi için caydırıcıdır. Bu sebeple Allah, kısas ve diyet cezasını vacip kılmıştır.”⁸⁵¹ Yaptıkları tariflere bakıldığında Şafiilerin de diyeti bir suçun ceza kabul ettikleri anlaşılmaktadır.⁸⁵² Bu durumda kasta benzer ve hataen öldürmelerde alınan diyet, aslî; kasıtlı öldürmelerde alınan diyet ise bedelî ceza niteliği taşımaktadır. Günümüz İslam hukukçularından el-Hafîf ise diyet miktarının şari‘ tarafından belirlenmiş olması bile tek başına diyetin ceza olduğunu gösterir.⁸⁵³ Ayrıca diyete ceza gözüyle bakmak “cezanın şahsiliği” prensibine aykırıdır. Çünkü diyetin akileye ödetilmesiyle bu prensip arasında çelişki ortaya çıkmaktadır.⁸⁵⁴

Diyet bazı İslam hukukçuları tarafından ise tamamen tazminat kabul edilmektedir.⁸⁵⁵ Bu görüşü benimseyenlere göre diyet ceza olsaydı para cezalarında olduğu gibi hazineye devredilmesi gerekirdi. Hâlbuki ayette “**...Ölenin ailesine diyet vermesi.**”⁸⁵⁶ ifadesi ile diyetin mağdura veya ailesine verilmesi emredilmiştir. Diğer taraftan diyet, suçlunun ya da ailesinin zimmelerinde ödenmesi gereken bir maldır. Suçlunun beden ve canına dokunan bir azap değildir.⁸⁵⁷

⁸⁵¹ Serahsî, *Mebcut*, XXVI, 59.

⁸⁵² Remli, *a.g.e.*, IV, 315.

⁸⁵³ Hafîf, I, 211.

⁸⁵⁴ Sirâc, *a.g.e.*, s.153.

⁸⁵⁵ Zerkâ, *el-Medhal*, II, 619; Sirâc, *a.g.e.*, s.152.

⁸⁵⁶ Nisâ, 4/92.

⁸⁵⁷ İdris, *ed-Diyetu beyne'l-Ukûbe ve't-Ta'viz fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, s. 552.

Diyet çoğu zaman âkileye yüklenir. Bu durum **وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى** “...**Hiçbir suçlu başkasının suçunu yüklenmez...**”⁸⁵⁸ ayetine muhalif olduğu için diyetin ceza olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Ancak suçun sebep olduğu hasarın (maddi, manevi, mali) tamamını kapsayıcı nitelikte olmadığı için diyetin tamamen tazminat sayılamayacağı söylenebilir.

İslam hukukçuların çoğunluğu⁸⁵⁹ ise diyetin hem ceza hem detazminat yönü olduğunu söylemektedirler. Bu görüşü savunanlara göre diyetin suç faili tarafından ödenmesi fail açısından yol açtığı zararı tazmin ve telafi etme özelliğinin yanında bir ceza niteliği taşıdığı açıktır. Ancak âkilenin ve üçüncü şahısların ödemeyi üstlendiği durumlarda⁸⁶⁰ ise diyet, bir ceza olmaktan çıkıp sosyal sigorta ve tazminat fonksiyonunu icra etmektedir. Öte yandan diyetin, mağdurun bütün zararlarını tazmin ve telafi ettiği ve tam bir tazminat olduğu da söylenemez. Bundan dolayı özel ve haklı gerekçelerin bulunması hâlinde diyet ile birlikte ayrıca tazminat istenip istenemeyeceği de tartışma konusudur.⁸⁶¹

İslam hukukunda öldürme, yaralama ve sakat bırakmalarda suçluya (âkileye/devlete) yüklenen diyet borcu, suçluyu cezalandırmaktan çok haksız fiilden doğan zarar ve mağduriyeti gidermeyi, suç mağdurunun haklarını korumayı hedef alır. Bu husus, özellikle hata ve ihmal sonucu meydana gelen ölüm, yaralanma veya sakat kalmalarda daha belirgin bir şekilde kendini göstermektedir.⁸⁶²

Kanaatimizce diyetin bazen âkileye yüklenmesinin cezanın şahsiliği prensibine aykırı olması, hazineye değil de mağdurun kendisine ve yakınlarına ödenmesi gereği diyetin bir ceza değil tazminat olduğunu göstermektedir. Ayrıca diyetin suçlunun beden ve canına dokunan bir azap niteliği taşıması da bu knumunu desteklemektedir. Çünkü cezalar bedenîdir.

⁸⁵⁸ En'âm, 6/164.

⁸⁵⁹ bk. Bilmen, *a.g.e.*, III, 12, 35, 37; Udeh, *a.g.e.*, I, 668-669

⁸⁶⁰ Örneğin doktor, avukat, sanatkâr gibi meslek sahiplerinin kusurlarının ispat edilmesi durumunda ortaya çıkan zararı bu meslek erbabı sanatkârlar karşılar. İbn Rüşd, *a.g.e.*, IV, 20.

⁸⁶¹ Bardakoğlu, “Diyet”, *TDV*, IX, 478.

⁸⁶² Bardakoğlu, “Diyet”, *TDV*, IX, 478.

b. Erş

Cismani zararların tazmini için kullanılan bir diğer kavram da erştir. Erş, şahıs aleyhine işlenen, yaralama ve sakat bırakma ile sonuçlanan müessir fiillerde (cinayet alâ mâ düne'n-nefs) mağdura ödenmesi gereken mali karşılığı ifade etmektedir.⁸⁶³ Ödenecek bu bedel şer'î kaynaklar tarafından belirlenmişse “erş-i mukadder”, yetkili mercilerin takdirine bırakılmışsa “erş-i gayr-i mukadder” adını alır. Bu ikinci nevi erşe hükümetü'l-adl denmesi daha yaygındır. Bundan dolayı erş teriminin sadece erş-i mukadderi ifade edecek tarzda kullanımı daha isabetli görünmektedir.⁸⁶⁴

Organlara yönelik müessir fiiller, kasıtlı ve hata şeklinde işlenmesine göre çeşitli hükümlere tabi olurlar. Kasten yaralama ve sakat bırakma durumunda, kısas için aranan şartlar bulunursa **“...Yaralar da kısastır (Her yaralama misli ile cezalandırılır)...”**⁸⁶⁵ ayetine göre kısas asıl ceza olarak uygulanır. Ancak mağdurun kısas yerine diyet istemesi, kısası düşüren başka sebeplerin bulunması ve suç teşkil eden fiille kısasın uygulanacağı fiil arasında bir denliğin sağlanamaması durumunda kısas uygulanmayıp erşe hükmedilir.⁸⁶⁶ Bu durumda vücut bütünlüğüne yönelik kasti suçlarda kısas yerine erş bedel olarak verilen bir tazminattır. Hataaen işlenen suçlarda ise kısas söz konusu olmayıp erş ödetilerek tazmin yoluna gidilir. Diğer taraftan diyetle ilgili ayetin⁸⁶⁷ dolaylı olarak erşi de kapsadığı söylenebilir. Hz. Peygamberin söz ve uygulamalarında ise hangi tür yaralama ve sakat bırakmalarda kısas uygulanacağı veya ne miktar bedel (erş) ödeneceği konusunda bir hayli açıklama ve örnek mevcuttur. Örneğin Hz. Peygamber (s.a.v.) kırılan sağlam bir dişin diyeti olarak beş deve ödenmesine karar vermişti.⁸⁶⁸ Yine kırılan çürük bir diş için belirlediği diyet ise üç deve idi.⁸⁶⁹

İnsan sağlığına ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen müessir fiiller İslam hukuk

⁸⁶³ Serahsî, *Mebûât*, XXVI, 159; Behnesi, *ed-Diye*, s. 10.

⁸⁶⁴ Sırâc, a.g.m., s. 615.

⁸⁶⁵ Mâide, 5/45.

⁸⁶⁶ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 463.

⁸⁶⁷ Nisâ, 4/92.

⁸⁶⁸ Buharî, *Buyü* 25, 113; Müslim, *Libâs*, 119, 120.

⁸⁶⁹ Ebû Dâvûd, *Diyât*, 18; Nesai, *Kasâme*, 44; İbn Mâce, *Diyât*, 18. Bu konudaki diğer hadisler için bk. İbn Mâce, *Diyat*, 9-10, 16-20; Ebû Dâvûd, *Diyât*, 20; Nesâî, *Kasâme*, 40-48.

doktrininde dört kategoride ele alındığını yukarıda belirtmiştik. İşlenen müessir fiil sonunda bir organının veya bedenî bir fonksiyonunun tamamıyla dumura uğratılması yahut fitri özelliğinin ve şeklinin ciddi ölçüde zarar görmesi ve kısasın uygulanması için gerekli şartlarda da eksiklik bulunması hâlinde kural olarak tam diyet miktarı bir bedel ödenmesi gerekir. İslam hukukundaki bu anlayışın temelini, Hz. Peygamberin Amr b. Hazm ile Yemen halkına gönderdiği ve burun, dil, dudak, göz, diş, el, ayak ve ayak parmakları, cinsiyet organı ve cinsî iktidarın diyetinin yer aldığı mektup teşkil eder.⁸⁷⁰

İslam hukukçuları bundan hareketle vücudun diğer tüm organlarını ayrı ayrı ele alarak değerlendirmişlerdir. Bunlardan herhangi birine gelen zarar dolayısıyla mağdura ödenecek erş miktarını belirlemişlerdir. Bu konuda organın bedenî fonksiyonu, sayısını ve hayati önemi kadar insanın dış görüntüsünü sağlamadaki payı da hesaba katılmıştır. Esasen bazı organların ve fonksiyonlarının erşiyle ilgili ayrıntıdaki görüş farklılığı da bu organa atfedilen önem konusundaki farklı yaklaşımlardan kaynaklanmaktadır.⁸⁷¹

Hukuki mahiyeti itibariyle erşin maddi tazminat vasfı diyete göre çok daha belirgindir. Çünkü erşin ödetilmesinde asıl amaç suçluyu cezalandırmadan ziyade haksız fiil sonucu meydana gelen bedenî zararı tazmindir. Bu sebeple hekimin ve sağlık personelinin yol açtığı yaralanma ve sakatlıklarda, gerekli illiyet bağı kurulabildiği sürece erşin yetkili ve sorumlu şahıs ve mercilerce ödenmesi gerekir. Erşten sorumlu tutulan kural olarak fail ise de Hanefiler'e ve Şia'ya göre erş diyet miktarının yirmide birini; İmam Malik de dâhil Medineli hukukçulara göre üçte birini geçtiği takdirde belli şartlarla bunu âkile üstlenir. Şafîiler ise miktarı ne olursa olsun erşi âkilenin üstleneceği görüşündedir.⁸⁷²

c. Hükûmetü'l-Adl

⁸⁷⁰ Malik b. Enes, *Muvatta*, Ukûl, 1; Nesâî, Kasâme, 47-48;

⁸⁷¹ Şafak, "Erş", *DİA*, XI, 307.

⁸⁷² Şafak, "Erş", *DİA*, XI, 308.

İslam hukukunda kişiye yönelik fiillerden doğan zararların bir başka tazminatı da “hükûmetü’l-adl”dır. Hükûmetü’l-adl, şahısların beden bütünlüğünü ve sağlığını bozan taksirli müessir fiillerde kısas, diyet ve erş-i mukadderin bulunmadığı durumlarda mağdura ödenecek tazminat miktarının hâkim tarafından belirlenmesini ve bu tazminatı ifade eder.⁸⁷³ Müessir fiillerde mağdura ödenecek tazminatı ifade eden erş ve diyet ile hükûmetü’l-adl arasındaki temel fark, erş ve diyet miktarlarının nasla belirlenmesine karşılık hükûmetü’l-adlin hâkim veya bilirkişilerce tespit edilmesidir.⁸⁷⁴

Hükûmetü’l-adlin geniş bir uygulama alanı bulunmaktadır. Tazminat miktarının nasla belirlenmediği, duyu organlarının veya fonksiyonlarının kısmen zarar gördüğü, yaranın sabit eser bırakmaksızın iyileştiği durumlarla duyu organlarının dışındaki bir bölgenin fizik bütünlüğünü kısmen yok eden hafif müessir fiillerde tazminat miktarı hükûmetü’l-adl yoluyla belirlenmektedir. Örneğin, bir kısmı kesilen dilin veya burnun; çolak olan elin kesilmesi gibi müessir fiillerde faile tazminat olarak hükûmetü’l-adl ödetilir.

Müessir fiil sebebiyle mağdura ödenecek tazminat miktarının belirlenmesi için önce bedenî zararın objektif olarak tespit edilmesi gerekir. Çünkü bedenî zararın ağırlığı tazminat miktarının belirlenmesine de esas teşkil etmektedir. Bedenî zararın tespitinde İslam hukukçularının iki kriterden hareket ettikleri görülmektedir:

Birincisi naslarca organın bütününe öngörülen tazminata kıyas: Bu anlayışa göre kısmen zarar gören organ veya fonksiyonun tazminatı belirlenirken önce organ veya fonksiyonun tam ve sağlam hâliyle zarar gördükten sonraki durumu arasında bir oranlama yapılarak maruz kalınan bedenî zararın bu organın bütünlüğünü ne ölçüde bozduğu tespit edilir. Sonra da organ veya fonksiyonun bütününe öngörülen tazminat miktarı ile bu zarar arasında bir oranlamaya gidilmektedir. Mesela üç boğumdan oluşan parmağın bir boğumu yok edilmişse parmağın 1/3’ünün yok olduğu dikkate alınarak hadislerce tam parmağa öngörülen bedelin üçte biri hükûmetü’l-adl olarak

⁸⁷³ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 471; *mv.f.*, “Gurre”, XXXI, 170.

⁸⁷⁴ Dağcı, Şamil, “Hükûmet-i adl”, *DİA*, XVIII, 463.

belirlenmektedir. Kaynağını Hz. Ali'nin uygulamalarından aldığı ifade edilen bu metot Ömer b. Abdülaziz, Mücâhid b. Cebr ve Hanefi hukukçusu Kerhî tarafından benimsenmiştir.⁸⁷⁵

Hükûmetü'l-adlin tespit edilmesinde başvuru olan ikinci metot, cana öngörülen diyetle kısmî bedenî zarar arasında orantı kurma esasına dayanmaktadır. Bu anlayışa göre önce kısmen zarar gören organ veya fonksiyonun vücut bütünlüğünü ne oranda bozduğu objektif olarak tespit edilmektedir. Ardından bu zararlar cana öngörülen tam diyet arasında bir oranlama yapılmaktadır. Buna göre vücut bütünlüğünü ya da organların fonksiyonelliğini 1/10 oranında yok eden yaralar için tam diyetin onda biri hükûmetü'l-adl olarak belirlenmektedir. İslam hukukçularının büyük çoğunluğunun bu metodu benimsediği ifade edilmektedir.⁸⁷⁶

Hükûmetü'l-adl müessesesi, bedeli naslarca belirlenmeyen müessir fiillerde mevzuat boşluğunu doldurmak üzere hâkime veya kanun koyucuya geniş bir takdir alanı tanımaktadır. Bu sebeple hükûmetü'l-adl miktarını belirlemede mağdurun yaşının ve değişen hayat şartlarının göz önünde bulundurulması, bedenî zararın mağdurun ekonomik geleceğini ve çalışma gücünü ne ölçüde etkileyeceğinin dikkate alınması büyük önem arz etmektedir. Öte yandan bedenî zararın ve buna karşılık ödenecek tazminat miktarının hükûmetü'l-adl ile tespit edilmesi yargı ile bilirkişinin ve adlî tıbbın iş birliğini de zorunlu kılmaktadır.⁸⁷⁷ Ayrıca hükûmetü'l-adlin şari tarafından belirlenen erşten daha fazla olmaması gerekir.⁸⁷⁸

d. Gurre

Ana rahmine düştüğü andan itibaren doğuma kadar anne karnında bulunan çocuğa cenin denir. Bir damla kan pıhtısından, giderek insan şeklini alan ve canlanarak dünyaya gelen cenin, bir yönüyle müstakil bir varlıktır. Çünkü sağ olarak doğması muhtemeldir. Bir yönüyle de anaya tabi bir varlıktır. Organları henüz ortaya çıkmamış olan cenine Gayri müstebini'l-hılka denir. Bu durumda cenin bir kan

⁸⁷⁵ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 436-441.

⁸⁷⁶ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 476-477.

⁸⁷⁷ Dağcı, "Hükûmet-i adl", *DİA*, XVIII, 464.

⁸⁷⁸ İdris, *a.g.e.*, s. 333.

pihtısı hükmündedir. Gelecek bir insan varlığını temsil ettiği için ona sebepsiz yere müdahale edilemez. Organları kısmen teşekkül etmiş olan cenine müstebinü'l-hilka denir.⁸⁷⁹

İslam'da insanın mal, can, ırz dokunulmazlığı gibi temel hakları vardır. Yaşama hakkı en başta gelir. Bu yüzden çocuk ana karnına düştüğü andan itibaren koruma altına alınmış, ona zarar verene bazı müeyyideler konulmuştur. Gurrenin İslam hukukunda “düşürülen ceninden dolayı verilmesi gereken mali tazminat”a gurre denir.⁸⁸⁰ Hz. Peygamber (s.a.v.), iki kadın arasındaki bir kavga sonunda hamile olanın çocuğu düşünce bir köle veya cariye ödenmesine hükmetmiştir.⁸⁸¹ İslam hukukçuları, ceninin diyetinin annenin diyetinin onda biri (tam diyetin yirmide biri) olduğunu ifade etmişlerdir.⁸⁸²

Cenine karşı bir cinayet işlenmesi hâlinde gurre denilen ceza/tazminat ödenir. Ceninin müessir bir fiil, tehdit, korkutma veya ilaç kullanma sonucunda düşmesi, bunları gerçekleştiren kişinin ceninin annesi, babası veya başka bir kişi olması, bu kişinin ceninin düşürmenin kasten veya hata ile olması hükmü değiştirmez.⁸⁸³ Ancak gurre ile birlikte kefaretin gerekli olup olmadığı hususunda ihtilâf edilmiştir. Hanefilerle Mâlikîler kefaretin vacip değil mendup olduğu kanaatindedirler. Çünkü Hz. Peygamber (s.a.v.) bir dava dolayısıyla bu konudaki hükmünü bildirirken yalnız gurreyi zikretmiş, kefareten söz etmemiştir. Öte yandan kefarete, kendi başına müstakil bir varlık olan insana karşı işlenen cinayetlerde söz konusudur. Hâlbuki cenin bu anlamında müstakil bir varlık olmayıp anneye bağlıdır.⁸⁸⁴ Şafîî ve Hanbelî fakihleri ise gurre ile birlikte kefaretin de vacip olduğunu ileri sürmüşlerdir. Zira cenin de diyetle tazmin edilen bir şahsiyettir. Hz. Peygamber (s.a.v.)'in söz konusu davada kefareti zikretmemiş olması onun vücübuna engel teşkil etmez. Ayrıca bu iki

⁸⁷⁹ Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 479.

⁸⁸⁰ Serahsî, *Mebcut*, XXVI, 87; *mv.f.*, “Gurre”, XXXI, 171; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 125.

⁸⁸¹ Buharî, Feraiz, 11, Tıb, 46, Dyiat, 25; Müslim, Kasame, 35; Tirmizî, Diyat, 15, Feraiz, 19.

⁸⁸² Serahsî, *Mebcut*, XXVI, 88; İbnu'l-Humâm, *a.g.e.*, X, 299.

⁸⁸³ *mv.f.*, “Gurre”, XXXI, 171; Koçak, Muhsin, “Gurre”, *DİA*, XIV, 211.

⁸⁸⁴ İbnu'l-Humâm, *a.g.e.*, X, 306; İbn Cüzey, *el-Kavaninü'l-fikhiyye*, s. 348; İbn Rüşd, *a.g.e.*, II, 408; Çeker, “Çocuk Düşürme”, *DİA*, VIII, 364.

mezhebe göre cenine karşı işlenen cinayete birden fazla kişinin katılması durumunda her birinin ayrı kefarete ödemesi gerekmektedir.⁸⁸⁵

Düşürülen ceninden dolayı gurre ödenmesi için ceninin ölü olarak düşmesi, organlarının kısmen de olsa belirmiş olması ve bu sırada annenin hayatta bulunması şarttır. Cenin sağ olarak doğar da sonradan ölürse gurre değil, tam diyet ödenir.⁸⁸⁶

Öte yandan ceninin hangi safhadan itibaren düşürülmesinin gurreyi gerektirdiği hususu da çocuk düşürmenin dinî ve hukuki hükmü konusundaki görüşlerle bağlantılı olarak fakihler arasında tartışmalıdır. İslam hukukçularının bir kısmı, gurrenin gerekli olması için ceninin dış görünümünün insana benzemesi, mesela organlarının kısmen belirginleşmesi şartını ileri sürer ve daha önceki safhalarda sadece hükümetü'l-adli lüzumlu görür. Çoğunluk, düşenin cenin olduğundan emin olunması şartıyla her safhada gurreyi gerekli kabul eder. Her iki görüş de esasında suçun oluşması ve müeyyidenin uygulanması hususuna objektif bir ölçü getirmeyi amaçlar.⁸⁸⁷

Türk hukukunda maddi tazminat ile maddi zararın ortadan kaldırılması ve zarar görenin ekonomik durumunun mümkün olduğu kadar eski hâline getirilmesi amaçlanmıştır.⁸⁸⁸ Genel olarak tazminatın azami sınırı, maruz kalınan zararlar toplamıdır. Bu anlamda maddi tazminatın kapsamına, yeni bir ameliyat ve ilave tedavi masrafları gibi fiili zararların yanı sıra, hastanın kusurlu tedavi yüzünden kazanç kaybı da dâhil olacaktır. Yani hekim, hastanın yapmak zorunda kaldığı tedavi masraflarını, çalışma yeteneğinin kaybından doğan zararlarını, iktisadi geleceğinin sarsılmasından doğan zararları karşılamak zorundadır.⁸⁸⁹

Türk hukukunda, hukuka aykırı davranış sonunda sorumlunun ödeyeceği tazminat miktarını belirleme yetkisi hâkime verilmiştir.⁸⁹⁰ Ancak maddi tazminatın

⁸⁸⁵ İbn Kudame, *a.g.e.*, VII, 815; Şirbînî, *a.g.e.*, IV, 108; Şirazî, *a.g.e.*, II, 217.

⁸⁸⁶ Mavsili, *a.g.e.*, s. 750.

⁸⁸⁷ Koçak, Muhsin, "Gurre", *DİA*, XIV, 212.

⁸⁸⁸ Tiftik, Mustafa, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*, s. 61.

⁸⁸⁹ Ayan, *a.g.e.*, s. 121.

⁸⁹⁰ *TBK*, m. 42-44.

tayininde hâkim, uzman hekimlere başvurarak bilirkişi yardımı alabileceği belirtilmiştir.⁸⁹¹

2. Manevi Tazminat

Haksız fiil sebebiyle manevi zarara uğrayan mağdurun bu mağduriyetini gidermek veya hafifletmek amacıyla maruz kaldığı maddi, cismani ve manevi zararların mal ile giderilmesi manevi tazminat olarak isimlendirilmektedir.⁸⁹² İslam hukukunda bu tür zararların tazmin edilmesi noktasında farklı görüşler vardır. Çoğunlukta olan fıkıh bilginlerine göre çekilen acı ve ızdıraplar tazmine konu olmaz. Ebu Hanife (ö.150/767), başta olmak üzere, elemin tazmin edilmesini kabul etmeyen İslam hukukçularına göre insanın bedenine yönelik bir fiil, bir organın veya duyunun telef olmasına yol açmamış ya da estetik zarar meydana getirmemiş ise tazmine sebep olmaz. Dolayısıyla tazmini gereken bir zarar meydana gelmemiş demektir. Diğer taraftan “elem” tek başına tazmine konu olabilecek bir zarar niteliği de taşımaz.⁸⁹³ Ancak manevî zararların tazminat yerine ceza yoluyla karşılık bulmaları daha uygun görülmüştür.⁸⁹⁴

Ebu Yusuf (ö. 183/798), yaralama ve dövme hadiselerinde çekilen elem ve acı sebebiyle tazminata (hükûmetü'l-elem)⁸⁹⁵ hükmedilebileceği kanaatindedir. İmam Muhammed (ö. 189/805) ise zararlı fiile maruz kalan kişinin suçludan doktor ücretini ve ilaç bedelini talep edebileceği yönünde görüş beyan etmiştir.⁸⁹⁶ Bu iki görüş günümüz hukuk sistemlerinde kabul edilen manevi zararların tazmini prensibine yakın bulunmaktadır.⁸⁹⁷ Yine Hanefilere göre bir organa yönelik müdahalede yaralama olmazda o organın güzelliğine hanel gelirse tam diyet gerekmez. Örneğin göze müdahalede yara kalmaz da sadece şaşılık kalırsa gözün tam diyetine değil

⁸⁹¹ Özay, *a.g.e.*, s. 131.

⁸⁹² *Türk Hukuk Lügati*, s. 326.

⁸⁹³ Kasanî, *a.g.e.*, VII, 466; Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 485.

⁸⁹⁴ Mahmasânî, *a.g.e.*, I, 171, 172.

⁸⁹⁵ Yarası iyileşip, kapanmış ve eseri kalmamış olan kimsenin çekmiş olduğu acı ve ıstıraba karşılık bilirkişilerce takdir edilen bir erş, tazminat. Buna “erş-i elem” veya “hükûmetü'l-adl” de denir. İbnu'l-Humâm, *a.g.e.*, X, 296; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 279; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 162.

⁸⁹⁶ İbnu'l-Humâm, *a.g.e.*, X, 296; Kâsânî, *a.g.e.*, VII, 466; Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 279.

⁸⁹⁷ Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, II, 477; Sırâc, *a.g.m.*, s. 616.

hükûmetü'l-adle hükmedilmiştir.⁸⁹⁸ Bu durum genel olarak Hanefilerde bedene yönelik müdahalelerde manevi tazminatın kabul edildiğini göstermektedir. İmam Şâfiî ise vurma ve yaralamalar sonucunda her hangi bir iz kalmazsa tazminata (hükûme) gerek görmeyerek adeta cismani zararlarda zımnen manevi tazminatın olmayacağını ifade etmiştir.⁸⁹⁹

Aslında İslam hukukunda her zararın kendine mahsus adilane bir tarzda tazmin ve izale edilmesi önemli bir ilkedir. “Zarar bi kaderi'l-imbân def’ olunur.”⁹⁰⁰ gibi genel ilkeler, bu hususu vurgulamaktadır.⁹⁰¹ Diğer taraftan zararı karşılama bakımından diyet, hem maddî hem de manevi tazminatı kapsamaktadır. Örneğin haksız fiil sonucunda gözlerini kaybeden mağdur, sadece bu organlarını kaybetmekle kalmamakta aynı zamanda bu organlarını kaybetmenin psikolojik gerilimini yaşamaktadır. Bir tür haksız fiillerden kaynaklanan zararların mağdurdaki çok yönlü olumsuz sonuçlarını dikkate alarak özellikle şahsın bedenine yönelik cismani zararların sadece maddî değil aynı zamanda birer manevî zarar olduğu düşünülmelidir. Bu bakımdan haksız fiil sebebiyle cismani zarara uğrayan mağdura ödenen diyet ve erşi de sadece maddî bir tazminat olarak görmek yanlış olur. Çünkü bu tazminatın aynı zamanda mağdurun uğradığı elem ve sıkıntıyı telafi eden manevi tazminat yönü de bulunmaktadır. Bu bakımdan hayata ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar sebebiyle manevî üzüntü ve kedere maruz kalan, güzelliğini kaybeden veya doktor tarafından sırları ifşa edilen mağdurun uğradığı manevî zarar, diyet sayesinde mümkün mertebe telafi edilerek giderilmektedir.⁹⁰²

Fiilî olarak hiçbir müdahalede bulunulmadan sırf manevi diyebileceğimiz etkenler vasıtasıyla kişilerin ruh ve beden bütünlüğünün bozulması hâlinde meydana gelen zararın tazmin edilmesi de manevi tazminat açısından önem arz etmektedir. Örneğin, verilen ani bir haberden etkilenerek çocuğunu düşüren hamile bir kadına manie tazminat ödemek gerekir mi? Son devir İslam hukukçularından Muhammed

⁸⁹⁸ Serahsî, Mebsut, XXVI, 80.

⁸⁹⁹ Şâfiî, *a.g.e.*, VII, 396.

⁹⁰⁰ *Mecelle*, m. 31; Ayrıca bk. *Mecelle*, m. 19, 25 ve 27.

⁹⁰¹ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 272.

⁹⁰² Bilmen, *a.g.e.*, III, 37, Hafif, *a.g.e.*, II, 163; Gamidi, *a.g.e.*, s. 94.

Ahmet es-Sîrac bu konuda şöyle demektedir: “Ben, yaralayıcı maddî bir fiilin neticesinde olması gereken erşi, genişleterek yaralayıcı olmayan korkutma, dayak ve tokatın neticesinde meydana gelen elemi de kapsamasını güzel buluyorum.”⁹⁰³

Haksız fiil sonucunda mağdurun karşılaştığı manevi zararın maddi-mali bir bedel ile tazmin edilmesi, “Zarar izale olunur.”⁹⁰⁴ ve “Zarar bi kaderi’l imkân def’ olunur.”⁹⁰⁵ şeklindeki genel kurallar ile temellendirilmektedir.⁹⁰⁶

Manevi tazminat, İslam hukukunun “tazir” bölümünde yer aldığı için bu tazminatın takdir işlemi doğal olarak hâkime bırakılmıştır.⁹⁰⁷ Ancak hâkim takdirde bulunurken tamamen bağımsız değildir. Onun da dikkat etmesi gereken ve uyması gereken ölçü ve kurallar vardır. Tıbbi müdahalelerde ve bedene yönelik saldırılarda ortaya çıkan manevi zararın tazminatı takdir edilirken, zarar gören kimsenin harcadığı tedavi masrafları, çektiği acılar ve iş göremez hale gelmişse kaybettiği kazanç göz önünde bulundurulur.⁹⁰⁸ Ayrıca tazminat miktarı belirlenirken kişilerin sosyal konumu ve özel durumları da dikkate alınmalıdır. Nitekim böyle bir uygulamaya esas teşkil edecek örnek uygulamalar bulunmaktadır. Örneğin erkekle kadının, hür ile kölenin, zimmî ile gayr-i müslimin diyeti, zina suçunda evli ile bekâr’ın cezaları birbirinden farklıdır. Bu ve benzeri örnekler manevi tazminatın takdirinde dikkate alınarak farklı hüküm verilebilir.

İslam hukukçularının tazminat alacağına mirasçılara intikal edip etmeyeceği konusundaki görüşlerine Hz. Peygamberin hadisleri esas teşkil etmektedir. Hz. Peygamber (s.a.v.), bir hadisinde **فَأَيُّمَا مُؤْمِنٍ تَرَكَ مَالًا فَلْتَرْتَهُ عَصْبَتُهُ مَنْ كَانُوا، وَإِنْ تَرَكَ دِينًا أَوْ ضِيَاعًا فَلْيَأْتِنِي فَأَنَا مَوْلَاهُ** “**Kim bir mal bırakırsa varislerinin onda hakkı vardır. Kim öldükten sonra geride kendilerine bakacak**

⁹⁰³ Sîrac, *a.g.e.*, s. 352.

⁹⁰⁴ *Mecelle*, m. 20.

⁹⁰⁵ *Mecelle*, m. 31.

⁹⁰⁶ Zuhaylî, *Nazariyyetü'd-Damân*, s. 24.

⁹⁰⁷ Zerkâ, *el-Fi'lü'd-Dâr*, s. 53.

⁹⁰⁸ Sîrac, *Damânu'l-'Udvân*, s. 333.

kimsesi olmayan çocuklar veya borç bırakırsa onların sahibi benim.”⁹⁰⁹ buyurmuştur. Hz. Peygamberin bu hadisinden hareket eden fakihler, kısas cezasının ve maddi tazminat niteliği taşıyan diyet hakkının mirasçılara geçeceğini söylemişlerdir. Ancak manevî tazminat kabilinden olanlar şahsi olduğu için mirasçılara intikal etmez.⁹¹⁰

Günümüz hukuk sistemlerinde manevi zararlar genellikle tazminat konusu yapılmıştır. Türk Borçlar Kanunu’nun 47 ve 49. maddeleri buna örnek gösterilebilir.⁹¹¹ Örneğin, tıbbi sorumluluk alanında hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal ederek hastanın dosyalarını hastanın rızası olmadan başkalarının tetkikine izin vermesi durumunda hasta Borçlar Kanunu’nun 49. maddesine dayanarak manevi tazminat talebinde bulunabilir. Zira bu durumda hekim tarafından hastanın şahsiyet hakkını oluşturan kişilik değerlerinden sır ve özel hayat alanının ihlali söz konusudur. Manevi tazminat talebinin kabulü için 47. maddede ifade edilen “normal, olağan kusur sorumluluğu” getirilmiştir. Söz konusu maddede, hâkime manevi tazminatın miktarı ve ödenme şeklini tayin hususunda bir takdir hakkı tanınmıştır.

Pozitif hukukçulara göre manevi tazminatın amacı, kişilik hakları ile ruh ve beden bütünlüğüne yönelik bir saldırı neticesinde meydana gelen manevi zararı imkânlar ölçüsünde gidermektir. Manevi zararın maddi olarak ölçülmesi mümkün olmadığından tam anlamıyla tazminat mümkün değildir. Bu nedenle manevi tazminatla zararı tamamen ortadan kaldırmak değil, hafifletmek, çekilen ve çekilecek acıları kısmen dindirmeye çalışmak, kırılan yaşama arzusunu tazelemek, bozulan

⁹⁰⁹ Buhârî, Nafakât, 15, Müslim, Ferâid, 15, 16; Ebû Dâvud, İmâre, 15.

⁹¹⁰ Bilmen, *a.g.e.*, VIII, 283.

⁹¹¹ Madde 47 - Hâkim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşar olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir.

Madde 49 - Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat namıyla bir miktar para ödenmesini dava edebilir.

Hâkim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir.

ruhi manevi dengeyi onarıp düzeltmek amaçlanmıştır. Ayrıca mağduru tatmin ve teselli etmek, ona savunma hakkı tanımak, insanlarda varolan öç alma arzusunu bir dereceye kadar dindirmek de hedeflenmiştir. Manevi tazminatın bir diğer amacı da kişilik haklarına saldıran, ruh ve beden bütünlüğünü bozan saldırganlara karşı, yaptırım uygulayarak ileride bu gibi saldırılara engel olmaktır.⁹¹²

⁹¹² Tandoğan, *a.g.e.*, s. 331.

SONUÇ

Tıbbi sorumluluk konusu fıkıh eserlerinde ve fetva mecmualarında doktor, cerrah, ebe, sünnetçi, haccâm ve fessâd gibi sağlık personeli ile ilgili hükümler ceza hukukunun hataen adam öldürme, yaralama ve sakat bırakma konusu kapsamında kısas ve diyet bölümlerinde incelenmiştir. Borçlar hukuku kapsamında ise icâre bölümünde ecîr-i müşterek ve ıstınsa‘ akdi konusu altında ele alınmıştır. Yetkili ve uzman bir kişinin tedavi amacıyla gerçekleştirdiği her türlü faaliyet olarak adlandırılan tıbbi müdahale ile öncelikle hastalıkların tedavisi amaçlanmıştır. Tedavinin mümkün olmadığı durumlarda ise hastalığı hafifletme, acıları dindirme ve hastaları böyle bir rahatsızlıktan koruma yoluna gidilmesi hedeflenmiştir.

Kişinin vücut bütünlüğüne yönelik bir müdahalenin, tıbbi müdahale olarak kabul edilebilmesi için öncelikle tıbbi müdahalenin doktrinde yapılan suç tarifine uygun olmaması gerekir. Ayrıca müdahalenin teşhis, tedavi ve koruma amacıyla tıp ilminin kurallarına uygun olarak uzman kişilerce yapılmalıdır.

Doktorun müdahalesinin hukuka uygunluğu için hastanın rızası ve yetkili makamın izni de şarttır. Hastanın bizzat rıza beyanından mahrum olduğu durumlarda kanuni temsilcisinin rızasına başvurulur. Hastanın rızasının geçerli olabilmesi için rızanın serbest bir irade ile hekim tarafından yapılan aydınlatma sonucu verilmiş olması gerekir. Bir de rızanın tıbbi müdahalenin gerçekleşmesine kadar açıklanmış olmalıdır. Ancak toplum sağlığı veya tıbbi zorunluluk durumlarında rızanın alınmasına gerek duyulmaksızın tıbbi müdahalede bulunulur.

İslam hukuku geleneğinde bir kimsenin tıp alanında yetkili ve uzman kabul edilmesi herhangi bir kurumun tescili ile kayıtlanmamıştır. Kişilere bu yetkiyi toplumun genel kanaati veriyordu. Ancak bu durum günümüzde bir kimsenin tıp alanında yetkili ve uzman kabul edilmesi için o kişide aranacak şartları belirlemeye engel değildir. Bu nedenle pozitif hukukta olduğu gibi bir kimseye hekim vasfının verilebilmesi için o kişinin ilgili yüksek öğretim kurumundan diploma almış olması ve tabipler odasına kayıtlı olma şartı aranmalıdır.

Tıbbi müdahaleleri çeşitli esaslardan hareketle sınıflandırmak mümkündür. Biz, çalışmamızda tıbbi müdahaleleri hukuka uygunluk ve yapıldıkları yeri dikkate alarak iki ayrı açıdan sınıflandırdık. Birinci bölümün ilk kısmında hukuka uygun olan bazı tıbbi müdahaleleri inceledik. Bunun sonucunda şu uygulamaların hukuka uygun müdahaleler olduğu kanaatine vardık:

* Tedavi amacına yönelik olan her tıbbi müdahale,

* Amaçlanan hedef insanlığın yararı için bilimsel yönden zorunlu olduğu ve tehlikenin ağırlığı ile sonuç mantıklı bir oran dâhilinde bulunduğu takdirde deneysel araştırma faaliyetleri,

* Kadın veya erkekteki bir rahatsızlık sebebiyle tabii ilişkiyle gebeliğin gerçekleşmemesi durumunda eşler yapay dölllenme veya embriyon nakli denilen yardımcı üreme teknikleri yardımıyla tedavi olarak çocuk sahibi olmaları,

* Tıp ilminin kurallarına göre uzman doktor veya ehil sağlık memuru (sünnetçi) tarafından uygun ortamlarda velisinin izniyle çocuğun sünnet ettirilmesi,

* Cinayet davalarında gerçeği öğrenmek, gerekli koruyucu tedbirleri almak üzere bulaşıcı bir hastalığın bulunup bulunmadığını anlamak gibi önemli gerekçelerle otopsi yapılması,

* Gerek canlı gerekse ölmüş kimselerden veya hayvanlardan tedavi maksadıyla belirli şartlar çerçevesinde organ ve doku alma ve bunları hasta veya yaralı kimselere nakletme,

* Kangren olan bir uzvun veya bir elde doğuştan varolan altıncı parmağı aldırma gibi sırf tedavi maksadıyla yapılan tıbbi müdahaleler,

* Tedavi amacına yönelik olarak protez ve benzeri yapay maddelerin insan vücuduna takılması veya insanın kendi vücudundan kopan bir parçasının yerine takılması,

* Zararlı patolojik (hastalıklı) dokunun uzaklaştırılmasında, kanamanın durdurulmasında veya ağrının giderilmesinde, müspet sonuçlar elde edecek fakat menfî sonuçları ortadan kaldıracak veya azaltacak teknikleri uygulayarak tedavide dağlamaya başvurma,

* Sağlığı korumak veya hastalıklara karşı dirençli olabilmek için hekimin önerdiği dengeli beslenme gibi tıbbi tedbirlere başvurma.

Hastayı iyileştirme ve tedavi amacı taşımayan bir müdahale doktor tarafından yapılmış olsa bile tıbbi müdahale sayılmaz. Bu nedenle zorunlu olmayan estetik ameliyatlar, cinsiyet değişikliğine yönelik müdahaleler, annenin hayatını kurtarma gibi tıbbi ve kesin bir zaruret olmadığı hâlde kürtaj uygulaması, tıbbi zorunluluk hâlleri müstesna hadım etme ve kısırlaştırmaya yönelik müdahaleler hukuka aykırıdır. Ancak hunsanın cinsiyetini belirginleştirmeye yönelik cerrahi müdahaleler bazı şartlar çerçevesinde gerçekleştirilebilir. Diğer taraftan İslam hukuku, insana ve onun hayatına verdiği değer bakımından pozitif hukuk sistemlerinden ayrılır. Çünkü İslam hukukuna göre insan mükerrem bir varlıktır. Ayrıca insanın canı ve bedeni ona verilmiş bir emanettir. Dolayısıyla bu değerler üzerinde tasarruf yetkisi sınırlıdır. Özellikle bu değerlere zarar veren veya onları yok eden tasarruflar yasaklanmıştır. Ötanazinin hukuka aykırı kabul edilmesi de bu asla racidir.

Tıbbi müdahaleler, hastane dışında serbest çalışan bir hekim veya bir hastanede çalışan hekim tarafından hastanede icra edilebilir. Bu durum hasta ile doktor arasındaki hukuki ilişki açısından önemlidir. Ancak doktorun hizmet yönünden bir hastaneye bağlı olup olmaması ile mesleğini tıp kurallarına uygun olarak hasta üzerinde icra etmesi ayrı ayrı hukuki ilişkileri oluşturur. Hekim ile hastası arasında, hekimin sorumluluğuna esas teşkil eden hukuki ilişki; sözleşme, haksız fiil veya vekâletsiz iş görme şeklinde kendini gösterir.

Hekim, hastayı, aralarında yaptıkları bir sözleşmeye istinaden tedavi ederse doktorun sorumluluğu sözleşmeye dayanan bir sorumluluktur. Hekimle hasta arasında, hekimin hastasını bir ücret karşılığında, zamanla sınırlı olarak tedavi için

anlaştığı durumlarda hizmet akdi; bir eser veya sonuca yönelikse istisna‘ akdi söz konusudur. Her ne şekilde olursa olsun sözleşmenin konusu, amacı, tarafların sözleşmeyi yaparken içinde buldukları durum sebebiyle hekim ile hasta arasındaki sözleşmeyi tedavi sözleşmesi olarak da isimlendirmek mümkündür.

Sözleşmeler, akdi yapan taraflara bazı haklar sağladığı gibi aynı zamanda bazı borçlar da yükler. Hekimin tedavi sözleşmesinden kaynaklanan boru öncelikle hastalığın teşhis ve tedavisidir. Ayrıca hastayı tedavi husunda aydınlatmak, tedavide gerekli özeni göstermek, görevine sadakat göstermek ve hasta sırlarını saklamak da hekimin görevleri arasındadır. Hekim sözleşmenin gereği olan bu borçlarını tam olarak yerine getirmedeği durumlarda sorumlu tutulur.

Hekimin sözleşmeye dayalı sorumluluğunun bir diğer sebebi de kusurlu olmasıdır. Sorumluluk hukukunda kusur, kasıt ve ihmâl olmak üzere iki şekilde gerçekleşir. Ancak genellikle hekimin sorumluluğunda kasıtlı davranışlar fazla görülmez. Sorumluluğa esas teşkil eden olayların büyük çoğunluğu, ihmâl ve hata ile gerçekleşen davranışlardan kaynaklanır. Hekimin hukuki sorumluluğunun en önemli şartlarından biri de zarardır. Ancak sorumluluk sebebi olabilmesi için zarar hekimin sözleşmeye aykırı davranışı sonucu meydana gelmiş olmalıdır. Bir de sözleşmenin ihlali ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır.

Hekim ile hasta arasındaki ilişki sarîh ya da zımni olarak kurulmuş bir akde dayanmadığı durumlarda vekâletsiz iş görme ve haksız fiil ilişkisi söz konusudur. Zaruret hâli, acil durumlar, ameliyatın genişletilmesi, gibi durumlarda hasta ile hekim arasında vekâletsiz iş görme ilişkisi ortaya çıkar. Tedavi sözleşmesinin bulunmaması veya sözleşme hükümlerinin aşılması hâlinde ise doktor ile hasta arasında haksız fiil ilişkisi sözkonusu olur. Ayrıca hekimin bir hastane ortamında yaptığı müdahalelerden doğan sorumluluğu haksız fiil kapsamında değerlendirilir.

Haksız fiillerde hukuka aykırılık (teaddî), tessebbüb hâllerinde zararlı bir sonucu doğurduğu takdirde tazminat sorumluluğu gerektirir. Buna karşılık ihlalin

mübaşeret hâlinde meydana gelmiş olduğu durumlarda ise hukuka aykırılık aranmaksızın fail sorumlu tutulur.

Doktorun, hiçbir fiilinden sorumlu olmayacağını şart koşması geçersiz olduğu gibi hastanın da her türlü zarardan doktorun sorumlu olacağına dair ön anlaşması da geçersizdir. Ayrıca doktorun, hastasını tedavinin yan tesirlerinden koruyacağına ve kesin tedavi edeceğine dair taahhüt altına girmesi aksi hâlde bütün sorumluluğu üstleneceğini söylemesi hukuken geçersizdir. Çünkü gerçekleşmesi, mümkün olmayan taahhütler akde konu olamaz.

Doktorun tıbbi müdahaleden kaynaklanan sorumluluğu, ihlal edilen hakkın çeşidine göre değişir. Kusurlu olduğu ortaya çıkan doktorun müdahalesi, hastanın mal varlığında eksilmeye neden olmuş ise zararı telafi edici tazminat ödemekle yükümlü olur. Hastanın kişilik haklarını ihlal etmiş ise müeyyide doktorun kusuruna göre değişir. Kusur ağır ise hem cezai hem de medeni mesuliyet söz konusudur. Eğer kusur, ihmal ve dikkatsizlik şeklinde ise yalnız medeni mesuliyet söz konusu olur.

Hayata ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen kasıtlı suçlarda mağdurun kısas yerine maddi tazminat istemesi sebebiyle bedel olarak; taksirli (hataen) işlenen aynı türden fiillerde ise asli ceza olarak fail, mağdura veya öldürülenin yakınlarına diyet öder. Şahıs aleyhine işlenen, yaralama ve sakat bırakma ile sonuçlanan müessir fiillerde fail, mağdura erş denilen mali bir bedel öder. İslam hukukunda kişiye yönelik fiillerden doğan zararların bir başka tazminatı da “hükûmet-i adl”dır. Diğer taraftan cenine karşı bir cinayet işlenmesi hâlinde ise fail gurre denilen ceza/tazminat öder. Hayata ve vücut bütünlüğüne karşı işlenen suçlar sebebiyle manevi üzüntü ve kedere maruz kalan mağdurun uğradığı manevi zarar ise hükûmeti'l-elem (manevi tazminat) denilen mali bedelle tazmin edilir.

Tıpta her geçen gün yeni gelişmelerle karşılaşmaktayız. Bu gelişmeler bir takım sorunları da beraberinde getirmektedir. İslam hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde bu sorunların çözümüne yönelik çalışmalar yapılmalıdır. Örneğin İslam hukuku açısından sağlık personelinin hak ve yetkileri, sorumluluk hukuku açısından

hasta, hastane ve hekim arasındaki hukuki ilişkinin ayrıca bir çalışma konusu olduğu kanaatindeyiz. Hayata ve vücut bütünlüğüne yönelik ihlâllerde gerekli olan manevi tazminatın sebepleri ve sınırları ayrıca tespit edilmeye ihtiyaç duymaktadır. Ayrıca tıbbi müdahale açısından İslam hukukuyla pozitif hukukun insana bakış açısı ve ona verdikleri değer tespit edilmelidir. Bu durum hastanın sorumlulukları açısından önem arz edenlerin yanı sıra birçok tıbbi müdahalenin hukuka uygun olup olmasını da etkileyecektir. Bu alanda yapılacak yeni çalışmalar belkide “tıbbi hukuk” adında yeni bir hukuk dalını oluşmasını sağlayacaktır. Böyle olduğu takdirde özellikle mesleki sorumluluk ve hekimle hasta arasındaki hukuki ilişki yeniden değerlendirilmesi gerekecektir. Bu çalışmanın yukarıda belirtilen ve benzeri yeni çalışmalara bir kapı aralması en büyük temennimizdir.

BİBLİYOGRAFYA

- Abdü'l-Fettah**, Mahmud İdris, “et-Tehallüsü mine'l-Halâyâ ve'l-Ecinneti'lleti bihâ Teşevvühün Verâsiyyün”, *Mecelle el-Buhusi'l-Fıkhiyyeti'l-Muasıra*, Sayı: 66, Riyad, 2005, s. 8-87.
- Adli**, Halil, *el-Mevsuatü'l-Kanuniyye fi Mihneti't-Tıbbiyye*, Daru'n-Nahdati'l-Arabiyye, Kahire, 1989.
- Akgündüz**, Ahmed/Heyet, *Şer'ıye Sicilleri*, I-III, Türk Dünyası Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 1988.
- Akıncı**, Şahin, *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ - Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.
- Akşit**, M. Cevat, *İslam Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, Kültür Basın Yayın Birliği, İstanbul, t.y.
- Ali Haydar** Efendi (Küçük) (ö. 1334/1915), *Dureru'l-Hukkâm min Şerhi Meclleti'l-Ahkâm*, Matbaa-i Ebuzziya, I-IV, İstanbul, 1330.
- Ansay**, Sabri Şakir (ö. 1962), *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ankara İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954.
- Apaydın**, H. Yunus, “Hata”, *DİA*, XVI, İstanbul, 1997, s. 437-442.
- Armağan**, Servet, *İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1996.
- Arpacı**, Abdülkadir, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Aşçıoğlu**, Çetin, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, 1. baskı, Ankara, 1993.
- Avcuoğulları**, Emel, “Tıbbi Açidan Sünnet”, www.annemiz.biz/haber/tibbi-acidan-sunnet_abs10716.html, (erişim tarihi, 03.03.2010).
- Ayan**, Mehmet, *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1991.
- Aydın**, Erdem, “İslam Dünyasında Tıp”, www.medinfo.hacettepe.edu.tr/ders/TR/D1/4/3856.doc, (erişim tarihi, 03.03.2010).
- Aydın**, M. Akif, *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları*, İz Yayıncılık, İstanbul, 1996.

- _____, “Cuâle”, *DİA*, VIII, İstanbul, 1993, s. 77-78.
- _____, “Gasp”, *DİA*, XIII, İstanbul, 1996, s. 387-392.
- _____, “İtlaf”, *DİA*, XXIII, İstanbul, 2001, s. 466-469.
- Bâr**, Muhammed Ali, “İntifau’l-İnsan bi Azai Cismi İnsanin Aher Hayyen ev Meyyiten”, *Mecelletü Mecmai’l-Fıkhi’l-İslami*, 4. Dönem, Sayı: 4, C 1, Cidde, 1988.
- _____, “Damanü’t-Tabib ve’l-Mesuliyetü’t-Tıbbiyye”, *Mecelletü Mecmai’l-Fıkhi’l-İslami*, 15. Dönem, Sayı: 15, C 4, Umman, 2004.
- _____, *Din ve Tıp Açısından Tüp Bebek*, (trc. Adil Bebek), Nesil Yayınları, İstanbul, 1989.
- Bardakoğlu**, Ali, “Cinsi Hayat”, *İlmihâl*, I-II, Divantaş, İstanbul, 1999.
- _____, “Diyet”, *DİA*, IX, İstanbul, 1994, s. 473-479.
- _____, “İslam Hukukunda Doktor ve Diğer Sağlık Personelinin Hukuki Mesuliyeti”, *Kayseri (Erciyes) Üniversitesi Gevher Nesibe Bilim Haftası ve Tıp Günleri*, 11-13 Mart 1982, Kayseri.
- Başağaoğlu**, İbrahim ve **Ataç**, Adnan, “Hekimin Hastasına Sözleşmeden Doğan Borçları”, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği Hukuk Tarihi Dergisi*, Sayı: 4, C 11, Yıl: 2003.
- Bayındır**, Abdülaziz, *İslam Muhakeme Hukuku (Osmanlı Devri Uygulaması)*, İslamî İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul, 1986.
- Bayraktar**, Köksal, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, (Basılmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1972.
- Behnesi**, Ahmet Fethi, *el-Mevsuatü’l-Cinaiyye fi’l-Fıkhi’l-İslami*, I-IV, Daru’n-Nahdati’l-Arabiyye, Beyrut, 1991.
- _____, *ed-Diyetü fi’ş-Şer’iati’l-İslâmiyye*, Mektebetu’l-Anclû’l-Mısriyye, y.y., 1968.
- _____, *el-Mesuliyetü’l-Cinaiyye fi’l-Fıkhi’l-İslami*, Darü’ş-Şuruk, Beyrut, 1984.
- Beşer**, Faruk, *Fıkıh Penceresinden Sosyal Hayatımız 2*, Nun Yayıncılık, İstanbul, 1994.
- Beydâvî**, Abdullah ibn Ömer ibn Muhammed Nâsiruddin (ö. 685/1286), *Envaru’t-Tenzîl ve Esrâru’t-Te’vîl*, I-II, Dersaadet, İstanbul, t.y.

- Bilmen**, Ömer Nasuhi (ö. 1971), *Hukukî İslamiyye ve İstalahatı Fıkhiyye Kamusu*, I-VIII, Bilmen Basım ve Yayınevi, İstanbul, t.y.
- Buhûti**, Mansur b. Yunus b. İdris (ö. 1051/1641), *Keşşâfu'l-Kınâ an Metni'l-İknâ*, I-VI, Daru'l-Fikir, Beyrut, 1982.
- Buti**, Muhammed Said Ramazan, “İntifaü'l-İnsan bi Adai Cismi İnsanin Aher Hayyen ev Meyyiten”, *Mecelletü Mecmai'l-Fıkhi'l-İslami*, C 1, Sayı: 4, Cidde, 1988.
- _____, *Kadaya Fıkhiyyetün Muasratün*, Mektebetü'l-Farabi, Dımaşk, 1992.
- Canan**, İbrahim (ö. 2009), *Hadis Ansiklopedisi: Kütüb-i Sitte Tercüme ve Şerhi*, I-XVIII, Akçağ Yayınları, Ankara, 2009.
- Cassâs**, Ebu Bekir Ahmed b. Ali er-Razî (ö. 370/980), *Ahkâmü'l-Kur'an*, I-V, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut, 1992.
- el-Cevahirî**, Hasan, “Damanü't-Tabîb fi'l-Fıkhi'l-Caferî”, *Mecelletü Mecmai'l-Fıkhi'l-İslamî*, C 4, Sayı: 15, Umman, 2004.
- Çağatay**, Neşet, *İslam Öncesi Arap Tarihi ve Cahiliye Çağı*, 4. baskı, Ankara, 1982.
- Çakmut**, Özlem Yenerer, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003.
- Çalış**, Halit, *İslam'da Kolaylaştırma İlkesi*, Yediveren Kitap, Konya, 2004.
- Çap**, Sabri, “İslam'da Sağlık ve Sağlık Kurumları”, *Diyanet Aylık Dergi*, Şubat, 2003.
- Çeker**, Orhan, *İslam Hukukunda Akidler*, A.H.İ. Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- _____, *Fıkıh Dersleri*, Ensar Yayıncılık, Konya, 2005.
- _____, “Çocuk Düşürme”, *DİA*, VIII, İstanbul, 1993, s. 364-365.
- Çetin**, Abdurrahman, “Sağlık ve Hayat”, *Diyanet Aylık Dergi*, Sayı: 52, Nisan, 1995.
- Çilingiroğlu**, Cüneyt, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Dağcı**, Şamil, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1996.
- _____, “Hükûmet-i adl”, *DİA*, XVIII, İstanbul, 1998, s. 463-464.
- _____, “İslam Ceza Hukukunda İrade-Suç İlişkisinin Cezaya Etkisi”, *Marife Bilimsel Birikim*, Yıl: 3, Sayı: 1, Bahar 2003, Konya.

- Denizkuşları**, Mahmud, *Kur'an-ı Kerim ve Hadislerde Tıp*, Marifet Yayınları, İstanbul, 1996.
- Desuki**, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed b. Ahmed b. Arafe (ö. 1230/1815), *Hâşiyetü'd-Desuki ala Şerhi'l-Kebir*, I-IV, Dârü'l-Fikr, t.y., y.y.
- Dihlevî**, Şah Veliyyullah (ö. 1762), *Hüccetullâhi'l-Bâliğa*, (racaahu ve alleke aleyh Muhammed Şerif Sükker), I-II, Dâru İhyai'l-Ulum, Beyrut, 1990.
- Din İşleri Yüksek Kurulu Kararı**, “Estetik Ameliyat”, <http://www.diyamet.gov.tr/turkish/dy/KurulDetay.aspx?ID=36>, (erişim tarihi, 01.03.2010), 2 Haziran 2003, Ankara.
- _____, “Organ Nakli”, <http://www.diyamet.gov.tr/turkish/dy/KurulDetay.aspx?ID=3>, (erişim tarihi, 01.03.2010), 3 Mart 1980,
- _____, “Bosna Hersek’te Kürtaj Meselesi,” *Diyanet Aylık Dergi*, Aralık, 1994.
- _____, “Tıbbi Müdahale İle Gebeliğin Sağlanması”, Sayı: 54, Haziran, 1995.
- Din İşleri Yüksek Kurulu Mütalaası**, “Kişinin Yaşam Destek Ünitesinden Çıkarılması”, (erişim tarihi, 10.02.2010), <http://www.diyamet.gov.tr/turkish/dy/KurulDetay.aspx?ID=1170>, 14 Aralık 2006, Ankara.
- Donay**, Süheyl, “Doktorun Hukuki Sorumluluğu”, *İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi*, Sayı: 10, 1968.
- Dönmezer**, Sulhi, “Talep Üzerine Öldürme ve Şifa Verme Maksatları Dışında Yapılan Cerrahi Ameliyeler”, *Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası*, Yıl:1, Şubat, 1949/VI.
- _____, *Ceza Hukuku Özel Kısmı (Kişiler ve Mala Karşı Cürümler)*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 1995.
- Dönmezer**, Sulhi ve **Erman**, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Beta Basım Yayım, I-III, İstanbul, 1997.
- Dural**, Mustafa, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, 3. baskı, İstanbul, 1987.
- Dürrî-zâde** es-Seyyid Mehmed Ârif Efendi (ö. 1285/1810), *Netîcet’ül-Fetâvâ*, Dersa’âdet, İstanbul, 1226.

- Düzbakar**, Ömer, “Osmanlı Hukuk Sistemi İçinde Tıp ve Hekimlerin Yeri”, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği Hukuk Tarihi Dergisi*, Sayı: 2, C 13, Yıl, 2005.
- Ebu Gudde**, Abdü's-Settar, *Buhus fi'l-Fıkhi't-Tıbbi*, Darü'l-Aksa, Kahire, 1991.
- Ebu İyd**, el-Abd Halil, “İslam Hukukuna Göre Kısırlaştırmayla ve Geçici Yollarla Doğum Kontrolü”, *Marife Bilimsel Birikim*, (trc. Mustafa Akmen), Yıl: 1, Sayı: 3, Kış, 2002, Konya.
- Ebu Sünne**, Ahmet Fehmî, “Hukmü'l-İlac bi Nakli Demi'l-İnsan ev Nakli'l-Azâi ev Cüz'in minhâ”, *Mecelletü Mecmai'l-Fıkhi'l-İslamî*, Sayı: 1, C 1, Mekke, 1985.
- Ebu Zehra**, Muhammed (ö. 1974), *Felsefetü'l-Ukube fi'l-Fıkhi'l-İslami*, Ma'hedü Diraseti'l-Arabiyye, Kahire, 1966.
- _____, *el-Cerime: el-cerime ve'l-ukube fi'l-fıkhi'l-İslâmî*, Dârü'l-Fikri'l-Arabî, Kahire, 1974.
- Endelüsî**, Abdulmelik b. Habîb (ö. 238/852), *et-Tıbbu'n-Nebevî*, (nşr. Muhammed Ali el-Bâr), Beyrut, 1993.
- Erdoğan**, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rağbet Yayınları, İstanbul, 1998.
- Erem**, Faruk, "Organ Nakli Hakkında Kanun", *Yargıtay Dergisi*, Sayı: 4, C 5, 1 Ekim, 1979.
- Erem**, Faruk ve **Toroslu**, Nevzat, *Türk Ceza Hukuku (Özel Hükümler)*, Savaş Yayınları, Ankara, 1987.
- Eren**, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I-III, Beta Yayınları, İstanbul, 2001.
- Erman**, Barış, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2003.
- Erşahin**, Mehmet, *İslam Hukuku Açısından Aile Planlaması Kürtaj ve Çocuk Sahibi Olma*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2002.
- Esen**, Hüseyin, *İslam Hukukunda Cezaî Sorumluluk*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 2003.
- Eser**, Ercan, *İslam Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2007.

- Fazlur Rahman** (ö. 1988), *İslam Geleneğinde Sağlık ve Tıp*, (çev. A. Bülent Baloğlu -Adil Çiftçi), Ankara Okulu Yayınları, Ankara, 1997.
- el-Fetava'l-Hindiyye:** Fetavayı Alemgiriyye, (hazırlayanlar: Burhanpurlu Şeyh Nizam, Şeyh Vecihüddin, Şeyh Celaledin Muhammed, Kadı Muhammed Hüseyin, Molla Hamid), I-VI, Mektebetü'l-İslâmiyye, Diyarbakır, 1393/1973.
- Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin (ö. 1977), *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976.
- Gamidi**, Abdullah b. Salim, *Mesuliyetü't-Tabibi'l-Miheniyye Dirase Ta'siliyye Mukarene Beyne's-Şeriatü'l-İslâmiyye ve'l-Kavanini'l-Muasıra*, Dârü'l-Endelüs el-Hadra, Cidde, 2000.
- Gazzâlî**, Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed (ö. 505/1111), *el-Mustasfa min İlmi'l-Usul*, I-II, el-Matbaatu'l-Emîriyye, Kahire, 1322-13244.
- Gökmenoğlu**, Hüseyin, *İslam Hukukunda Şahsiyet Hakları*, Türkiye Diyanet Vakfı, Ankara, 1996.
- Görgülü**, Ülfet, "Taşıyıcı Annelik", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 15, Konya, 2010.
- Gözübüyük**, A. Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1996.
- Gürelli**, Nevzat, "Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalenin Sınırları", *İÜHFİM*, C XLV-XLVII.
- Gürgüç**, Ali, *Doğum Bilgisi*, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 1976.
- Haff**, Ali, *ed-Damânu fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, I-II, Ma'hedü'l-Buhûs ve'd-Dirâsâtü'l-Arabiyye, y.y., 1971.
- Hamidullah**, Muhammed (ö. 1423/2002), *İslam Peygamberi*, (çev. Salih Tuğ), I-II, İrfan Yayıncılık, İstanbul, 1993.
- Hancı**, İ. Hamit, *Hekimin Yasal Sorumlulukları (Tıbbi Hukuk)*, Egem Tıbbi Yayıncılık, İzmir, 1995.
- Harman**, Ömer Faruk, "Çocuk Düşürme", *DİA*, VIII, İstanbul, 1993, s. 363-364.
- Harris**, John, *Hayatın Değeri*, (çev. Süha Sertabiboğlu), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998.

- Haseni**, Haşim Maruf, *el-Mesuliyetü'l-Cezaiyye fi'l-Fıkhi'l-Caferi*, Darü't-Ta'aruf li'l-Matbû'âti, Beyrut, 1987.
- Haskefi**, Alâeddin Muhammed b. Ali (ö. 1088/1677), *ed-Dürri'l-Muhtar* (İbn Âbidin, *Reddü'l-Muhtar* kenarında), I-VII, Kahire, 1966.
- Hassan Şemsî Paşa**, “Damanü't-Tabib”, *Mecelletü Mecmai'l-Fıkhi'l-İslami*, 15. Dönem, Sayı: 15, C 4, Umman, 2004.
- Hatemi**, Hüseyin, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1976.
- Hattab**, Ebu Abdullah (ö. 954/1547), *Mevahibü'l-Celil li-Şerhi Muhtasarı Halil*, (thk. Zekeriyâ Umeyrat), I-VIII, Dâru Âlemi'l-Kütüb, Riyad, 2003/1423.
- Hattat**, Halim, “Sünnet Konusunda Bilinmesi Gerekenler”, www.saglikvakfi.org.tr/html/psy.asp?id=601, (erişim tarihi, 22.09.2010.)
- Haylamaz**, Reşit, *İslam Hukukuna Göre Organ ve Doku Nakli*, Işık Yayınları, İzmir, 1993.
- İbn Abidin**, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülaziz (ö. 1252/1836), *Reddü'l-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar: Şerhu Tenviri'l-Ebsar*, (thk. Adil Ahmed Abdülmevcud, Ali Muhammed Muavvez, I-XIII, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1994/1415.
- İbn Cüzey**, Ebü'l-Kâsım Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kelbi (ö. 741/1340), *el-Kavaninü'l-fıkhiyye*, Dârü'l-Arabiyye li'l-Kitâb, y.y., 1982.
- İbn Ebî Şeybe**, Abdullah b. Muhammed (ö. 235/849), *el-Musannef fi'l-Ehâdis ve'l-Âsâr*, (nşr. Sâid el-Lihâm), I-VIII, Beyrut, 1994.
- İbn Hacer el-Askalânî**, Şihâbüddîn Ahmet b. Muhammed (ö. 852/1448), *Fethü'l-Bârî bi Şerhi Sahîhi'l-Buhârî*, (thk. Muhammed Fuad Abdülbaki, Muhyiddin Hatîb), I-XXIII, Dârü'r-Reyyan li't-Türas, Kahire, 1987.
- İbn Hazm**, Ebu Muhammed b. Ali b. Ahmed b. Said ez-Zahiri (ö. 456/1064), *el-Muhalla*, (thk. Ahmet Muhammed Şakir), I-XI, Darü't-Türas, Kahire, t.y.
- İbn Kayyim** el-Cevziyye, Ebu Abdullah Şemseddin Muhammed (ö. 751/1350), *Zâdü'l-Meâd fi Hedyi Hayri'l-İbad*, (thk. Şuayb el-Arnaut, Abdülkadir Arnaut), I-V, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1981.

_____, *et-Tibyan fi Aksâmi'l-Kur'ân*, el-Mektebetü't-Ticariyye el-Kübra, Kahire, 1933.

İbn Kudame, Muvaffakuddin Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed b. Mahmud (ö. 620/1223), *el-Muğni*, I-IX, Mektebetu İbn Teymiyye, Kahire, t.y.

İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim (ö. 970/1563), *el-Eşbah ve'n-Nezair*, (thk. Muhammed Muti' el-Hafız), Darü'l-Fikir, Dımaşk, 1983.

İbn Rüşd, Ebü'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Ahmed (ö. 595/1198), *Bidayetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, (thk. Abdülmecid Tu'me Halebi), 1. C'de 1-2. ciltler, 2. C'de 3, 4, ciltler, Dârü'l-Ma'rife, Beyrut, 1997.

İbn Sa'd, Muhammed b. Sa'd (ö. 230/884), *et-Tabakâtü'l-Kübrâ*, I-VIII, Beyrut, 1377/1957.

İbn Teymiyye, Takıyyüddîn Ahmed b. Abdülhalim (ö. 728/1328), *Mecmû'u'l-Fetâvâ*, (nşr. Abdurrahmen b. Muhammed), I-XXXVII, Riyad, 1381-1386.

İbnu'l-Humâm, Kemaleddin Muhammed b. Abdulvehhab es-Sivâsî, (ö.861/1456), *Fethu'l-Kadîr alâ'l-Hidâye*, I-X, Dâru'l-Fikr, Beyrut, t.y.

İdris, Ivaz Ahmed, *ed-Diyetu beyne'l-Ukube ve't-Ta'viz fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Dâr ve Mektebetü'l-Hilâl, Beyrut, 1986.

İmre, Zahit, *Doktrininde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri*, İstanbul, 1949.

İnceoğlu, Sibel, *Ölme Hakkı (Ötanazi)*, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1999.

İslam Konferansı Teşkilatı, *İslam Fıkıh Akademisi Kararlar ve Tavsiyeler*, (trc. Hasan Hacak ve Bilal Aybakan), 3. Dönem (11-16.10.1986), Karar No: 4.

Kahraman, Semra, *Diyanet İşleri Başkanlığı Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı II*, (16-18 Kasım, 2007), Ankara, 2008.

Kal'aci, Muhammed Revvas, **Mu'cemu Lugati'l-Fukaha**, Dârü'n-Nefâis, Beyrut, 1985.

Kalyûbî, Şihabüddin Ahmed (ö. 1069), *Haşiyetü Şerhi'l-Mahalli*, I-IV, Beyrut, t.y.

Kaneti, Selim, "Çatışan Değerlerin Tartışılmasına Dayanan Hukuka Uygunluk", *Danıştay Dergisi*, Sayı:9 (34-35), Ankara 1979; *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu-II*, İstanbul 1981.

Karafi, Ebu'l-Abbas Ahmed b. İdris (ö. 684/1285), *ez-Zahira*, I-XIV, Beyrut, 1994.

- Karaman**, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, I-III, Nesil Yayınları, İstanbul, 1991.
- _____, *İslam'ın Işığında Günün Meseleleri*, Nesil Yayınları, I-III, İstanbul, 1993.
- _____, *İslam'da Kadın ve Aile*, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1993.
- _____, *Günlük Hayatımızda Helaller ve Haramlar*, İz yayıncılık, İstanbul, 2000.
- _____, *Hayatımızdaki İslam*, İz Yayıncılık, İstanbul, 2002.
- _____, *Hayatımızdaki İslam* 2, İnternet Baskısı, <http://www.hayrettinkaraman.net/yazi/hayat2/0106.htm> (erişim tarihi, 21.08.2010).
- Karaman**, Hüseyin, “Ebu Bekir er-Râzî ve Tıp Etiği İlkeleri”, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği Hukuk Tarihi Dergisi*, Sayı: 1, C 14, Yıl: 2006.
- Kardâvî**, Yusuf, *Sünneti Anlamada Yöntem*, (trc. Bünyamin Erul), Rey Yayınları, İstanbul, 1991.
- Kâsânî**, Alâuddin Ebu Bekr b. Mes'ud (ö. 587/1191), *Bedâi' u's- Sanâi' fi Tertibi's-Şerai'*, I-VII, Daru'l- Fikir, Beyrut, 1996.
- Kasım**, Yusuf, *Nazariyyetü'z-Zarurati Fi'l-Fıkhî'l-İslami*, Kahire, 1993.
- Kaya**, Ali, “İslam Hukukuna Göre Ötanazi”, *UÜİFD*, Yıl:6, Sayı:6, C 6, s. 133-146, Bursa, 1994.
- _____, “İslam Hukukuna Göre Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk”, *UÜİFD*, Yıl:6, Sayı:6, C 6, s. 147-167, Bursa, 1994.
- _____, “Ruh ve Beden Bütünlüğüne Dokunulmazlık Kuramı Bakımından Ölme Hakkı”, *Marife Bilimsel Birikim*, Yıl: 4, Sayı: 2, Güz 2004, Konya.
- Kayalı**, Zeka, *Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler*, İstanbul Üniversitesi Adli TıpEnstitüsü, İstanbul, 1996.
- Kocatürk**, Utkan, *Tıp Terimleri Sözlüğü*, Semih Ofset, Ankara, 2006.
- Koçak**, Muhsin, “Gurre”, *DİA*, XIV, İstanbul, 1996, s. 211-212.
- Küçük**, Rasit, “Tıbb-ı Nebevi Literatürü Üzerine Bir Deneme”, *İlim ve Sanat Dergisi*, Sayı: 3, İstanbul, 1985.
- Mahmasani**, Subhi Recep, *en-Nazariyyetü'l-Amme li'l-Mücabat ve'l-Ukud*, I-II, Daru'l-İlm li'l-Melayin, Beyrut, 1983.
- Malik b. Enes**, Ebu Abdullah el-Asbahi el-Himyeri, (ö. 179/795), *el-Muvatta*, I-VIII, (thk. Muhammed Mustafa el-A'zamî), 1. Baskı, Ebudabi, 2004.

Mavsilî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud (ö. 683/1284), *el-İhtiyar li Ta'lîli'l-Muhtar*, Pamuk Yayınları, İstanbul, t.y.

Mecelle-i Ahkâmi Adliyye, (haz. Ali Himmet Berki), Hikmet Yayınları, İstanbul, 1982.

Mecelletü Mecmai'l-Fıkhi'l-İslami, Sayı: 1, C 1, Mekke, 1985.

_____, Sayı: 4, C 1, Cidde, 1988.

_____, Sayı: 5, C 1, Mekke, 1989.

_____, Sayı: 7, C 4, Mekke, 1993.

_____, Sayı: 15, C 4, Umman, 2004.

_____, Kararât (1977-2002), Mekke, t.y.

mv.f., I-XXXXV, Vakıflar Bakanlığı, Kuveyt, 1983-2004.

_____, "İchâd", II, s. 56-64.

_____, "İsae", III, s. 141-142.

_____, "İ'tida", V, s. 202-203

_____, "Tatbîb" XII, s. 135-140.

_____, "Cuâle", XV, s. 208-239.

_____, "Hitân", XIX, s. 26-31.

_____, "Gurre", XXXI, s. 169-172.

_____, "Fuzulî", XXXII, s. 171-177.

_____, "Niyet", XXXXII, s. 59-112.

Meys, Halil Muhyiddin, "Münâkaşa", *Mecelletü Mecmai'l-Fıkhi'l-İslamî*, Sayı: 4, C 1, Cidde, 1988.

Mübarek, Kays b. Muhammed Âl-i Şeyh, *et-Tedavi ve'l-Mes'uliyeti't-Tıbbiyye fi'ş-Şeriati'l-İslâmiyye*, Müessesetü'r-Reyyan, Beyrut, 1997.

Nesefî, Ebu'l-Berekât Hâfizüddin Abdullah (ö. 710/1310), *Tefsirü'n-Nesefî*, I-IV, Kahraman Yayınları, İstanbul, 1984.

Nesimî, Mahmud Nazım, *et-Tıbbu'n-Nebevî ve'l-İlmu'l-Hadis*, I-III, Beyrut, 1987.

Nevevi, Ebû Zekeriyâ Muhyiddin Yahyâ b. Şeref (ö. 676/1277), *el-Mecmu' Şerhü'l-Mühezzeb*, I-IX, Dârü'l-Fikr, Beyrut, t.y.

Oğuzman, M.Kemal ve **Öz**, M.Turgut, *Borçlar Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.

- Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun**, Sayı: 2238, Tarih: 29.05.1979.
- Önder**, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Öz**, Pınar, “Vücuda Tıbbi Girişim ve Doktorun Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı: 5, Ankara, 1984.
- Özay**, Merter, *Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Yetkin Basım ve Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Özbuğday**, Şükrü, “Sorun Söyleyelim”, *Diyanet Aylık Dergi*, Sayı: 152, Ağustos, 2003.
- Özcan**, Tahsin, *Fetvalar Işığında Osmanlı Esnafı*, Kitabevi, İstanbul, 2003.
- Özek**, Çetin, “Hâkim ve Hukuk: Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları”, *İTFM*, C 28, İstanbul, 1965.
- Özen**, Şükrü, “İslam Hukukuna Göre Yanlış Tedavide Sorumluluk”, 38. *Uluslararası Tıp Tarihi Kongresi Bildiri Kitabı*, C 2, Sayı: 14^a, Ankara, 2005.
- Özönder**, Hasan, *Peygamberimizin Sağlık Öğütleri (Tıbb-i Nebevi)*, İrfan Matbaası, İstanbul, 1974.
- Öztürk**, Levent, *İslam Tıp Tarihi Üzerine İncelemeler*, İz Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- Pala**, Ali İhsan, “Özürlü Olduğu Tespit Edilen Ceninin Alınması”, *İlahiyat Fakülteleri IV. İslam Hukuku Anabilim Dalı Eğitim-Öğretim Meseleleri Koordinasyon Toplantısı ve Özürlü Olduğu Tespit Edilen Ceninin Alınması Sempozyumu*, İzmir, 2008.
- Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük**, Tarih/Sayı: 14.11.1983/7395.
- Reisoğlu**, Seza, “Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu-V*, İstanbul, 1982.
- Remli**, Şemsuddin Muhammed b. Ebi'l-Abbas Ahmedb. Hamza b. Şihab (ö. 1004/1595), *Nihâyetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc fi'l-Fıkh alâ Mezhebi'l-İmam eş-Şâfiî*, I-VIII, Daru'l-Fikir, Beyrut, 1984.
- Sibaî**, Züheyr Ahmed ve **Bâr**, Muhammed Ali, *et-Tabib: Edebuhu ve Fıkhuhu*, Dârü'l-Kalem, Dımaşk, 1993/1413.

- Sâbûnî**, Muhammed Ali, *Revaiü'l-Beyan Tefsîru Âyâti'l-Ahkâm mine'l-Kur'an*, I-II, Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, Beyrut, t.y.
- Sahi**, Ş. Abduh, *el-Fikrû'l-İslami ve'l-Kadaya't-Tibbiyyetü'l-Muasıra*, Mektebetü'n-Nahdati'l-Misriyye, Kahire, 1990.
- Salim**, Muhtar, *et-Tibbü'l-İnsanî Beyne'l-Akide ve'l-İbda'*, Müessesetü'l-Mearif, Beyrut, 1988.
- Sava Paşa** (ö. 1900), *İslam Hukuk Nazariyatı Hakkında Bir Etüt*, I-II, (çev. Baha Arıkan), Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1955-1956.
- Selâmî**, Muhammed el- Muhtar, "Damanü't-Tabîb", *Mecelletü Mecmai'l-Fıkhî'l-İslamî*, C 4, Sayı: 15, Umman, 2004.
- Senhûrî**, Abdurrezzâk Ahmed (ö. 1391/1971), *Mesâdiru'l-Hakk fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, I-VI, Dâru İhyâi't-Turasi'l-Arabî, Beyrut, t.y.
- Serahsî**, Ebu Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl (ö. 483/1090), *el-Mebсут*, I-XXX, Daru'l-Marife, Beyrut, t.y.
- _____, *Usulü's-Serahsi*, (thk. Ebu'l Vefa el-Afgani), Darü'l-Kütübî'l-İlmiyye, I-II, Beyrut, 1993.
- _____, *İslam Devletler Hukuku: Şerhu's-Siyeri'l-Kebir*, (Çev. İbrahim Sarmış ve M. Sait Şimşek), I-V, Eğitaş Yayınları, Konya, 2001.
- Sırâc**, Muhammed Ahmed Abdülhâdî, "Damanü't-Tabîb fi'l-Fıhhi'l-İslâmî", *Mecelletü Mecmai'l-Fıkhî'l-İslamî*, C 4, Sayı: 15, Umman, 2004.
- _____, *Damânu'l-'Udvân fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Dâru's-Sikâfe, Kahire, 1990.
- Suyûfî**, Celâluddin Abdurrahman (ö. 911/1505), *el-Eşbah ve'n-Nezair*, Mısır, 1959.
- Sükkeri**, Abdüsselam Abdürrahim, *en-Nakl ve Ziraetü'l-Azai'l-Ademiyye*, Darü'l-Menar, y.y., 1988.
- Şafak**, Ali, "Erş", *DİA*, XI, İstanbul, 1995, s. 307-308.
- _____, "Kasıt", *DİA*, XXIV, İstanbul, 2001, s. 559-561.
- Şâfî**, Ebu Abdillâh Muhammed b. İdris (ö. 204/819), *el-Ümm*, (thk. Ali Muhammed ve Adil Ahmed), I-XI (11. cilt fihrist), Dâru İhyai't-Türâsi'l-Arabi, Beyrut, 2001.
- Şâtîbî**, Ebu İshak (ö. 790/1388), *el-Muvâfakât fi Usuli's-Şeria*, I-IV, Kahire, t.y.
- Şâzelî**, Hasan Ali, *Hukmü Nakli Azâi'l-İnsan fi'l-Fıkhî'l-İslamî*, Kitabü'l-Cumhuriyye, Kahire, 1989.

- Şeker**, Mehmet, *İslam'da Sosyal Yardımlaşma Müesseseleri*, Diyanet Yayınları, İstanbul, 1987.
- Şeltut**, Mahmut, *el-İslâm Akîdetun ve Şerîatun*, Dâru'l-Kalem, y.y., 1966.
- Şenocak**, Zarife, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1998.
- Şerefi**, Ali Hasan Abdullah, *el-Bais ve Eserühü fi'l-Mesuliyeti'l-Cinaiyye*, ez-Zehra li'l-Alemi'l-Arabiyye, Sana, 1986.
- Şerefüddin**, Ahmet Hüseyin, *el-Ahkamü's-Şeriyeye li'l-A'mali't-Tibbiyye*, el-Meclisü'l-Vatani, Kuveyt, 1983.
- Şeyzeri**, Abdurrahman b. Nasr (774/1372), *İslam Devletinde Hisbe Teşkilatı*, (haz. Abdullah Tunca), Marifet Yayınları, İstanbul, 1993.
- Şinkiti**, Ahmed Mezid Çekni, *Ahkamü'l-Ciraheti't-Tibbiyyeti ve'l-Asariü'l-Müterettibetü aleyha*, Mektebetü's-Saade, Cidde, 1994.
- Şirazi**, Ebu İshak İbrahim b. Ali (ö. 476/1083), *el-Mühezzeb*, I-III, Beyrut, 1995.
- Şirbînî**, Şemseddin el-Hatip Muhammed b. Ahmed (ö. 997/1570), *Muğni'l-Muhtaç ila Marifeti Meani Elfazi'l-Minhac*, Darü'l-Fikir (Ofset baskı), I-IV, Beyrut, t.y.
- Taberî**, Ebu Cafer Muhammed b. Cerîr (ö. 310/923), *Câmiu'l-Beyân an Te'vîli Âyi'l-Kur'an*, (thk. Abdullah b. Abdilmuhsin), I-XXVI, Dâru Hicr, Kahire, 2001.
- Tahir b. Aşur**, Muhammed (ö. 1973), *Makâsıdu's-Şerîati'l-İslâmiyye*, (thk. Muhammed Tahir Misavî), Dârü'n-Nefâis, Beyrut, t.y.
- Tandoğan**, Haluk (ö. 1988), *Türk Mesuliyet Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1961.
- _____, *Vekâletsiz İş Görme*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1957.
- Tarablusi**, Ebu'l-Hasan Alâüddin Ali b. Halil (ö. 844/1440), *Muînü'l-Hükkâm fimâ Yeterededü beyne'l-Hasmeyni mine'l-Ahkâm*, Kahire, 1973.
- Taşçı**, Ali İhsan, *Cinsel Eğitim*, İz Yayıncılık, İstanbul, 2002.
- Tekinay**, S. Sulhi, **Akman**, Sermet, **Burcuoğlu**, Haluk ve **Altıp**, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- Tekineş**, Ayhan, "Alternatif İslâmî Tıp Tıbbî Nebevî", *Dîvân Dergisi*, Sayı: 4, Yıl: 3, 1998/1.
- Terzioğlu**, Arslan, "Bîmâristan", *DİA*, VI, İstanbul, 1992, s. 163-178.

- Tiftik**, Mustafa, *Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı*, Vedat Kitapçılık, Ankara, 1994.
- Toroslu**, Nevzat "Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk", *AHFD*, Sayı: 1-4, C 35, 1978.
- Tuncî**, Abdusselâm, *Müessesetu'l-Mesûliyeti'-Şerîati'l-İslâmiyye*, Cemiyetu'd-D'aveti'l-İslâmiyyeti'l-Âlemiyye, Trâblus, 1994.
- Türk Hukuk Lügati**, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1991.
- Udeh**, Abdülkadir (ö. 1954), *et-Teşriü'l-Cinaiyyü'l-İslâmî: Mukarenen li-Kanuni'l-Vaz'î*, I-II, Darü'l-Kâtibi'l-Arabî, Beyrut, t.y.
- Usame**, Abdullah Kaya, *el-Mesuliyetü'l-Cinaiyye li'l-Etibba*, Darü'n-Nahdati'l-Arabiyye, Kahire, 1990.
- Uzunçarşılı**, İsmail Hakkı (ö. 1977), *Osmanlı Tarihi*, I-IV, (5-9. Ciltler Enver Ziya Karal'a aittir.), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1972.
- Vâkîdî**, Muhammed b. Ömer (ö. 207/822), *Kitabü'l-Meğazî*, (nşr. Marsden Jones), I-III, Beyrut, 1996.
- Yaman**, Ahmet, "Organ Nakli", *Diyanet Aylık Dergi*, Nisan, 2008.
- Yazır**, Elmalılı Muhammed Hamdi (ö. 1942), *Hak Dini Kur'an Dili*, I-X, Azim Dağıtım, İstanbul, t.y.
- Yıldırım**, Mustafa, *Mecelle'nin Külli Kaideleri*, İzmir İlahiyat Fakültesi Yayınları, İzmir, 2001.
- Yıldız**, Kemal, *İslam Hukukunda Kusura Dayanan Akit Dışı Sorumluluk*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1996.
- Zemeahşerî**, Muhammed b. Ömer (ö. 538/1143), *el-Keşşâf*, (thk. Muhammed Abdüsselam Salih), I-IV, Darü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut, 1995.
- Zerkâ**, Mustafa Ahmed (ö. 1999), *el-Fi'lu'd-Dârre ve'd-Damanu Fihî*, Dâru'l-Kalem, Dımeşk, 1988.
- _____, *el-Fikhü'l-İslâmî fî Sevbihî'l-Cedid: el-Medhalü'l-Fikhiyyi'l-Âm*, I-III, Dâru'l-Fikr, Dımaşk, 1967.
- Zevkliler**, Aydın, "Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", *DÜHFD*, 1983/I.

Zeydan, Abdülkerim, *el-Mufasssal fî Ahkâmi'l-Mer'e ve'l-Beyti'l-Müslim fi'ş-Şeriatî'l-İslâmiyye*, I-VIII, Müessesetü'r-Risâle, Beyrut, 1992-1993.

Zeyni, Mahmud Muhammed Abdülaziz, *Mesuliyetü'l-Etubba, Müessesetü's-Sakafi'l-Camii*, İskenderiye, 1993.

Zuhaylî, Vehbe, *el-Fikhü'l-İslâmî ve Edilletuhu*, I-VIII, Dârü'l-Fikr, Dımaşk, 1985.

_____, *Nazariyyetü'd-Damân ev Ahkâmü'l-Mes'ûliyyeti'l-Medeniyye fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Dârü'l-Fikr, Dımask, 1982.

_____, *Mevsuatü'l-fikhi'l-İslamiyyi'l-Muasır*, I-VII, Darü'l-Mektebi, Dımaşk, 2007/1427.

www.genelcerrahi.okulu.net, “Elektrokoter Kullanımı ve Esasları”, (erişim tarihi, 06.01.2008).

<http://www.sabah.com.tr/2005/02/19/gun104.html> (erişim tarihi, 04.01.2011).

www.haberler.com/meksika-da-besiz-dogum-2-haberi/ (erişim tarihi, 04.01.2011).

www.pozitifhaberler.com/.../1-dogum-sekiz-bebek-dogurdu-haberi.html (erişim tarihi, 04.01.2011).

<http://www.diyenet.gov.tr/turkish/dy/KurulDetay.aspx?ID=1162> (erişim tarihi, 01.01.2011).

<http://www.hayrettinkaraman.net/sc/00284.htm> (erişim tarihi, 01.01.2011).

ÖZGEÇMİŞ

Adı-Soyadı: Ahmet EKŞİ

Baba Adı: Mustafa

1972 yılında Erzurum'un İspir ilçesine bağlı Çayırözü Köyü'nde doğdu. Aynı köyde 1978-1983 yılları arasında ilkokulu bitirdi. İki yıl aradan sonra 1985 yılında İspir İmam-Hatip Lisesi'ne kaydoldu. Ortaokulu burada bitirdikten sonra aynı okulda Lise 3. sınıfa kadar eğitimini devam ettirdi. 1992 yılında Bursa Merkez İmam-Hatip Lisesi'nden mezun oldu. Aynı yıl kazandığı Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nden 1997'de mezun oldu. Ardından Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde İslam Hukuku Anabilim Dalında Yüksek Lisans öğretim programını tamamladı. Bu süre içerisinde "İslam Hukukunda Mağdurun Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları" adlı Yüksek Lisans Tezini hazırladı.

22 Aralık 1998 yılında İstanbul Güngören Haznedar A. İpekçi İÖO'da Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi öğretmenini olarak göreve başladı. Bu arada 2001 tarihinde kısa dönem askerliğini tamamladı. Yedi yıl öğretmenlik yaptıktan sonra 2006 yılında Milli Eğitim Bakanlığı Din Öğretimi Genel Müdürlüğü tarafından ders kitaplarını yazım komisyonunda görevlendirildi. Bu süre içerisinde komisyonda yer alan diğer öğretmenlerle birlikte önce İlköğretim ve Lise Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi ders kitapları ile Öğretmen Kılavuz kitaplarını yazdılar. Ardından İmam-Hatip Lisesi Meslek derslerinin kitaplarını hazırladılar. Yine aynı süre içerisinde Batı Trakya Türklerinin okullarında okutulacak olan ilkokul, ortaokul ve lise ders kitaplarının hazırlanmasında çalıştı. Halen Güngören Mehmet Âkif Ersoy İÖO'da müdür yardımcılığı kadrosunda bulunmakta olup ders kitapları yazım komisyonundaki görevine devam etmektedir.

Evli ve iki çocuk babası olup Arapça ve İngilizce bilmektedir.

